

**T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU PROGRAMI
DOKTORA TEZİ**

**CEZA HUKUKUNDA AKIL HASTALIĞININ
KUSUR YETENEĞİNE ETKİSİ**

Mehmet Emre YILDIZ

**Danışman
Doç. Dr. Koray DOĞAN**

İZMİR - 2019

**DOKTORA
TEZ ONAY SAYFASI**

Üniversite : Dokuz Eylül Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı ve Soyadı : MEHMET EMRE YILDIZ
Öğrenci No : 2011800697
Tez Başlığı : Ceza Hukukunda Akıl Hastalığının Kusur Yeteneğine Etkisi

Savunma Tarihi : 22/05/2019

Danışmanı : Doç.Dr.Koray DOĞAN

JÜRİ ÜYELERİ

<u>Ünvanı, Adı, Soyadı</u>	<u>Üniversitesi</u>	<u>İmza</u>
Doç.Dr.Koray DOĞAN	- Dokuz Eylül Üniversitesi	
Dr.Öğr.Üyesi Sesim SOYER GÜLEÇ	- Dokuz Eylül Üniversitesi	
Dr.Öğr.Üyesi Serdar NART	- Dokuz Eylül Üniversitesi	
Prof.Dr.Timur DEMİRBAŞ	- Yaşar Üniversitesi	
Prof.Dr.Mustafa Ruhan ERDEM	- Yaşar Üniversitesi	

MEHMET EMRE YILDIZ tarafından hazırlanmış ve sunulmuş olan bu tez savunmada başarılı bulunarak oy birliği / oy çokluğu () ile kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Metin ARIKAN
Müdür

YEMİN METNİ

Doktora Tezi olarak sunduğum “Ceza Hukukunda Akıl Hastalığının Kusur Yeteneğine Etkisi” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden olduğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

25/04/2019

Mehmet Emre Yıldız

ÖZET

Doktora Tezi

Ceza Hukukunda Akıl Hastalığının Kusur Yeteneğine Etkisi

Mehmet Emre YILDIZ

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Kamu Hukuku Programı

Günümüzde hemen hemen tüm modern ceza hukuku sistemlerinde, işlenmiş bir fiil nedeniyle doğacak ceza sorumluluğunun temelini, failin suçu işleme iradesi oluşturmaktadır. Failin ceza hukuku kuralları karşısında, bu kuralların emrettiği şekilde davranma imkân ve iktidarı bulunmasına rağmen, kanunu ihlal etme iradesi, onun toplumsal olarak kınanmasına yol açmaktadır. Bu kınama ile birlikte failin gerçekleştirdiği davranış için cezalandırılmasının da önü açılmaktadır. Bu davranışın ceza yaptırımı ile kınanmış olmasının nedeni failin kusurlu hareket etmiş olmasıdır. Failin kusurlu hareket edebilmesi için, kendisinde birtakım özelliklerin bulunması gerekmektedir. Ceza hukukunda bu özellikler, kusur yeteneği kavramı ile ifade edilmektedir.

Kural olarak toplum içindeki tüm bireyler kusurlu davranabilmektedir. Ancak ceza hukuku düzeni, bireylerin davranışlarını hukuk kurallarına uygun şekilde yönlendiremeyen kişi gruplarını istisna olarak belirlemektedir. Bu istisna gruplardan birisi de, akıl hastalığı durumudur. Nitekim akıl hastalığı bulunan kişiler, davranışlarının hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ya da davranışlarını hukuk kurallarına uygun olarak yönlendirme yetenekleri bulunmamaktadır. Bu nedendir ki, akıl hastaları davranışları nedeniyle ya

hiçbir şekilde cezalandırılmamakta, ya da normal insanlardan daha az bir şekilde cezalandırılmaktadır. Böylece ceza hukuku sisteminde cezalandırılmayan akıl hastaları için, tedavi içerikli tedbirlerin uygulanması yolu öngörülmüştür. Bu tedbirlere hükmedilmesinin nedeni, bir suç işlemiş akıl hastasının, hastalığı nedeniyle ileriki yaşamında da benzer suçları işleme tehlikesi yaratmasıdır. Akıl hastalarına tedavi uygulanarak, bu kişilerin tehlikeliliklerinin önlenmesine çalışılmaktadır.

Çalışmanın konusunu kusur yeteneğine etki eden hal olan “akıl hastalığı” kavramı oluşturmaktadır. Bu nedenle çalışmada Türk Ceza Kanunu madde 32 ve 57 kapsamında kusur, kusur yeteneği, akıl hastalarının ceza sorumluluğu, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri gibi konulara yer verilmiştir.

Anahtar sözcükler: akıl hastalığı, zihinsel bozukluk, kusur, kusur yeteneği, ceza sorumluluğu, adli psikiyatri, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri

ABSTRACT

Doctoral Thesis

Doctor of Philosophy(PhD)

The Effect of Insanity on Criminal Capacity in Criminal Law

Mehmet Emre YILDIZ

Dokuz Eylül University

Graduate School of Social Sciences

Department of Public Law

Public Law Program

In today' s World, almost in all modern penal law systems, the base of the criminal responsibility since a committed act which has been constituted by the committing will of perpetrator. Although the perpetrator has the power to act in accordance with the rules of criminal law in the manner prescribed by these rules, the will of violating the law leads to his social denunciation. With this denunciation the punishment is opened in order to attitude which has carried out by perpetrator. The reason of condemn of punishment sanction for this behavior is to acted culpable by perpetrator. For the perpetrator is able to act culpable, he or she needs a number of features. In penal law systems these features are defined as criminal capacity concept.

As a rule all individuals in society may act culpable. However, penal law regulation (the order of penal law) has pointed as an exception in people groups out peoples' behavior who are not capable of conduct in accordance with the rules of law. One of exception groups is the mental disease too. Thus, people

who have mental disease deprive of perception of intendment of law and results of their behaviors or conduct their behaviors in accordance with the rules of law. That's why, mental patients could not been punished because of their acts or they have been diminished punished according to an ordinary people. In this way, mentally ill offenders who could not been punished in penal law systems, the implementation of measures with therapeutic content has been envisaged. The reason for taking these measures, a crime has been committed by mentally ill offenders are also a danger to commit similar crimes because of their illness in their rest of life. By treating mentally ill offenders, it is tried to prevent dangerousness of these people.

The subject of this study is concept of “mental illness” as a effecting reason of culpability. For this reason study includes culpa, culpability, preventive measures for mentally ill offenders within the scope of articles 32 and 57 of the Turkish Criminal Code.

Key words: mental disease, insanity, mental disorder, culpability, criminal capacity, criminal responsibility, forensic psychiatry, security measures particular to mentally ill offenders.

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xvii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

AKIL HASTALIĞI KAVRAMI, KAVRAMIN TARİHSEL GELİŞİMİ VE BENZER HUKUKİ KAVRAMLARDAN FARKI

I. AKIL HASTALIĞI KAVRAMI VE KAVRAMIN CEZA HUKUKU İLE İLİŞKİSİ	6
A. Akıl Hastalığı Kavramı	6
1. Hastalık ve Sağlık Kavramları	6
2. (A)normalliğin Tıbbi Konstrüksiyonu (Psikiyatrik Hastalık Kavramı)	13
a. Temel Kavramların İçeriğinin Açıklanması	13
(1) Psikiyatride Bozukluk Kavramı	13
(2) “Akıl”, “Zihinsel”, “Psişik” ve “Ruhsal” Kavramları	15
(3) Psikopatoloji Kavramı	17
b. Akıl Hastalığının Anlamı	20
c. Ara Değerlendirme	26
B. Tam Akıl Hastalığı-Kısmi Akıl Hastalığı Ayrımı	27
II. KUSUR YETENEĞİ ÇERÇEVESİNDE AKIL HASTALIĞININ VE CEZA HUKUKU İLE İLİŞKİSİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ	31
A. Genel Olarak	31

B. Kusur Yeteneğinin Tarihsel Gelişim Süreci ve Akıl Hastalığı	32
1. Genel Olarak	32
2. Ortaçağ Öncesi Dönem	33
3. Orta Çağ Dönemi	35
4. İslam Hukuku ve Türk Hukuk Tarihi	37
5. 765 sayılı TCK Dönemi	40
III. AKIL HASTALIĞININ KUSUR YETENEĞİNE ETKİSİNİN İLGİLİ KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ	48
A. Ceza Hukukunda Hareket Kavramı İle İlişkisi	48
B. Yaş Küçüklüğü İle İlişkisi	61
1. Genel Olarak	61
2. Kusur Yeteneğini Etkileyen Hal Olarak Akıl Hastalığı ve Yaş Küçüklüğünün İlişkisi	67
C. Haksızlık (Yasaklılık) Yanılgısı İle İlişkisi	75
1. Genel Olarak Haksızlık Yanılgısı	75
2. Kusur Yeteneğini Etkileyen Hal Olarak Akıl Hastalığı ve Yasaklılık Yanılgısının İlişkisi	79
D. Haksız Tahrik İle İlişkisi	85
E. Geçici Neden, Alkol Veya Uyuşturucu Madde Etkisinde Olma İle İlişkisi	92
F. Canavarca His	106
G. İlgilinin Rızası İle İlişkisi	115

İKİNCİ BÖLÜM

CEZA HUKUKUNDA KUSUR DOĞMATIĞI ve AKIL HASTALIĞI İLE İLİŞKİSİ

I. KUSUR DOĞMATIĞI KAPSAMINDA AKIL HASTALIĞI KAVRAMININ ELE ALINIŞI	117
A. Genel Olarak	117
B. Ceza Hukukunda Kusur ve Kusur Yeteneği Kavramları	117

1. Kusur Kavramı	117
2. Kusur Yeteneği Kavramı	121
3. Türk Ceza Öğretisinde Savunulan Kusur Yeteneği Teorileri	125
a. Failin Normalliği Teorisi	125
b. Korkabilme Teorisi	128
c. Kişiliğe Uygunluk Teorisi	129
C. Kusur Teorileri Açısından Akıl Hastalığı Durumunun İrdelenmesi	131
1. Genel Çerçeve ve Yöntem	131
2. Kusur Teorileri Çerçevesinde “Akıl Hastalığı” Durumunun İncelenmesi	132
a. Psikolojik Kusur Teorisi	132
b. Fonksiyonel (İşlevsel) Kusur Teorisi	133
c. Normatif Kusur Teorisi	136
(1) Normatif Kusur Teorisinin Çıkış Noktası: Kişisel “Kınanabilirlik”	136
(2) Kişisel “Kınanabilirlik” Kavramının İeriğinin Belirlenmesi	140
(i) Failin Başka Türli Davranabilme Yeteneği	140
(ii) Failin Haksız Eylem Düşünce Yapısına Sahip Olması (Aksiyolojik Kusur Kavramı)	142
(iii) Normlarla Normal Motivasyon İlişkisi İçinde Olunmasına Rağmen Haksız Hareket Etme (Norma Tepki Verebilirlik)	143
(iv) Kendi Davranış Biçimini Tayin Etme Yeteneği (Selbstbestimmungsfähigkeit)	146
(v). Pragmatik Sosyal Kusur Teorisi	147
D. Kusurun Ceza Hukukundaki İşlevleri İle Akıl Hastalığı Düzenlemesinin İlişkisi	154
E. Akıl Hastalığının Kusur Yeteneğine Etkisi Konusunun Anayasal Temelleri	158
1. Genel Olarak	158
2. Hukuk Devleti İlkesi	160
3. Ölçülülük İlkesi ve Kusurla Orantılı Ceza Yaptırımı	164
4. İnsan Onurunun Dokunulmazlığı İlkesi	166
II. AKIL HASTALIĞI KAVRAMININ HUKUK DÜZENİ VE CEZA HUKUKU İLE İLİŞKİSİ	169

A. Demokratik Hukuk Düzeninde İnsan Davranışlarının Değerlendirilmesi ve Etki Altında Bırakılması ile “Akıl Hastalığı” Kavramının İlişkisi	169
B. Akıl Hastalığının Kusurluluk ve Kusur Yeteneği ile İlişkisinden Doğan Sonuçlar	172
1. Akıl Hastalığının “Kusur Yeteneği” ile İlişkisine Ait Sonuçlar	172
2. Akıl Hastalığının “Kusurluluk” ile İlişkisine İlişkin Sonuçlar	175
C. Suçun İşlenmesi İle İlişkisi	178

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

CEZA HUKUKUNDA AKIL HASTALIĞININ KUSUR YETENEĞİNE ETKİSİ VE BU DURUMUN YASAL ÇERÇEVESİ

I. AKIL HASTALIĞI NEDENİYLE KUSUR YETENEĞİ DÜZENLENMESİNE İLİŞKİN YASAL YÖNTEMLER	181
A. Tek Aşamalı Yöntemler	181
1. “Biyolojik” Yöntem	181
2. “Psikolojik” Yöntem	185
B. İki Aşamalı Yöntem (Karma Yöntem)	190
C. Öğretideki Bu Yöntemlere İlişkin Görüşler	193
1. Birinci Aşamının “Biyolojik-Psikolojik”, İkinci Aşamının “Psikolojik-Normatif” Şeklinde İfade Edildiği Görüş	193
2. Her İki Aşamının Da “Psikolojik-Normatif” Olarak İfade Edildiği Görüş	196
3. Birinci Aşamının “Psişik”, İkinci Aşamının “Normatif” Şeklinde İfade Edildiği Görüş	198
4. Birinci Aşamının “Tarif Edici/ Betimleyici (Deskriptif)”, İkinci Aşamının “Değer Biçici (Normatif)” Şeklinde İfade Edildiği Görüş	199
5. Değerlendirme ve Görüşümüz	200
II. AKIL HASTALIĞI DURUMUNA İLİŞKİN KUSUR YETENEĞİ DÜZENLEMESİNİN BİLEŞENLERİ	204
A. Biyolojik-Psikolojik Bileşen (Psikopatolojik Bileşen)	204

1. Genel Olarak	204
2. Psikiyatrik Hastalık Kavramı	208
a. Etiyolojik-Somatik Hastalık Kavramı	208
b. Sosyal-Psikolojik Hastalık Kavramı (Yapısal-Sosyal Hastalık Kavramı)	215
c. Sınıflandırıcı (Operasyonel) Hastalık Kavramı	219
3. İşlevsel Hukuki Kavram Olarak “Adli Hastalık” Kavramı	221
a. Genel Olarak	221
b. Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Akıl Hastalığı Olup Olmadığı Tartışmalı Durumlar	228
4. Kanun Metninde Kullanılması Gerekli Kavrama İlişkin Görüşümüz	233
B. Psikolojik-Normatif Bileşen (Değerlendirici Bileşen)	236
1. Genel Olarak	236
2. Önsorun: Failin Geçmiş Yetenekleri Hakkında Bilimsel Tespit Yapılabilme Olanağı Tartışması	252
3. Algılama ve Davranışlarını Yönlendirme Yeteneği	261
a. Algılama Yeteneği	261
(1) Algılama Yeteneğinin Normatif Yönü	261
(2) Algılama Yeteneğinin Tıbbî Yönü	271
b. Davranışlarını Yönlendirme Yeteneği	276
(1). Davranışlarını Yönlendirme Yeteneğinin Normatif Yönü	276
(2). Davranışlarını Yönlendirme Yeteneğinin Tıbbî Yönü	284
(3). Davranışlarını Yönlendirme Yeteneğinin Nicel Katmanlara Ayrılması (Yeteneğin Derecelendirilmesi)	287
4. Komorbidite ve Kümülatif Bozukluk Faktörleri	291
5. Kusur Yeteneği Hakkında Verilecek Normatif Hükümün Özellikleri	300
a. Genel Olarak	300
b. Şüpheden Sanık Yarar İlkesinin (“In Dubio Pro Reo”) Uygulanma Sorunu	303
III. AKIL HASTALIĞI NEDENİYLE AZALMIŞ KUSUR YETENEĞİ (TCK M. 32/2)	312
A. Kavram	312
B. Hukuki Nitelik ve Kapsam	317

C. Azalmış Kusur Yeteneği Durumunda Cezanın Belirlenmesi	328
1. Genel Olarak	328
2. Temel Cezada İndirimin Takdiri ya da Zorunlu Olması Tartışması	331
a. Zorunlu İndirim Temelli Yaklaşımlar	331
b. Takdiri İndirim Temelli Yaklaşımlar	333
(1) Genel Olarak	333
(2) Kusur Dengelemesi Prensibi (Prinzip des Schuldausgleichs): Eylemdeki Kusur İçeriğinin Kusur Arttırıcı Faktörlerle Dengelenmesi	336
(i) Temel Ceza Belirlendikten Sonra Kusur İçeriğinin Dengelenmesi	336
(ii) Temel Cezanın Belirlenmesi Aşamasında Kusur İçeriğinin Dengelenmesi	343
(3) Azalmış Kusur Yeteneğine Rağmen İndirim Yapılmaması Gereççeleri	345
(i) Failin Daha Düşük Olan “Ceza Duyarlılığı (Strafempfindlichkeit)”	345
(ii) Çabalama Teorisi (Anstrengungstheorie)	349
3. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’ nun Benimsediği Sistem	351
a. Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61)	351
(1) Genel Olarak	351
(2) Ceza Türünün Belirlenmesi	355
(3) Temel Cezanın Belirlenmesi	356
(4) Nihai Cezanın Belirlenmesi	358
b. Azalmış Kusur Yeteneği Halinde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi	359
(1) Genel Olarak	359
(2) Ceza Türleri Bakımından Ceza İndiriminin Gerçekleştirilme Şekli ve Görüşümüz	362
(i) Ağırlaştırılmış Müebbet ve Müebbet Hapis Cezalarında Ceza İndirimi	362
(ii) Süreli Hapis ve Adli Para Cezalarında Ceza İndirimi	367
D. Akıl Hastalığı Nedeniyle Azalmış Kusur Yeteneği Durumunda Güvenlik Tedbiri Uygulanması	372
IV. KUSUR YETENEĞİNİN ARANACAĞI ZAMAN	373

A. Genel Kuralın Belirlenmesi	373
B. Özel Durumlarda Kusur Yeteneğinin Aranacağı Zaman	380
1. Neticenin Özellik Gösterdiği Suç Tipleri	380
2. Suçların İctiması Halinde Kusur Yeteneğinin Aranacağı An	383
3. Cezalandırılabilme Şartı İçeren Suçlarda Kusur Yeteneğinin Aranacağı An	385
4. İhmali Suçlarda Kusur Yeteneğinin Aranacağı An	386
5. Suça İştirak Halinde Kusur Yeteneğinin Aranacağı An	387
V. KUSUR YETENEĞİ DEĞERLENDİRMESİNDE GÖREV DAĞILIMI	390
A. Genel Olarak Adli Psikiyatrik Bilirkişilik	390
B. Kusur Yeteneği Değerlendirilmesinde Hâkim İle Bilirkişi Arasında İşbölümü Ve Yetki Dağılımı	396

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

AKIL HASTALARINA ÖZGÜ GÜVENLİK TEDBİRLERİ

I. AKIL HASTALARINA ÖZGÜ GÜVENLİK TEDBİRLERİ HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR	411
A. “Tehlikeli” Olarak Değerlendirilen Akıl Hastalarından Toplumun Genel Olarak Korunması	411
B. Tedbirlerin Kişi Hakkında Suç İşlediği İddiası Olup Olmamasına Göre Ayırımı	414
1. Hakkında Henüz Bir Suç İşlediği İddiası Bulunmayan “Tehlikeli” Akıl Hastaları Hakkındaki Tedbirler	414
2. Bir Suç İşlediği İddia Edilen “Tehlikeli” Akıl Hastaları Hakkındaki Tedbirler	426
a. Soruşturma veya Kovuşturma Aşamasında Uygulanacak Tedbirler (İhtiyatî Sağlık Kurumuna Yatırma)	426
b. Suç İşlediği Sübut Bulmuş Akıl Hastaları Hakkında Uygulanacak Tedbirler (“Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri”)	427

II. AKIL HASTALARINA ÖZGÜ GÜVENLİK TEDBİRLERİNİN YAPTIRIM HUKUKUNDAKİ YERİ	428
A. Ceza Hukukunun İki İzliliği Prensibi ve Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri	428
B. Güvenlik Tedbirlerinin Sınıflandırılması ve Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirlerinin Konumu	432
C. Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri İle Cezalar Arasındaki Farklılık Ve Benzerlikler	435
1. Cezalar ile Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri Arasındaki Farklılıklar	435
2. Cezalar ile Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri Arasındaki Benzerlikler	440
III. TEDBİRİN AMAÇLARI	445
A. İyileştirme Amacı	445
B. Güvenlik (Koruma) Amacı	448
IV. TEDBİRİN UYGULANMA KOŞULLARI	449
A. Fail Tarafından İşlenmiş Hukuka Aykırı Bir Fiilin Varlığı	449
B. Suçun İcra Edildiği Sırada Akıl Hastalığı Nedeniyle Failin Kusur Yeteneğinin Bulunmadığı ya da Azalmış Kusur Yeteneğine Sahip Olduğunun Tespit Edilmesi	466
C. Fail Hakkında Tehlikelilik Öngörüsü (=Kriminalprognose)	475
V. TEDBİRİN UYGULANMA ŞEKLİ VE SÜRESİ	490
A. Genel Olarak	490
B. Tekrardan Sağlık Kurumuna Yerleştirme Kararı	496
C. Yüksek Güvenlikli Bir Sağlık Kurumuna Yerleştirme Tedbirinde Ölçülülük	499
1. Genel Olarak	499
2. Tedbirin Süresinde Ölçülülük	504
3. Ölçülülüğün Somutlaştırılması	507
a. Genel Çerçeve	507
b. Uygunluk	507

c. Gereklilik	508
d. Orantılılık, Aşırılık Yasağı (Dar anlamda ölçülülük)	509
VI. HÜKMÜN NİTELİĞİ VE İÇERİĞİ	510
VII. CEZA YAPTIRIMININ GÜVENLİK TEDBİRİ OLARAK İNFAZ EDİLMESİ SORUNU	517
A. Genel Olarak Sorunun Tespiti	517
B. Ceza Yaptırımı ve Akıl Hastalıklarına Özgü Güvenlik Tedbirlerinin İnfaz Aşamasında Birbirine Göre Konumu	520
1. Genel Olarak	520
2. Ceza ile Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirine Birarada Hükmedilmesi	521
3. Güvenlik Tedbirlerinin Cezanın İşlevini Üstlenmesi (Temsil İlkesi = Das Prinzip des Vikariierens)	523
4. Türk Ceza Hukuku Öğretisindeki Görüşler	529
5. Değerlendirme ve Görüşümüz	533
SONUÇ	539
YASAL DEĞİŞİKLİK VE DÜZENLEME ÖNERİLERİ	564
KAYNAKÇA	573

KISALTMALAR

ABD	Ankara Barosu Dergisi
AIHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Alm.	Almanca
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
BAM	Bölge Adliye Mahkemesi
BecksRS	Beck online Rechtsprechung
Beschl.	Beschluß
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, Amtliche Sammlung

BJagdG	Bundesjagdgesetz
Bkz.	Bakınız
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Sammlung
C.	Cilt
CGTİHK	Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CHD	Ceza Hukuku Dergisi
ChStGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
Çev.	Çeviren
ÇKK	Çocuk Koruma Kanunu
DAR	Deutsches Autorecht
dp.	dipnot
DSM	Diagnostic And Statistical Manuel of Mental Disorders
E.	Esas
Edit.	Editör
EEG	Elektroensefalografi
FG	Festgabe
FS	Festschrift
GA	Goltdammers Archiv
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
Hrsg.	Herausgeber
ICD	International Statistical Classification od Diseases

İMÜHFD	İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İng.	İngilizce
İÜHFM	İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
K.	Karar
KHukA	Kamu Hukuku Arşivi Dergisi
KBD	Kocaeli Barosu Dergisi
kn.	kenar numarası
LK	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MedR	Medizinrecht
MK	Münchener Kommentar
MschKrim	Monatszeitschrift für Kriminologie und Strafrecht
MÜHFD	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht-Rechtsprechungs-Report Strafrecht

OLG	Oberlandesgericht
Os.	Osmanlıca
Örn.	Örneğin
öStGB	Österreichisches Strafgesetzbuch
parag.	paragraf
PVSK	Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu
R.G.	Resmi Gazete
RCHP	Psikiyatride Derlemeler, Olgular ve Varsayımlar Dergisi
REM	Rapid Eye Movement
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Amtliche Sammlung
s.	sayfa
ss.	Sayfadan Sayfaya
S.	Sayı
SK	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
SSW	Satzger, Helmut/Schluckebier, Wilhelm/Widmaier, Gunter, Strafgesetzbuch Kommentar
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StV	Strafverteidiger
StVollzG	Strafvollzugsgesetz
T.	Tarih
TBBD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi

TCK	Türk Ceza Kanunu
TierschutzG	Tierschutzgesetz
TMK	Türk Medeni Kanunu
vd.	ve devamı
Vol.	Volume
vs.	vesaire
WStG	Wehrstrafgesetz
YCGK	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YD	Yargıtay Dergisi
YÜHFD	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

GİRİŞ

Günümüzde hemen hemen tüm modern hukuk sistemlerinde ceza sorumluluğunun temelini, eylemi gerçekleştiren failin ceza normunu ihlal etme iradesi oluşturmaktadır. Hukuk kurallarına uyma yönündeki sadakat eksikliği olarak da ifade edilebilecek olan bu ihlal etme yönündeki irade kapsamında fail, gerçekleştirmiş olduğu suç teşkil eden eylem nedeniyle toplumsal olarak kınanmaktadır. Söz konusu bu kınamanın temelinde ise bireyin ceza normunun ondan beklenen davranış beklentilerini, kendi kendine karar verebilme iradesine rağmen karşılamaması, eylemlerini bu beklentiler ışığında kumanda etmemesi yani hukuka uygun olanı seçebilecek iken haksız olanı seçmesi yer almaktadır.

Failin eyleminin ortaya koyduğu hukuken tasvip edilmeyen bu düşünce yapısı nedeniyle “kınanması” ve bu nedenle ceza yaptırımına maruz kalması, fail hakkındaki değer(sizlik) yargısının sonucu olarak gerçekleştirilmektedir. Failde bulunan söz konusu bu iradenin kınanması ve ceza yaptırımı ile toplumsal reaksiyona tabi tutulması anlayışı, Latince “*Actus non facit reum nisi mens sit rea*” olarak ifade edilen “akıl suçlu olmadıkça bir fiil, gerçekleştiren kişiyi suçlu yapmaz.” anlayışıdır. Burada ifade edilen husus kıta avrupalı hukuk sisteminin uygulandığı ülkelerde “kusur (=Schuld)”, Anglo-Sakson hukuk sisteminin uygulandığı ülkelerde ise “mens rea (=suçun manevi unsuru)” nu ifade etmektedir.

Normatif emir ve yasaklar içeren modern ceza hukuku sisteminin amacı, ceza yaptırımının haklı, yerinde ve gereken ölçüde, yani meşru bir şekilde, normu ihlal eden eylemlerde bulunan kişilere uygulanmasını temin ederek sosyal kontrolün sağlanmasıdır. Bu amaç doğrultusunda, şiddet uygulama tekeline sahip devletin salt emir ve yasakları tespit etmesi yetmemekte, ayrıca bu emir ve yasaklara uyma konusunda bireylerden beklentisinin de haklı bir gerekçeye dayanıyor olması gerekmektedir. Ceza normuna uyma beklentisi ancak, ceza normunun varlığını ve esasını algılayabilen, davranışlarını bu algı uyarınca normu ihlal etmeyecek çerçevede şekillendirebilen, hukuken yeterli erişkinliğe ulaşmış, davranışlarını zihinsel bir bozukluk etkisi altında sergilemeyen kişiler bakımından geçerli olmaktadır. Nitekim söz konusu beklentinin boşa çıkacağı baştan belli olan grupların

ceza yaptırımına maruz kalması hukuk devleti ilkesi ve insan onurunun zedelenmemesi ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

Kusur yeteneğini etkileyen hallerden biri olan “Akıl Hastalığı” durumu, insan davranışlarına etki etmesi, kişinin “değerler sistemi” olan hukuk düzeninde gerçek iradesine dayanan davranışları ile konumunu belirlemesi olanağını ortadan kaldırması nedeniyle önem arz etmektedir. Nitekim fail hakkındaki değer(sizlik) yargısı, failin tamamen kendisini yansıtan (herhangi bir etkiye maruz kalmamış) iç mekanizmalarındaki süreçler sonucu oluşan eylemi hakkında gerçekleştirilmektedir. Konunun başta adli psikiyatri ve kusur yeteneği ile ilgili olarak tıp ve hukuk alanını ilgilendirmesi, ancak aynı zamanda irade özgürlüğü kapsamında felsefe ve nöro bilimlerle de yakından ilişkili olması, konunun değişik bakış açıları ile incelenmesini zorunlu kılmaktadır. Konunun söz konusu disiplinler arası özelliği, anlaşılmasını ve bu alanda değişik bilim dalları arasında ortak bir dil oluşturmasını güçleştirmektedir.

Resmi istatistiklere göre, 2015 yılında Türk Ceza Mahkemeleri 3.828.481 hüküm vermiştir. Bu sayının 1358 adedi fail hakkında akıl hastalığı nedeniyle ceza sorumluluğunun olmadığı yönündedir. Yine Türkiye’de 2016 yılında gerçekleştirilen adli muayene sayılarına bakıldığında, toplamda 269.679 adet adli muayenenin 2942 adedi cezai ve hukuki ehliyet ile ilgili gerçekleştirildiği belirtilmektedir. Bu sayının 2006 yılında ise toplam 351.028 adet adli muayene içinde sadece 940 adet olduğu görülmektedir¹. Bu istatistiklerden de anlaşılacağı üzere akıl hastalığı nedeniyle ceza mahkemelerinde yapılan savunma sayısı gün geçtikçe artan bir özelliğe sahiptir. Hukuk uygulamasındaki artan yoğunluğun yanı sıra, konunun suç genel teorisinin merkezinde yer alan ceza sorumluluğu, kusur, kusur yeteneği gibi kavramlarla ilişkili olması konunun yakından incelenmesini gerekli kılmaktadır.

Kusur yeteneğine etki eden hal olarak akıl hastalığı konusu, ceza yaptırımı ile doğrudan ilişkili olması, ceza hukukunda öneme sahip içinde barındırdığı kavramsal ve içeriksel birçok sorun nedeniyle ve nihayet gün geçtikçe artan uygulaması nedeniyle yakından incelenmesi gereken bir konudur. Ceza hukukunda akıl

¹ Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, **Adli İstatistikler 2016**, s. 316. Bkz. <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/AdliIstPdf/2016.pdf> (Erişim Tarihi: 17.06.2017)

hastalığının kusur yeteneğine etkisi konusu, belirtilen önemine rağmen Türkiye’ de henüz doktora düzeyinde incelenmemiş bir konu olması özelliğiyle göze çarpmaktadır. Bu konu kapsamındaki tartışmalı hususlar hakkında tartışma zenginliği sağlanması, TCK m. 32 ve 57’ de yer alan “akıl hastalığı” ve “akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri”ne ilişkin düzenlemelerin olumlu ve olumsuz yönlerinin belirtilmesine, Türk ceza hukuku öğretisi ve uygulamasının diğer ülkelerle karşılaştırıldığında hangi konumda yer aldığını belirtmeye yardımcı olacaktır. Çalışmada ulusal ve uluslararası yayınlarda belirtilen tartışmalar sonucunda ulaşılan sonuçların, bu konuda daha iyi bir teori ve uygulamaya sahip olma hedefi çerçevesinde TCK hükümleri hakkında değişiklik önerisi şeklinde sunulması amaçlanmaktadır.

Çalışmada özellikle konu hakkında Alman ceza hukuku öğretisi ve uygulamasında yer alan tartışmalara yer verilmeye çalışılmıştır. Her ne kadar failin akıl hastası olması halinde ceza sorumluluğunun nasıl belirleneceği konusu, tüm modern ceza hukuku sistemlerinde yer alan temel bir konu olsa da, ülkemizin “Kıta Avrupası Hukuk Sistemi” nde yer alıyor olması nedeniyle bu ülke ceza hukuku öğretisi ve uygulamasından faydalanılmıştır. Alman ceza hukuku sisteminin ve öğretisinin diğer ülke akademisyenleri tarafından da görece gelişmiş olarak görülmesi ve özellikle kaynak zenginliği nedeniyle yabancı dil açısından Almanca tercih edilmiştir. Bu tercihte özellikle 5237 sayılı TCK’ nın hazırlığı sürecinde Alman ceza hukukunun etkili olması durumu da neden olarak gösterilebilecektir. Belirtilen nedenlerle Tübitak doktora tezi araştırma bursu kapsamında Almanya Georg-August Üniversitesi (Göttingen), Suç Bilimleri Enstitüsü, Tıp Ceza Hukuku ve Biyohukuk bölümünde misafir bilim insanı olarak araştırmalarda bulunulmuştur.

Ceza hukukunda akıl hastalığının kusur yeteneğine etkisi konusu disiplinler arası çalışmayı gerektiren bir konu olma özelliğine sahiptir. Bu nedenle çalışmanın içeriğinde el verdiği ölçüde felsefe, psikoloji, psikiyatri, sosyoloji, antropoloji, nörobilimler, davranış bilimleri vb. alanlardaki çalışmalara atıf yapma zorunluluğu doğmuştur. Söz konusu bu alanların kendine özgü terminolojisinin var olması ve hukukçuların bu kavramlara farklı anlamlar yükleyebilmesi nedeniyle konunun açıklanması ve anlaşılması güçleşmektedir. Özellikle çalışmada kullanılan bazı adli psikiyatri alanındaki eserlerde geçen kavramların, salt psikiyatri alanına özgü

olmaları nedeniyle genel tıp eğitimi alan kişiler tarafından dahi anlaşılması güçtür. Örneğin, “hastalık”, “bozukluk”, “akıl hastalığı”, “psişik bozukluk”, “psikopatolojik”, “psikiyatrik” ya da “somatik” hastalık gibi kavramların içeriğinin belirlenmesi günümüzde halen psikiyatri biliminde tartışılan konulardır. Bu nedenle çalışmanın hazırlanması sürecinde özellikle doğru kavramın seçilebilmesi açısından, hukukçular için anlaşılması güç bu kavramların araştırılması gerekmiştir. Araştırmada karşılaşılan en büyük zorluk söz konusu ifadelerin ne anlamlara geldiğinin anlaşılması olmuştur. Çalışmada karşılaşılan bir diğer zorluk ise, çalışmada kullanılan alt başlıklarda dahi özellikle Alman öğretisinde bu konuya ait geniş monografik eserlerin ve adli psikiyatri kitaplarının bulunmasıdır. Ceza hukukunda akıl hastalığının kusur yeteneğine etkisi konusu anlatılmaya çalışılırken “Kusur”, “Kusur Yeteneği”, “Azalmış Kusur Yeteneği”, “Adli Psikiyatride Akıl Hastalığı”, “Bir Psikiyatrik Kuruma Güvenlik Tedbiri Olarak Yatırılma”, “Adli Psikiyatrik Bilirkişilik” gibi konuların her birinin doktora tezi konusu olabileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Belirtilen konuların detaylı şekilde anlatılmaya çalışılması bir doktora tezi kapsamını aşacağından, ilgili konular sadece çalışma konumuzla ilgili olarak ortaya konulmaya çalışılacaktır. Çalışmada uygulanan bu yöntemle konunun genişliği nedeniyle karşılaşılan, her hususa değinme çabası şeklindeki zorluk, aşılmaya çalışılmıştır.

Ceza hukukunda akıl hastalığının kusur yeteneğine etkisi yakından incelendiğinde bu konunun; ceza hukukunda kusur ve kusurun içeriği, kusur yeteneği, bireylerin irade özgürlüğü, adli psikiyatrik inceleme (gözlem altına alma-psikiyatrik bilirkişilik), failin tehlikelilik arz etmesi nedeniyle uygulanacak akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri konuları ile ilişkili olduğu söylenebilir. Çalışmada esasen hedeflenenin akıl hastalığı konusunda ceza sorumluluğunu ilgilendiren maddi ceza hukuku tartışmalarına yer verilmesi olduğundan konu dört ana bölüme ayrılarak incelenmeye çalışılmıştır.

İlk bölümde, akıl hastalığı kavramı ve bu kavramın maddi ceza hukukunda nasıl ele alınması gerektiği anlatılmaya çalışılmıştır. Nitekim TCK m. 32’ de yer alan düzenlemede yer alan “akıl hastalığı” kavramının kapsamının belirlenmesi, hükmün uygulanma alanının da sınırını belirleyecektir. Bu nedenle ilk bölümde akıl hastalığı kavramı ve bu kavramın tarihsel gelişimi açıklanmaya çalışılmıştır. Bu hususlar

açıklandıktan sonra kusur yeteneğine etki eden hal olan “akıl hastalığı” ile benzer hukuki kurumlar arasındaki farklar açıklanmaya çalışılmıştır.

Belirtmek gerekir ki ceza hukukunda akıl hastalığının kusur yeteneğine etkisi konusu, özünde ceza hukukunda kusur konusu ile iç içe geçmiş bir konudur. Kişinin akıl hastalığı nedeniyle niçin ceza yaptırımını aracılığıyla kınanmadığı, sorumlu tutulmadığı ya da sınırlı şekilde sorumlu tutulduğu hususları, ceza hukukunda kusur ve kusur yeteneği kavramlarından ne anlaşılması gerektiği ile doğrudan ilişkilidir. Bu nedenle çalışmanın ikinci bölümünde kişinin hangi davranışları nedeniyle ve hangi gerekçe ile toplumsal olarak “kınandığı ya da kınanmadığı” konusu, yani kusur ve kusur yeteneği kavramları kısaca açıklanmaya çalışılmış, daha sonra konunun “akıl hastalığı” düzenlemesi ile ilişkisi üzerinde durulmaya çalışılmıştır. Bu nedenle ikinci bölüm başlığı olarak “Ceza Hukukunda Kusur Dogmatığı ve Akıl Hastalığı ile İlişkisi” başlığı seçilmiştir.

Üçüncü bölümde, kusur yeteneğini etkileyen hal olarak akıl hastalığı konusundaki sistemler, kusur yeteneği değerlendirmesinin bileşenleri ve nihayet kusur yeteneğini etkileyen hal olarak akıl hastalığı ve akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneği konuları üzerinde durulmuştur.

Nihayet dördüncü ve son bölümde, failin akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneğinin etkilenmiş olduğunun tespit edilmesi halinde, bu kişiler hakkında akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine ne şekilde ve hangi kapsamda başvurulacağı ele alınmaya çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

AKIL HASTALIĞI KAVRAMI, KAVRAMIN TARİHSEL GELİŞİMİ VE BENZER HUKUKİ KAVRAMLARDAN FARKI

I. AKIL HASTALIĞI KAVRAMI VE KAVRAMIN CEZA HUKUKU İLE İLİŞKİSİ

A. Akıl Hastalığı Kavramı

1. Hastalık ve Sağlık Kavramları

TCK m. 32’ de yer verilen “akıl hastalığı” kavramı, hem “akıl” hem de “hastalık” gibi birçok bilimsel disiplinde tartışmaların odağı haline gelmiş iki sözcükten oluşmaktadır. Aklın hasta olması şeklinde ifade edilebilecek bu sözcük tamlamasının hangi durumları kapsadığı, statik bir kavram olup olmadığı, niteleyici mi yoksa azalıp çoğalabilen yani nicel bir kavrama mı işaret ettiği önem arz etmektedir. Zira kanun metninde kullanılan bu kavramın kapsamının belirlenmesi, ilgili ceza normunun uygulanma alanını da belirleyecektir. Bu sorulara rasyonel bir cevabın verilebilmesi için öncelikle “hastalık” ve “sağlık” kavramlarının ne anlam ifade ettikleri araştırılmalıdır.

Hastalık, bireysel rahatsızlık² olarak kabul edilmektedir. Bir başka deyişle ilgilinin ve duruma bağlı olarak ilgililerin genel durumunun olumsuz hali olarak yorumlanmaktadır³. Bir durumun hastalık olarak kabul edilip edilemeyeceği ile ilgili değerlendirmelerdeki farklar da bu noktada ortaya çıkmaktadır. Örneğin homoseksüellik son yüzyılın sonlarına kadar psişik bir hastalık olarak kabul edilmiştir ve “erkekler arasında homoseksüellik” Almanya’ da 1994 yılında suç olmaktan çıkarılmıştır⁴. Birtakım yazarlar insanı doğanın bir parçası olarak

² Alm. “*individuelles Übel*”

³ Benno Zabel, “Der Krankheitsbegriff des § 20 StGB. Entwicklungen im Spannungsfeld von Psychiatrie, Philosophie und Strafrecht”, **Krankheit und Recht: Ethische und juristische Perspektiven** (Hrsg. Susanne Beck), Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 2017, s. 149.

⁴ Zabel, s. 149.

değerlendirerek, hastalığı bu konsept üzerinden açıklamaktadır. *Boorse* ve bazı diğer bilim insanları bu noktadan hareketle hastalığı, organizmanın *doğal olarak var olan işlevselliğinin* bir bozukluğu olduğunu kabul etmektedir⁵. *Boorse* göre, “*Hastalık, kişinin iç durumunun bir tipidir*” ve hastalık durumu, “...ya normal işlevselliğinin olumsuz etkilendiğinin bir göstergesi olmakta; yani bir veya birden fazla işlev yeteneğinin azalması sonucu tipik etkinliğin altında kalan bir durum teşkil etmekte, ya da çevresel faktörlerin etkisiyle işlev yeteneğinin sınırlandırıldığını göstermektedir. Sağlık ise, hastalığın yokluk halidir.”⁶ Böylece organik süreçlerin işlevselliği veya işlevsizlikleri, merkezi bir ayırt etme kriterine, yani nihayetinde bir sağlık ve hastalık kriterine dönüşmektedir⁷. Bu şekilde *Thomas Schramme*’nin önerdiği gibi hastalık ve sağlık olgularının birbirini tamamlayan⁸ iki perspektif olduğu kabul edilmiş olmaktadır. Bu yaklaşıma karşın Dünya Sağlık Örgütü’nün “sağlık” tanımında “hastalık” kavramının tam karşıtlığı görülmemektedir. Dünya Sağlık Örgütü (WHO)’nün tanımına göre, “*Sağlık, sadece hastalık ve engelin yokluğu değil, bütünüyle bedensel, ruhsal ve sosyal iyilik (huzur) halidir.*”⁹ Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere sağlık haline, hasta olmama halinden daha geniş bir anlam yüklenmektedir.

Benzer şekilde hastalık ve sağlık konseptlerinin tek taraflılık eğiliminde olduğu savunulmaktadır. Bir başka deyişle her iki kavramın birbirinin tam olarak zıttı olarak anlaşılması gerektiği söylenebilir. Ancak her iki pozisyonun da toplumsal etkiler geliştirdiği tartışmasızdır ve muhtemelen bu etkilerin kaynağında

⁵ Christopher Boorse, “Gesundheit als theoretischer Begriff”, **Krankheitstheorien** (Hrsg.: Thomas Schramme), Suhrkamp Verlag, Berlin, 2012, s. 63 vd.; Zabel, s. 150.

⁶ Boorse, s. 102.

⁷ Zabel, s. 150.

⁸ *Schramme* bu sonuca hastalık kavramının aksiyolojisi yani değer felsefesi ile ilişkisi sonucu ulaşmaktadır. Bkz. Thomas Schramme, “Einleitung: Die Begriffe »Gesundheit« und »Krankheit« in der philosophischen Diskussion”, **Krankheitstheorien** (Hrsg.: Thomas Schramme), Suhrkamp Verlag, Berlin, 2012, s. 33 vd.

⁹ Klaus Jost, **Forensisch-psychologische Begutachtung von Straftätern**, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 2008, s. 16; Hans Lohmann, **Krankheit oder Entfremdung? Psychische Probleme in der Überfluggesellschaft**, Georg Thieme Verlag, Stuttgart, 1978, s. 9; Daniel Callahan, “Die Gesundheitsdefinition der Weltgesundheitsorganisation”, **Krankheitstheorien** (Hrsg.: Thomas Schramme), Suhrkamp Verlag, Berlin, 2012, s. 191. Sağlık kavramının bir başka tanımına göre ise, “sağlık”, rahatsızlıktan veya her türlü sakatlıktan uzak olma ve organların işlemelerinde bir bozukluğun olmaması şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. Cevdet Aykan, **Aklın Sağlığı ve Hastalığı**, Başnur Matbaası, Ankara, 1969, s. 49.

da toplumsal değerlendirmeler yer alır¹⁰. Örneğin günümüzde hastalığın ya da hastalıkların tespitinin ve kabulünün bireye tıbbi tanılamada ve terapide büyük ölçüde *haklar* tanıdığı kabul edilmektedir. Kamu otoritesi ise, primlerle finanse edilen bir sağlık hizmeti çerçevesinde tedavileri ve terapileri organize etmekle *yükümlüdür*. Bu bağlamda hastalığın ya da hastalıkların teorik ve pratik olarak sadece ceza hukuku açısından değil, diğer hukuk dallarında da ele alınmasında daima elle tutulur ekonomik ve politik menfaatler söz konusu olmaktadır¹¹.

Häfner hastalığın, bir bireyin yaşam fonksiyonlarının herhangi istemsiz bir şekilde bozulduğu ve net bir zaman boyutuna sahip olan, kişisel refahın kaybıyla meydana çıkan ve genelde sonucunda toplumsal gereksinimleri yerine getirmeyi ağır şekilde kısıtlayan bir durum olduğunu belirtmektedir¹². Bunun dışında hastalığın bireyin davranışları üzerinden açıklandığı tanımlamalar da mevcuttur. Buna göre hastalık, bir anlamda kişinin görünüşü ve davranışı yönünden değişmesidir. Hasta kişinin, alışık olduğumuz şekli değişir. Kendisinden beklenen bazı davranışları yapamaz veya kendisinden beklenilmeyen şekillerde davranır¹³.

Hastalık terimi bir yandan tıbbi teorik¹⁴ tartışmaların önemli bir parçasıyken, öte yandan da teorik ve pratik tıp arasında bir köprü oluşturmaktadır¹⁵. Teorik tıbbi tartışmalar dâhilinde hastalık anlayışıyla ilgili olarak genel olarak *natiüralist*¹⁶ ve

¹⁰ Zabel, s. 150; Sağlık kavramının sadece, hastalık ve engelliliğin olmaması şeklinde tanımlanmadığı ve bu nedenle bu tanımın esas alınması durumunda “sağlıklı” olmanın istisna olacağı belirtilmektedir. Bkz. Lohmann, s. 9.

¹¹ Zabel, s. 150.

¹² Zabel, s. 146.

¹³ Aykan, s. 1.

¹⁴ Hastalık kavramı gibi sağlık kavramı da teorik olarak ele alınan bir kavramdır. Sağlık kavramının hastalık kavramına karşıtlık olarak kullanıldığı durumlarda kısaca hastalık, sağlık ile bağdaşabilir olmayan her şey olarak belirtilmektedir. Bkz. Boorse, s. 63.

¹⁵ Peter Hucklenbroich, “Die Wissenschaftstheorie des Krankheitsbegriff”, **Krankheitstheorien** (Hrsg.: Thomas Schramme), Suhrkamp Verlag, Berlin, 2012, (Krankheitsbegriff), s. 136 vd.; Orsolya Friedrich / Sebastian Schleidgen, “Das Verhältnis von Normalität und Normativität im Bereich der Psyche”, **Krankheit und Recht: Ethische und juristische Perspektiven** (Hrsg. Susanne Beck), Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 2017, s. 28.

¹⁶ “Doğal Tasarım” olarak da adlandırılabilir olan bu anlayışta sağlık, “*organizmanın doğal tasarımıyla uyum içerisinde çalışmasıdır. Eğer bireyin hayatta kalması ve üremesi için gerekli fizyolojik durumların bütünlüğü bozulmuşsa birey sağlıklıdır.*” Bkz. Zekeriya Aktürk, “Klinik Yaklaşım Yöntemleri: Hasta Merkezli Yöntem”, s. 8. <https://slideplayer.biz.tr/slide/3638710/> (Erişim Tarihi: 13.12.2018)

*normativist*¹⁷ teorik yaklaşımlar arasında ayırım yapılabilmektedir¹⁸. Hastalık tespitinde değerlendirici normlarda ısrar *olmadığında* natüralist bir hastalık anlayışı mevcuttur¹⁹. Çoğu *natüralist*, hastalığı insan üzerinde okunabilen, objektif bir fenomen (olgu) olarak değerlendirmektedir. Bu görüşteki kişiler, hastalığın fen bilimleri çerçevesinde belirlenebilen parametrelere indirgenmesinin mümkün olduğunu belirtmekte ve bu nedenle *işlevsel hastalık* kavramının benimsenmesi talebinde bulunmaktadır²⁰. Bu bakış açısında hastalık, organizmanın işlevselliğinin biyolojik statik normlara göre sapması olarak belirlenmektedir²¹. Bu durumda hastalık anlayışı, hem biyolojik işlev yüklemesi hem de istatistiksel normallik anlayışı tarafından biçimlendirilmektedir. Yani değerden arî olması gerekmektedir²². *İşlevler* denildiğinde örneğin belirli sistemik ve biyolojik hedeflerin (*Boorse*' e göre bireysel hayatta kalma ve üreme gibi) gerçekleştirilmesinde katkısı olan, süreçler ve yapılar gereklidir. Kıyas yapıldığında bilişsel ve diğer mental süreçler için de işlevler belirlenebilmekte olup²³ böylece işlevsel hastalık anlayışının psikişik hastalık için de geçerliliği olmaktadır²⁴. Burada önem arz eden husus olarak, psikişik işlevsellik, değer yargısından (örneğin iyi bir yaşam konusundan) bağımsız olarak belirlenmektedir. Bu durumda hastalığa ilişkin natüralist teorik yaklaşımda bulunan kişiler bile, kişinin hissettiği sübjektif acının²⁵ hastalığın bir bileşeni olduğunu inkâr etmemelerine neden olmaktadır²⁶.

¹⁷ Normativist teoriye göre, “Sağlık ve hastalık yüklenen değerlere göre değişir; tam olarak tanımlanamazlar. ‘İyi’, ‘Kötü’, ‘İstenen’, ‘İstenmeyen’ olarak neyi referans aldığımızı bağlıdır. Dolayısıyla bu kavramlar sosyal olarak belirlenir.” Bkz. Aktürk, s. 9.

¹⁸ Friedrich/ Schleidgen, s. 28.

¹⁹ Friedrich/ Schleidgen, s. 28.

²⁰ Aynı görüşte olan yazarlar hastalığı içsel, dışsal ve ortak dünyadaki işlev bozuklukları olarak görmektedir. Bu görüşler için bkz. Andreas Heinz, **Der Begriff der psychischen Krankheit**, Suhrkamp Verlag, Berlin, 2014, s. 98 vd.

²¹ Friedrich/ Schleidgen, s. 28.

²² Friedrich/ Schleidgen, s. 28-29.

²³ Modern psikiyatride pek çok akıl hastalığının natüralistik bir referans çerçevesi içinde algılandığı ve insanın mekanistik bir modelini içerdiği belirtilmektedir. Bkz. Erol Göka / Kemal Sayar, **Bir Bilim Olarak Psikiyatri**, Kaknüs Yayınları, İstanbul, 2001, s. 20.

²⁴ Friedrich/ Schleidgen, s. 29.

²⁵ Öznel acı ya da ızdırap durumunun psikişik hastalık kriteri olarak alınıp alınamayacağına ilişkin tartışmalar için bkz. Heinz, s. 138 vd.

²⁶ Friedrich/ Schleidgen, s. 29.

Normativistler ise hastalıkların hem biyolojik hem işlevsel yönlerinin olduğunu kabul etmekle birlikte hastalık tespitinin merkezine kişinin veya toplumun değer yargılarını yerleştirmektedirler. Böylece bir durum bizzat maruz kalan kişi veya toplum tarafından arzu edilmeyen veya değiştirilmesi gereken olarak kabul edildiği takdirde hastalıklı kabul edilmektedir. *Normativist* hastalık konseptlerinin getirdiği problemler, hastalık kavramına ilişkin yapılan tartışmalar çerçevesinde çok kez ele alınmıştır²⁷.

Hastalığa bağlı acı (ızdırap) ile farklı koşuldaki acı (ızdırap) veya istenmeyen durumlar arasında yeterli farklılık göstermeyen *normativist* hastalık teorileri olabilmektedir. Fakat *normativist* hastalık teorileri için yapılan bu eleştiriyle ilgili olarak dikkat edilmesi gereken en önemli nokta, istenmeyen durumların bu denli *medikalleştirilmesi (ilaca bağlanması)*, ancak medikalleştirilebilecek işlev bozukluklarının tanımlanabilmesi şartıyla mümkün olmaktadır. *Normativist* açıdan hastalık tablolarının günlük işlevlere veya sosyal işlevlere yayılmasının, en azından etki edilebilecek teorik veya natüralist bir uygunluğunun olması gerekmektedir²⁸. Bu şekilde, *natüralist* hastalık tespitinin ve sosyal fenomenlerin (olguların) normatif değerlendirmelerinin birbirine karşılıklı olarak etki ettiği ve bu şekilde yeni bir anormallik ürettiği bir döngü oluşmaktadır. Ruh sağlığı alanında anormalliğin konum değiştirmesinde “*normalliklerin (...) hiçbir zaman statik (aynı şekilde üreyen) değil, daha çok dinamik (yani tarihi olarak kuvvetli derecede değişiklik gösterebilen ve gelişen) sosyal konular*” olduğu anlaşılmaktadır²⁹.

Natüralistik veya *normativistik* hastalık yaklaşımları, birbirinden farklı, fakat yine de birbiriyle bağdaşabilen iki yaklaşım açısı olarak algılanabilmektedirler. İngiliz dilinde natüralist açıdan “*disease*” ifadesine yer verilirken sübjektif perspektifte buna “*illness*” denmektedir. Her iki konseptin karışımı gibi başkaca birçok tıbbi teorik yaklaşımlar da bulunmaktadır³⁰.

Hastalık kavramı hakkındaki tartışmalar, doğa bilimleri ve doğa felsefenin açıklanması ve yorumlanması için spesifik olan çok sayıda soru ve tartışma ile yakın ilişki içindedir. Bu nedenle sağlık veyahut hastalık kavramlarıyla ilgili yapılacak

²⁷ Friedrich/ Schleidgen, s. 29.

²⁸ Friedrich/ Schleidgen, s. 31.

²⁹ Friedrich/ Schleidgen, s. 31.

³⁰ Friedrich/ Schleidgen, s. 29.

değerlendirmelerde tıbbi olduğu kadar felsefi tartışmaların da ele alınması gerekmektedir. Zabel' e göre, psikoloji ve felsefi alanlardaki bilgi felsefesi (*epistemoloji*) ve hastalığın kavramsal tespiti, vücut ile ruh arasındaki ilişki olarak belirtilebilir. Bir başka deyişle somatik (bedensel) ve psikişik hastalık anlayışları arasındaki ilişkiye dayanmaktadır. Ancak aynı zamanda “kendi içindeki” statünün de dikkate alındığı, hastalığın toplumsal değerlendirmesi de bu hususta etkilidir³¹.

Felsefe kapsamında hastalık kavramında olduğu gibi “normallik” kavramından ne anlaşılması gerektiği de tartışılmaktadır. “*Normallik*” kavramının, bir normun tanımına yapılan terminolojik referansla baştan emredici (kurallara bağlı) bir doğaya sahip olup olmadığı veya istatistiksel sıklık anlamında tamamen tanımlayıcı olarak kullanılıp kullanılmadığı sorusu üzerine yoğun bir tartışma söz konusudur. Terimin çift anlamlı olmasının belirsizliği, Latince'den bilinen "*norma*" sözcüğünden ortaya çıkmaktadır. Buna göre yeni Latince' de hem "*normalis*" hem de "*normativus*", yani etik veya hukuki bir “norm” veya “normal” anlamı türetilmektedir³².

Normatiflik bağlayıcılık, geçerlilik, kanuni güç, garanti, (yasal) geçerlilik veya etkililik olarak tanımlanabilir. Bu, Kantçı düşünme geleneğinde sadece doğal kanunlara değil, aynı zamanda ahlaki birer varlık olarak bizzat kurmuş olduğumuz ve bağlayıcı niteliğini tanımış olduğumuz kurallara da tabi olduğumuz anlamına gelmektedir. *Normallik* ile *normatiflik* arasındaki fark, öncelikle şu şekilde özetlenebilir: Normallik için belirleyici olan "normallik sınırı" istatistiksel frekansların tanımlamasıyla belirleniyorken, normatif alanda "normun ihlali" önem arz etmektedir³³. Psikişik hastalık kavramının içeriğinin belirlenmesi için ise, söz konusu bu “anormalliğin” tıbbi olarak konstrüksiyonunun gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Hastalık kavramının bir genel anlamıyla, bir de *özel*, *fenotipik* anlamıyla anlaşılabilceği konusunda büyük ölçüde hem fikirlik söz konusudur. Genel perspektif, hastalık ve sağlık kavramının *genel* kriterlerini formüle etmeye çalışırken,

³¹ Zabel, s. 147.

³² Friedrich/ Schleidgen, s. 27.

³³ Friedrich/ Schleidgen, s. 27.

özel ve fenotipik perspektif, somut biçimlerle, bireysel hastalık örneği olarak depresyonla, şizofreniyle veya psikozla ilgilidir³⁴.

Sağlık, hastalık ve anormallik kavramları esasen “normallik” tartışması ile yakın ilişki içindedir. Bir düşünce modeline göre, “sağlık” kavramı tıbbi olarak pozitif şekilde değerlendirmiş normallik içinde görülebilir. Hastalık ve anormallik ise değişik değerlendirmeler ve bakış açıları altında normallikten sapma olarak görülmektedir³⁵. Ancak psikiyatride özellikle kişilik kavramının patolojik olanla normal olan ayrımını güçleştirdiği belirtilmektedir³⁶.

Bu noktada *Foucault* organik patoloji ile zihin patolojisindeki “normallik” ve “hasta olma” tanımlarının farklılığına dikkat çekmektedir. Bu görüşe göre, organik patoloji ile zihin patolojisi olguları arasında ne bir soyut paralellik ne de bütünsel bir bağ kurulabilir. Birinden diğerine, soyutlama şemaları, normallik kriterleri ya da hasta birey tanımını aktarmak imkânsızdır³⁷. Benzer şekilde “Akıl Hastalığı Miti” çalışmasında *Szasz* da, “akıl hastalığı” teriminin bir metafor olduğunu, bedensel hastalığın, akıl hastalığı ile ilişkisinin bozuk televizyon alıcısının kötü televizyon programıyla ilişkisi gibi olduğunu belirtmektedir³⁸. Bu nedenle zihinsel hastalıklı durumlar, buna ilişkin ön kabullerden farklı ele alınmalıdır. Diğer bir deyişle bir zihinsel hastalığın ortaya çıkarılabilmesi için o alana özgü kabullerden ayrılmak gerekir. Çünkü her akıl hastalığı türü ve birey, kendine özgü özellikler içerir. Öyleyse, hastalıkla ilgili soyutlamalardan öte insanın kendisine atıfta bulunarak, akıl hastalığının özgünlüğünü analiz edip, psikolojinin akıl hastalığında açığa çıkardığı somut biçimlerin araştırılması gerekmektedir³⁹.

³⁴ Zabel, s. 148.

³⁵ Martin Geschwind / Franz Petersohn / Erardo Cristoforo Rautenberg, **Die Beurteilung psychiatrischer Gutachten im Strafprozeß**, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1982, s. 63.

³⁶ Michel Foucault, **Akıl hastalığı ve Psikoloji** (Çev. Emre Bayoğlu), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2014, s. 20.

³⁷ Foucault, s. 22.

³⁸ Aktaran T. S. Champlin, “Akıl Hastalığının Nedeni Üzerine Felsefi Mülâhazalar”, **Bir Bilim Olarak Psikiyatri** (Yayına Hazırlayan: Erol Göka/ Kemal Sayar), Kaknüs Yayınları, İstanbul, 2001, s. 127.

³⁹ Foucault, s. 22-23.

Kanımızca “hastalık” kavramının nitel bir duruma işaret ettiği belirtilmelidir. Nasıl ki biraz savaş, biraz barıştan söz edilemeyecek ise⁴⁰, az hastalık ya da çok hastalık durumundan da söz edilemez. Günlük kullanımdaki “çok hastayım” ifade tarzı, daha çok hastalık belirtilerinin ya da kişi üzerindeki etkilerinin derecesine vurgu yapan bir kullanım şeklidir.

2. (A)normalliğin Tıbbi Konstrüksiyonu (*Psikiyatrik Hastalık Kavramı*)

a. Temel Kavramların İçeriğinin Açıklanması

(1) Psikiyatride Bozukluk Kavramı

Modern psikiyatri ağırlıklı olarak teorik olmayan şekilde “bozukluk” konseptiyle çalışmaktadır. Uluslararası psikiyatrik tanı ve sınıflandırmada kullanılan ve kabul görmüş ICD-10 ve DSM-5 kaynakları da “hastalık” kavramının problemlili yapısı nedeniyle “zihinsel bozukluk (İng. *mental disorder*, Alm. *geistige Störung*)” kavramını kullanmaktadır. Dünya Sağlık Örgütü’ nün yayınladığı ICD-10’ da bu durum şöyle ifade edilmektedir: “ ‘Hastalık’ ve ‘rahatsızlık’ ifadelerinin doğasından kaynaklanan daha da büyük sorunların önüne geçmek için ‘bozukluk’ ifadesi sınıflandırmanın bütününde kullanılmaktadır. ‘Bozukluk’ kesin bir ifade değildir ancak buradaki kullanım amacı çoğu zaman sıkıntıyla ya da kişisel fonksiyonların aksamasıyla ilişkilendirilen ve klinik olarak tespit edilebilecek bir dizi semptomun ya da davranışın varlığını ifade etmek için kullanılmaktadır. Kişisel fonksiyon bozukluğuyla birlikte görülmeyen sosyal sapkınlık ya da sosyal çatışma, burada tanımlandığı şekilde zihinsel bozukluk kapsamına girmez.”⁴¹

Bu bağlamda çeşitli bozulmuş fonksiyonların hastalıklı olan, hastalıklı olmayan veya “hastalık boyutunda kabul edilen” bozukluklar arasında bir ayırım

⁴⁰ Hakeri bu benzetmeyi suçun unsurlarından olan “hukuka aykırılık” için kullanmıştır. Bkz. Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 313.

⁴¹ Dünya Sağlık Örgütü (WHO), **Zihinsel ve Davranışsal Bozuklukların Sınıflandırılması** (The ICD-10 Classification of Mental and Behavioural Disorders), s. 11. Bkz. <https://www.who.int/classifications/icd/en/bluebook.pdf> (Erişim Tarihi: 15.06. 2018)

yapılmaksızın tarif edilmesi sağlanmaktadır⁴². Böylelikle “hastalıklar” ve hatta sübjektif (öznel) yaşantı da kapsam dışı bırakılmamıştır. Örneğin kişinin durumunu “Ben hastayım” şeklinde dile getirmesinde olduğu gibi. Hukuksal değerlendirme için sıklıkla, bir insanın - bir ya da birden fazla bozukluk sonucu- “hasta” olduğunun saptanması yeterli görülmektedir. Kendisinde birden fazla psikişik işlev hasarı olduğu saptanan insanlar da sonuçta tek başına ya da kompleks psikişik bozukluk tablosu göstermektedir⁴³. Bu durum maruz kalınan işlev bozukluklarının adedi vasıtasıyla değil, bunun yerine niyet oluşumu, eylem kontrolü ve sosyal etkileşim koşulları göz önüne alınarak bozuklukların niteliği ve yoğunluğuna göre değerlendirilir⁴⁴. Bu nedenle “birden fazla psikişik bozukluğun kümülasyonu” öncelikli olarak belirli, ayırıcı bir bakış açısının ifadesidir. Kendisine bu gözle bakılan insan muhtemelen “birden fazla bozukluğu” kendisinde hissetmeyecek, bunun yerine çok yönlü, fakat birbiriyle ilintili bir şekilde kendisini zarar görmüş, başka bir deyişle etki altında bırakılmış hissedecektir. Bu durum aynı şekilde, birden fazla kişilik bozukluğu tanısı konması durumunda da geçerlidir. Bu insan da sadece yegâne, kendi dengesizliği (=uyumsuzluğu) içinde özellikle kompleks bir kişiliğe sahiptir⁴⁵.

Bozukluk ifadesinden yalnızca, önceden failde bulunan sağlıklı bir durumun bozulduğu ya da zedelendiği anlaşılmalıdır. Böyle düşünüldüğünde doğuştan gelen hastalıklar ve noksanlıklar (*defektler*) anlaşılmayabilir. Daha ziyade yalnızca sonradan sağlığa etki eden bir noksanlık değil, bunun yerine normal bir durumdan her türlü sapma kast edilmiştir. Bu nedenle “bozukluk” normalliğe karşıtlığı tanımlamaktadır⁴⁶. Bozukluk kavramı edinilmiş veya doğuştan gelen⁴⁷, geçici veya sürekli zarar görme durumlarını kapsamaktadır⁴⁸.

⁴² Hans-Ludwig Kröber, “Steuerungsfähigkeit und Willensfreiheit aus psychiatrischer Sicht”, **Handbuch der Forensischen Psychiatrie Band 1** (Hrsg.: H.-L. Kröber/ D. Dölling/ N. Leygraf/ H. Sass), Steinkopff Verlag, Berlin, Heidelberg, 2007, (Steuerungsfähigkeit und Willensfreiheit), s. 161.

⁴³ Kröber, Steuerungsfähigkeit und Willensfreiheit, s. 161.

⁴⁴ Kröber, Steuerungsfähigkeit und Willensfreiheit, s. 161.

⁴⁵ Kröber, Steuerungsfähigkeit und Willensfreiheit, s. 161.

⁴⁶ Bozukluk kavramının karşıt anlamından hareketle açıklanması gerektiği söylenmektedir. Buna göre bozulmamış, yani ortalama normal olandan hareketle “bozukluk” açıklanabilir. Bkz. Adolf Schöcker/ Hörst Schröder, **Strafgesetzbuch Kommentar**, C.H. Beck Verlag, München, 2014, § 20, kn. 7.

Bozukluklar, hastalıklarda olduğu gibi sebebi ve sonucu belli durumlar olmamaktadır. Bir başka deyişle bozuklukların süreçleri ve nedenselliği bilinmemektedir. Ne zaman ki bozukluklar nedensellikleri belli olan bir yapıya dönüşürlerse, o zaman hastalıktan bahsedilebilmektedir⁴⁹.

“Ruhsal (*Psşik*) bozukluk” kavramı ceza hukukunda özgür olma veya olmama, kusur yeteneğine sahip olma veya olmama, sorumlu veya sorumsuz olma gibi; tabiri caizse “*normatif açıdan kimseye ait olmayan sınır bir bölgede*⁵⁰” yer almaktadır⁵¹. Klinik açıdan önem arz eden, özellikle failin yatırılmasını gerektiren psşik bozukluk ve psiko-patolojik hastalık tespiti hakkındaki belirlemedir. Ancak normal ile anormal arasındaki sınırların nerede olacağı kesin olarak aydınlatılmış bir husus değildir⁵².

(2) “Akıl”, “Zihinsel”, “Psşik” ve “Ruhsal” Kavramları

Bireylerdeki bilişsel, düşünsel, duygusal ya da davranışsal anormallikleri tarif etmek ya da bu alanları karşılamak için “akıl ya da aklı”, “zihinsel”, “psşik” ya da “ruhsal” hastalık ya da bozukluktan bahsedilmektedir. Bir başka deyişle bu kavramlar esasında “hastalık” ya da “bozukluk” durumunun konusunu oluşturmaktadır. Hastalık ya da bozukluğun hangi alanda gerçekleştiği tıbbi açıdan değişik adlandırmalarla ifade edilebilirse de, ceza kanunlarında kullanılan kavramların içeriğinden ne anlaşılması gerektiğinin belirli ve öngörülebilir olması gerekliliği nedeniyle, bu kavramlar arasında fark olup olmadığı ya da birbiri yerine

⁴⁷ Heinz Schöch, **Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch: StGB, Band 1 Einleitung: §§ 1 bis 31**, De Gruyter, Berlin, 2007, § 20, kn. 59; Karl Lackner/ Kristian Kühl, **Strafgesetzbuch Kommentar**, C.H. Beck Verlag, München, 2014, § 20, kn. 3.

⁴⁸ Hans-Ludwig Schreiber/ Henning Rosenau, “Rechtliche Grundlagen der psychiatrischen Begutachtung”, **Psychiatrische Begutachtung: Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen** (Hrsg. Harald Dreßig/ Elmar Habermeyer), Elsevier Urban & Fischer Verlag, München, 2015, s. 95; Theodor Lenckner, “Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit”, **Handbuch der forensische Psychiatrie I** (Hrsg. H. Göppinger/ H. Witter), Springer-Verlag, Berlin, 1974, s. 103.

⁴⁹ Tahir Özakkaş, **DSM, ICD Ruhsal Hastalıkların Sınıflandırılması: 11. BPT Eylül 2012 Ders Notları**, Psikoterapi Enstitüsü Eğitim Yayınları, İstanbul, 2014, s. 9.

⁵⁰ Alm. “*normatives Niemandland*”

⁵¹ Zabel, s. 162; *Lohmann* sağlıklı ve hasta olma durumları için de aynı yorumu yapmaktadır. Bu kavramlar arasında kimseye ait olmayan bir bölge yer almaktadır. Bkz. *Lohmann*, s. 71.

⁵² Zabel, s. 162.

kullanılan bu kavramların içeriklerinin örtüşüp örtüşmediği önem arz eden bir konudur. Örneğin, Alman Ceza Kanunu § 20' de “*ruhsal bozukluk*⁵³” kavramı kullanılmıştır. *Rasch/Konrad*’ a göre, kusur yeteneğinin kurgulanmasında eylem anında failde bir psişik bozukluğun bulunup bulunmadığı sorgulanmaktadır. Yasada yer alan faildeki zihinsel veya ruhsal anormalliği ifade eden özellikler, “*psişik özellik*” lerdir⁵⁴.

Doğanın en karmaşık iki olgusunun, insanın kognitif süreçleri ve beyni olduğu, bundan daha karmaşığının ise bunların ilişkisi olduğu belirtilmektedir⁵⁵. Birey zihin ve bedeniyle bir bütündür. Bu iki ögenin ilişkisi, “zihin-beden sorunu” kapsamında ele alınmıştır ve değişik teorilerle açıklanmaya çalışılmıştır⁵⁶.

“Ruh” kavramı sıklıkla “zihin” kavramı yerine ya da eş anlamlı olacak şekilde kullanılmaktadır. Aslında İngilizce “*mind*” sözcüğünün karşılığının zihin olduğu, ancak Türkçe’ de bu sözcüğün ifade ettiği anlamın sıklıkla (ve yanlışlıkla) “ruh” sözcüğü ile karşılandığı belirtilmektedir⁵⁷. Vurguyu daha çok zihne yapan ve beyni, beynin süreçlerini adeta görmezden gelen “beynin dışlandığı” psikiyatri ile insan duygu ve davranışlarını tamamen beynin işlevleriyle açıklayan, toplumsal ve kişisel bağlamları göz ardı eden “zihnin dışlandığı” psikiyatrinin mücadele içerisinde oldukları söylenmektedir⁵⁸.

“Psişik” kavramı ile de aslında “ruhsal” alanın kastedildiği belirtilebilir. Uluslararası kabul görmüş psikiyatrik sınıflandırma referans kaynaklarına bakıldığında ise, İngilizce “*mental*” kavramının tercih edildiği görülmektedir. “Zihinsel” ya da “aklı” olarak çevrilebilecek bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği önem arz eden bir konudur. Amerikan Psikiyatri Örgütü’ nün yayınladığı Zihinsel

⁵³ Alm. “*seelische Störung*”

⁵⁴ Wilfried Rasch/ Norbert Konrad, **Forensische Psychiatrie 3. Auflage**, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 2004, s. 67.

⁵⁵ Sirel Karakaş, “Kognitif Nörobilimde Açıklamalar: Kuram ve Modeller”, **Kognitif Nörobilimler 3. Baskı** (Editör: S. Karakaş), Nobel Tıp Kitabevi, Ankara, 2010, (Kognitif Nörobilimde Açıklamalar), s. 4.

⁵⁶ Bu teoriler hakkında geniş bilgi için bkz. Karakaş, Kognitif Nörobilimde Açıklamalar, s. 4 vd.; Sirel Karakaş / Belma Bekçi, “Zihin/davranış ile Beden/organizma İlişkilerini Ele Alan Bilim Dallarının Doğuşu ve Gelişimi”, **NeuroQuantology**, 2003/2, s. 232 vd.

⁵⁷ Göka/ Sayar, s. 9.

⁵⁸ Göka/ Sayar, s. 9.

Bozuklukların Tanısal ve İstatistiksel El Kitabı DSM-IV⁵⁹ adlı kaynakta “*mental*” kavramı, a) ruh haline, düşünce esasına ilişkin içsel deneyimler ya da duygusal deneyimler, b) davranış biçimleri (kalıbı/örgüleri) ve c) öğrenme, sosyal anlayış ve gerçeklik değerlendirmesi gibi bilişsel işlevler, şeklinde tanımlanmaktadır⁶⁰. “Ruhsal” alanın da benzer şekilde insanî tüm psişik alanı, yani zihinsel ve duygusal alanı kapsadığı belirtilmektedir⁶¹.

Modern psikiyatrik sınıflamada hastalık veya bozuklukla bireyde sıkıntıya ve/veya yeti kaybına yol açan psikososyal veya biyolojik bir işlev bozukluğu kastedilmektedir⁶². Bedensel hastalık modeli kullanılırsa, ruhsal işleyişin normal olarak bilinen işleyişin dışına çıktığı durumlara ruhsal hastalık denilmektedir. Bedensel yapı ele alındığında çok da sorun olmadan bir normallik tanımı yapılabileceğinden bedensel hastalığı tanımlamak görece daha kolaydır. Oysa ruhsal alan için normalin tanımını yapabilmek yani hangi duygu, düşünce ve davranışın normal olmadığını belirlemek ya da hastalık belirtisi olduğunu söyleyebilmek güçtür⁶³.

(3) Psikopatoloji Kavramı

Psikopatoloji, başka bir deyişle “ruhsal acılar öğretisi” psikiyatrinin en önemli çalışma alanını oluşturur. Psikopatoloji ruhsal, sosyal⁶⁴ ve biyolojik ilişkiler içinde anormal yaşantı, durum ve davranışla ilgilenir. Psikopatoloji, tıpkı patolojinin tıbbın dahiliye alanı karşısında olduğu gibi, psikolojik düşünce kategorilerini psişik

⁵⁹ “*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*”

⁶⁰ Henrik Anckarsäter / Susanna Radovic / Christer Svennerlind / Pontus Höglund / Filip Radovic, “Mental disorder is a cause of crime: The cornerstone of forensic psychiatry”, **International Journal of Law and Psychiatric**, 32/ 2009, s. 343.

⁶¹ Schönke/ Schröder, § 20, kn. 8. *Ünver*’ e göre, TCK m. 32’ de kullanılan “akıl hastalığı” kavramı, salt biyolojik nitelikli hastalıkları kapsayan bir terimdir ve bu nedenle tüm ruh hastalıklarını içermemektedir. Bu nedenle kanun metninde “ruh hastalığı” teriminin kullanılması daha yerinde olacaktır. Bkz. Yener Ünver, “Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri”, **IV. Sağlık Hukuku Kurultayı (23- 24 Eylül 2011)**, Ankara Barosu Yayını, Ankara, 2012, (“Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri”), s. 137-138.

⁶² M. Hakan Türkçapar / Erol Göka, “Psikiyatrinin İşlevi”, **Kriz Dergisi**, 3(1-2), s. 201.

⁶³ Türkçapar/ Göka, s. 202.

⁶⁴ Psişik hastalık ve sosyal katılım bozukluğu ilişkisi için bkz. Heinz, s. 157 vd.

hastalıklara uygulayan bir bilim olarak klinik psikiyatrinin karşısında yerini alır⁶⁵. Psikopatolojinin pratikteki görevi, psişik bozuklukları açıklamak, teşhis etmek ve sınıflandırmaktır. Aynı zamanda bu bozuklukların iç bağlantılarını ve insanlar arası olaylarla ilişkilerini anlamakla da iştigal eder. Psikopatoloji, psikiyatrik bilirkişiliğin merkezi dayanak noktasıdır⁶⁶.

Psikopatoloji, psişik fenomenleri (olguları) ve bunların çeşitli psişik hastalıklarda nasıl meydana geldiğini anlamak, açıklamak ve sistematize etmekle ilgilenir. Psikopatoloji, psikolojinin alanına giren ve rahatsız edici olmayan psişik olguların bilimsel olarak anlaşılması konusundan kesin olarak ayrılmaz; fakat bunun bir parçası da değildir. Psikopatoloji, belirli metodik bir bakış açısıyla değil, yaklaşık olarak nöro bilimlere veya sosyal bilimlere dayalı bakış açısıyla tespit edilmiştir. Psikopatoloji, ister tanı koymada ya da terapide, isterse de araştırma alanında olsun, uygulamalı psikiyatrik çalışma için kullanılan temel, metodik ve içeriksel bir aracı temsil eder⁶⁷.

Psikopatoloji kavramından, hastalıklı yaşantının ve davranışın açıklayıcı ve sınıflandırıcı araştırılması anlaşılmalıdır. Bu bakımdan psişik bozuklukların yaşantı ve biyografisiyle ilişkili koşullar açısından araştırılmasını da kapsamaktadır. Psikopatoloji insanlardaki zihinsel ve ruhsal anormalliklerin gözlenmesine, açıklanmasına ve yapılandırılmasına dayanır. Bu anormallikler ilgili kişinin sözel bildirimlerinden, davranışın gözlenmesi yoluyla ve psikometri verilerinden anlaşılmalıdır⁶⁸.

Psikopatolojik görüşlere göre, bir insana davranışları yönünden “normal” denildiğinde anlatılmak istenen, bu kişide hiçbir hastalık belirtisinin bulunmadığı ya

⁶⁵ Foucault organik patoloji ile zihin patolojisindeki “normallik” ve “hasta olma” tanımlarının farklılığına dikkat çekmektedir. Bu görüşe göre, organik patoloji ile zihin patolojisi olguları arasında ne bir soyut paralellik ne de bütünsel bir bağ kurulabilir. Birinden diğerine, soyutlama şemaları, normallik kriterleri ya da hasta birey tanımını aktarmak imkânsızdır. Bkz. Foucault, s. 22-23.

⁶⁶ Reinhard Haller, **Das psychiatrische Gutachten 2. Auflage**, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2008, s. 1.

⁶⁷ P. Hoff / H.Sass, “Psychopathologische Grundlagen der forensischen Psychiatrie”, **Handbuch der Forensischen Psychiatrie Band 2** (Hrsg.: H.-L. Kröber/ D. Dölling/ N. Leygraf/ H. Sass), Steinkopff Verlag, Berlin, Heidelberg, 2010, s. 4.

⁶⁸ Theo R. Payk, **Pathopsychologie: Vom Symptom zur Diagnose**, Springer-Verlag, Heidelberg, 2002, s. 8.

da çevreye uyma gücünün iyi olduğudur. Nörotik⁶⁹ olarak adlandırılan kişide histerik, fobik, obsesif semptomların var olduğu anlatılmak istenmektedir. Psikotik kişilerde ise, kişide düşünce, duygu bozukluğunun ve hezeyanların var olduğu söylenebilir. Psikoanalitik görüş ise “gerçekle ilişki” deyimini kullanmaktadır. Bu anlayışa göre “normal” gerçekle tam ilişki içinde olan kişi; nörotik gerçekle ilişkisi bir ölçüde kusurlu olan kişi ve psikotik kişi ise gerçekle ilişkisi ileri derecede kopmuş veya bozulmuş kişi demektir⁷⁰.

Psikopatolojik semptomlar (Yunanca: *simptoma* = tuhafılık, gariplik) *diyagnostik(tanusal)*⁷¹ yapı taşları olarak fenomenolojik anlamda ayırt edilmesi gereken ve operasyonalize edilebilir en küçük bozukluk ünitelerini temsil etmektedir. Bu üniteler sözel olarak karakterize edilebilir⁷². Diğer bir deyişle semptom kavramı aynı zamanda bir hastalığın belirtisi ile eş anlamlı olarak kullanılmaktadır⁷³. Semptomların bir demet halinde bulunması durumunda ise sendromdan söz edilmektedir. Örneğin, şizofreniden bahsedildiğinde çok değişik belirti ve bulgularla seyredilen bir sendromlar spektrumunun kastedildiği söylenebilir. Şizofreninin tek bir hastalık antitesi, yani özgün durumu olmadığı, bu başlık altında toplanan durumların birbirinden bağımsız hastalıklar olabileceği sıkça dile getirilmektedir⁷⁴.

Biyolojik psikiyatri yaklaşımına göre ise psikopatoloji (ruhsal bozukluklar), psikolojik işlevleri yürüten muhtelif beyin sistemlerindeki bozuk süreçlerin bir görünümüdür. Bu yüzden ki psikopatoloji biyolojiyi içermektedir⁷⁵.

⁶⁹ Güncel Türkçe sözlükte nörotik (Fr. *neurotique*), *ruhsal sorunlar nedeniyle kaygı, sıkıntı, takıntı gibi rahatsızlıkları olan kimse* olarak tanımlanmaktadır. Bkz. www.tdk.gov.tr.

⁷⁰ Aykan, s. 47-48.

⁷¹ *Tanı* ya da *Tanı koyma* (“*Diagnose/ Diagnostik*”), spesifik bir tedavi (terapi) planının hedefiyle bir hastalığın tanımlaması için somut bir hasta üzerinden toplanan tüm mevcut bilgilerin yoğunlaşmış biçimde ortaya konmasını ifade eder. Psikiyatrik hastalık kavramı sonuçta münferit vakadan soyutlama yapar ve “nozolojik oluşumlar” hakkındaki karakteristik klinik üniteleri “hastalıklar” veya “bozukluklar” anlamında bir araya toplar (=özetler). Bkz. Hoff/ Sass, s. 4.

⁷² Payk, s. 44.

⁷³ Aykan, s. 23.

⁷⁴ Göka/ Sayar, s. 20.

⁷⁵ Göka/ Sayar, s. 12-13.

b. Akıl Hastalığının Anlamı

“Normal”, “farklı” ve “hasta” kavramları üçlemesi, değişik şekillerde çiftler halinde ayrımlara tabi tutulabilmektedir. “Normal” ile “hasta”, “normal” ile “farklı” ve “farklı” ile “hasta” ayrımları için değişik bilimsel bakış açılarının bulunduğu söylenebilir. Bu ayrımlardan sadece ilk ayırım olan normal ile hasta ayırımı dar anlamda hastalık teorilerine ve bununla birlikte tıp bilimine ait bir tartışmayı beraberinde getirmektedir. Bunun dışında “normal ile “farklı” ayırımında daha çok sosyoloji ve sosyopsikoloji alanının, “farklı ve “hasta” ayırımında ise karşılaştırmacı ya da sınırlandırıcı bir biçimde ele alınan bilimsel teori alanlarının ön plana çıktığı söylenebilir⁷⁶.

Normalliğin tıbbi konstrüksiyonu, hastalık için bir konsept oluşturulmasına dayanmaktadır. Bu konseptte ise istatistiksel ve vaka karşılaştırma yöntemleri eklenmektedir⁷⁷. Tıp alanında normallik, çoğunlukla istatistiksel frekansların tanımlanması ile ilişkilendirilmektedir. İnsan üzerine yoğun bir şekilde toplanan veriler ve bunların istatistiksel değerlendirilmesi fenomeni ve bu şekilde kaydedilen normallik, 19. yüzyıl itibarıyla görülmektedir⁷⁸. Böylece hastalık kavramının bu zaman diliminden bu yana değişim içinde olduğu söylenebilir.

Hastalığın (hastalıkların) statüsü hakkındaki tartışma iki yönlüdür⁷⁹: İlk olarak hastalık ve sağlık kavramlarının teori ve uygulamasının ayırt edilmesi söz konusudur. Tıpta, psikiyatride ve hatta psikolojide *normallik* ile *anormallik* arasında kendiliğinden anlaşılan bir ayırt etme vardır⁸⁰. Ama önceden olduğu gibi günümüzde de, bu anormallik ya da normalliğin nasıl tespit edildiği konusunda fikir ayrılıkları vardır. Bu noktada sorulması gereken sorular şu şekilde belirtilebilir⁸¹: Anormallik ya da normalliğin tespiti konusunda dikkate alınması gereken biyolojik, fizyolojik ve

⁷⁶ Peter Hucklenbroich, “ ‘Normal-anders-krank’: Begriffsklärungen und theoretische Grundlagen zum Krankheitsbegriff”, **Normal-anders-krank?: Akzeptanz, Stigmatisierung im Kontext der Medizin** (Hrsg. Dominik Groß/ Sabine Müller/ Jan Steinmetzer), MWV Medizinisch Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Berlin, 2008, (Normal-anders-krank), s. 3.

⁷⁷ Hucklenbroich, Normal-anders-krank, s. 25.

⁷⁸ Friedrich/ Schleidgen, s. 28.

⁷⁹ Zabel, s. 149.

⁸⁰ Zabel, s. 149.

⁸¹ Zabel, s. 149.

hatta psikolojik unsurlar hangileridir? Bu tür bir ayrım için nicel (istatistiksel) değerlendirmeler yeterli mi veya - bunların dışında – nitel kriterler gerekiyor mu? Bu sorular, hastalık kavramının *değer ilişkisi* veyahut *değer tarafsızlığı* (değer nötralitesi) sorusuyla bağlantılıdır. Burada aksiyoloji, yani değer felsefesi çerçevesinde hastalık kavramı ele alınmaktadır. Hastalık kavramının değer ilişkisine dayanan pozisyonlar, hastalıkların bireysel ve sosyal şartlardan bağımsız olarak tespit edilemeyeceğini belirtmektedir. Genelde burada öğretilerde *Engelhardt* tarafından savunulduğu gibi, *normatif* gerekçeli dayanaklar söz konusudur⁸².

Psişğin tıbbi normallığı için, istatistiksel normal dağılımın bir nevi antropolojik değişmez değer olarak alınması gerekmektedir. Sağlıklı ile hastalıklı arasında bir ayrım yapabilmek için sayısal aralıkları belirten normal değerlerin ve normal değer alanlarının uygulanması, bu konsept için önem arz etmektedir. Bu nedenle psişik normallığın tarif edilebilmesi için, temsili rutin örnekler yardımıyla istatistiksel olarak analiz edilebilecek, büyük miktarda verilerin tespit edilebilmesi şarttır⁸³. Esasen bu konseptte normallik “yaygın” olma durumuna göre belirlenmektedir. Sayısal anlamda az görülen, aynı zamanda yaygın olmayacak ve bu nedenle anormal sayılacaktır. Bu görüş doğrultusunda “normal” deyimiyile insanların çoğunluğunun davranışının anlatılmak istendiği söylenebilir⁸⁴.

Psişğin tıbbi normallığı için bu istatistiksel değerlere ihtiyaç duyan görüşler olduğu gibi, normallığın sosyal yönüne işaret eden görüşler de mevcuttur. Bu görüşe göre psişik olarak normal kişi, kendisiyle ve kendisine ait sosyokültürel çevresiyle uyum içinde yaşayan kişidir⁸⁵. Sosyal çevreye uyabilme, sosyal çevreye kişinin kabul edilmesi, beğenilmesi, kişinin kendi gerçek görüntüsünü ve olaylarda, ilişkilerde gerçeği kabul edebilme gücü (başka bir deyimle kendi ve çevresi hakkında gerçek anlayışa sahip olması), gerçeğe ilişkisinin devamı, akıl hastalığı ile ilgili olarak en çok kullanılan ölçüler olmuştur⁸⁶.

⁸² H. Tristram Engelhardt, “Die Begriffe »Gesundheit« und »Krankheit«”, **Krankheitstheorien** (Hrsg.: Thomas Schramme), Suhrkamp Verlag, Berlin, 2012, s. 41 vd.; Zabel, s. 149.

⁸³ Hucklenbroich, Normal-anders-krank, s. 17 vd.; Friedrich/ Schleidgen, s. 28.

⁸⁴ Aykan, s. 41.

⁸⁵ Haller, s. 2-3.

⁸⁶ Aykan, s. 50.

Jost' a göre, "normal" etiyolojik olarak, "kurala uygun olan", "olağan (alışılagelmiş)", "genel olarak alışılmış", "ortalama", "zihinsel sağlıklı" anlamına gelmektedir. "Anormal" ise "normal olmayan", "kurala karşı", "olağandışı (alışılagelmemiş)", "hastalıklı" anlamına gelmektedir. Buradan hareketle "anormal" şu şekillerde belirlenebilmektedir⁸⁷:

- İstatiksel Norm (bu bakımdan "anormal" olağandışı olan olacaktır)
- İdeal⁸⁸ Norm (bu bakımdan "anormal" ayıplanabilir olan olacaktır)
- Sosyal Norm (bu bakımdan "anormal" aykırı olan olacaktır)

Sağlıklı ve hasta arasında bir sınırın çizilmesi psikiyatri alanında, diğer tıp alanlarıyla kıyaslandığında daha güçtür. Bu durum psişik olguların (fenomenlerin) yalnızca sınırlı biçimde güvenilir olarak nicelleştirilmesiyle ilişkili olduğu kadar, aynı zamanda değerlendirmedeki büyük kültürel ve bireysel farklarla da ilişkilidir⁸⁹. Bunun dışında bazı yazarlar için hala daha masum bir anlama gelen "psişik hastalık" kavramının tercih edildiği görülmektedir. Bu kavram uygulamalı psikiyatrik tanı koymada, bilirkişi raporu düzenlemede ve tedavi planlamasında yalnızca sorunun merkezinde yer alan bir kavram değil, aynı zamanda beden-ruh sorunu, öznellik, otonomi gibi felsefenin özünde yer alan sorunlarla iç içe geçmiş bir kavramdır⁹⁰.

Genel olarak psikiyatri ve daha ziyade adli psikiyatri, tıbbi uzmanlık disiplinleri olarak bilim kuramı, sosyal bilimler ve fakat aynı zamanda dar anlamda politik sorunlarla da bağlıdır. Bu nedenle psikiyatri biliminin konusunun ne olduğu, bir psişik hastalığın kavramsal olarak nasıl ele alınması gerektiği, hangi hukuk kuralına dayanarak belirli durumlarda insanları bu türden bir hastalık nedeniyle onların muvafakatlerinin aleyhine bir kliniğe yatırılmaları ve tedavi edilmeleri için

⁸⁷ Jost, s. 14.

⁸⁸ Başka bir bakış açısı ile, normal deyiminden "ideal" anlamının çıkarılacağı savunulmaktadır. Bir kimse zeka, sağlık, güzellik yönlerinden ideal ölçülere ulaştığında, kendisine normal deneceği belirtilmektedir. Fakat bu ideal ölçüler, toplumda çoğunluğun ölçülerini temsil etmezler. Bkz. Aykan, s. 43. Bu görüş kanımızca amaca uygun değildir. Çünkü içeriğinin belirlenmesi çok zor olan "normal" kavramını, en az onun kadar problem teşkil eden "ideal" kavramı ile açıklamaya çalışmaktadır.

⁸⁹ Hoff/ Sass, s. 4.

⁹⁰ Hoff/ Sass, s. 4.

zorlanabilmeleri veya zorlanmak zorunda bırakılmaları hususunda yoğun tartışmalar olmuştur⁹¹.

Sağlıklı olarak değerlendirilen insanların da kendi psöşik işleyişleri içinde mükemmel olmadıkları; aldanabilir, bozulabilir, yanılıya düşmeye eğilimli olduğu haller görülebilecektir. Psikolojik açıdan normal olan temel becerilerin tartışılması, “hastalığın” normal olma durumunun çeşitlerinden ve normal olanın zayıflıklarından nasıl ayrıldığı göstermesi bakımından önem arz etmektedir. Hastalık, maruz kalan kişide özgür olmama haline neden olan, iradi olarak reddedemeyeceği, yazgısal olarak gelip çatan ve bedensel olarak kendisini gösteren bir durum deęişikliğidir⁹². Kişi, önemli işlevlerin büyük miktarda veya tamamen bozulmasıyla özgürlüğünü kaybetmektedir. Bunun dışında uygulamada psöşik hastalığın bulunmadığı durumlar için, yani kişinin psöşik sağlıklı olma durumunu ifade etmek için, kişinin “*zihinsel güçlerine tam sahiplik içinde*” olması durumunun gösterildiği görölmektedir⁹³.

Psikiyatrik alanda *Häfner*, *Blankenburg* ve son olarak *Helmchen*, “hastalık” saptamasında her bir sosyal fonksiyona göre çizilmiş farklı bir sınırın olduğuna dair göndermede bulunmuşlardır (hastalık sigortası kurumları, ceza hakimleri, evlilik tarafları vs. açısından). *Häfner*, özü dikkate alındığında genel bir hastalık kavramını, “*toplumsal görevlerin yerine getirilmemesinin nedeni olarak, psiko-psöşik organizmaya ait bir fonksiyon noksanlığı nedeniyle yapamama durumu*” ve aynı zamanda “*çoğunlukla huzurun (mutluluğun) kaybolmasıyla gerçekleşen vital fonksiyonların, istemsiz olarak ve önemli miktarda zarara uğraması*” olarak tespit etmiştir. *Blankenburg* ise, hastalık durumunun asıl belirleyici anının “*belirli bir yetersizlik*”, başka bir deyişle “*farklı bir şey yapamama*” durumu olduğunu belirtmektedir⁹⁴.

Bu konuda *Helmchen*, “*bu istemsiz ve önemli yapamama durumunun ağır karakteristik tabloda açık belirti*” olduğunu belirtmektedir. Fakat yazara göre, kuşku (=kesin olmayan) ve hafif bozuklukların çoğunluğunda bu yapamama durumunun mantıklı bir biçimde belirlenmesi sorunu ortaya çıkmaktadır. *Helmchen*’ e göre, özellikle doğrudan psöşik hastalık durumu yalnızca hasta ile hekim arasındaki

⁹¹ Hoff/ Sass, s. 4.

⁹² Kröber, Steuerungsfähigkeit und Willensfreiheit, s. 162.

⁹³ Lohmann, s. 33.

⁹⁴ Kröber, Steuerungsfähigkeit und Willensfreiheit, s. 162.

iletişimde kendisini fark ettirmektedir. Yine *Helmchen*' e göre, psikişik hastalık durumunun kabulü ya da reddedilmesi açısından “sosyal normallik” ölçütü fazla yardımcı olamaz, çünkü bu değişken bir uzlaşından başka bir şey değildir⁹⁵. *Helmchen*, hastalık konseptinin, tanı sistemlerinde olağan bir durum olduğu üzere, “bozukluk (İng. *Disorder*, Alm. *Störung*)” terimiyle ikame edilmesinin, hastalık ile sağlık arasındaki sınırın çizilmesi sorununu ziyadesiyle derinleştirdiği uyarısında bulunmaktadır⁹⁶.

Genel olarak psikişik hastalığın tanımı için çeşitli hastalık konseptlerinin harmanlanması, alışagelmış sınıflandırma sistemlerinde de görülmektedir. Buna göre Dünya Sağlık Örgütü (WHO) tarafından çıkarılmış olan ICD-10⁹⁷ sınıflandırılmasında, herhangi bir arıza durumunda bir işlev bozukluğu olması gerektiği gibi, bireysel ve sosyal faktörlerin de olması gerekmektedir. Bir başka deyişle işlev bozukluğunun yanı sıra, bireysel veya toplumsal olarak istenmeyen yönlerin mevcut olması da gerekmektedir. Aynı şekilde Alman Psikiyatri ve Psikoterapi, Psikosomatik ve Sinir Hastalıkları Derneği (DGPPN) de *Psikişik bozuklukların tanınması ve istatistiksel el kitabı* (DSM-V) için sunduğu eleştirisel görüşte, hastalıkları “*ilgili kişiye acı ve/veya zarar verici olan, organ işlevlerinin bozukluğu (...)*” olarak tanımlamaktadır⁹⁸.

Akıl hastalığının tanımının yapılabilmesi için sosyal ve manevi değerlerden çok, tıbbi ölçülerin kullanılmasının gerektiği savunulmaktadır. Buna göre, fizyolojik ve psikolojik işlevlere dayanan bir tanım yapılması yerinde olacaktır. Bu işlevlerin, yani fizyolojik ve psikolojik işlevlerin bütünlüğü, düzenli bir şekilde ve normal sınırlar içinde çalışıp çalışmaması ölçü olarak kabul edilmelidir. Genel olarak akıl hastalığı, normal psikolojik işlevlerin rahatsızlık verecek ya da işleyemeyecek derecede bozulduğunda mevcuttur⁹⁹. Esasen bu tanımlamada iki unsur akıl hastalığı kavramına hayat vermektedir. Bunlar; 1. İlgili kişide rahatsızlık (huzursuzluk)

⁹⁵ Aynı görüşte olan *Aykan*' a göre, akıl sağlığının anlaşılması bir tanımını bulmak zordur. Ölçü olarak toplumsal ve manevi değerler alınır, üstünde anlaşılabilir bir akıl hastalığı tanımı bulma daha da güçleşecektir. Bkz. *Aykan*, s. 50-51.

⁹⁶ Kröber, *Steuerungsfähigkeit und Willensfreiheit*, s. 163.

⁹⁷ “*International Classification of Diseases, Injuries and Causes of Death 10*”

⁹⁸ Friedrich/ Schleidgen, s. 30.

⁹⁹ *Aykan*, s. 51.

yaratması, 2. Psikolojik işlevlerdeki bozulma (gerektiği gibi çalışmama ya da olduğundan farklı olarak çalışma), olarak belirtilebilecektir.

Bu tanımlar da dikkate alındığında akıl hastalıklarının en çok kabul edilen sınıflandırmaya göre,

1. Zekâ geriliği,
2. Organik sebeplere bağlı akıl hastalıkları,
3. Fonksiyonel (işlevsel) akıl hastalıkları, şeklinde ayırma tabi tutuldukları söylenmektedir¹⁰⁰.

Foucault ise ruhsal rahatsızlıkları iki büyük katagoriye ayırmaktadır: 1. Psikozlar, ve 2. Nevrozlar¹⁰¹.

1. Kişiliğin bütünündeki rahatsızlık olarak ifade edilen psikozlar, şu özellikleri barındırmaktadır: Düşünmede bir aksama (kelime oyunları ya da sessel bağlantılar arasında yitip giden manik düşünce, karşıtlıklardan beslenen ve ara düşünsel bağlantıları es geçen şizofrenik düşünce); mizacın ve duygusal yaşamın genel bir farklılaşması (şizofrenide duygusal iletişimin kesilmesi, manik durumda ve depresyonda büyük ölçüde duygusal canlılık); bilinç kontrolündeki bir rahatsızlık, değişik bakış açılarının devreye sokulması, eleştirel düşüncenin farklılaşmış biçimleri (yorumlama sisteminin, yorumun doğruluğunun kanıtlarını öncelediği ve her türlü tartışmaya kapalı kaldığı paranoyadaki delice inançlar; paranoid kişinin, kendi gözünde bariz bir gerçeklik olarak algılanan, halüsinatif deneyiminin özgünlüğüne karşı umursamaz tavrı),

2. Tam tersine nevrozlarda ise, kişiliğin sadece belli bir bölümü rahatsızlığın etki alanında kalır. Takıntılı kişilerin herhangi bir nesneye karşı geliştirdikleri ritüeller, fobik nevrozda belli durumlarda ortaya çıkan kaygılar, örnek olarak gösterilebilir. Bununla birlikte, düşüncenin seyri kendi yapısının içinde değişmez olarak kalmaktadır. Psikasteniklerde¹⁰² düşünce daha yavaş işlerken, histeriklerde¹⁰³

¹⁰⁰ Aykan, s. 58.

¹⁰¹ Foucault, s. 16-17; ancak bu geleneksel ayırımın Dünya Sağlık Örgütü (WHO)' nün ICD-10' da kullanılmadığı belirtilebilir. Bkz. Dünya Sağlık Örgütü (WHO), **Zihinsel ve Davranışsal Bozuklukların Sınıflandırılması** (The ICD-10 Classification of Mental and Behavioural Disorders) s. 10.

¹⁰² Psikasteni, “*saplantıların çoğunun kökünde bulunan akıl ve ruh zayıflığı*” olarak tanımlanmaktadır. Bkz. www.tdk.gov.tr.

ise duygusal iletişim devam etmekle beraber aşırı duyarlılığa yol açacak kadar abartılı olabilir. Son olarak, nevrotik kişi, histerik kişi gibi bilinç düzeyinde tıkanmalar yaşasa da veya takıntılı kişi gibi önüne geçilemez dürtülere maruz kalsa da kendi marazi durumuna ilişkin yine de eleştirel bir bilinçlilik durumunu muhafaza eder. Bir başka deyişle nevrozlu kişi, hasta olduğunun bilincindedir. Psikotik hastalardan farklı olarak gerçekle ilişkisi bozulmamıştır, kendisine sıkıntı veren hastalık belirtileri nedeniyle yardım arayışındadır¹⁰⁴.

Genel olarak psikozların içinde paranoid, hebefrenik ve katatonik sendromlarıyla beraber tüm şizofrenik grup ve paranoya; nevrozların içinde ise psikasteni, histeri, obsesyon, anksiyete nevrozu ve fobik nevroz yer almaktadır¹⁰⁵.

c. Ara Değerlendirme

Buraya kadar yaptığımız açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, biz bu çalışmada içeriği net olarak belirlenemeyen ve hatta tıp alanında dahi tartışmaların odağı haline gelmiş “akıl hastalığı” kavramı yerine “zihinsel bozukluk” kavramını kullanmayı tercih etmekteyiz. Böyle bir tercihte bulunuyor olmamızın sebebi, “hastalık” kavramının asıl ait olduğu tıp bilimi açısından da tartışılması ve kapsamının değişik bakış açıları ve teorilere göre değişiklik arz etmesidir. Çalışmanın ikinci bölümünde detayları açıklanacağı üzere, kusur ceza hukuku anlayışında failin davranışları nedeniyle kınanmasının önüne geçen, bir davranışın oluşmasında etkili olan zihinsel işlevlerdeki bozulmalar, sadece “hastalık” sayılan durumlar nedeni ile gerçekleşmemektedir. “Hastalık” sayılmamakla birlikte “zihinsel bozukluk” olarak nitelendirilen başkaca durumlarda da, failin davranışları kendi iradesini yansıtmayabilecektir. Bu durumlar da, failin fiilinin haksızlığını algılama ya da davranışlarını bu algı çerçevesinde yönlendirme yeteneklerine etki ederek kusursuz sayılmasını sonuçlayabilecektir. Bu yönüyle psikiyatri alanında tanı koyma açısından uluslar arası kabul görmüş ICD-10 ve DSM-5 gibi metinlerde de kabul

¹⁰³ Histeri, “duyu bozuklukları, çarpınma, kasılmalar ve bazen inmelerle kendini gösteren bir ruhsal bozukluk, isteri” olarak tanımlanmaktadır. Bkz. www.tdk.gov.tr.

¹⁰⁴ Erdal Işık, **Nevrozlar: Anksiyete Bozuklukları, Somatoform Bozukluklar, Dissosiatif Bozukluklar, Yapay Bozukluklar**, Kent Matbaacılık, Ankara, 1996, s. 19.

¹⁰⁵ Foucault, s. 17.

görmüş “zihinsel bozukluk (Alm. *seelische Störung*, İng. *Mental Disorder*)” kavramının kullanılması daha yerinde olacaktır. Nitekim Alman Ceza Kanunu (StGB) düzenlemesinde de “bozukluk” kavramı kullanılmıştır. Sonuç olarak “bozukluk” teriminin karşılaştırmalı hukuka daha uygun olduğu ve ceza hukukundaki pragmatik ihtiyaçları daha iyi karşıladığı söylenebilecektir.

B. Tam Akıl Hastalığı-Kısmi Akıl Hastalığı Ayrımı

765 sayılı TCK döneminde ceza hukuku öğretisinde sıklıkla akıl hastalığı kavramının bölümlere ayrılabilir şekilde anlaşıldığı ve bu kavramın nicelik içerecek şekilde ayırımlara tabi tutulduğu görülmektedir. Bu dönemde 765 sayılı TCK m. 46 ve 47’ deki düzenlemeler esas alınarak akıl hastalığı kavramı, “tam-tam olmayan akıl malûliyeti” ya da “tam akıl hastalığı-kısmî akıl hastalığı” şeklinde ayırımlara tabi tutulmuştur¹⁰⁶. Bu dönemde Yargıtay da bu ayrımı kararlarında kullanmıştır¹⁰⁷. *Alacakaptan*’ a göre, akıl hastalığı kavramı kanundaki düzenlemeler göz önüne alındığında ceza sorumluluğuna etki bakımından “tam akıl sakatlığı” ve “tam olmayan akıl sakatlığı” şeklinde ayırma tabi tutulabilecektir¹⁰⁸. Ancak bu ayırım öğretilerdeki bazı yazarlarca eleştirilmiştir. Bu yazarlara göre, akıl hastalıklarının “tam” veya “kısmî” olarak ayrılması doğru değildir. Bir insan ya akıl hastasıdır veya değildir. Hukuken önemli olan, kişideki hastalığının algılama ve irade yeteneği üzerinde etkili olup olmamasıdır¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Faruk Erem/ Ahmet Danışman/ Mehmet Emin Artuk, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler 14. Baskı**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s. 518; Kayıhan İçel/ Füsün Sokullu-Akıncı/ İzzet Özgenç/ Adem Sözüer/ Yener Ünver, **Suç Teorisi: Suç Kavramına İlişkin Genel Bilgiler-Suçun Yapısal Unsurları-Suçun Özel Oluşum Biçimleri 2. Kitap**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2000, s. 219; Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 284 vd.; Recep Gülşen, “Hukuk Sistemimizde Akıl Hastalarının Durumu ve Hareket Hürriyetlerinin Kısıtlanması”, **Türkiye Klinikleri Psikiyatri Dergisi**, S. 4, 2003, s. 127.

¹⁰⁷ “...İncelenen olayda eşini öldürmekten sanık Mehmet E. 'nun suçu işlediği zaman tam akıl hastası olduğuna ilişkin raporlar gerekçe olarak gösterilip kendine ceza verilmesine yer olmadığına ve bir seneden az olmamak üzere koruma ve tedavi altına alınmasına karar verildiği anlaşıldığına göre Yerel Mahkemenin bu uygulamasında yasaya aykırı bir yön bulunmamaktadır...” **YCGK, E. 1994/1-264, K. 1994/283, T. 14.11.1994** (Kazancı İçtihat Programı)

¹⁰⁸ Uğur Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, s. 132-133.

¹⁰⁹ İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Ünver, s. 221; Kayıhan İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2017, (Genel Hükümler), s. 419.

Yine 765 sayılı TCK' nın yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay, “akıl zayıflığı” ile “akıl hastalığı” arasında bir derece farkı olduğuna yönelik görüşü, dolaylı olarak kararlarında belirtmiştir¹¹⁰. *Kanımızca* bu tespit hem tıbbi hem de hukuki açıdan yerinde değildir. Somut durumda “akıl zayıflığı” olarak kabul edilen bir hal, failin kusur yeteneğini tamamen kaldıracak gibi, aynı durum için “akıl hastalığı” olarak kabul edilen hal, “akıl zayıflığı” hali kadar etki göstermeyebilecektir. Bu nedenle failin davranışlarına etkileri bakımından “akıl hastalığı” hali ile “akıl zayıflığı” halinin derecelendirmeye tabi tutulması yerinde değildir.

Öğretide tam akıl hastalığı-tam olmayan (*kısmi*) akıl hastalığı kavramlarının halen kullanıldığı görülmektedir¹¹¹. *Centel/ Zafer/ Çakmut*, bu ayrımı esas alarak kanunda akıl hastalığının üçe ayrıldığını belirtmektedir. Bu ayrıma göre: Failin, 1) işlemiş olduğu fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılamasına engel olan akıl hastalığı, 2) işlemiş olduğu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğini önemli derecede azaltan akıl hastalığı, 3) işlemiş olduğu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğini, önemli derecede olmamakla birlikte, azaltan akıl hastalığı¹¹², olarak sayılabilir¹¹³.

Ancak belirtmek gerekir ki, söz konusu bu ayırım akıl hastalığının üçe ayrılması değil, TCK m. 32' de yer alan akıl hastalığı nedeniyle failin kusur yeteneğinin ne ölçüde etkilendiğine yönelik bir ayırımdır. Bu bakımdan *kanımızca* akıl hastalığı kavramı, failin fiilin haksızlığını algılama ya da davranışlarını bu

¹¹⁰ “*Sanığın debilite düzeyindeki akıl zayıflığının geçen süre itibarıyla gelişip gelişmediğinin ve akıl hastalığı seviyesine ulaşmış olup ulaşmadığının, ulaşmamışsa akıl zayıflığı düzeyinin olay tarihi itibarıyla ve halen hangi seviyede görüldüğünün müşahadeye dayalı olarak Adli Tıp Gözlem İhtisas ve Dördüncü İhtisas Kurulları'ndan tesbiti ile her türlü şüphenin giderilmesinden sonra hasıl olacak duruma göre uygulama yapılması gerekirken müşahadeye dayalı olmayan sağlık kurulu raporu ile yetinilerek karar verilmesi,... yasaya aykırı...*” **Yargıtay, 1. CD., E. 1995/4047, K. 1996/371, T. 13.02.1996** (Kazancı İçtihat Programı)

¹¹¹ Nur Centel/ Hamide Zafer/ Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 412 vd.; Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s.356; Zeki Hafizoğulları/ Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, US-A Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 397-398; Sinan Bayındır, **Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 91.

¹¹² Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 412.

¹¹³ Ünver söz konusu ayırımı eleştirerek, bu gruplara bir de failin ne fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılamasına ne de davranışlarını yönlendirmesine etki etmeyen akıl hastalığı grubunu eklemektedir. Bkz. Ünver, “Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri”, s. 138.

haksızlık algısı çerçevesinde yönlendirme yeteneklerine etki derecesine göre bir ayırımı tabi tutulamaz. TCK m. 32’ de kanunkoyucu, hem kusur yeteneğinin bulunmaması hali, hem de azalmış kusur yeteneği hali için aynı psikopatolojik sebep olan “akıl hastalığı” kavramını kullanmıştır. Bu bakımdan aynı türdeki akıl hastalığı bir olayda failin kusur yeteneğini tamamen kaldırabileceksen, başka bir olayda sadece kusur yeteneğinin azalmasına neden olabilecektir. Baştan sadece kusur yeteneğini kaldıran ya da sadece kusur yeteneğini azaltan “akıl hastalığı” türlerinden söz edilemez. Nitekim TCK m. 32’ de failin yeteneklerinin etki derecesini belirtmek için kullanılan “önemli derece” nitelmesi de normatif değerlendirmeye ortaya çıkarılacak bir husustur. Bir olayda aynı akıl hastalığı, failin davranışlarını yönlendirme yeteneğini önemli derecede etkileyebileceksen, diğer bir olayda etkilemekle birlikte bu etki “önemli derecede” olmayabilir. Ancak bu durum akıl hastalığının aynı psikopatolojik hal niteliğinde olması sonucunu değiştirmeyecektir. Bir başka deyişle failin davranışlarına etki derecesi dikkate alınarak bir akıl hastalığının “kısmî” olarak nitelendirilmesi yanlış olacaktır.

Diğer taraftan daha sonra daha detaylı olarak anlatılacağı üzere, akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneği düzenlemelerinde, kusur yeteneği yokluğu durumları ve azalmış kusur yeteneği durumları için, aynı psikopatolojik durumun (kavramın) kullanılıp kullanılmamasına göre, farklı sistemler bulunmaktadır. TCK m. 32’ de olduğu gibi her iki durum için de aynı psikopatolojik durumun (TCK bakımından “akıl hastalığı”) kullanıldığı sistemlere “tekdüze çözüm içeren sistem¹¹⁴” denilmektedir. Burada aynı psikopatolojik durumun etki dereceleri basamaklandırılarak kusur yeteneği yokluğu ya da azalmış kusur yeteneği durumu düzenlenmektedir. Fakat kusur yeteneği yokluğu durumu ve azalmış kusur yeteneği durumu için farklı psikopatolojik durumların düzenlenmesi halinde ise, söz konusu sisteme “farklılaştırıcı çözüm sistemi¹¹⁵” adı verilmektedir¹¹⁶. 765 sayılı TCK’ da “farklılaştırıcı” sistemin benimsendiği görülmektedir. 765 sayılı TCK m. 46’ da failin kusur yeteneğinin tamamen ortadan kalktığı durumlarda aranacak

¹¹⁴ Alm. “Einheitslösung”

¹¹⁵ Alm. “differenzierende Lösung”

¹¹⁶ Walter Grop, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Springer-Verlag, Berlin, 2015, kn. 92, s. 287; Bernhard Haffke, “Zur Ambivalenz des § 21 StGB”, **§ 21 StGB, Verminderte Schuldfähigkeit, Eine janusköpfige Norm** (Hrsg.: Wolfgang de Boor/ Wolfgang Frisch/ Irmgard Rode), Wienand Druck & Verlagshaus, Köln, 1992, s. 18-19.

psikopatolojik durum “akıl hastalığı” iken, azalmış kusur yeteneğinin düzenlendiği m. 47’ de bu durum “akli maluliyet” olarak düzenlenmişti. Yerinde olarak bu sisteme 5237 sayılı TCK’ da yer verilmemiştir.

Benzer şekilde yalnızca bazı akıl hastalıklarının tek tek sayılarak bunların psikiyatri bilimine göre kusur yeteneği üzerinde etkileri olduğunun belirtilmesi, genelde tıp bilimi ve psikiyatri açısından, özelde ise hukuk bilimi açısından yerinde değildir¹¹⁷.

Öğretide kanun düzenlemesinin bir taraftan karma sistemi kabul ederken, diğer taraftan da tam-kısmî akıl hastalığı ayırımına son vermesinin çelişki olduğu belirtilmektedir. Bu görüşe göre, akıl hastalığının derecesine önem veren diğer taraftan da böyle bir derecelendirmenin mümkün olamayacağından bahisle tam-kısmi akıl hastalığı ayırımına son verilmesi bu görüşü destekler niteliktedir¹¹⁸.

Biz bu görüşe katılmamaktayız. *Kanımızca* belirtilen görüş niteleyici özellikteki “hasta olma” durumu ile “hastalığın etkisinin derecelendirilmesi” durumlarının farkını gözden kaçırmaktadır. Bir kimse ya akıl hastasıdır ya da akıl hastası değildir. Bu iki durumun dışında kısmi hastalık durumundan söz edilemez. Bu çerçevede “hasta olma” durumu kantitatif yani nicelik belirten bir kavram değildir. Ceza hukukunda da buna benzer kavramların bulunduğu söylenebilir. Örneğin, bir fiil ya hukuka aykırıdır ya da hukuka aykırı değildir. Az ya da çok hukuka aykırı olması söz konusu olamaz. Ancak bu nitelemeden sonra, içerik itibariyle sonuçlar bakımından farklılık yaratılabilir. Bu anlamda fiilin haksızlık içeriği azalıp çoğalabilir. Yani kantitatif, nicel bir yapıya sahiptir. Akıl hastalığı da durum olarak “nitel”, ancak bu niteleme yapıldıktan sonra etkileri bakımından “nicel” bir yapıya sahiptir. Bir hastalık etkileri göz önüne alındığında, çok ya da az etki gösterebilecektir.

¹¹⁷ Ünver, “Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri”, s. 140.

¹¹⁸ Bayındır, s. 28.

II. KUSUR YETENEĞİ ÇERÇEVESİNDE AKIL HASTALIĞININ VE CEZA HUKUKU İLE İLİŞKİSİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

A. Genel Olarak

İnsanlık tarih boyunca akıl hastalıklarının sebeplerini anlamada ve tedavilerini bulabilmede büyük güçlüklerle karşılaşmıştır. Bundan dolayı uzun yıllar insanların akıl hastalarına karşı tutumu, bazen ihmal ve bazen de günümüzde “vahşet” olarak kabul edilebilecek şekiller içinde kalmıştır¹¹⁹. Batı hristiyan toplumları, akıl hastalarına uzun yüzyıllar boyunca her türlü işkenceyi yapmışlardır. Dayak, zincirle bağlama, yakma, öldürme gibi işlemler bu hastalara reva görülmüştür. Doğu toplumlarının bu hastalara karşı tutumları ise, genellikle ihmal ve uzak durma tarzında olmuştur¹²⁰.

Gerek eski Hint medeniyeti ve gerekse eski Yunan medeniyeti maddenin dışında “ruh” denen bir şeyin varlığını kabul etmiştir. Bu toplumlar ruhu, manevi-maddi karışımı bir varlık ya da yoğunluğu çok az, ince bir madde olarak düşünmüşlerdir. Hint görüşüne göre “ruh” kalbin boşluklarına yerleşmiştir; nefes almaya ilişkin bir özelliği, gücü mevcuttur. Bu görüşe göre ruh, vücudu insanın ölümden önce verdiği son nefesle terk etmekte ve başka bir varlığa girerek, buna canlılık vermektedir. Yunan düşüncesinde ise, ruhun ölümden sonra başka bir varlığa canlılık kazandırdığı görüşü mevcut değildir. Bu görüşe göre ruh, kişinin ölümünden sonra kâinatta dolaşmaktadır. Her iki toplum için akıl hastalığı, bu ruhun tabiat üstü güçle etkilenmesinin bir belirtisidir¹²¹.

Akıl hastalıklarıyla ilgili ilk ciddi görüşü 2400 yıl kadar önce yaşayan *Hippocrates* dile getirmiştir. *Hippocrates*, düşünmenin merkezi olarak beyni kabul etmiştir. Beynin de bir türlü salgı organı olduğunu ve salgısının vücudun muhtelif yerlerine dağıldığını, bu salgının örneğin beyinde birikmesinin de sara hastalığının ve hezeyanlarının nedeni olduğunu düşünmüştür. Hipokrat (*Hippocrates*)’ a göre, ruhsal hastalıkların çoğu, beynin hastalanması sonucu gerçekleşmektedir. Bu nedenle;

¹¹⁹ Aykan, s. 2.

¹²⁰ Aykan, s. 3.

¹²¹ Aykan, s. 9.

*“Düşünürüz, görürüz, işitiriz, çirkin ve güzel olanı, kötü ve iyi olanı, hoş ve hoş olmayanı anlarız. Beynimizle aklımızı kaybeder, deliririz, gereksiz endişeler, gerçekten kopma, huzursuzluk ve saflık. Bütün bunlar beynimizle meydana gelir, o hasta olduğunda yani. Bu da çok sıcak ya da soğuk, çok nemli ya da çok kuru olmasına ya da herhangi bir şekilde doğal yolla, kaldıramayacağı bir zarara uğramasına bağlıdır.”*¹²²

Yukarıda da görüldüğü üzere akıl hastalığı kavramı daha çok “ruh” ve “beyin” kavramları ile birlikte ilişkilendirilmek suretiyle ele alınmıştır. Bu yaklaşım farkları esasen hukuki düzenlemelerde kullanılacak olan kavramın seçiminde de rol oynamaktadır. Bu bakımdan kusur yeteneğine ilişkin kuralların kurgulanmasında “akıl hastalığı” kavramında oluşan ve bu kavramın kapsamına hangi durumların girdiği konusundaki gelişim süreci büyük rol oynamıştır.

B. Kusur Yeteneğinin Tarihsel Gelişim Süreci ve Akıl Hastalığı

1. Genel Olarak

Kusur yeteneği kavramının günümüzdeki anlam ve içeriğinde kullanılması ceza hukukundaki görece yeni gelişmelerin neticesidir. Ceza hukukunun, tarih boyunca hep kusur odaklı bir işlev görüp görmediği tartışılmıştır¹²³. Ceza hukukunun kusur odaklı olduğu kabul edilse bile, geçmiş dönemlerde kusur kavramının günümüzde kabul edildiği şekilde anlaşılmadığı söylenebilir. Örneğin Germen hukukunda daha çok netice sorumluluğu prensibi geçerli kabul edilmekteydi. Bu nedenle failin kişisel özelliklerinden çok fiilin icra edilişi, yani korunan hukuki yarara zarar veren ya da bu yararı tehlikeye düşüren fiilin neticesi, sorumlu olmak için yeterli görülmekteydi. Ceza hukukunun failin psikik durumunu sorgulamaması nedeniyle, “kör” sayılabilecek bu dönemde failin “yapabilirliklerinin” sorgulanmadığı bir ceza hukukunda kusur yeteneğinin varlığının ya da yokluğunun

¹²² Aktaran Arın Namal, “Psikiyatri Tarihçesi Işığında Ruh Hastalarının Zorla Tedavilerine Etik Açından Genel Bir Bakış”, **Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı**, Ekim 2011-2012-2013, Vol. 4-5-6, s. 44.

¹²³ Bu tarihsel gelişim için bkz. Arthur Kaufmann, **Das Schuldprinzip: Eine strafrechtlich-rechtphilosophische Untersuchung**, Carl Winter-Universitätsverlag, Hiedelberg, 1976, (Das Schuldprinzip), s. 217 vd.

bir önemi de bulunmamaktaydı¹²⁴. Ancak ceza hukukundaki gelişmeler sonrasında da, yani kast, taksir ve tesadüf olayları arasında ayırım yapılmaya başlandığında bu alandaki gelişmeler çok hızlı ilerlememiştir. Bireysel durumda tespit edilmesi gereken suçlu iradenin cezanın verilebilmesi için şart koşulmaya başlandığı dönemlerde dahi, yani suç unsurlarının bilinçli olarak gözetilmeye başlandığında bile bugün bildiğimiz şekliyle kusur yeteneği teorisinin gelişmesi uzun bir zaman almıştır. Zamanla cezalandırmayı imkânsız kılacak belirli zihinsel ve ruhsal bozukluklar fark edilmeye başlamıştır. Ama kusur yeteneğinin genel olarak tespiti ve bunun nedenlerinin açıklanması, ancak modern zamanda olmuştur¹²⁵.

Durum Avrupa’ da anlatıldığı şekilde iken, İslam ceza hukukunda ise objektif sorumluluk bulunmamaktaydı. Sonraki başlıklarda detaylı olarak anlatılacağı üzere, İslam ceza hukukunda ceza sorumluluğunun temelinde failin hür iradesinin bulunup bulunmaması sorusu yer almaktaydı. Bu bakımdan günümüzdeki kusur ceza hukuku anlayışına en yakın teolojik yaklaşımın İslam ceza hukuku hükümlerinin olduğu söylenmektedir.

2. Ortaçağ Öncesi Dönem

Akli anormalliklerin farklı şekilde ele alınması gerektiği anlayışına eski çağ döneminde rastlanmaktadır. Roma’ da cezai yargı ekonomi ve topluma hâkim üst sınıfın-sosyal politik menfaatlerinden doğrudan doğruya etkilenmiştir. Bunun sonucu olarak ceza yargısı değişik ölçülerde üstün devlet hâkimiyetinin bir görüntüsü olarak otoriter bir şekilde mevcut olmuştur. MÖ. 2. yüzyılın ortalarından itibaren cezai yargılama (*iudicia publica*) ve bazı münferit meseleler (zina vs.) hukukçuların yazılarına konu olmaya başlamıştır¹²⁶.

Bir suçun kasten ya da kast olmaksızın işlenmesi ayırımı Roma ceza hukukunda sorumluluğun saptanmasında dikkate alınan ilkelere birisidir. MÖ. 80 yılında Cicero, suç ile ceza arasındaki bağlantıya dikkati çekerek kastın önemine işaret etmiştir. Bir kimseyi cezalandırırken, suçu işlerken taşıdığı niyeti göz önünde

¹²⁴ Lenckner, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, s. 79.

¹²⁵ Lenckner, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, s. 79.

¹²⁶ A.Wilinski, “Roma Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukukuna Bir Kuşbakışı”, Çeviren: B. Erdoğan, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 1983, C. 1, S. 1, s. 329.

tutmak gerekir. Kusuru olmayan bir kişiyi, sorumlu tutmak büyük hatadır. Kusursuz bir kimseyi cezalandırmak kadar aşağılayıcı bir şey yoktur¹²⁷.

Belirtilen dönem sonrasında Örneğin *Galen* (MS 129-199), Kapadokyalı *Aretaios* (MS 50-130) ve ikinci yüzyılda bile psişik hasta olan şahısları karanlığa sürgüne göndermeyi, zincirlemeyi ve dövme yasaklayan Efesli *Soranos* (MS 93-138) gibi hekimlerin büyük etki ettiği, Helenistik tıpta ve Roma kanunlarında bu anlayışa rastlanmaktadır. Ünlü Yunan hekim Hipokrat' ın (460-377 civarı) eseri olan *Corpus Hippocraticum*' da beyin, akli yaşamın merkezi ve çıkış noktası olarak, yani psişik hastalığın da merkezi ve çıkış noktası olarak nitelendirilmiştir¹²⁸.

Roma dönemine ait kaynaklarda adli olarak dikkate alınacak zihinsel hastalıkların çeşitli türleri için özellikle “*furor*” sözcüğü geçmektedir. Bunun yanı sıra, kısmen *mente capti* ve *dementes* durumlarından da bahsedilmekte olup terminolojideki bu farklılığın esas itibarıyla bir ayrıştırma olup olmadığı, yani bu isimlerle farklı hastalıklar kastedilip edilmediği henüz belirsizdir¹²⁹. Fakat *furiosi* (*azgın, gözü dönmüş*), *mente capti* (*akıldan yoksun*), *fatui* (*akıl zayıfları*) ve *dementes* (*o günlerdeki anlamı ile deli olma*) durumlarının, fiilin “*intervalla sensu saniore* (seyrek berrak aralıklarda)¹³⁰” işlenmemiş olması koşuluyla, cezalandırılmayacağı genel olarak kabul edilmiştir¹³¹. Hatta İmparator Justinian (MS 483-565), *Intervallum lucidum* döneminde, yani kişinin bilinçli olarak düşünebildiği ve eylemde bulunabildiği anlarda bile veyahut büyük ölçüde semptom gözlemlenmeyen anlarda bile, “kayyumun görevinin geçici süreyle askıya alınması”, yani “her nüks durumunda yeni bir kayyum atmasına gerek kalmaması için kayyum görevinin devam etmesi” yönünde emirde bulunmuştur. Ayrıca Justinian, Hristiyanlığın da verdiği etkiyle, akıl bozukluğu olan şahısları düşkünler için oluşturulmuş yere yatırır ve bu kişilerin vaftiz edilerek Hristiyan topluluğuna kabul edilmelerini sağlardı¹³².

¹²⁷ Halide Gökçe Türkoğlu, **Roma Hukukunda Suç ve Ceza**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 139, dp. 309.

¹²⁸ Gerhart Harrer / Christel Frank, “Forensische Psychiatrie und Psychologie im Wandel der Zeiten mit Blick auf die Zukunft”, **Gedächtnisschrift für Heinz Zipf**, Heidelberg, 1999, s. 69.

¹²⁹ Lenckner, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, s. 79-80.

¹³⁰ Hastalıkta belirti göstermeyen sessiz dönem “berrak aralıklar” olarak adlandırılmaktadır. Örneğin, beyin kanaması olan hastada, hastanın klinik olarak normal, bilincinin açık ve iyi olduğu dönem *lucid interval* (berrak aralıklar) dönemi olarak belirtilir.

¹³¹ Harrer/Frank, s. 69.

¹³² Harrer/Frank, s. 69.

Kaynaklarda, failin akıl hastalığı sebebiyle zaten yeterince cezalandırılmış olduğu, sürekli tekrarlanmış: *furiosum fati infelicitas excusat. Satis furore ipso punitur*¹³³. Fiilin aşırı heyecanla (cinnetle) işlenmiş olması durumunda, genel itibarıyla ceza verilmemesi söz konusu değildi; ama imparatorluk zamanından beri cezada indirim yapılması¹³⁴ mümkün olmuştur. Aynı şekilde sarhoşluğun da cezada indirime yol açtığı görülmektedir. Fakat bu indirimin sadece failin kusuru olmadan sarhoş olduğu durumlarda mı geçerli olduğu veya genel bir geçerliliğin mi söz konusu olduğu kesin olarak netleştirilmemiştir¹³⁵.

Hint, Çin, Mısır, Sümer, Asur, Bâbil, Eti, İbranî milletlerinin hukukunda, suç işlemiş kimselerin sorumluluklarının akli durumuna göre tespit ve tayin edildiği söylenemez. Bu dönemlere ait bilinen, bu çok eski kavimler, akli melekelerdeki olumsuz etkilenmeleri teolojik (dini) sebeplerle açıklayıp, deliren kimselerin yaratıcı tarafından tahakküm altına alınmış olduğunu varsayarak, bunlar üzerinde sözü geçen tahakkümü ortadan kaldırmak için dualar okumak, afsunlar icra etmekle yetinmişlerdir¹³⁶.

3. Orta Çağ Dönemi

Avrupa' da ve özellikle alman ortaçağ döneminde ise akıl hastası faillerin ceza hukuku kapsamında gördüğü muamele, standart şekilde düzenlenmemiştir. Genel olarak bugünkü ceza hukuku anlayışına göre insanlık dışı sayılabilecek yöntemleri içermekteydi. Bu kişilerin, kısmen akıl hastalığı ile birlikte “yaşamları ile cezalandırılmış” olduklarına inanılmışsa da, bunun yerine bu kişilerin toplumun korunmasına yönelik olarak gözaltına alındığı veya cezalandırıldığı durumlara da rastlanmıştır. Bu çerçevede örneğin Nürnberg Şehir Hukukuna göre, bu kişiler Tuna nehrine götürülerek, orada bir gemiye bindirilmek suretiyle akıntıya kapılmaları

¹³³ Lenckner, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, s. 80.

¹³⁴ Türkoğlu da bu hususa dikkati çekmektedir. Roma ceza hukukunda, geçici akli melekelerinin yitirilmesi ve ağır tahrik de, cezadan indirim sebebi olarak kabul edilmekteydi. Bkz. Türkoğlu, s. 140.

¹³⁵ Lenckner, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, s. 80.

¹³⁶ Naci Şensoy, “Cezai Mesuliyeti Tamamen veya Kısmen Kaldıran Akli Malûliyet”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 16, S. 1-2, 1950, s. 118.

sağlanırdı. Basel’ de ise bu kişiler sopalarla şehirden kovulurlardı. Bazı hukuk sistemleri örneğin boğarak ölüm cezasından bile geri durmuyordu¹³⁷.

Bazı kaynaklara göre *sarhoşluk* ve hatta *aşırı heyecan (Affekt)* için de ceza indirimi olmuştur. Diğer kaynaklara göre ise sarhoş iken bir suç işleyen fail, suçu ayık vaziyette işlemiş gibi cezalandırılıyordu. Ortaçağ döneminde bazı akıl hastalarının ruhunu şeytana satmış olan “*cadılar*” olarak, odun yığını içinde *yakıldığı* da söylenmektedir. Hatta bu cadı anlayışı, akli engeli olan çocukları da kapsıyordu ve bu çocukların “(şeytanın) değiştirdiği çocuk” olarak öldürülmesine izin veriliyordu¹³⁸. “Ruhunu kaptıranlar” olarak değerlendirilen bu kişilerin kaçının gerçekten de psişik olarak hasta veyahut psikotik olduğu tartışmalıdır. Bu bağlamda zamanın Roma-Katolik-Kilisesi çok talihsiz bir rol oynamıştır. 1484 yılında Papa Innozenz VIII’ in “*Summis desiderantes affectibus*” fermanını çıkarması ve sanığın takibinde hiçbir gecikmeye yer verilmemesini emrettiği fermanla, zirveye ulaşılmıştır. Bu fermanı, iki Dominikli *Jakob Sprenger* ve *Heinrich Kramer* tarafından 1486 yılında çıkarılan ve içerdiği cinsel detayları sebebiyle bazıları yönünden “cinsel bozuklukların el kitabı” sayılabilecek “*Malleus maleficarum*” (“Cadıların Çekici”) takip etmiştir. 1669 yılında *Zilboorg* (1941) tarafından “tüm zamanların en korkunç dokümanı” olarak nitelendirilen eser, 29’ uncu baskısına ulaşmıştır¹³⁹.

16’ ncı yüzyılın en önemli kanun kitabı sayılan “*Constitutio Criminalis Carolina*”da da “barbarca” sayılabilecek cezalara yer verilmiş ve fakat 14 yaşa kadar çocuklar için cezalandırılmama veya ceza indirimi alternatifleri sunulmuştur. Ancak özellikle ciddi vakalarda ölüm cezasına izin verilmiştir. Karl V tarafından 1532 yılında çıkarılan ceza kanunu Orta Avrupa’ da adli psikiyatri için hukuki koşulları oluşturmuştur. Bu Kanun da, kusur prensibinin nihai olarak gerçekleştirilmesi manasında failin cezalandırılması için kötü niyetle kasıt ve istisnai olarak taksir durumlarını şart koşmuştu. Carolina isnat yeteneği konusunun getirdiği problemi çözmeye henüz yetmiyordu. Akıl sağlığından yoksun (“...yaptığının bilincinde olmayan ...”) birinin işlediği suçta “her halükarda bu düzenimizin (kurallarımızın)

¹³⁷ Harrer/Frank, s. 70.

¹³⁸ Harrer/Frank, s. 70.

¹³⁹ Harrer/Frank, s. 70-71.

öngördüğü gibi...cezalandırılacaktır.” (Madde 179) talimatına göre hareket ediyordu. Ancak bu şekilde dolaylı olarak “ceza sorumluluğu konusunun müstakil durumda, ilerleyen hukuk bilimleri tecrübelerine göre değerlendirilebileceği” olanağına yer verilmişti¹⁴⁰.

Jülich Dükü *Wilhelm*’ in özel hekimi *Johann Meyer* tarafından 1563 yılında Basel’ de yayımlanan ve hızlı bir şekilde “*Index librorum prohibitorum*” adındaki yasaklılar listesine giren “*De praestigiis daemonum*” adlı kitaptaki gibi, cadılarla ilgili süreçlere ilişkin sunulan eleştirel görüşler, Avrupa’ nın Hristiyan kesiminde kolayca göz ardı edilmişti. 1768 yılında bile “*cadılara olan inançtan vazgeçmenin İncil’ den vazgeçmek olduğu*” düşüncesi hâkimdi. Neticede *egzorsizm* (şeytan çıkarma) az da olsa günümüze kadar devam etmiştir. Kamuoyunda Aschaffenburg Egzorsist-Süreci (1978) adıyla duyulan Almanya’ daki son “şeytanı kovma hareketi” kısa bir zaman dilimi önce gerçekleştirilmiştir¹⁴¹.

4. İslam Hukuku ve Türk Hukuk Tarihi

İslam hukukunda hukuki himayenin konusu olan, fert ve toplum açısından önem arz eden konular; din, hayat (can), akıl, nesil (ırz) ve mal olmak üzere beş başlık altında toplanmıştır¹⁴². İslam ceza hukukunda bu korunan hukuki değerler esas alınarak yapılan sınıflandırmaya göre suçlar ve cezalar had, kısas ve tazir olarak üçe ayrılmaktadır¹⁴³. Had suçları, topluma yönelik olup yaptırımın türü ve miktarı naslarla belirlenmiş olanlar; kısas suçları ise kişilere yönelik olanlardır. Yaptırımı belirlenmeden yasaklanan ve/veya günah olduğu bildirilen fiillere tazir suçu, bunlara karşılık uygulanacak yaptırıma tazir türü yaptırımlar denmektedir¹⁴⁴. Bütün semavi dinlerde teminat altına alınan ve İslam’ ın da korumayı amaçladığı bu değerleri ihlal

¹⁴⁰ Lenckner, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, s. 81.

¹⁴¹ Harrer/Frank, s. 71.

¹⁴² Nuri Kahveci, “Hukuk Açısından Ceza Vermenin Teleolojik Boyutu”, **KSÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi**, S. 2, 2003, s. 24-25.

¹⁴³ Mustafa Avcı, **Türk Hukuk Tarihi**, Atlas Akademi, Konya, 2017, s. 169.

¹⁴⁴ Avcı, s. 169.

eden her tür davranış İslam açısından suç kabul edilmiş ve suç failleri çeşitli yaptırımlarla cezalandırılmıştır¹⁴⁵.

Suç kavramı İslam hukukunda “cerîme” sözcüğü ile ifade edilmiştir. Arapça “Cerm” kökünden türeyen *Cerîme*, sözlük anlamı olarak, kesmek ve elde etmek/kazanmak anlamına gelmektedir. Hoş görülmeyen kötü bir davranışı gerçekleştirmek anlamını ifade eden bu kelime Kur’an-ı Kerim’de “*birisini kötü bir iş yapmaya zorlamak*” şeklinde kullanılmıştır¹⁴⁶. Terim olarak ise, “suç” İslam kaynaklarında, “*mala ve cana karşı işlenen, şer’an haram kılınmış bir fiilin adı*” ya da “*Yüce Allah’ın hadd ve ta’zirle cezalandırdığı şer’î yasaklar*” olarak tarif edilmiştir¹⁴⁷.

İslam hukukunda suç ve ceza konularına ilk insan Âdem ve Havva’nın Allah tarafından konulan yasağı ihlal etmeleri ve suçlarının karşılığında cezalandırılmaları, çocukları Habil-Kabil kıssası açısından bakıldığında suç-ceza kavramlarının daha gerilere giden tarihi derinliğinin bulunduğu söylenmektedir¹⁴⁸.

İslam ceza hukukunda kişinin, fiillerinden cezai yönden sorumlu tutulması, onun mükellef olmasına yani temyiz kudretine ve hür iradeye sahip olması ön şartına bağlıdır. Bu şart sayesinde suç ile insan fiilleri arasında iradeye dayanan özel bir bağ kurularak, bir taraftan akıl ve irade işlevlerinden mahrum cansız eşya ve hayvanların suç faili olamayacakları belirlenirken, diğer taraftan yaş küçüklüğü (çocukluk), akıl hastalığı, ikrah gibi akıl ve iradeyi etkileyen hallerde cezai sorumluluğunun bulunmayacağı kabul edilmektedir¹⁴⁹.

Ceza sorumluluğunun esası, insanın irade (ihtiyar) hürriyetine sahip olmasına rağmen (Kehf, 18/29), iradesini suç teşkil eden fiile yönelik olarak kullanmasıdır. İslam ceza hukukunda kusursuz (objektif) sorumluluk yoktur. Suçlarda manevi unsurun aranmasına İslam hukuku öncülük etmiştir¹⁵⁰. Asli kusur türü kasttır. “*Taksirli fiillerinizde size (kural olarak) vebal yok, bilerek ve isteyerek*

¹⁴⁵ Adnan Akalın, “İslam Hukuku Açısından Suçun Unsurları”, **e-Şarkiyat İlmî Araştırmalar Dergisi**, S. X, Kasım 2013, s. 51.

¹⁴⁶ Akalın, s. 51.

¹⁴⁷ Akalın, s. 52.

¹⁴⁸ Suat Erdoğan, “İslam Hukukunda Failin Amacının Cezaya Etkisi”, **AİBÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi**, C. 2, Y. 2, S. 3, Bahar 2014, s. 1.

¹⁴⁹ Akalın, s. 65.

¹⁵⁰ Avcı, s. 185.

yaptıklarınızda günah vardır.” (Ahzab, 33/5). “Rabbimiz! Unutur veya yanılırsak bizi cezalandırma!” (Bakara, 2/286)¹⁵¹.

Bu konuda Hz. Muhammed (s.a.s)’ in şu şekilde belirttiği söylenmektedir: “Üç kişiden kalem (sorumluluk) kaldırılmıştır; ergenlik çağına girinceye kadar çocuk, uyanıncaya kadar uyuyan kimse ve iyileşinceye kadar akıl hastası”¹⁵². Bu hadisten de anlaşılacağı üzere akıl hastası kişinin gerçekleştirdiği hadd ve ta’zir gerektiren suçlarda cezaî ehliyet tamamen ortadan kalkmaktadır. Kısas suçları ise kul (şahıs) hakkıyla bağlantılı olduğu için bu tür rahatsızlıkları bulunanlar kısas ile cezalandırılmamakla birlikte kanuni temsilcileri tarafından diyet ödemekle sorumludurlar¹⁵³.

1858 CK m. 41’ e göre, “Suçu işlediği sırada cinnet halinde bulunduğu sabit olursa cezalandırılmaz.” Bu kanunda ateş (bunama) hakkında hüküm bulunmamaktadır¹⁵⁴. 1859 tarihli Ceza Kanunname-i Humayunu’ nda akıl hastalarının ceza sorumluluğunun bulunmadığı yazılmış (m. 4) olduğundan bu tarihten itibaren suçun bir akıl hastalığının tesiri altında işlenmiş olup olmadığının tayini veya akıl hastalığı şüphesi halinde suçlu Üsküdar’ da yer alan Toptaşı Bimarhanesi’ nde müşahade altına alınarak karar verilmekte idi¹⁵⁵.

Türkiye’ de adli tıp ve ruh sağlığı 1900 yıllarının başında birlikte ele alınan bir alan olarak görülmeye başlamıştır. Dr. Bahaddin Şakir ve Dr. Mustafa Hayrullah Diker bu alanın ilk öncüleri olup, Dr. Mustafa Hayrullah Diker 1915 yılında “Tababet-i Adliye-i Mecanin” adlı akıl hastalıkları, ceza ve hukuk sorumluluğu, bilirkişilik konularının ele alındığı ilk kitabı yazmıştır. Bu eser Türkiye’ de adli psikiyatri ile ilgili ilk eser olarak kabul edilmekte ve adli psikiyatri alanına giren konulardan söz etmektedir. 1926 yılında “Tıbbi Adli Müessesesi Kanunu” ile Adli

¹⁵¹ Avcı, s. 185, dp. 113.

¹⁵² Ebu Davud, Hudûd 16, II, 789’ dan aktaran Akalın, s. 66.

¹⁵³ Akalın, s. 66.

¹⁵⁴ Avcı, s. 211.

¹⁵⁵ Salih Yaşar Özden, “Tıbbi Bilirkişiliğin Tarihi Gelişimi ve Adli Psikiyatride Bilirkişinin Özellikleri”, **Düşünen Adam Dergisi**, 10(2), 1977, (Adli Psikiyatride Bilirkişinin Özellikleri), s. 45.

Tıp Müessesesi oluşturulmuş, bu kurumda iki yıl staj gören hekimler ihtisas kanunu gereğince “adli tıp ve ruh mütehasısı” ünvanını almıştır¹⁵⁶.

5. 765 sayılı TCK Dönemi

765 sayılı TCK’ nın yürürlükte olduğu dönemde, akıl hastalığının kusur yeteneğine etkisi bakımından üçlü bir sistem benimsenmiştir. Buna göre akıl hastalığı ya kusur yeteneğini büsbütün ortadan kaldıracak niteliktedir (m. 46), yahut kusur yeteneğini önemli surette zaafa uğratmaktadır (m. 47), ya da kusur yeteneğine hiç etkili olmamaktadır veya bu etki önemli bir dereceye erişmemektedir¹⁵⁷.

765 sayılı TCK döneminde akıl hastalığının kusur yeteneğini etkilemesi ilk olarak m. 46’ da düzenlenmiştir. Buna göre, “*Fiili işlediği zaman şuurunun veya hareketinin serbestisini tamamen kaldıracak surette akıl hastalığına duçar olan kimseye ceza verilemez.*” Bu kişilerin ceza sorumluluğunu düzenledikten sonra m. 46’ nın devamı fıkralarında bu kişiler hakkındaki güvenlik tedbirleri ve bu tedbirlerin nasıl icra edileceğine ilişkin kurallar yer almıştır¹⁵⁸. Bu düzenlemenin dışında m. 47’ de akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneği düzenlemesine yer verilmiştir. Bu

¹⁵⁶ Ümit Biçer / Lale Tırtıl / Ömer Kurtaş / Tamer Aker, “Adli Psikiyatri”, **Klinik Gelişim Dergisi Adli Tıp Özel Sayısı**, C. 22, 2009, s. 126; Sermet Koç / Ümit Biçer, “Adli Tıbbın Tarihsel Gelişimi, Türkiye’ deki Yapılanması ve Sorunları”, **Klinik Gelişim Dergisi Adli Tıp Özel Sayısı**, C. 22, 2009, s. 2.

¹⁵⁷ Sulhi Dönmezer / Sahir Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt: II**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1999, s. 171.

¹⁵⁸ 765 sayılı TCK m. 46: “ *Fiili işlediği zaman şuurunun veya hareketinin serbestisini tamamen kaldıracak surette akıl hastalığına duçar olan kimseye ceza verilemez.*

Ancak bu şahsın muhafaza ve tedavi altına alınmasına hazırlık tahkikatında Sulh Hakimi, ilk tahkikatta Sorgu Hakimi ve son tahkikatta vazifeli mahkeme tarafından karar verilir.

Muhafaza ve tedavi altında bulundurma müddeti şifaya kadar devam eder. Yalnız maznuna isnadolunan suç, ağır hapis cezasını müstelzim ise bu müddet bir seneden az olamaz.

Muhafaza ve tedavi altına alınan şahıs; muhafaza ve tedavinin icra kılındığı müessesesinin sıhhi heyetince, şifası tebeyyün ettiğine dair verilecek rapor üzerine aynı kazai mercice serbest bırakılır.

Bu husustaki rapor ve kararda, hastalığın ve isnadolunan suçun mahiyeti gözönünde tutularak, içtimai emniyet bakımından şahsın tıbbi kontrole ve muayeneye tabi tutulup tutulmıyacağı, tutulacaksa müddet ve fasılası da gösterilir.

Tıbbi kontrol ve muayene; Cumhuriyet Müddeiumumilerince, kararda gösterilen müddet ve fasılalarda bu şahısların buldukları mahalde yoksa en yakın salahiyyetli mütehasısı olan hastane sıhhi heyetlerine sevk edilmeleri suretiyle temin olunur.

Bu tıbbi kontrol ve muayenede nüks arazı gösterenler hakim veya mahkeme kararıyla yine muhafaza ve tedavi altına alınıp aynı muamelelere tabi tutulurlar.”

düzenlemeye göre, “Fiili işlediği zaman şuurunun veya hareketinin serbestisini ehemmiyetli derecede azaltacak surette akli maluliyete müptela olan kimseye verilecek ceza aşağıda yazılı şekilde indirilir¹⁵⁹:

1. Ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası yerine 15 seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis;
2. Müebbet ağır hapis cezası yerine 10 seneden 15 seneye kadar ağır hapis;
3. Amme hizmetlerinden müebbet memnuiyet yerine muvakkat memnuiyet; cezaları hükmolunur.

Diğer cezalar üçte birden yarıya kadar indirilir.”

765 sayılı TCK döneminde öğretide, TCK’ da yer alan “akıl hastalığı” ve “akli maluliyet” kavramlarının her ikisini de kapsar şekilde “akıl sakatlığı” kavramının kullanıldığı görülmektedir¹⁶⁰. “Akıl” kavramı zekâ ve irade ile ilgili bütün yetileri içine alacak genişliktedir¹⁶¹. Akıl hastalığı terimi, kanunlarda geniş anlamında kullanıldığı, yalnız zihni unsurları (ihssaslar, dikkat, bellek, tasavvur, hüküm, muhakeme vb.) değil, “irade” ile ilgili unsurları da içerdiği kabul edilmektedir¹⁶². Akıl malûliyeti terimi¹⁶³ “hastalık” kavramından daha geniştir. Bazı ateşli hastalıkların şuur ve iradeye etkili olduğu yerde veya bazı maddelerle zehirlenmelerde görülen geçici deliliklerde de akıl malûliyeti hükümleri doğrudan

¹⁵⁹ O dönemde bu düzenleme eleştirilmiştir. *Alacakaptan*’ a göre, akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneği durumunda ceza yaptırımına hükmedilmesi eleştirilmesi gerekmektedir. Hem bir kimsenin akıl hastası olduğunu kabul etmek, hem de hakkında ceza tayin etmek çelişki arz etmektedir. Bkz. *Alacakaptan, Suçun Unsurları*, s. 133. Kanımızca bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira azalmış kusur yeteneği durumunda esasen ceza normunun bireylere zorunlu kıldığı belirli yönde davranışta bulunma ya da bulunmama yeteneği fail açısından ortadan kalkmamaktadır. Her ne kadar bu kişinin fiili gerçekleştirdiği anda akıl hastası olduğuna karar verilmiş olsa da, bu hastalık failin hukuka uygun olan davranışı gerçekleştirme yeteneğini ortadan kaldıracak ölçüde davranışlarına etki etmemiştir. Bu bakımdan fail davranışı nedeniyle kınanmaktadır ve ceza sorumluluğuna esasen sahiptir. Ancak akıl hastalığının etkisi ile haklı olan davranışı seçme konusunda, akıl hastası olmayan kişilere göre daha fazla zorlanma nedeniyle kınanma şiddeti akıl hastası olmayan kişiler gibi olamamaktadır. Bu nedenle cezada indirim yoluna gidilmektedir. Bu konuda ayrıntılı açıklamalara çalışmanın ilerleyen bölümlerinde yer verilecektir.

¹⁶⁰ *Alacakaptan, Suçun Unsurları*, s. 131.

¹⁶¹ *Alacakaptan, Suçun Unsurları*, s. 131.

¹⁶² *Erem/Danışman/Artuk*, s. 514.

¹⁶³ Akli maluliyet kavramının daha çok bir devamlılığın ifadesi olarak düşünülebileceği ve mental retardasyon (zekâ gerilikleri) ile demans (bunama) için kullanılabileceği söylenmektedir. Bkz. Mustafa Özkan / Hakan Hakeri, “Ceza Hukuku ve Ruhsal Bozukluklar”, **KHUKA (Kamu Hukuku Arşivi Dergisi)**, Ekim 1998, s. 90.

veya “geçici neden” hükümleri uygulanacaktır¹⁶⁴. 765 sayılı TCK döneminde bazı yazarlarca akıl hastalığı ya da akıl zayıflığı gibi halleri kapsar şekilde “akıl malûliyeti” kavramının kullanıldığı da görülmektedir. Çünkü hastalık ancak malûliyetin sebebidir. Bu bakımdan hastalık kavramından daha genel olan “malûliyet” teriminin tercih edilmesinin daha yerinde olduğu söylenmektedir¹⁶⁵.

Kanun koyucunun m. 47’ de failin algılama ya da davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede etkilenmesini araması, her türlü ruhî dengesizlikte azalmış kusur yeteneğinin uygulanamayacağını göstermek istemekten kaynaklanmıştır¹⁶⁶.

765 sayılı TCK m. 46 ve 47 incelendiğinde, şu an yürürlükte olan 5237 sayılı TCK ile arasında birtakım benzerlikler ve farklar olduğu söylenebilecektir. Bu benzerlikler ve farklar maddeler halinde şu şekilde açıklanabilir¹⁶⁷:

1. 765 sayılı TCK m. 46 ve 47 incelendiğinde öncelikle faildeki psişik anormal durumun kusur yeteneğine etkisi bakımından hem kusur yeteneğinin kalktığı hem de kusur yeteneğinin azalmış olduğu durumlara işaret eder şekilde bir sistem benimsendiği söylenebilecektir. Şu an yürürlükte bulunan 5237 sayılı TCK’ dan farklı olarak bu durumlar ayrı maddelerde düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK’ daki düzenlemelere bakıldığında failin psişik anormal durumunun özel olarak kanun metninde yer alması ve bu psikopatolojik halin failin hangi yeteneklerine etki etmesi gerektiğine kanun metninde yer verilmesi nedeniyle “karma sistem” in benimsendiği görülmektedir. Bu bakımdan öğretilerde “biyolojik”, “psikolojik” ve ayrıca “karma” sistem olarak belirtilen sistemlerden her iki kanunda da “karma” sistemin tercih edilmiş olduğu söylenebilecektir. Ancak bu isimlendirmelerin yerinde olmaması ve aslen başkaca anlamlara geldiği gözden uzak tutulmamalıdır. Bu sistemlere çalışmanın ilerleyen başlıklarında ayrıca ve ayrıntılı olarak yer verileceğinden, burada 765 sayılı TCK döneminde öğretilerde savunulan isimlendirmelerle açıklamalarda bulunulmuştur.

¹⁶⁴ Erem/Danışman/Artuk, s. 514.

¹⁶⁵ Faruk Erem, **Adalet Psikolojisi**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977, s. 104.

¹⁶⁶ Erem/Danışman/Artuk, s. 519.

¹⁶⁷ Karşılaştırınız Hande Ulutürk, **Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Akıl Hastalığının Kusur Yeteneğine Etkisi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 70.

2. Kusur yeteneği değerlendirmesinin ilk aşaması olan “biyolojik” unsura bakıldığında, yine 5237 sayılı TCK’ dan farklı olarak “tekdüze” çözümün tercih edilmediği görülmektedir. Kusur yeteneğinin tamamen kalkması için m. 46’ ya göre, failde “akıl hastalığı” bulunması gerekirken, azalmış kusur yeteneğine sebep olan halde m. 47’ ye göre failde “akli maluliyet” bulunması gerekmektedir. Bu ifadeler arasındaki farklılığın bilinçli bir tercih olup olmadığı en azından tartışmalıdır¹⁶⁸. Zira “akli maluliyet” kavramı kanımızca “akıl hastalığı” kavramından daha geniş bir alanı ifade etmektedir. Nihayetinde kusur incelemesi yapılan bu gibi hallerde farklı ifadelerin kullanılması yerinde değildir. 5237 sayılı TCK’ da bu iki hal için aynı psikopatolojik bağlantı noktasının (“akıl hastalığı”¹⁶⁹) tercih edilmiş olması yerindedir. Düzenlemelerdeki “psikolojik” unsura bakıldığında ise, failde bulunan “akıl hastalığı” ya da “akli maluliyet” gibi durumların, eylem anında failin “şuurunun veya hareketinin serbestisini”¹⁷⁰ etkilemesi gerekmektedir. Maddelerin iktibas edilirken yanlış tercüme edilmesi nedeniyle “şuurunun veya hareketinin serbestisi” ifadesinin kullanıldığı söylenmektedir. Burada serbesti iradeye yönelik serbesti olarak anlaşılmalıdır¹⁷¹. Gerçekten de bu düzenlemelerde sanki failin şuurunun serbestisinin¹⁷² aranacağı gibi bir yanlış anlaşılma söz konusudur.

3. Failin fiili sırasında psişik anormalliğinin davranışlarına etki etmesi nedeniyle kusur yeteneği yokluğu ya da azalmış kusur yeteneği düzenlemelerinde önemli farklılıklar vardır. Bu konudaki en önemli fark 765 sayılı TCK’ da esasen normatif nitelikte olduklarında şüphe bulunmayan faildeki “algılama yeteneği” ya da “davranışlarını kontrol yeteneği” gibi hususların, sanki salt birer tıbbi kavram

¹⁶⁸ Öğretide 765 sayılı TCK’ da yer alan “akıl hastalığı” ve “akli maluliyet” kavramlarının her ikisini de kapsar şekilde “akıl sakatlığı” kavramının kullanıldığı görülmektedir. Bkz. Alacakaptan, Suçun Unsurları, s. 131.

¹⁶⁹ Burada kusur yeteneğinin tam olarak kalkması hali ile kusur yeteneğinin azalması için aynı ifadenin kullanılması gerektiğine vurgu yapılmaktadır. Ancak 5237 sayılı TCK m. 32’ de “akıl hastalığı” kavramının tercih edilmesinin doğru olduğu anlamı çıkarılmamalıdır.

¹⁷⁰ Kanunda geçen “şuur serbestisi” fiilin şuuruna sahip olmak anlamına gelmektedir. “Hareket serbestisi” ifadesi ise, irade serbestisi ile eş anlamdadır. İrade serbestisi iradenin dış serbestisi demektir ve bu serbestinin insanların genellikle iradelerinin serbest olup olmaması (libre arbitre) sorunuyla ilgisi bulunmamaktadır. Dış hareket serbestisi başka türlü hareket edebilme, sonuç olarak başka türlü irade edebilme imkânının bulunmasıdır. Bkz. Erem/Danışman/Artuk, s. 517.

¹⁷¹ Bayındır, s. 81.

¹⁷² Nitekim öğretilerde bazı yazarlar salt “şuuru” değil, “şuur serbestisi” ifadesini açıklamışlardır. Bu yazarlara göre “şuur serbestisi”, fiilin bilincinde olmak şeklinde açıklanabilir. Bkz. Erem/Danışman/Artuk, s. 517.

şeklinde düzenlenmiş olduğudur. 765 sayılı TCK' da bu yeteneklerin "fiilin haksızlığına" ya da 5237 sayılı TCK' da yer aldığı şekilde "fiilin hukuki anlam ve sonuçlarına" yönelik olduklarına ilişkin bir ifade mevcut değildir. "*Fiili işlediği zaman şuurunun veya hareketinin serbestisini tamamen kaldıracak surette akıl hastalığına duçar olan kimseye ceza verilemez.*" düzenlemesinde doğal olarak sadece failin fiili anında akıl hastası olup olmadığı önem arz etmektedir. Bu hastalığın normatif anlamda kusurun temelinde yer alan failin yasaklı olan davranıştan kaçınarak haklı olan davranışı gerçekleştirme kapasitesine ne ölçüde etki ettiğinin önemi göz ardı edilmiştir. Bu düzenlemedeki "şuurunun veya hareketinin serbestisini" ifadesi akıl hastalığının salt tıbbi anlamdaki etkilerine vurgu yapmaktadır. Şuur ve hareketin serbestisi tıbbi anlamda da incelenebilecek yetenekler olmakla birlikte temelinde kusur ve ceza sorumluluğunun olduğu değerlendirmede, söz konusu "şuur" haksızlık bilincine, "harekat serbestisi" ise davranışlarını hukuka uygun şekilde belirlemeye işaret etmektedir. Aynı açıklamalar azalmış kusur yeteneğine ilişkin m. 47 için de geçerlidir. İki kanunda yer alan düzenlemeler bu çerçevede kıyaslandığında 5237 sayılı TCK' nın, kusur yeteneğinin kanun metninde kurgulanması açısından daha başarılı olduğu söylenebilir.

4. İki düzenleme arasındaki en önemli farklardan birisi de, azalmış kusur yeteneği durumunda "psikolojik" unsur olarak yer alan yeteneklerin azalıp çoğalabilen yani nicelleştirilebilen özellikte olup olmamasıdır. 765 sayılı TCK m. 47' de, "*...şuurunun veya hareketinin serbestisini ehemmiyetli derecede azaltacak surette akli maluliyete müptela olan kimseye verilecek ceza aşağıda yazılı şekilde indirilir.*" şeklinde failin hem şuurunun hem de hareket serbestisinin azalabileceği şekilde düzenlemeye gidilmiştir. Oysa 5237 sayılı TCK m. 32/1 ve 2' de failin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği ya var olacak şekilde, ya da yok olacak şekilde düzenlenmiştir. Azalıp çoğalabilen sadece failin davranışlarını yönlendirme yeteneğidir. 5237 sayılı TCK' da bu yolun tercih edilmesinin temelinde failin haksızlık algısının ya var olabileceği ya da yok olabileceği düşüncesidir. Bu anlamda failin haksızlık bilincinde azalma söz konusu olamaz. Yerinde olarak 5237 sayılı TCK m. 32' de bu anlayışa yer verilmiştir.

5. İki kanun açısından bir başka önemli fark da, psikopatolojik halin failin kusur yeteneğine etki derecesinin ceza sorumluluğuna farklı şekilde yansıtılmasıdır.

Her iki kanunda nihai ceza sorumluluğuna etki bakımından aranan yetenekler farklı derecelendirmeye tabi tutulmuştur. Buna göre, 765 sayılı TCK m. 46' ya göre akıl hastalığının failin “*şuurunun veya hareketinin serbestisini tamamen kaldıracak surette*” olması halinde faile ceza verilemeyecektir. 5237 sayılı TCK m. 32/1' de ise failin “*davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış*” olması halinde de ceza verilemeyecektir. Bu açıdan failin ceza sorumluluğunun kalkması için mutlak surette tamamen “*davranışlarını yönlendirme yeteneği*”nin ortadan kalkmış olması aranmamaktadır. Bu farklılık azalmış kusur yeteneği halleri için de geçerlidir. 765 sayılı TCK m. 47' de, ceza indirimine gidilebilmesi için, psikopatolojik sebebin failin “*şuurunun veya hareketinin serbestisini ehemmiyetli derecede azaltacak surette*” etki etmesi gerekirken, 5237 sayılı TCK m. 32/2' de ise, TCK m. 32/1' de yazılı derecedeki etkiye varmayan herhangi bir etki durumunda da ceza indirimine izin verilmektedir.

6. Her iki kanun da azalmış kusur yeteneği durumunda cezadan indirim yapılmasını öngörmüştür. Ancak bu indirimin miktarları ve şekli farklı düzenlenmiştir. Öncelikli olarak belirtilmesi gereken temel fark, azalmış kusur yeteneğine karar verilmesi halinde 765 sayılı TCK m. 47' nin ceza türü ve miktarını ayırt etmeksizin zorunlu ceza indirimi öngörmesidir. Bu açıdan hakim ya da mahkeme kusur yeteneğinin psikopatolojik hal nedeniyle azaldığına karar verirse, işlenen suç için öngörülen cezada m. 47' de öngörülen şekilde indirim yapmak zorundadır. Bu konuda hakimin ya da mahkemenin takdiri bulunmamaktadır. 5237 sayılı TCK m. 32/2' de ise farklı bir anlayış esas alınmıştır. Buna göre hakim ya da mahkeme azalmış kusur yeteneğine karar verirse, cezanın türüne göre bazı cezalarda (ağırlaştırılmış müebbet ve müebbet hapis cezası) indirim yapmak zorundadır, bu konuda bir takdir hakkı bulunmamaktadır. Diğer cezalarda ise indirim yapmak hakim ya da mahkemenin takdirine bırakılmıştır.

7. İki kanun arasındaki bir diğer fark ise, akıl hastası fail hakkında uygulanacak iyileştirici ve koruyucu tedbirlere ilişkindir. 765 sayılı TCK m. 46/2' ye göre ceza verilemeyen akıl hastası failer için, “*Ancak bu şahsın muhafaza ve tedavi altına alınmasına hazırlık tahkikatında Sulh Hakimi, ilk tahkikatta Sorgu Hakimi ve son tahkikatta vazifeli mahkeme tarafından karar verilir.*” düzenlemesi öngörülmüştür. Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere, failin zorunlu tedavi altına

alınması için, akıl hastası failer hakkında hakim ya da mahkeme tarafından olayla ilgili yargılamanın gerçekleştirilerek suçun akıl hastası kişi tarafından işlendiğinin kanıtlanmış olması ve olayda akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneğinin etkilendiği tespitinin yapılmış olması gerekmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da önceki dönemde bu noktaya işaret etmiştir¹⁷³. Hatta günümüzde soruşturma aşamasına denk gelen “*hazırlık tahkikatında*” dahi bu tedbirlere başvurulabilmektedir. Bu nedenle 765 sayılı TCK’ da yer verilen akıl hastaları hakkında iyileştirici ve koruyucu tedbirlerin, günümüzde 5237 sayılı TCK m. 57’ de yer verilen “Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri” ile aynı hukuki nitelikte oldukları söylenemez. 5237 sayılı TCK bu tedbirleri ceza hukukunun iki izliliği çerçevesinde birer yaptırım türü olarak düzenlemiştir. Bu nedenle ancak yargılama sonunda failin söz konusu fiilleri gerçekleştirdiğinin kesin olarak anlaşılması ve akıl hastalığının kusur yeteneğine etki ettiği tespit edildikten sonra bu tedbirler uygulanabilmektedir. Soruşturma aşamasında ancak delil elde etmeye yönelik “Gözlem Altına Alma” ya da genel tedbirler¹⁷⁴ kapsamında akıl hastasının bir psikiyatri kurumuna yerleştirilmesi söz konusu olabilir. Yine 765 sayılı TCK m. 46/3’ e göre, “*Muhafaza ve tedavi altında bulundurma müddeti şifaya kadar devam eder. Yalnız maznuna isnadolan suç, ağır hapis cezasını müstelzim ise bu müddet bir seneden az olamaz.*” Bu düzenleme ile tedbirin süresi için bir üst sınır getirilmemiş ve failin “iyileşmesi (şifası)” tedbirin

¹⁷³ “Akıl hastalığı ceza sorumluluğunu kaldıran subjektif yani kişisel bir nedendir. Bu itibarla suçu işlediği zaman tam akıl hastası olan sanığa ceza verilemez. Ancak bu şahsın koruma ve tedavi altına alınmasına karar verilir.

Koruma ve tedavi altına alma kararının verilebilmesi için suçun akıl hastası sanık tarafından asli veya ferî olarak işlendiğinin kanıtlanmasına gerek yoktur. Suç isnadı yeterlidir. Çünkü TCK.nun 46. maddesinin 2. fıkrasında koruma ve tedavi altına alma kararının hazırlık soruşturmasında sulh hakimi son soruşturmada görevli mahkeme tarafından verileceği belirtilmiştir. Eğer anılan kararın verilebilmesi için suçun işlendiğinin kanıtlanması gerektiği görüşü benimsenirse TCK.nun 46. maddesindeki bu düzenleme açıklanamaz.

Öte yandan hazırlık soruşturması uyumsuzluğun sona erdirilmesine değil fakat bu uyumsuzluğun yargıç önüne çıkarmaya değer olup olmadığına yönelik bir ceza yargılaması faaliyeti olup bu aşamada sulh hakiminin tüm delilleri toplayarak akıl hastası sanığın isnat olunan suçu işlediğini saptanması olanaksızdır. Esasen böyle bir yetkisi de bulunmamaktadır.

Bu itibarla suçu işlediği zaman tam akıl hastası olduğu kesin olarak saptanan sanığın koruma ve tedavi altına alınmasına karar verilebilmesi için tüm delillerin toplanıp isnat olunan suçu bu sanık tarafından işlendiğinin kanıtlanmasına gerek yoktur.” YCGK, E. 1994/1-264, K. 1994/283, T. 14.11.1994 (Kazancı İçtihat Programı)

¹⁷⁴ 4721 sayılı Medeni Kanun m. 432-437 arasında düzenlenen bir kişinin akıl hastası olması nedeniyle yarattığı tehlikeliliğin önlenmesi açısından başvurulacak tedbirler bu kapsamdadır.

sona ermesi için kriter olarak belirlenmiştir. 5237 sayılı TCK m. 57' ye bakıldığında ise failin “iyileşmesi” kriteri aranmamaktadır. Bu kanun bakımından m. 57/2 uyarınca failin “toplum açısından tehlikeliliğinin ortadan kalktığı veya önemli derecede azaldığının” yerleştirilen sağlık kurulunca hazırlanan raporla belirtilmesi durumunda, mahkeme veya hakim kararı ile tedbire son verileceği düzenlenmiştir. O halde failin iyileşip iyileşmediği tedbirin sona ermesi bakımından önem arz etmemektedir. Yargıtay bu hususu dikkate alarak 5237 sayılı TCK' nın daha lehe olduğu tespitini yapmıştır¹⁷⁵. Gerçekten de failin “tehlikeliliğinin” esas alınması daha yerinde bir tercih olacaktır. Çünkü bazı akıl hastalıklarının mutlak anlamda iyileşme göstermediği, ancak tıbbi (ilaç) ve psikoterapik uygulamalarla kişinin toplum açısından tehlike arz etmeyecek şekilde baskılanabildiği bilinmektedir. Tedbirin süresi ile ilgili bir başka önemli fark, 765 sayılı TCK m. 46/3 son cümlede yer alan “Yalnız maznuna isnadolunan suç, ağır hapis cezasını müstelzim ise bu müddet bir seneden az olamaz.” şeklindeki düzenlemedir. 5237 sayılı TCK m. 57' de güvenlik tedbirinin süresi konusunda bazı suçlar için bu şekilde bir alt sınır öngörülmemiştir. Her iki kanun açısından koruyucu ve iyileştirici tedbirler için belirtilebilecek diğer fark, 5237 sayılı TCK m. 32/2' de azalmış kusur yeteneği için de akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirinin uygulanabilecek olmasıdır. 765 sayılı TCK' da ise bu konuda bir düzenlemeye yer verilmemiştir¹⁷⁶. 5237 sayılı TCK m. 32/2 son cümlede göre, “Mahkûm olunan ceza, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir.” Bu açıdan bakıldığında akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneği tespit edilen kişi hakkında ceza yaptırımının hiç uygulanmadığı haller oluşabilecektir. Failin fiili nedeniyle hak etmiş olduğu ceza yaptırımı kısmen veya tamamen iyileştirici ve koruyucu güvenlik

¹⁷⁵ “Sanığın akıl hastası olması nedeniyle uygulanacak olan 765 sayılı TCY. nın 46. maddesine göre suç işlediği anlaşılan kimsenin muhafaza ve tedavi altında bulundurulmasının şifa buluncaya kadar süreceği; 5237 sayılı TCY. nın 32 ve 57. maddelerine göre ise, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin akıl hastasının tehlikeliliği ortadan kalkıncaya veya önemli ölçüde azaluncaya kadar devam edeceği, tehlikeliliği ortadan kalkınca ve önemli ölçüde azalınca güvenlik tedbirine son verileceğinin hükme bağlandığı, bu nedenle 5237 sayılı TCY. daki düzenlemenin sanık yararına olduğu gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi,..yasaya aykırı...” **Yargıtay, 4. CD., E. 2007/12059, K. 2009/10848, T. 02.06.2009** (Kazancı İçtihat Programı)

¹⁷⁶ Öğretide *Alacakaptan* bu durumu eleştirmektedir. Yazara göre, bu kişiler hakkında tedavi tedbirlerinin uygulanmasına imkân vermeyen bir tutumun bilimsel verilerle bağdaştırılması güçtür. Bkz. *Alacakaptan, Suçun Unsurları*, s. 133; aynı yönde Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 286.

tedbirlerine dönüştürülebilecektir. 765 sayılı TCK’ da ise sadece indirimli ceza uygulanması prensibi benimsenmiştir.

III. AKIL HASTALIĞININ KUSUR YETENEĞİNE ETKİSİNİN İLGİLİ KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ

A. Ceza Hukukunda Hareket Kavramı İle İlişkisi

Ceza hukukunda bir suçtan söz edilebilmesi için öncelikle ortada dış dünyaya yansımış aktif ya da pasif (ihmal) şekilde gerçekleşen hukuki anlamda bir hareketin bulunması gerekmektedir. Ceza hukukunda öngörülen yaptırımların uygulanması açısından gerçekleştirilen sorgulama aşamalarının çıkış noktasını “hareket” kavramı oluşturmaktadır¹⁷⁷. Bu bakımdan ceza hukukunun odak noktası haline gelmiş¹⁷⁸ “hareket” kavramından ne anlaşılması gerektiği önem arz etmektedir. Ceza hukukunda hareketin niteliğinin ne olarak anlaşılması gerektiği konusunda öğretide birtakım “hareket teorilerine” yer verilmektedir¹⁷⁹. Hareketi, dış dünyada değişikliğe neden olma olarak algılayan nedensel hareket teorisi (*kausale Handlungslehre*)¹⁸⁰, amaç ya da amaçsal faaliyetin uygulanması (planlı kontrol) olarak algılayan finalist

¹⁷⁷ Öğretide cezalandırılabilir bir eylem için yapılacak sorgulama aşamaları olan “tipiklik”, “hukuka aykırılık” ve “kusur” aşamaları öncesinde, hukuki anlamda bir hareketin var olup olmadığı sorununun “önsorun” olarak ele alınması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Johannes Wessels/ Werner Beulke/ Helmut Satzger, **Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau**, 45. neu überarbeitete Auflage, C. F. Müller GmbH, Heidelberg, 2015, s. 39; aynı yönde Claus Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre**, C. H. Beck Verlag, München, 2006, (AT I), § 8, s. 238.

¹⁷⁸ Esas itibariyle “hareket” kavramının suç sistemi içinde üç işleve sahip olduğu belirtilmektedir. Bunlar: 1. Suçun temel unsuru olarak hareket kavramı, 2. Suçun bağlantı unsuru olarak hareket kavramı ve 3. Suçun sınır unsurunu teşkil eden hareket kavramı, olarak belirtilmektedir. Bkz. Werner Maihofer, **Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem**, Tübinger Chronik, Druckerei- und Verlagsgenossenschaft eGmbH, Tübingen, 1953, s. 6.

¹⁷⁹ Bu teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Maihofer, s. 2 vd.

¹⁸⁰ *Maihofer* bu teoriyi doğal hareket kavramı olarak kullanmaktadır. Bkz. Maihofer, s. 2. Nedensel-Doğal hareket teorisine göre, ceza hukuku alanında önem taşıyan hareket, dış dünyadaki bir değişikliğe neden olan veya bir değişikliği önlememe şeklinde beliren insanın iradi bir davranışdır. Bu teoriye göre, doğa olayları, insanların yönlendirmediği hayvan hareketleri, uyku durumundaki hareketler, refleks hareketleri, başkası tarafından karşı konulamayacak derecede cebir ve tehdit sonucu gerçekleşen hareketler hareket kavramı içine girmemektedir. Bkz. İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 261-262.

hareket teorisi (*finale Handlungslehre*)¹⁸¹, sosyal gerçeğin şekillendirilmesi olarak algılayan sosyal hareket teorisi (*soziale Handlungslehre*)¹⁸² ve kişilik açıklaması olarak algılayan kişisel hareket teorisi (*personale Handlungslehre*) bulunmaktadır¹⁸³. Bu teoriler bazı durumlarda farklı yaklaşım gösterse de, genel çerçevede ceza hukuku anlamında “hareket”, çevreyle bağlantılı olan, kumanda edici (yönlendiren) irade tarafından hükmedilen, bir neticeye yönelmiş insani davranış olarak tanımlanmaktadır¹⁸⁴.

Hareketin suç tahlili sistemi içindeki önemi dolayısıyla bir olgunun ceza hukuku manasında hareket sayılabilmesi için öğretilerde bir takım gereksinimlere işaret edilmiştir. Bu gereksinimler kısaca şu şekilde sayılabilir¹⁸⁵:

1. Hareket gerçek bir insanın davranış biçimini teşkil etmektedir. Bu nedenle, insanın hâkimiyetinin söz konusu olmadığı ya da hukuk düzenince hâkimiyet konusunda kendisine görev ve sorumluluk yüklenmeyen hayvan davranışları hareket sayılmamaktadır. Bunun yanında insanın dışında gerçekleşen tabiat olayları da hareket olarak değerlendirilmemektedir. Hareketin gerçek kişilere ait bir kavram olması nedeniyle, tüzel kişilerin kendisini temsil eden kişilerin gerçekleştirmiş oldukları fiillerdeki hareket yetenekleri dışında bir hareket yetenekleri bulunmamaktadır. İnsani davranış olarak, öncelikle aktif, yani pozitif fiiller ön plana çıkmaktadır. Birini bıçaklayan bir kimse, aktif bir fiziksel harekette bulunur; belirli

¹⁸¹ Bu teori, ceza hukukunda hareketin sadece nedensel oluşuna değil, aynı zamanda belirli bir amaca yönelik oluşuna önem vermektedir. Bu nedenle amaca yönelik irade hareketin unsuru olarak kabul edilmektedir. Bkz. İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 262; Bahri Öztürk/ Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 195. *Demirbaş* da bu teoriyi benimsemektedir. Yazara göre, ceza hukukunda dikkate alınan hareket, kişinin iradesinden kaynaklanan ve suçun diğer unsurlarıyla bağlantı içerisinde amaca, yani neticeye yönelen harekettir. Bkz. *Demirbaş*, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 225.

¹⁸² Ancak sosyal bakımdan önemli insan davranışlarının ceza hukukunda hareket sayılabileceğini savunmaktadır. Bu bakımdan davranışın toplumsal yönden önemi dikkate alınmaktadır. Bkz. İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 263.

¹⁸³ Helmut Frister, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2015, (AT), kn. 2, s. 96.

¹⁸⁴ Reinhart Maurach/ Heinz Zipf, **Strafrecht Allgemeiner Teil: Teilband 1 Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat**, 8. Neubearbeitete und erweiterte Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1992, § 16, kn. 4, s. 191.

¹⁸⁵ Jürgen Baumann / Ulrich Weber / Wolfgang Mitsch / Jörg Eisele, **Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch**, 12. völlig neu bearbeitete Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2016, ss. 180-183.

bir dışsal davranış sergiler. Ancak “insanın ölmesi” biçimindeki netice, sadece pozitif eylemle elde edilmemektedir. Bir annenin, bebeğini boğarak mı yani pozitif bir eylemle mi öldürdüğü veya onu beslemeyerek mi, yani ihmalle mi öldürdüğü ceza hukuku normunda yer alan “hareket” kavramı açısından bir değişiklik yaratmamaktadır. Aynı şekilde, buradaki bir şey yapmama, yani ihmal de, fiziksel (bedensel) bir davranıştır ve böylece bir harekettir. Hareketin vasfına ilişkin gereksinimler, aktif bir eylemde ve ihmalde farklı değildir. Aynı şekilde kasten işlenebilen veya taksirli bir suç olup olmadığı da bu noktada fark yaratmamaktadır¹⁸⁶.

2. Hareket dış dünyaya yansımış olan bir davranıştır. Modern ceza hukuku anlayışı fiil ceza hukuku (*Tatstrafrecht*) sistemi¹⁸⁷ üzerine kurulmuştur. Bu nedenle bir davranışın cezalandırılabilmesi için gerçekleştirilen sorgulama süreci somut fiil ile başlamaktadır. Ortada dış dünyaya yansımış bir fiil yok ise, diğer sorgulama aşamaları olan hukuka aykırılık ve kusur süreçlerinin işletilmesine gerek kalmamaktadır. Böylece failde söz konusu olan suç işleme fikri, hukuka aykırı zihniyet, anti sosyal tutum, dış dünyaya yansımada ceza hukukunun işgal alanına girmemektedir¹⁸⁸. “*Cogitationis poenam nemo patitur*” hiç kimse (eyleme dönüşmeyen) salt düşünceleri için cezaya maruz kalmaz¹⁸⁹.

3. Ceza hukukunda hareket, hukuk düzenince değerlendirilebilecek bir irade taşıyan davranıştır¹⁹⁰. Bu bakımdan nedensel kaynak olarak bir insandan doğan ve dış dünyaya yansımış olan davranış, ancak hukuk süjesi olan insanın iradesi çerçevesinde gerçekleştirmiş olduğu davranış olması durumunda hareket sayılacaktır. Akıl hastası olan bir kişi de hukuki anlamda davranabilir ancak bu hareket ona kusurluluk noktasında kişisel olarak isnat edilemez¹⁹¹.

¹⁸⁶ Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, ss. 183-184.

¹⁸⁷ Frister, AT, kn. 3, s. 96.

¹⁸⁸ Aynı yönde Frister, AT, kn. 3, s. 96.

¹⁸⁹ Roxin, AT I, § 8, s. 266; Hans-Heinrich Jescheck/ Thomas Weigend, **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, 5. vollständig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Duncker & Humboldt GmbH, Berlin, 1996, § 23, s. 225.

¹⁹⁰ Hareketin iradeye bağımlı olması kusur ceza hukuku anlayışı ile açıklanmaktadır. Ceza hukukunda tüm cezalandırılan eylemlerde “İrade Kusuru (*Willensschuld*)” bulunduğu noktasından hareket edilmektedir. Bkz. Hans Welzel, **Das Deutsche Strafrecht**, Elfte neubearbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1969, s. 139.

¹⁹¹ Lenckner, “Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit”, s. 91.

Bilineceği üzere ceza hukukunda suç tahlilinde haksızlık ve kusur ayırımı esastır. Haksızlık bir fiilin tipe uygun ve hukuka aykırılığını belirtmekte iken, kusur haksızlık teşkil eden bir fiilin daha çok cezalandırılabilirliği ile ilişkilidir. Cezanın amacı ve esas itibarıyla haklılığı ile meşgul olan ceza teorisinde, kişisel suçlamanın ortaya çıkması için zorunlu unsurların tümünün neler olduğuna işaret edilmektedir¹⁹². Bu unsurlarla birlikte ceza hukuku haksızlığının belirtilmesi de sağlanmaktadır¹⁹³. Buna karşın ceza hukuku dogmatikinde kusur kavramı ise, kişisel suçlamanın ortaya çıkması için haksızlık içine dahil olmayan unsurları belirtmektedir¹⁹⁴. Bu bakımdan konu mantığı itibarıyla haksızlığın mevcudiyeti, kusurdan önce yer almalıdır. Kusur olmadan haksızlık vardır ancak kusurun olduğu yerde haksızlığın olmaması mümkün değildir¹⁹⁵. Böylece haksızlık içine dahil olan failin gerçekleştirmiş olduğu hareketin hukuki anlamda “hareket” sayılıp sayılmadığı, kusur içinde yer alan failin kusur yeteneği değerlendirmesi öncesinde sorgulanması gereken bir kavram olarak belirtilebilir.

Akıl hastalığı nedeniyle yapılacak olan kusur yeteneği değerlendirmesi ile failin gerçekleştirmiş olduğu davranışın hukuki anlamda hareket sayılabilmesi için yapılacak değerlendirme arasındaki temel fark, dış dünyaya yansıyan aktif ya da pasif bir davranışın iradî olup olmadığı noktasında bulunmaktadır. Akıl hastalığı nedeniyle yapılacak kusur yeteneği değerlendirilmesinde esasen bir insan davranışının iradî olup olmadığı sorgulanmamakta, aksine ortaya çıkan iradenin hukuk normlarına riayet edip etmeme noktasında failin düşünce yapısını, zihniyetini, bir anlamda “kendisini” yansıtmayı yansıtmadığı sorgulanmaktadır. Bir başka deyişle akıl hastası olan fail de davranışlarını bir irade çerçevesinde gerçekleştirmektedir. Ancak bu irade, bir fiilin tasarımında ve ortaya çıkıp çıkmaması konusunda etkili olan motivasyon süreçlerinin, dürtülerin, duyguların ya da psişik işlevlerin akıl

¹⁹² Helmut Frister, “Der strafrechtdogmatische Begriff der Schuld”, **Juristische Schulung (JuS)**, Heft 12, 2013, (Der strafrechtdogmatische Begriff der Schuld), s. 1057.

¹⁹³ Fail tarafından gerçekleştirilen bir eylemin tipikliği ve hukuka aykırılığının onaylanmasıyla öncelikle haksızlığın tespiti yapılmaktadır; yani davranış ile hukuk düzeninde öngörölmüş gerek normlara (*Sollennormen* - “Yasaklar veya Emirler”) aykırılık tespiti gerçekleştirilmektedir. Ancak cezanın verilebilmesi için bu yeterli değildir. Bunun için failin kusurunun da tespiti gereklidir. Bkz. Fritjof Haft, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 9. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2004, s. 116.

¹⁹⁴ Frister, “Der strafrechtdogmatische Begriff der Schuld”, s. 1057.

¹⁹⁵ Haft, s. 116.

hastalığı nedeniyle etkilenmesi sonucunda kişinin gerçek kişiliğini yansıtmamaktadır. Akıl hastalığının etkisi nedeniyle manipüle olmuş söz konusu bu irade, failin davranışlarını ceza normlarına riayet edecek şekilde belirlemesi imkânını, yani hukuka uygun şekilde belirleyebilme olanağını ya ortadan kaldırmakta ya da önemli derecede güçleştirmektedir. Bunun sonucu olarak fail, ceza hukukunda fiili nedeniyle ya kınanamamakta, ya da kınanma şiddeti azalmaktadır. Akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneğinin yokluğu ve azalmış kusur yeteneği bu durumlara işaret etmektedir. Hukuki anlamda hareket olarak sayılmayan hallerde ise, manipüle olmuş bir irade dahi bulunmamaktadır.

Belirtmiş olduğumuz gibi “*iradilik*” özelliği (*Willkürlichkeit*) ya da “irade faaliyeti (*Willensbetätigung*)”¹⁹⁶ taşıma özelliği, aktif bir bedensel faaliyetin ya da yapmama şeklinde gerçekleşen bir tutumun yani ihmalin, hukuki anlamda hareket sayılabilmesi için olmazsa olmaz şarttır¹⁹⁷. Bu nedenle dış dünyaya yansıyan insan tutum ve davranışlarında hangi durumlarda “irade taşıma” özelliğinin bulunmadığının tespiti, esasen hukuki anlamda hareket kabul edilen durumların da sınırını oluşturacaktır¹⁹⁸. İradeden tümüyle bağımsız olan davranış biçimleri, hareket kavramı dışında kalmaktadır. Burada özellikle belirtilmesi gerekenler, saf refleks hareketleri, uykudaki hareketler veya bilincin kapalı olduğu durumlarda, örneğin narkoz altında yapılan hareketler ve karşı konulamaz bir fiziksel güç (*vis absoluta*) sonucu meydana gelen bedensel hareketlerdir¹⁹⁹.

Ancak hukuki anlamda “hareket” kavramı ile ilgili karar vermede güçlüklerin yaşandığı durumlar da söz konusu olabilmektedir. Ayrım, bilhassa yüksek derecedeki afekt (duygulanım, heyecan) durumlarında, doğum kaynaklı ağrı durumlarında, kendini kaybetme derecesinde sarhoşlukta ve aynı zamanda hipnotik veya post-hipnotik (hipnoz sonrası) durumlarda kolay gerçekleştirilememektedir. Bu sorun hangi hareket kavramının esas alındığına da bağlı olmaktadır²⁰⁰. Öğretide *Roxin*

¹⁹⁶ Maurach/Zipf, § 16, kn. 13, s. 194.

¹⁹⁷ Bir bedensel devinim iradi olarak kontrol edilemiyorsa, ceza hukuku anlamındaki bir isnad için bağlantı noktası baştan ortadan kalkmaktadır. Bkz. Frister, AT, kn. 3, s. 97.

¹⁹⁸ Bir sosyal öneme sahip davranışın hareket olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, bu davranışın bir irade tarafından kontrol edilip edilmediğine bağlıdır. Bu halde hareket kavramının sınırlandırma işlevi söz konusudur. Bkz. Maurach/Zipf, § 16, kn. 13, s. 194.

¹⁹⁹ Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, s. 184.

²⁰⁰ Roxin, AT I, § 20 A, s. 901.

tarafından savunulan ve insanın “hareketini” bir nevi “kişiliğin ifadesi ya da kişilik açıklaması (*Persönlichkeitsäußerung*)” olarak kabul eden teoriye göre belirtilen durumlarda genelde hareketin olmadığına değil, önce kusur yeteneğinin olmadığına karar verilmektedir²⁰¹.

Reflekslerin, karayolları trafiğindeki gibi²⁰², yarı otomatik olarak gerçekleşen reaksiyonlardan ayrı tutulması gerekir. Bunlar, refleks hareketlerle eşit kabul edilemez. Çünkü halen, detayları itibarıyla her zaman bilinçli olmasa dahi, bedensel hareketlerin kontrolü bulunur. Hapşırma, öksürme, esneme veya gülme durumunda ne olduğuna karar verilmesi zor olabilir. Burada, hapşırmanın bir refleks misali (artık) kontrol edilemez olup olmadığı veya irade kontrolünün bulunup bulunmadığının araştırılması gerekir²⁰³. Kusma şeklindeki bir davranışın hareket vasfına sahip olmadığı belirtilmektedir²⁰⁴. Hareket olarak sayılmayan hallerin tipik örneği olarak dize vurulması durumunda ortaya çıkan refleks hareketi verilebilir. Bu gibi durumlarda “bir duyum merkezinden hareket merkezine aktarılan” bir bedensel uyarım söz konusudur. Bir başka deyişle “*organik olarak dışarıdan gelen bir uyarı sonucu algılayıcı sinirlerden motorik sinirlere geçiş sağlayan hareketler*”²⁰⁵ söz konusudur. Yalnızca ilgili harekette bulunmama isteği göstermek suretiyle refleks

²⁰¹ Roxin, AT I, § 20 A, s. 901.

²⁰² Yarı otomatik olarak gerçekleşen reaksiyonlarda fiziksel hareketin merkezi kontrolü söz konusu olup hareket, ayık bilincin bir etkisi olmaksızın gerçekleşmektedir. Bu durum için verilecek örnek, bir sürücünün karayolları trafiğinde sergilediği reaksiyonlardır. Örneğin Frankfurt Yüksek Eyalet Mahkemesi, gece yolda seyrederken “bir anda tavşan veya kedi büyüklüğünde bir hayvanı önünde görüp aracını aniden sola kırmaması sonucu, araçta seyreden kadın yolcunun hayatını kaybetmesine neden olan bir kazada” kadın sürücünün cezalandırılabilmesi yönünde karar vermiştir. Bkz. OLG Frankfurt VRS 28, 364 (Frister, AT, kn. 6, s. 97)

²⁰³ Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, s. 184.

²⁰⁴ Rudolf Rengier, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2016, s. 43. Her ne kadar kusma davranışı iradî olmaması nedeniyle ceza hukukunda hareket vasfına sahip olarak kabul edilemez ise de, kusma davranışına bilinçli olarak fail tarafından neden olunması durumunda bu davranış ceza hukukunda hareket olarak kabul edilebilecektir. Bu hale doktora tez danışmanım Doç. Dr. Koray Doğan tarafından TCK m. 151’ de yer alan mala zarar verme suçu örnek gösterilmektedir. TCK m. 151/1’ e göre, başkasının taşınır veya taşınmaz malını kısmen veya tamamen yıkan, tahrip eden, yok eden, bozan, kullanılamaz hale getiren veya kirlüten kişi mala zarar verme suçu işlemiş olacaktır. İşte failin başkasına ait bir malı kirliletmek amacıyla kendi parmağını boğazına götürerek kusmasını sağlaması durumunda, ceza hukukunda hareket vardır.

²⁰⁵ Joachim Renzikowski, “Forensische Psychiatrie und Strafrechtswissenschaft”, **Neue Juristische Wochenschrift (NJW)**, 1990, s. 2908.

engellenemez²⁰⁶. Bu nedenle reflekslerden farklı olarak otomatik reaksiyonlarda hareketlerin iradi kontrolü genelde mümkündür. Vücut hareketleri merkezi olarak kontrol edildiğinden²⁰⁷ –bilinçli bir irade kararına dayanmasalar da – karşıt bir irade kararıyla engellenirler²⁰⁸.

Karşı konulamaz bir fiziksel güç (*vis absoluta*) sonucu²⁰⁹ zorunlu hale gelen bedensel hareket durumunda da hukuki anlamda hareket bulunmamaktadır. Burada karşı konulamaz bir güç uygulanan kişinin bedeni kısmı, güç kullanan kişinin bedensel uzantısı ya da bir aleti şekline dönüşmektedir. İhmal halleri için de aynı durum geçerlidir²¹⁰. Ancak bu zorlama bir kişinin dövülmesi ya da tehdit edilmesi şeklinde gerçekleştirilerek, belirli bir bedensel harekette bulunması sağlanıyorsa burada ceza hukuku anlamında hareketten söz edilebilecektir. Psişik zorlama (*vis compulsiva*) şeklinde gerçekleşen bu durumda bedensel hareketin iradi olarak kontrol edildiği bir süreç söz konusudur. Kuşkusuz bu durum tipiklik içinde değil, kusur sorgulaması aşamasında gündeme gelebilecektir.

Söz konusu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, bir insanın gerçekleştirmiş olduğu fiziksel davranışın ya da tutumun (hareketsiz kalmanın) hukuki anlamda hareket vasfını kazanabilmesi için bir “irade taşıma” özelliğine sahip olması gerekmektedir²¹¹. Ancak bu irade taşıma özelliğinin içeriğinin ne olduğu konusunda bir açıklık yoktur. Bu konuda genel anlamda “merkezi kontrolün olup olmadığı”, “hakim olunabilirlik ya da hükmedilebilirlik²¹²”, hareket süreçlerinde “zihinsel güçlerin katkısı²¹³” olup olmadığı²¹⁴ gibi kriterler öne sürülmüştür.

Akıl hastalığı nedeniyle failin kusur yeteneğinin değerlendirilmesi ile hukuki anlamda hareket kavramının ilişkisi, bahsedilmiş olan kriterler nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Bir akıl hastalığı ya da zihinsel bozukluk sayılan haller de pekâlâ

²⁰⁶ Frister, AT, kn. 5, s. 97.

²⁰⁷ Wessels/ Beulke/ Satzger, s. 43.

²⁰⁸ Frister, AT, kn. 7, s. 98.

²⁰⁹ *Renzikowski* mekanik olarak karşı konulamaz bir güçten bahsetmektedir. Bkz. *Renzikowski*, s. 2908.

²¹⁰ *Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele*, s. 185.

²¹¹ Ceza sorumluluğu için olması gereken husus, hareket bedeninin eserinden ziyade, iradenin eseri olmasıdır. Bkz. Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 161-162.

²¹² Alm. “*Beherrschbarkeit*”

²¹³ Alm. “*Mitwirkung der Geisteskräfte*”

²¹⁴ *Rengier*, § 7, kn. 13, s. 42.

bilincin tamamen kaybolmasına, zihinsel güçlerin katkısı olmaksızın fiziksel bir harekete ya da merkezi bir kontrolün mümkün olmadığı hükmedilir olmayan bir harekete sebebiyet verebilir. Bu durumda hukuken bir hareketin olup olmadığı öncelikli olarak saptanmalıdır. Zira bu ayırımın önemli hukuki sonuçları bulunmaktadır.

Öncelikle olayda hukuki anlamda bir hareket yoksa CMK m. 223/2 gereği fail hakkında beraat kararı verilecektir. Akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneği yokluğu durumunda ise, CMK m. 223/3 uyarınca fail hakkında kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. Bu ayırımın önemli sonucu ise, ilk durumda ortada suç sayılan bir hal, yani haksızlık teşkil eden bir fiil söz konusu değildir. Bu nedenle bu hareketlere karşı hukuka uygunluk sebebi olan meşru savunma gerçekleştirilemez²¹⁵. Her ne kadar pratik olarak gerçekleşmesi zor ise de, ortada hukuki anlamda bir hareketin bulunmadığı yerde bağluluk kuralı gereği artık suça iştirak edenlerin de ceza sorumluluğu bulunmamaktadır. Kusur yeteneğinin bulunmaması halinde ise, bu sadece ilgili kişi açısından cezasızlık nedeni sayılacak ve suç ortaklarına tesir etmeyecektir. Gerçekleştirilen davranışta hukuki anlamda bir hareketin söz konusu olmamasının diğer ve en önemli sonucu ise, TCK m. 57' de düzenlenen akıl hastaları hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerine ilişkindir. Akıl hastasının gerçekleştirmiş olduğu davranışta hukuki anlamda kabul edilen bir hareket vasfı yoksa, her ne kadar akıl hastası toplum açısından “tehlikelilik” arz ediyor olsa da, akıl hastası hakkında ceza hukuku yaptırımını olarak güvenlik tedbiri uygulanamaz. Bu bakımdan güvenlik tedbirlerinin uygulanması ancak, işlenen haksızlık sonucunda kusur yeteneğinin olmaması nedeniyle kınanamayan veya azalmış kusur yeteneği çerçevesinde kınanan akıl hastaları hakkında söz konusu olabilir. Bu nitelikte olmayan akıl hastalarının toplum açısından tehlikelilik arz etmesi durumunda ise, ceza hukuku yaptırımını dışında, genel anlamdaki uygulanabilen tedbirlere başvurulabilecektir.

Akıl hastalığı nedeniyle yapılacak olan kusur yeteneği değerlendirmesi ile hukuki anlamda hareket arasındaki ayırımın ön plana çıkabilecek sorunlardan ilki uyku durumunda işlenebilecek fiillerdir. Normalde uyku halindeki davranış

²¹⁵ Bu durumda hukuka uygunluk sebeplerinin şartlarında yanılma durumu ayrıca tartışılacaktır. Yani hukuki anlamda bir hareket söz konusu değilse bile yani ortada haksız bir saldırı yoksa, savunma hareketini gerçekleştiren kişi bunun haksız bir saldırı olduğu konusunda yanılmış olabilir.

biçimlerinde hukuki anlamda hareket söz konusu değildir. Örneğin, bebeğini emzirirken uykuya dalan annenin bebeğinin boğularak ölümüne neden olması durumunda²¹⁶, hukuki anlamda bir hareket yoktur²¹⁷. Esasen tıbbi olarak uyku hali bilinçlilik açısından, uyanıklığın ortadan kalkması değil, farklı bir bilinçlilik durumu olarak tanımlanmaktadır²¹⁸. Kişinin uykudayken kendisine veya çevresine verdiği zararlarda, bir başka deyişle “uykuyla ilişkili şiddet davranışları” olarak değerlendirilen²¹⁹ uyku bozukluğu durumlarında ayırımın nasıl yapılacağı önem arz etmektedir. Uluslar arası Uyku Bozuklukları Sınıflaması’ na göre uyku bozuklukları “dissomniya” ve “parasomniya” olarak temelde ikiye ayrılmaktadır. *Dissomniya*, uykunun miktarı, kalitesi, zamanlamasında değişmelerle giden fazla uyuma, uykunun başlaması ya da devamına ilişkin bozukluklar olarak tanımlanmaktadır. *Parasomniya* ise uykuda, uyku dönemiyle eşzamanlı, davranışsal ve fizyolojik alanlardaki değişimleri ve bozulmaları ifade etmek için kullanılmaktadır²²⁰. *Parasomniya* uyku bozukluğunda uykuya dalarken, uyku sırasında ya da uyanırken motor ve otonomik aktivasyona bağlı, amaca yönelik gözükken, karmaşık ve bilinçli olarak ortaya çıkarılmayan davranışlar görülebilmektedir²²¹. Bu bakımdan parasomniya “psikofizyolojik bozukluklar” kategorisine girmektedir²²².

Bunun dışında REM (*Rapid Eye Movement*) uykusu davranış bozukluğu bulunan kişinin epizot esnasında gözleri kapalıdır ve kişi, o esnada bulunduğu ortama göre değil, rüyasındaki çevre ve eyleme göre davranır. Kovalandığı, dövüldüğü veya saldırıya uğradığı şeklindeki rüyalara karşı kişi, bağırma, küfretme,

²¹⁶ Rengier, § 7, kn. 13, s. 42.

²¹⁷ Burada kanımızca annenin uyku öncesindeki uykuya dalabileceği ve bunu engellemek üzere tedbire aykırı davranması isnadın konusu olabilecektir.

²¹⁸ Sinan Yetkin / Hamdullah Aydın, “Uyku ve Uykuda Psikofizyoloji”, **Psikiyatri Temel Kitabı** (Edit.: Ertuğrul Köroğlu/ Cengiz Güleç), HYB Basım Yayın, Ankara, 2007, s. 457.

²¹⁹ F. Süheyla Aliustaoğlu / Gökşen Yüksel / Sefa Saygılı / Gökhan Oral, “Bir Olgu Sunumu Eşliğinde REM Uykusu Davranış Bozukluğuna Bağlı Suç İşleme ve Suçun Adli Psikiyatrik Olarak Değerlendirilmesi”, **Düşünen Adam Psikiyatri ve Nörolojik Bilimler Dergisi**, C. 25, S. 1, Mart 2012, s. 78.

²²⁰ Aliustaoğlu/ Yüksel/ Saygılı/ Oral, s. 78; Sinan Yetkin/ Fuat Özgen, “Uyku Bozuklukları”, **Psikiyatri Temel Kitabı** (Edit.: Ertuğrul Köroğlu/ Cengiz Güleç), HYB Basım Yayın, Ankara, 2007, s. 470.

²²¹ Gökhan Sarısoy / Selçuk Özden, “Seksomnia: Bir Gözden Geçirme”, **Journal of Mood Disorders**, Vol. 4, No. 2, 2014, s. 80.

²²² Ali İhsan Baysal / Behçet Coşar, “Mental Durum Muayenesi ve Psikiyatrik Değerlendirme”, **Organik Psikiyatri** (Edit.: Erdal Işık), Tayf Matbaası, Ankara, 1999, s. 32.

yatak arkadaşına vurma, tekme atma, amaçsız el ve kol hareketleri yapma şeklinde yanıt verebilir²²³. Temelde bu bozukluğu olan hastalar rüyalarını dışa vuruyorlardı. Hastanın ya da yatak arkadaşının ciddi bir şekilde yaralanması risk teşkil etmektedir²²⁴.

Bu konuda gerçekleşen bir olayda, bir tanıdığıının düğünü için gittiği kasabada, eski bir arkadaşının misafiri olan fail, bu arkadaşı ile akşam yemeği yedikten ve sakin bir şekilde televizyon seyrettikten sonra aynı odada arkadaşı ile karşılıklı yataklarda uykuya dalmıştır. Aradan bir süre geçtikten sonra fail, arkadaşına önce bastonu ile daha sonra da sobanın üstünde duran su güğümü ile vurmaya başlamıştır. Gürültüye uyanan ev sahibinin çocukları faili etkisiz hale getirerek jandarmaya teslim etmiştir. Fail ifadesinde 3-4 yıldır geceleri kendisine saldırıldığını gördüğünü, olay anında da böyle bir saldırı şeklinde kabus gördüğünü ancak kesinlikle mağdura vurduğunu hatırlamadığını, arkadaşı ile herhangi bir husumetinin bulunmadığını belirtmiştir. Bu olay sonunda yapılan adli psikiyatrik değerlendirme sonucunda fail hakkında suç tarihinde ceza sorumluluğunu kaldırarak mahiyet ve derecede olan “parasomniya” uykusu bozukluğu olduğu kanaat getirilerek, failin ceza sorumluluğu olmadığı yönünde ve TCK m. 34’ ün uygulanmasının uygun olduğu yönünde rapor düzenlenmiştir²²⁵.

Parasomnia, seksüel davranışlar şeklinde de ortaya çıkabilmektedir. Bu durumları ifade etmek için parasomniak seksüel davranışlar, uykuda anormal cinsel davranış, uykuda seks hastalığı²²⁶ ya da “*Seksomnia*” terimi kullanılmıştır²²⁷. Seksomnia tanısına yönelik tanı kriteri olmamakla birlikte parasomnia durumundaki kriterlerin uyarlanması söz konusu olabilecektir. Bu kriterlerden birisi de davranışın

²²³ Aliustaoğlu/ Yüksel/ Saygılı/ Oral, s. 80.

²²⁴ Harold I. Kaplan / Benjamin Sadock, **Klinik Psikiyatri**, (Çeviri Edit.: Ercan Abay), Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul, 2004, s. 288.

²²⁵ Aliustaoğlu/ Yüksel/ Saygılı/ Oral, s. 80; Normalde failin bir uykusu bozukluğuna maruz kalmadan, uykudaki bir insanı öldürmesi ağırlatıcı nedendir (TCK m. 82/1-e). Çünkü bu durumda mağdur kendisini beden veya ruh bakımından savunamayacak durumdadır. “*Sanığın uykusu halinde olduğu sırada bıçaklayarak öldürdüğü maktulün uyumakta olması nedeniyle ‘beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda’ bulunduğu anlaşılmasına rağmen TCK m. 82/1-e maddesi uyarınca cezalandırılması gerektiği gözetilmeden...eksik ceza tayini, bozmayı gerektirmiş olup...*” **Yargıtay, 1. CD., E. 2015/6098, K. 2016/205, T. 25.01.2016** (Kazancı İçtihat Programı)

²²⁶ Hikmet Yılmaz / Aşın Kısabay Ak, “Uykuda Seks Hastalığı”, **Türk Uykusu Tıbbi Dergisi**, 2016/3, s. 51 vd.

²²⁷ Sarısoy/ Özdin, s. 81.

genellikle belirgin bir motivasyon olmaksızın ani, dürtüsel ve bilinçsiz olmasıdır. Uyku sırasında işlenen suçlar otomatizma olarak değerlendirilmektedir. Otomatizma ise “kişinin yaptığı olayın farkında olmaması” olarak tanımlanmaktadır²²⁸. Seksomnia, uyku sırasında atipik cinsel davranışlar nedeniyle adli olaylara da konu olabilmektedir. Bu durumda TCK m. 32/2 kapsamında failin “davranışlarını yönlendirme yeteneğinin azalmış olması” durumunun gündeme gelebileceği ya da TCK m. 34 nedeniyle ceza verilmeyebileceği belirtilmektedir²²⁹.

Yukarıda belirtilen olaylarla ilgili olarak uyku bozuklukları üst başlığında toplanabilecek durumlarda, *kanımızca* öncelikle bilincin aynı baygınlıkta, narkoz ya da hipnoz durumunda olduğu gibi kişinin kendi zihinsel (*mental*) işlevlerinin davranışlarına etki edebileceği bir evrenin dışında olup olmadığı araştırılmalıdır. Zira akıl hastalığında fail, sanrılar, hezeyanlar ya da halüsinasyonlar sonucu her ne kadar kendini yansıtmasa da bu zihinsel işlevlerin kullanılması sonucu ya da bu zihinsel işlevlerin kullanılabilmesi bir evrede davranışta bulunmaktadır. Bu nedenle ortada akıl hastalığı sonucu gerçekte olduğundan farklı olarak ortaya çıkan bir irade söz konusudur. Bir başka deyişle kişide bulunan zihinsel işlevler, manipüle olmuş dahi olsa irade oluşumuna etki edebiliyorsa, ortada hukuki anlamda “hareket” vardır. Ancak uyku bozukluğu nedeniyle gerçekleştirilen davranışlarda kişinin zihinsel işlevlerinden süzölmüş bir irade kanımızca bulunmamaktadır. Ceza hukuku açısından hareketin olup olmaması konusunda ölçüt bu durum olabilecektir. Şayet davranışlara kişinin bilinci ya da zihinsel işlevleri, kişinin kendisini yansıtmaya bile, eşlik ediyor ise ceza hukukunda “hareket” vardır. Bu nedenle aynı baygınlık, narkoz ya da hipnoz durumlarında olduğu gibi uyku bozukluklarına bağlı davranışlarda da hukuki anlamda bir “hareket” söz konusu değildir²³⁰. Burada ceza hukuku anlamında önem arz eden husus, bu bozukluğu bilen kişinin odasının kapısını kilitlememe, odada kesici-delici alet ya da ateşli silah bulundurmama ya da bir başkası ile aynı odayı paylaşırken gerekli dikkat ve özeni göstermeme şeklindeki ceza hukuku anlamında “hareket” teşkil edebilecek davranışları olabileceğidir.

²²⁸ Sarısoy/ Özdin, s. 85.

²²⁹ Sarısoy/ Özdin, ss. 85-86.

²³⁰ Aynı yönde görüşe sahip bazı yazarlara göre, uyurgezerlik veya hipnotik telkin altında gerçekleştirilen davranışlarda kişinin bilincinin varlığından bahsedilemeyeceğinden, bu davranışlar hukuki anlamda eylem niteliği taşımamaktadır. Bkz. İçel/ Sokullu-Akıncı/ Özgenç/ Sözüer/ Ünver, s. 217.

Akıl hastalığı nedeniyle yapılacak kusur yeteneği değerlendirmesi ile hukuki anlamda “hareket” kavramı arasındaki ilişkide tartışılması gereken bir başka durum ise failin “tik” şeklinde gerçekleşen davranışlarıdır. Tikler ani, tekrarlayıcı, ritmik olmayan, basmakalıp, çoğu zaman normalde de rastlanabilecek bir hareket ya da davranışı andıran, motor hareket, mimik, jest, ya da ses çıkarma davranışları olarak açıklanmaktadır²³¹. Geniş anlamda bakıldığında “tik bozuklukları” olarak adlandırılabilir bu durumlarda farklı hastalık ve bozukluklara bağlı gelişebilen, yarı istemli, hızlı, tekrarlayıcı, ritmik olmayan, amaçsız basit ya da kompleks motor davranışlar ya da ses çıkartmalar şeklinde hareket bozuklukları söz konusudur²³². Tik bozuklukları sınıfında yer alan, sıklıkla çocuklukta ya da gençlikte başlayan, değişik kas gruplarını tutan, bir yıldan uzun süreli, fakat 3 aydan fazla ara vermeksizin devam eden, multpl motor ve birden fazla sözel tikler “*tourette sendromu*” olarak adlandırılmaktadır²³³. Bu sendrom kapsamında kişi, iradesine dayanmayan müstehcen veya sosyal açıdan uygunsuz kelimeleri söyleyebilir (küfretme) ya da bu anlamlara gelebilecek bedensel ifade ve eylemleri gerçekleştirebilmektedir. Uygunsuz kelimelerin ifade edildiği tik bozuklukları “*koprolali*”, bedensel hareketler ise “*kopropraksi*” olarak ifade edilmektedir. Ayrıca bu sendromun “*kötüye gidişli Tourette bozukluğu*” olarak tanımlanan bir türü de bulunmaktadır²³⁴. Bu kişilerin hastaneye başvuru nedenleri tik nedenli yaralanmalar, kontrol edilemeyen şiddet, saldırganlık davranışı ve intihar düşüncesi olabilmektedir²³⁵. Söz konusu tik bozukluğu kapsamında gerçekleştirilen kötü ya da müstehcen olabilecek söz ya da davranışlar ya da kontrol edilemeyen gülme şeklindeki istemsiz hareketler adli konulara da konu olabilecektir. Nitekim söz konusu eylemlerde TCK m. 125 (Hakaret), TCK m. 102-105 (Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçların büyük bir bölümü), ya da TCK m. 130 (Kişinin Hatırasına Hakaret) gibi suçlar gündeme gelebilecektir. **Kanımızca** söz konusu bozukluğa sahip olan kişilerin gerçekleştirmiş

²³¹ Yankı Yazgan / Neşe Perdahlı Fiş, “Tik Bozuklukları”, **Psikiyatri Temel Kitabı** (Edit.: Ertuğrul Köroğlu/ Cengiz Güleç), HYB Basım Yayın, Ankara, 2007, s. 850.

²³² Sevda Erer Özbek / Özlem Çelebi / Esen Saka, “Tik Bozuklukları, Tourette Sendromu ve Tedavi”, **Türkiye Klinikleri Journal of Medical Sciences**, November 2015, s. 51.

²³³ Erer Özbek/ Çelebi/ Saka, s. 52; Yazgan/ Perdahlı Fiş, s. 852.

²³⁴ Hande Ayraller Taner / Esra Güney / Yasemen Taner, “Tourette Bozukluğunda İlaç Tedavisi”, **Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar**, C. 5, S. 2, 2013, s. 248.

²³⁵ Ayraller Taner/ Güney/ Taner, s. 248.

olduğu refleks benzeri, bir zihinsel işlev faaliyeti sürecinin etkisinin bulunmadığı davranışlarda hukuki anlamda “hareket” söz konusu değildir. Bu nedenle akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneği değerlendirilmesi öncesinde, bu kişiler hakkında beraat kararı verilmelidir²³⁶.

Epileptik nöbetlerde de tam bilinç kaybı olduğu durumlarda artık ceza hukuku anlamında bir hareketten söz edilemeyeceği belirtilmektedir²³⁷. Epilepsi, beyinde anormal elektriksel deşarjlar sonucu ortaya çıkan, geçici ve tekrarlayan nitelikte nöbetlerle karakterize bir hastalıktır²³⁸. Gerçekten de bu durumda tam bir bilinç yokluğu hali mevcuttur. Bu nedenle ortada kınanıp kınanmama değerlendirilmesine konu olabilecek bir kişiliğin ifadesi ya da kişinin düşünce yapısı veya hukuka sadakat eksikliği içeren bir zihniyeti bulunmamaktadır. Bu nedenle nöbet sırasında gerçekleştirilen bedensel hareketlerde “irade taşıma” özelliği olmadığından ceza hukuku anlamında “hareket” vasfı yoktur. Ancak dikkat edilmelidir ki, epilepsi aynı zamanda şahısta organik kişilik bozukluğu veya organik akıl hastalığı ortaya çıkarabilecek bir durumdur²³⁹. Bu nedenle söz konusu durumlarda nöbet döneminde söz konusu olan “bilinç yokluğu” durumu olmadığından, bu durumlarda gerçekleştirilen hareketler ceza hukuku anlamında harekettir ve kusur yeteneği değerlendirmesine tabi olacaktır²⁴⁰.

²³⁶ Tourette sendromuna sahip bir kişinin futbol müsabakasındaki hakeme küfür etmesi şeklinde gerçekleşen olayda, TCK m. 32 anlamında kişinin “davranışlarını kontrol etme ve yönlendirme” yeteneğinin önemli derecede azalmış olduğu gerekçesi ile cezai sorumluluğunun bulunmadığı yönünde adli rapor düzenlenmiştir. Bkz. Sibel Güllüçayır / Mahmut Aşırızder / Mehmet Sunay Yavuz / Yıldırım Zeyfeoğlu / Tarık Uluçay, “Tourette Sendromlu Olguda Yasal Sorumluluklar”, **6. Anadolu Adli Bilimler Kongresi, Celal Bayar Üniversitesi 6-9 Eylül-2007 Manisa, Sözel ve Poster Bildireler Kitabı** (Edit.: Mahmut Aşırızder/ Mehmet Sunay Yavuz), Manisa, 2007, s. 15.

²³⁷ Frister, AT, kn. 4, s. 97.

²³⁸ Ayşe Yanık / Halis Dokgöz / Feray Savrun, “Posttravmatik Epilepsi Olgularına Adli Tıp Yaklaşımı”, **Türkiye Klinikleri J Foren Med**, 2005, 2, s. 96.

²³⁹ Latif Ruhşat Alpan, “Ceza Sorumluluğu İçerisinde Psikiyatri ve Etik-Hukuk”, **Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı**, Ekim 2011-2012-2013, Vol. 4-5-6, s. 93.

²⁴⁰ Yargıtay nöbet durumunda olup olmaması ayırımına gitmeksizin, epilepsi durumunda TCK m. 32 ve 34 maddeleri uyarınca incelemenin yapılacağı yönünde kararlarını vermektedir. “26.04.2012 tarihli tutanak içeriğine göre, sanığın kollukta ifadesi alınırken epilepsi (sara) hastalığı nedeniyle rahatsızlanması üzerine ifadesinin tamamlanamamış olduğunun belirtilmesi karşısında, suç tarihi itibarıyla TCK'nun 32 ve 34. maddeleri uyarınca “akıl hastalığı veya zayıflığı nedeniyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayıp algılayamadığı veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalmış olup olmadığı” konusunda CMK'nın 74. maddesine göre gözlem altında tutulup usulünce sağlık kurulu raporu alınarak,

Beyin tümörleri durumunda ise ortada ceza hukuku anlamında “hareket” söz konusudur. Beyin tümörünün, kişide kafa basıncı artması, beyin sapı retiküler formasyonunu ve kortikal bağlantılarını etkileyerek, psikomotor yavaşlama, apati, uyku hali, dikkat azalması ve bellek bozukluğuna yol açacağı söylenmektedir²⁴¹. Temporolimbik tümörlerin görsel ve işitsel varsanılar, mani, panik atakları, amnezi, psikoz gibi psikiyatrik belirtiler ve duyusal afazi, aleksi, agrafi, epilepsi gibi nörolojik belirtilerle seyredeceği belirtilmektedir²⁴². Bu gibi hallerde kişide fiilinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama veya davranışlarını yönlendirme yeteneklerinin ne şekilde etkilendiği belirlenerek, duruma göre ilgili kişi hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı ya da azalmış kusur yeteneğine göre indirilmiş bir ceza verilebilecektir.

B. Yaş Küçüklüğü İle İlişkisi

1. Genel Olarak

5237 sayılı TCK’ da kusur yeteneğini etkileyen hallerden birisi de m. 31’ de²⁴³ düzenlenen yaş küçüklüğü halidir. Bir kişinin gerçekleştirmiş olduğu haksızlık

sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi,...Bozmayı gerektirmiş...” Yargıtay, 22. CD., E. 2015/13714, K. 2016/8359, T. 17.05.2016.

²⁴¹ Süheyla Ünal, “Nöropsikiyatri”, **Psikiyatri Temel Kitabı** (Edit.: Ertuğrul Köroğlu/ Cengiz Güleç), HYB Basım Yayın, Ankara, 2007, s. 15.

²⁴² Ünal, s. 15.

²⁴³ “ (1) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir.

(2) (Değişik: 29/6/2005 – 5377/5 md.) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. İşlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı hâlinde, bu kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan onbir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz. (3) (Değişik: 29/6/2005 – 5377/5 md.) Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde onsekiz yıldan yirmidört yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına

nedeniyle kusurlu sayılabilmesi, bir başka deyişle bu haksızlık nedeniyle kınanabilmesi için gerekli olan yetenekler, failin zihinsel durumu ile ilgili olduğu kadar aynı zamanda failin belirli bir olgunluğa ulaşmasını da gerektirmektedir. Bu olgunluğa ulaşmamış bireylerin gerçekleştirmiş olduğu fiillerde, failin hukuka sadakat eksikliği içeren iradesi ya tamamen, ya da belirli bir olgunluğa ulaşmış erişkin bireyler kadar görülememektedir.

TCK m. 31' e bakıldığında bu madde ile aslında on sekiz yaşını doldurmamış olan kişilerin ceza sorumluluğunun düzenlediği görülmektedir. Tanımlar başlıklı TCK m. 6' ya göre, çocuk deyiminden henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi anlaşılacaktır. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m. 3/1-a ile bu tanım genişletilerek, “*daha erken yaşta ergin olsa bile*” onsekiz yaşını doldurmamış kişinin çocuk sayıldığı düzenlenmiştir. Özellikle TCK m. 31' in çocuk suçluluğu ile ilgili bir düzenleme olduğu, bu yapının da kanunundaki genel kusur yeteneği sisteminin yetişkin suçluluğu ve çocuk suçluluğu ayırımına dayandığı görülmektedir. Çocuk suçluluğu ifadesi fail bakımından çocukların gerçekleştirmiş oldukları suç teşkil eden fiilleri belirtmek üzere kullanılmaktadır. Ancak 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu, “suçlu çocuk” ifadesinden özellikle kaçınmış ve belirtilen fail grubunu karşılamak için “suça sürüklenen çocuk” ifadesini kullanmıştır.

Çocuk suçluluğu, küçük ve gençteki anti-sosyal eğilimlerin yasa müdahalesini gerektirecek düzeye ulaştığını ifade etmektedir²⁴⁴. Sosyal öz benliği gelişim sürecini tamamlamamış olan çocuk için, işlediği suçu onun kritik gelişme dönemlerinden soyutlamak ve ona suçlu gözüyle bakmak akılcı ve insancıl değildir. Çocuk, değişime ve yönlendirmeye yetişkinlerden daha açıktır. Kendine özgü kuralları olan bu özel ceza hukuku dalında ödetme değil, terbiye ve eğitim amacı ön planda tutulmaktadır. Küçük suçlular için **fiil ceza hukukunun** yerini **fail ceza hukuku** almaktadır. Çocuk muhakemesinde onların topluma verdikleri zarar ne olursa olsun kişiliklerinin ve yurttaş olarak ahlaki sorumluluklarının geliştirilmesi, çocuğun tehlikeden korunması, maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasından daha

hükmolunur. Diğer cezaların üçte biri indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası oniki yıldan fazla olamaz.”

²⁴⁴ Hamide Zafer, “Küçük ve Genç Ceza Muhakemesinde Son Soruşturma Safhasına İlişkin Bazı Özellikler”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (MÜHFD)**, Nisan 2004, (“Küçük ve Genç Ceza Muhakemesinde Son Soruşturma”), s. 295.

önemlidir²⁴⁵. Önemli olan suç işleyen küçüklerin cezalandırılması değil, kişiliklerine en uygun eğitici ve kötü etkilerden koruyucu tedbirlerin uygulanmasını sağlayarak onları yeniden topluma kazandırmak amacı olmalıdır. Küçüklerin yargılanması yoluyla mahkûm edilmesinin amacı onların ıslah ve terbiyelerinin sağlanması olup suçlarını ödetmek değildir²⁴⁶.

Çocukların ceza sorumluluğuna bakıldığında TCK m. 31’ de üç dönem çocuk kategorisinin düzenlendiği görülmektedir. Bunlar fiilin gerçekleştirildiği zamana göre; 1. Dönem Çocuklar (On iki yaşını doldurmamış olan çocuklar), 2. Dönem Çocuklar (On iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olan çocuklar) ve 3. Dönem Çocuklar (On beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan çocuklar) olarak belirtilebilir. Karşılaştırmalı hukukta baktığımızda ise değişik adlandırmalara rastlanmaktadır. Örneğin, Alman Genç Mahkemeleri Yasası (*Jugendgerichtsgesetz-JGG*) § 1/ 2’ ye göre, fiil anında on dört yaşında olup da henüz on sekiz yaşında olmayan kişiler için “Genç (*Jugendlicher*)” ifadesi kullanılmışken, on sekiz yaşında olup da henüz yirmi bir yaşında olmayanlar için “Genç Erişkin (*Heranwachsender*)” ifadesi kullanılmıştır²⁴⁷. Aynı şekilde “suçlu genç erişkin” terimi aynı kavramın Fransızca (*Les Jeunes Adultes Délinquants*), İngilizce (*Young Adult Criminals*) kavramlarının karşılığı olarak kullanılmıştır. Bu terimin kapsadığı yaş kesimi hususunda batı mevzuat ve doktrininde de tam bir uzlaşma olmadığı söylenmektedir²⁴⁸. Kanunların ve yazarların çoğunluğu söz konusu yaş grubunu 18-21 yaş kesimi içindekiler olarak almakta, bazıları ise yaş sınırını 25’ e kadar götürmektedirler; kimilerine göre ise bu yaş grubu 16-21 olmalıdır²⁴⁹. Ülkemiz pozitif hukuk düzenlemeleri açısından ise “Genç” kavramının kullanıldığı görülmektedir. CGTİHK m. 12/1’ e göre, cezanın infazına başlandığı tarihte onsekiz yaşını bitirmiş olup da yirmibir yaşını doldurmamış genç hükümlülerin cezalarını çektikleri, eğitim ve öğretim esasına dayalı, firara karşı engelleri olan, iç ve dış

²⁴⁵ Zafer, “Küçük ve Genç Ceza Muhakemesinde Son Soruşturma”, ss. 295-296.

²⁴⁶ Mehmet Emin Artuk, “Çocuk Ceza Hukukunun Dünü ve Bugünü”, **Kocaeli Barosu Dergisi (KBD)**, Temmuz 1993, (“Çocuk Ceza Hukuku”), s. 31.

²⁴⁷ Alman Genç Mahkemeleri Yasası (JGG) için bkz. <https://dejure.org/gesetze/JGG/1.html> (Erişim Tarihi: 17.06.2017)

²⁴⁸ Sulhi Dönmezer, “Suçlu Genç Erişkinlerin Sorumluluğu”, **Facultatis Decima Anniversaria, Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu Kitabı**, 26-28 Ekim 1992, İstanbul, 1993, s. 65.

²⁴⁹ Dönmezer, “Suçlu Genç Erişkinlerin Sorumluluğu”, s. 65.

güvenlik görevlileri bulunan kurumlara “Gençlik kapalı ceza infaz kurumları” denmektedir. Bu bakımdan “genç” kavramı ceza sorumluluğu ile ilgili değil, cezanın infazı ile ilgili özellik taşıyan bir kavram olarak kullanılmıştır.

TCK m. 31’ e bakıldığında ilk olarak, henüz on iki yaşını doldurmamış çocukların ceza sorumluluğunun bulunmadığı düzenlenmiştir. Bu düzenleme, bu gruptaki çocukların kusur yeteneğine sahip olmadığına dair aksi ispat edilemez bir kanuni karine (kesin karine) yaratmaktadır ve dava engelidir²⁵⁰. Bu durumlarda artık çocuğun gerçekleştirmiş olduğu fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması ya da davranışlarını bu algı çerçevesinde yönlendirememesi gibi normatif yeteneklerin araştırılmasına gerek yoktur, zira bu yeteneklerin olmadığı kanun tarafından varsayılmıştır. Bu gruptaki çocuklar için kanun koyucunun, sadece kusur yeteneğini etkileyen durumun kendisini kanun metninde belirtme yoluna gittiğinden, ancak bu nedenin kişi üzerinde hangi yeteneklere etki etmesi gerektiğini belirtmediği için “biyolojik” olarak adlandırılan sistemi kullandığı söylenebilir. İkinci dönem çocuklar olarak belirtilebilecek on iki yaşını doldurmuş olup da, on beş yaşını doldurmamış çocuklar için ise, aynı TCK m. 32 düzenlemesinde olduğu gibi yaş şartının dışında çocuğun gerçekleştirmiş olduğu fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunup bulunmadığı araştırılacaktır. Kanunun ifadesi ile fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği “var” ya da “yok” olacak şekilde (“niteleyici”), davranışlarını yönlendirme yeteneği ise azalıp çoğalabilen bir yapıda (“niceleyici”) olarak kabul edilmiştir. Böylece fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği olmadığı ya da davranışlarını bu algı çerçevesinde yönlendirme yeteneğinin “*yeterince gelişmemiş*”²⁵¹ olması durumunda ceza sorumluluğu doğmayacak, ancak bu yeteneklerin varlığının saptanması halinde, cezada zorunlu bir indirime gidilecektir. Bu durumda kanun gereği, “biyolojik özellik” olarak öncelikle çocuğun biyolojik ve

²⁵⁰ Schönke/ Schröder, § 19, kn. 5; Schreiber/ Rosenau, s. 112.

²⁵¹ İnsanın bedenî, fizikî gelişimine paralel olarak; toplumda hakim olan değer telakkilerini, bu telakkilerin bağlantılı olduğu, kaynaklandığı hukuk normlarının anlam muhtevasını idrak kabiliyeti, kişinin akletme kabiliyeti gelişmektedir. Bu olgunluğa paralel olarak, idrak kabiliyetinin yanı sıra, ayrıca kişinin hukuk normlarının icapları doğrultusunda hareketlerini yönlendirebilme (irade) kabiliyeti de gelişmektedir. Bkz. İzzet Özgenç, “Kusur Yargısı ve Yaş Küçüklüğü”, **Facultatis Decima Anniversaria, Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu Kitabı**, 26-28 Ekim 1992, İstanbul, 1993, (“Kusur Yargısı ve Yaş Küçüklüğü”), s. 262.

zihinsel gelişim durumunun irdelenmesi gerekmektedir²⁵². İkinci aşamada, bu durumun bir sonucu olarak çocuğun söz konusu haksızlığı algılayacak kapasitede olup olmadığı veya bu algıya göre hareket edecek kapasitenin “yeterince gelişmiş” olup olmadığı değerlendirilecektir. Üçüncü dönem çocuklarda, yani on beş yaşını doldurmuş olup da henüz on sekiz yaşını doldurmamış olan çocuklarda ise, kanun koyucu yine aksi ispat edilemez şekilde bu gruptaki çocukların “kusur yeteneğine” sahip olduğu ancak ceza indiriminden anlaşıldığı üzere, bu yeteneğin yaş küçüklüğü nedeniyle “azalmış” olduğu varsayımına yer verdiği görülmektedir.

TCK m. 31/1 ve 2 açısından suça sürüklenen çocuğun ceza sorumluluğunun araştırılmasında, ruh sağlığı ve biyopsikososyal gelişim özelliklerinin beş değişik açıdan incelenmesi gerekecektir. Bunlar bilişsel gelişim, psikososyal gelişim, ahlaki gelişim, yargılama yetisinin olgunlaşması ve karar verme yetisi, ruh sağlığı problemleri olarak belirtilebilir. Esasen bu kategorilerin sorgulanması akıl hastalığı nedeniyle gerçekleştirilecek olan kusur yeteneği değerlendirmesi açısından da önem arz etmesi nedeniyle burada ifade edilmesi önem arz edecektir. Söz konusu inceleme perspektifleri şu şekilde belirtilebilir²⁵³:

1. Bilişsel gelişim²⁵⁴

²⁵² Lenckner, “Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit”, s. 249.

²⁵³ Adalet Bakanlığı, **Ceza Sorumluluğunun Değerlendirilmesi Rehberi**, 2010, s. 67.

²⁵⁴ “Suça sürüklenen çocuk hakkında 09/12/2013 tarihinde Büyükçekmece Adli Tıp Şube müdürlüğü tarafından düzenlenen tek kişilik uzman raporunda "Herhangi bir akıl hastalığı, akıl zayıflığı ve çocukluk evresi psikiyatrik sendrom arazi görülmediği gibi, suçun kendisinde ve işlenişinde de psikopatolojik öge tespit edilmediği cihetle, adı geçenin 21/08/2013 tarihinde işlemiş olduğu iddia edilen “taksirle öldürme” eyleminin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayıp davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmiş olduğu kanaatinin" bildirildiği ancak yargılama aşamasında adli psikolog tarafından düzenlenen 06/02/2015 tarihli Sosyal İnceleme Raporu içeriğine göre "Gelişimsel döneminin de getirdiği özelliklerle birlikte, sosyal ve bilişsel olarak suça sürüklenen çocuğun bir şey yapmamış olmasını düşünmesi nedeniyle de var olan adli durumu doğru bir biçimde değerlendirme konusunda ve var olan suçun geleceğine olan etkisini öngörebilme konusunda henüz yeterli olgunluğa sahip olmadığı, işlemiş olduğu suçun mahiyetini tam olarak idrak edemediği" kanaatinin bildirilmesi karşısında, raporlar arasındaki çelişkilerin giderilmesi ve suça sürüklenen çocuğun cezai ehliyetinin kuşkuya yer vermeyecek şekilde tespiti amacıyla bu kez dosyanın Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kuruluna gönderilerek, suça sürüklenen çocuğun bizzat muayenesi yapıldıktan sonra, suç tarihi ve suç açıkça belirtilmek suretiyle TCK'nın 31. maddesi kapsamında "suça sürüklenen çocuğun işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneğinin" bulunup bulunmadığına dair alınacak rapora göre hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiğinin gözlemlenmesi,...Kanuna aykırı olup,..." **Yargıtay, 12. CD., E. 2017/1734, K. 2017/2295, T. 22.03.2017.**

- Bilişsel gelişimin “soyut işlemsel dönem” özelliklerini taşıyıp taşımadığı,
- Hipotezler kurarak doğruluklarını sınama becerisi,
- Soyut kavramlar üzerine fikir yürütme, düşünceyle oynama becerisi,
- Tümevarım ve tümdengelim gibi bilişsel işlemleri yapabilme,
- Zihinsel gelişim kapasitesi,
- Eğitim ile kazanılmış donanım düzeyi,
- Kavrama yeteneği,
- Öngörebilme yeteneği,
- Duygu ve düşüncelerini ifade etme ve başkalarınınkini tanıyabilme ve karşı koyabilme kapasitesi,

2. Psikososyal gelişim (Sosyoduygusal gelişim)

- Kimlik gelişim dönem özelliklerinin tanımlanması,
- Stres faktörlerine dayanabilme kapasitesi,
- Öfke kontrolü ve duygusal tepkileri kontrol edebilme gücü,
- Davranışlarının sorumluluğunu alabilme becerisi,

3. Ahlaki gelişim

Toplumsal yargısının, moral gelişiminin dönemsel olarak saptanmasıdır.

4. Yargılama yetisinin olgunlaşması ve karar verme yetisi

- Grup normlarından etkilenmeden, bağımsız davranabilme ve kendine yetebilme,
- Grubun olumsuz eleştiri ve yaptırımlarına karşı koyabilme,
- Harekete geçmeden önce içinde bulunduğu durumu değerlendirebilme,
- Geçmiş, bugün, yarın arasında bağlantıları kurabilme, geçmişten gelen kazanımları geleceğe taşıyabilme,
- Öfke kontrolü ve duygusal tepkileri kontrol edebilme,
- Riskleri değerlendirme ve göze alabilme,
- Eylemin doğuracağı sonuçları kavrayabilme ve öngörebilme, davranışlarını kontrol edebilme düzeyi,
- İleriyi görebilme, kısa vadeli haz almayı ertelleyip, uzun vadeli sonuçları düşünebilme,

5. Ruh sağlığı problemleri

Bilimsel araştırmalar incelendiğinde çocuk ve ergenlerin % 65-75 oranında en az bir ve daha fazla psikiyatrik tanı aldıkları görülmüştür. Çocuk ve ergenlerde hekimin göz önünde bulundurması gereken ruhsal bozukluklar ya da klinik durumlar değişiklik arz edebilmektedir. Buna göre, şizofreni ve diğer psikotik bozukluklar, duygudurum bozuklukları, yaygın gelişimsel bozukluklar (Asperger bozukluğu, otistik bozukluk...), dikkat eksikliği ve yıkıcı davranış bozuklukları, öğrenme bozuklukları, tik bozuklukları (Tourette bozukluğu), mental retardasyon, anksiyete bozuklukları, madde bağımlılığı, tepkisel bağlanma bozukluğu, sömürü ya da ihmal etme ile ilgili sorunlar bu durumlara örnek olarak gösterilebilir²⁵⁵.

2. Kusur Yeteneğini Etkileyen Hal Olarak Akıl Hastalığı ve Yaş Küçüklüğünün İlişkisi

Bireylerin davranışlarını hukuk normlarına uygun şekilde kumanda edebilmesi için öncelikle bu kişilerin haksızlık bilincine sahip olması gerekmektedir. Haksızlık bilinci ise eylemin hukuk düzenince yasaklanmış olduğu konusunda kişideki algıyı yansıtmaktadır. Algılama yeteneği için öncelikle kişide belirli bir algılama (idrak) olgunluğunun bulunması gerekmektedir. Yani fiilin haksızlığının farkına varacak akli yeteneği şart koşmaktadır. Bu noktada şekli (*formel*) anlamdaki kanun normunun bilinmesi veya eylemin ahlaki olmaması hakkındaki algılama kastedilmemektedir. Burada kastedilen çocuğun gerçeğleştirmiş olduğu davranışın insanların düzen ve barış içinde birlikte yaşaması ile bağdaşmaz olduğunu ve bu nedenle hukuki düzenin bunu kabul edemeyeceği anlayışına sahip olduđudur²⁵⁶. Buna karşın algılama yeteneğinin bir diğer unsurunun da “ahlaki olgunluk” unsuru olduğunu savunanlar da bulunmaktadır. Kişinin gerçeğleştirdiği hareketi, sosyal değerlere aykırı olduğunu “hissedebilme” olanağı bulunarak gerçeğleştirmiş olması, onun “ahlaki olgunluğunu” göstermektedir²⁵⁷.

²⁵⁵ Adalet Bakanlığı, **Ceza Sorumluluğunun Değerlendirilmesi Rehberi**, s. 69.

²⁵⁶ Friedrich Schaffstein / Werner Beulke, **Jugendstrafrecht: Eine systematische Darstellung**, 14. Auflage, Kohlhammer W. Verlag, Stuttgart, 2002, s. 64.

²⁵⁷ Ulrich Eisenberg, **Jugendgerichtsgesetz (JGG)**, 19. Auflage, C.H. Beck Verlag, München, 2017, ř 3, kn. 15, 19; Schreiber/ Rosenau, s. 112; Lenckner, “Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit”, s. 250.

Kusur yeteneğine etki eden haller olarak TCK m. 32' de düzenlenen akıl hastalığı hali ile TCK m. 31' de düzenlenen yaş küçüklüğü hali arasında nasıl bir ilişki olduğuna dair 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m. 12' de özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, suça sürüklenen çocuğun aynı zamanda akıl hastası olması halinde, 5237 sayılı TCK m. 31/1²⁵⁸ ve 2²⁵⁹ kapsamına giren çocuklar hakkında, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanır. Bu çerçevede yürürlükteki hukuk bakımından failin hem akıl hastası hem de TCK m. 31/1 ve 2'de öngörülen çocuk grubuna dâhil olması halinde, ÇKK' da öngörülmüş tedbirler, yine aynı kanununun 11. maddesi²⁶⁰ uyarınca çocuklara özgü güvenlik tedbirleri olarak uygulanacaktır. Bu özel düzenleme gereği kanunkoyucunun iradesinin TCK m. 31' in, bu yaş grubundaki suça sürüklenen çocuklar (15 yaşını doldurmamış çocuklar) açısından öncelikli olarak uygulanması yönünde olduğu söylenebilecektir. Öğretide bu özel hüküme rağmen çocuğun akıl hastası olması halinde TCK m. 32' nin uygulanma alanı bulacağı iddia edilmektedir²⁶¹. Yargıtay da kararlarında kanımızca hatalı olarak, onbeş yaşını doldurmamış olan suça sürüklenmiş çocuk hakkında TCK m. 32 uyarınca rapor alınması yönünde karar vermiştir²⁶².

Kanundaki açık düzenlemeye rağmen, Adalet Bakanlığı' nın hazırlamış olduğu çocuklar hakkındaki ceza sorumluluğunun değerlendirilmesi rehberinde, suça

²⁵⁸ Fiili işlediği sırada henüz on iki yaşını doldurmamış olan çocuklar.

²⁵⁹ Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da, on beş yaşını doldurmamış olan ve işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya davranışlarını yönlendirme yeteneği yeterince gelişmemiş olan çocuklar.

²⁶⁰ “Bu Kanunda düzenlenen koruyucu ve destekleyici tedbirler, suça sürüklenen ve ceza sorumluluğu olmayan çocuklar bakımından, çocuklara özgü güvenlik tedbiri olarak anlaşılır.”

²⁶¹ Bayındır, s. 90-91.

²⁶² “1- Suç tarihinde on beş yaşından küçük olan sanığa, yaşı nedeniyle müdafî atanarak savunmanı huzurunda sorgu ve savunmasının alınması gerektiği gözetilmeden, 5271 sayılı CMK' nın 150/2, 188/1. Maddelerine aykırı davranılarak savunma hakkının kısıtlanması,

2- Dosya içerisinde mevcut 24.07.2008 tarihinde psikiyatri uzmanı doktor tarafından düzenlenen raporda, sanığın işlediği suç belirtilmeksizin ‘fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmiş olduğu tıbbi kanaatine varıldığı’ belirlendiği, 19.03.2009 tarihli psikolog tarafından düzenlenen sosyal inceleme raporunda ‘çocuğun davranışlarına ilişkin farkındalığı kazanmadığını’ belirtilmesi karşısında, her iki rapor arasındaki çelişki giderilmeden ve gerekirse 5237 sayılı TCK' nın 32. maddesi uyarınca üzerine atılı fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayıp algılayamadığı yönünde rapor alınmadan eksik araştırma ile hüküm kurulması,...Bozmayı gerektirmiş,...” **Yargıtay, 6. CD., E. 2013/172, K. 2013/18124, T. 24.09.2013** (YKD., C. 39, S. 11, Kasım 2013, s. 2421-2422); aynı yönde **Yargıtay, 14. CD., E. 2014/5226, K. 2016/6496, T. 30.06.2016** (YKD., C. 42, S. 10, Ekim 2016, s. 2563-2564)

sürüklenen çocuk aynı zamanda akıl hastası ise ve bu nedenle ceza sorumluluğu yok ise, TCK m. 32' ye göre işlem yapılması gerektiği belirtilmiştir. Suça sürüklenen ve 12 yaşından büyük 15 yaşından küçük olan çocuğun ceza sorumluluğunu kaldıran veya önemli ölçüde azaltan bir akıl hastalığının olmaması onun ceza sorumluluğunun var olduğunu göstermeyeceği söylenmektedir. Bu döneme ait çocukların ceza sorumlulukları TCK m. 31/2 kapsamında ele alınacaktır²⁶³. TCK m. 31/3 kapsamındaki 15 yaşını doldurmuş olup 18 yaşını doldurmamış olan suça sürüklenen çocuklar açısından ise, kural olarak ceza sorumluluğunun azaltılması öngörülmüştür. Bu çocuklar hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin öngörülmemiş olması nedeniyle, bu kişilerin aynı zamanda akıl hastası olması halinde TCK m. 57' de yer alan akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunabilecektir²⁶⁴. 15 yaşını doldurmuş olup 18 yaşını doldurmamış olan suça sürüklenen çocuklar için TCK m. 31 anlamında kusur yeteneklerinin bulunup bulunmadığı konusunda sosyal inceleme raporu alınmasına gerek bulunmamaktadır. Zira bu kişilerin kusur yeteneklerinin bulunduğu, ancak tam erişkinler gibi olmadığı TCK m. 31/3' te yer alan düzenleme ile yasal olarak öngörülmüştür. Bu nedenle yaş küçüklüğü nedeniyle ceza sorumluluğunun azalmasına yönelik herhangi bir rapor alınması gerekmemektedir. Ancak bu kişilerin akıl hastası olması durumunda, bilirkişiye başvurma zorunluluğu bulunmaktadır²⁶⁵.

²⁶³ Adalet Bakanlığı, **Ceza Sorumluluğunun Değerlendirilmesi Rehberi** (2010), s. 14.

²⁶⁴ "...akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneği bulunmadığı kabul edilen, suç tarihi itibarıyla 15-18 yaş grubu içinde olan suça sürüklenen çocuğa yüklenen suçun sübutu halinde TCK'nın 32/1 ve 57. maddeleri uyarınca akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunması, aksi takdirde beraat kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde karar verilmesi, 2- Kabule göre de; suça sürüklenen çocuğun sıfatının gerekçeli karar başlığında sanık olarak yazılması,..Yasaya aykırı,..." **Yargıtay, 11. CD., E. 2017/1226, K. 2017/1608, T. 06.03.2017.**

²⁶⁵ "5237 sayılı TCK'nın 56.maddesinde çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin neler olduğu ve ne şekilde uygulanacağı şeklinde özel kanun niteliğindeki 5395 sayılı kanunun 5 ve 11. maddelerine atıfta bulunulmuştur, 5395 sayılı Kanunun 5.maddesi uyarınca söz konusu koruyucu ve destekleyici tedbirlerin danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında olacağı hüküm altına alınmıştır. ÇKK 7/5.maddesi uyarınca tedbirin uygulanması çocuğun 18 yaşını doldurmasıyla kendiliğinden sona erecektir, TCK'ya göre 12 yaşını ikmal eden 15 yaşından gün almamış çocukların kusur yeteneğinin bulunmaması halinde TCK'nın 56.maddesindeki atf nedeniyle 5395 sayılı Kanunun 7.maddesi uyarınca tedbir uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Bu yaş grubundaki kusur yeteneğinin tespiti için bir inceleme yapılması şarttır. Bu husus ÇKK 35.maddesinde düzenlenmiştir. TCK'nın 31/3. maddesi uyarınca 15-18 yaş grubunda yer alan çocuklar için kusur yeteneği bulunup bulunmadığının araştırılmasında zorunluluk bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle bu yaş grubu için kanun kusur yeteneğinin bulunduğunu

Öğretide 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m. 12' de de belirtildiği şekilde, esas olarak yaş küçüklüğü düzenlemesinin akıl hastalığı düzenlemesinden öncelikli olarak uygulanması gerektiği, sorumluluk olgunluğu halinin olmadığı yerde akıl hastalığı düzenlemesinin uygulanmasına mahal olmadığı ve bununla birlikte failin

kabul etmektedir. Ancak cezada indirim öngörmektedir. Kusur yeteneğinin varlığı ÇKK 35.maddesi uyarınca düzenlenecek sosyal inceleme raporu ile tespit edilecektir. ÇKK 33.maddesinde sosyal inceleme raporunu düzenleyecek olan sosyal çalışma uzmanının nitelikleri belirtilmiştir. Şayet 15-18 yaş grubunda yer alan çocukların kusur yeteneği ile ilgili bir tereddüt varsa durum TCK'nun 32.maddesi kapsamında tam veya kısmi akıl hastalığına ilişkin hükümler çerçevesinde değerlendirilecektir. Bu durumda alınacak olan rapor sosyal inceleme raporu olmayıp akıl hastalığına ilişkin rapor olacaktır. Yaş küçüklüğü ile akıl hastalığının birleşmesi durumu ÇKK 12.maddesinde düzenlenmiş olup 0-15 yaş grubunda yer alan çocukların aynı zamanda akıl hastası ise haklarında çocuklara özgü güvenlik tedbiri uygulanacak 15-18 yaş grubunda yer alan çocuklar haklarında akıl hastalığına ilişkin hükümler uygulanacaktır. ÇKK 35.maddesindeki düzenlemenin soyut ve kişilik dışı özellikleri dikkate alındığında yasa koyucunun düzenlemeyi yaparken TCK'nun 33.maddesindeki sağır ve dilsizlik halini gözönünde bulundurduğu anlaşılmaktadır. Çünkü TCK'nun 33.maddesindeki düzenlemeye göre 31.maddeye örtülü atf yapılarak sağır ve dilsiz olan çocuklar yönünden de gruplandırma yapılmış, 0-15, 15-18,18-21 şeklinde üçlü gruplama yapılmıştır. 0-15 yaş grubundakilerin kusur yeteneğinin bulunmadığı kabul edilmiş, 15-18 yaş grubundakilerin ise kusur yeteneğinin bulunduğu sosyal inceleme raporu ile tespit edilirse 12-15 yaş grubundaki normal çocuklar gibi değerlendirme yapılması kusur yeteneğinin bulunmaması halinde ise; ÇKK 12.maddesi uyarınca değerlendirme yapılması, 18 yaşından büyük sağır ve dilsizler hakkında ise 15-18 yaş grubundaki çocuklar gibi değerlendirme yapılması yasal olarak düzenleme altına alınmıştır. İşte bu yasal düzenlemeler karşısında ÇKK 35.maddesindeki "Mahkeme veya çocuk hâkimi tarafından çocuk hakkında sosyal inceleme yaptırılmaması hâlinde, gerekçesi kararda gösterilir." şeklinde hüküm bulunmasının amacı sağır ve dilsiz çocuklarda 15-18 yaş grubunda yer alanların statüsünün belirlenmesi bakımından yer aldığı anlaşılmaktadır. Zira 15-18 yaş grubunda yer alan sağır ve dilsiz olmayan bir çocuğun sosyal inceleme raporunun aldırılması ya da aldırılmamasının verilecek cezaya bir etkisi bulunmadığı yukarıda açıklanan yasal düzenlemelerden anlaşılmaktadır. Bu grupta yer alan çocuklar hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirinin uygulanması, 5395 sayılı Yasa hükümleri uyarınca mümkün değildir. Sosyal İnceleme Raporu alınmayan çocukların raporlarının alınmaması nedeninin gerekçeli karara yazılmaması hiçbir şekilde sonuca etki eden bir durum değildir, tek başına bozma nedeni yapılmamalıdır. Sadece sağır ve dilsiz olup 15-18 yaş grubunda yer alan çocukların kusur yeteneğinin bulunmadığının anlaşılması halinde ÇKK 5.maddesi uyarınca çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilebilecek olması nedeniyle bu duruma özgü olarak sosyal inceleme raporunun aldırılmamasının nedeninin gerekçeli karara yazılmaması bozma nedeni yapılmalıdır. Esasen ÇKK 35/2.maddesinde de acele hallerde sosyal inceleme raporu alınmadan tedbir uygulanabileceği düzenlemesi de bu düşüncemizi desteklemektedir. Mahkememiz dosyasında yargılanan SSC'nin sosyal inceleme raporu alınmamış ve alınma nedeni gerekçeli karara yazılmamış ise de, karar tarihi itibarıyla SSC'nin yaş ve sosyal durumu dikkate alındığında sosyal inceleme raporu aldırılmasının ya da aldırılmamasının verilecek hükmü etkilemeyeceği, gerekçeli kararın neden sosyal inceleme raporu alınmadığı hususunun yazılmamış olmasının da tek başına yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediği düşüncesiyle mahkememizin önceki kararında direnilmiştir." gerekçesi ile ilk hükmünde direnilmesine karar verilmiştir." Yargıtay, 6. CD., E. 2017/50, K. 2017/175, T. 01.02.2017.

yüksek güvenli psikiyatri kurumuna tedbir olarak yatırılması gereğinin de ortadan kalktığı savunulmaktadır²⁶⁶.

Yaş küçüklüğü düzenlemelerinin gelişme sürecindeki çocuklarla ilgili bir düzenleme olduğu ve temelinde terbiye fikrinden yola çıktığı söylenebilecektir. Bu sebeple ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran yaş küçüklüğü düzenlemelerinin, henüz tamamlanmamış gelişme sürecinin bir sonucu olarak kabul edilmesi gereken ve muhtemelen çocuğun olgunluğunun artmasıyla dengelenmesi beklenen bir süreçle ilişkin, erişkinlerden psikik anlamdaki geri kalma esasına dayandığı kabul edilmektedir²⁶⁷. Bununla birlikte, ceza kanununun genel hükümler içindeki kusur yeteneğine ilişkin hükümlerinin, gelişime bağlı olmayan ve dengelenmesi mümkün olmayan, normal gelişimden patolojik olarak sapmalar gibi durumları da kapsamaması gerekmektedir²⁶⁸. Akıl hastalığı düzenlemeleri ise bu durumlara işaret etmektedir.

Türk ceza hukuku uygulaması açısından bakıldığında hem akıl hastası olan hem de yaş küçüklüğü nedeniyle ceza sorumluluğu bulunmayan çocuklar hakkında hangi tedbirlerin uygulanacağı konusu önem arz etmektedir. 5395 sayılı ÇKK m. 12’ de bu durumlarda çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanacağı belirtilmişse de, bu düzenlemenin toplum açısından “tehlikelilik” arz eden akıl hastası çocuklar hakkında TCK m. 57’ de belirtilen yüksek güvenli psikiyatri kurumunda koruma ve tedavi altına alma tedbirine başvurulmasına engel teşkil edip etmediğine kanunda yer verilmemiştir. 5395 sayılı ÇKK kapsamındaki tüm tedbirlere bakıldığında “çocuğun korunması”, “çocuğun üstün yararının” esas alınmasına yönelik tedbirler olduğu ve bu kapsamda çocuğu “koruyucu ve destekleyici” tedbirler içerdiği görülmektedir. Bu bakımdan kanunun genelinde kanun koyucunun bakış açısının toplumun korunmasından çok, çocuğun korunması olduğu söylenebilecektir. Hatta ÇKK m. 4/1-i’ de çocuklar hakkında özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirlere en son çare olarak başvurulması ilkesinin gözetileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme ve m. 12’ de yer alan hüküm birlikte yorumlandığında kanun koyucunun esasen TCK m. 57’ de belirtilen şekildeki bir yüksek güvenli psikiyatri kurumuna suça sürüklenen çocukların zorunlu olarak yatırılması isteğinde olmadığı düşünülebilir. Ancak bu

²⁶⁶ Eisenberg, JGG, § 3, kn. 36, 39.

²⁶⁷ Schaffstein/ Beulke, s. 67; Schreiber/ Rosenau, s. 112.

²⁶⁸ Schaffstein/ Beulke, s. 67.

yorum sadece ilgili kanun düzenlemeleri için geçerlidir. Akıl hastası suça sürüklenen çocuk, toplum açısından ciddi tehlike oluşturabilecek durumda ise, bu durumda 5395 sayılı ÇKK m. 5/1-d' de öngörülmüş, çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbi bakım ve rehabilitasyona yönelik tedbir kararı alınabilecektir. Bu tedbirlerin yerine getirilmesi ise, yine 5395 sayılı ÇKK m. 47' ye dayanılarak, ÇKK m. 5' in uygulanması amacıyla çıkarılmış “Çocuk Koruma Kanununa Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelik²⁶⁹” hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilecektir. Bu yönetmeliğin 16. maddesinde suça sürüklenen çocuk hakkında alınacak sağlık tedbirleri, akıl hastalığı durumu da dikkate alınarak ayrıntılı olarak düzenlenmiştir²⁷⁰.

²⁶⁹ R.G., T. 24.12.2006, S. 26386.

²⁷⁰ “ (1) Sağlık tedbiri, çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbî bakım ve rehabilitasyonu ile madde bağımlısı olanların tedavilerinin yapılmasına yönelik tedbirdir.

(2) Suça sürüklenen veya korunma ihtiyacı olan akıl hastası çocuklar hakkında ruhsal sağlığının tedavisi için **öncelikle sağlık tedbirine karar verilmesi esastır.**

(3) Mahkeme veya çocuk hâkimi acil korunma kararı veya koruyucu ve destekleyici tedbir kararlarını vermeden önce çocuğun sağlık durumu hakkında sağlık kuruluşlarından rapor isteyebilir.

(4) Akıl hastalığı veya madde bağımlılığı sebebiyle sağlık tedbirine hükmetmeye ve kısıtlamaya resmî sağlık kurulu raporu üzerine karar verilir. Ancak, çocuğun akıl hastalığı veya madde bağımlılığının açıkça belli olduğu hallerde; kendisi veya anası, babası, vasisi, bakım ve gözetiminden sorumlu kimsenin tedavi talep etmesi üzerine veya re'sen rapor alınmadan da sağlık tedbirine karar verilebilir.

(5) Sağlık kurulunca düzenlenen rapora göre **toplum açısından tehlikeli olan suça sürüklenen veya korunma ihtiyacı olan akıl hastası çocuklar hakkında sağlık tedbiri, yüksek güvenilirlikli sağlık kurumlarında korunma ve tedavi altına alınmak suretiyle yerine getirilir.**

(6) Akıl hastası çocuk hakkında toplum açısından tehlikeliliğinin devam edip etmediği veya önemli ölçüde azalıp azalmadığı hususunda en geç üçer aylık dönemler hâlinde mahkeme veya çocuk hâkimine bilgi verilir.

(7) Yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca düzenlenen raporda toplum açısından tehlikeliliğinin ortadan kalktığı veya önemli ölçüde azaldığının belirtilmesi üzerine mahkeme veya çocuk hâkimi kararıyla çocuğun yüksek güvenilirlikli sağlık kurumunda koruma ve tedavi altına alınmasına ilişkin karar kaldırılarak çocuk serbest bırakılabilir.

(8) Sağlık kurulu raporunda akıl hastalığının ve işlenen fiilin niteliğine göre güvenlik bakımından çocuğun tıbbî kontrol ve takibinin gerekip gerekmediği, gerekiyor ise bunun süre ve aralıkları belirtilir.

(9) Tıbbî kontrol ve takip, raporda gösterilen süre ve aralıklarla, çocuğun ana, baba, vasisi, bakım ve gözetimini üstlenen kimseler ya da hakkında bakım veya barınma tedbiri verilmiş ise bu tedbiri yerine getirmekle yükümlü kurum ya da kuruluşlarca bu çocukların teknik donanımı ve yetkili uzmanı olan sağlık kuruluşuna gönderilmeleri ile sağlanır.

Yönetmelik hükmüne yakından bakıldığında TCK m. 57' de yer alan akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine benzer düzenlemeler içerdiği görülmektedir. Ancak böyle bir düzenlemenin neden Çocuk Koruma Kanunu'nda düzenlenmediğini anlamak güçtür. Ayrıca düzenlemede akıl hastası olan suça sürüklenen çocuk hakkında koruma ve tedavi işlemleri aynı yetişkinlerde olduğu gibi, yüksek güvenliqli sağlık kurumunda icra edilecektir. Ancak TCK m. 57/7' den farklı olarak, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı olan suça sürüklenen çocuklar hakkındaki tedbirlerin, bu bağımlılık türlerine özgü sağlık kuruluşlarında icra edilmesi zorunluluğu düzenlenmemiştir. Yönetmelik m. 16/13' te daha çok eğitim, bilgi verme ve öğütten söz edilmektedir. Aynı şekilde bağımlı suça sürüklenen çocuk hakkında uygulanacak tedbire ne zaman son verileceği hususuna, akıl hastası suça sürüklenen çocuklar açısından düzenlendiği şekliyle yer verilmiştir. Burada bir yeknesaklığın olmadığı görülmektedir. Kanımızca benzer hukuki statüde bulunan kişiler hakkında farklı düzenlemelere gidilmesi hukuki güvenlik hakkı ve hukuki istikrarının sağlanması açısından olumsuz etkiye sebep olacaktır. Bu nedenle Yönetmelikte yer alan hükmün, TCK' da yer alan düzenlemeler de dikkate alınarak Çocuk Koruma Kanunu içinde düzenlenmesi gerekmektedir.

(10) *Tıbbî kontrol ve takipte, çocuğun akıl hastalığı itibarıyla toplum açısından tehlikeliliğinin arttığı anlaşıldığında, hazırlanan rapora dayanılarak, yeniden koruma ve tedavi amaçlı olarak sağlık tedbirine hükmedilir. Bu durumda, yukarıdaki işlemler tekrarlanır.*

(11) *Yatarak tedavisi tamamlanan çocuklardan haklarında bakım veya barınma tedbir kararı bulunanlar, kararı uygulamakla görevli kurum tarafından aile yanına, kuruma veya bu amaçla kurulmuş resmî veya özel kuruluşlara yerleştirilir.*

(12) *Sağlık tedbirleri kapsamında uygulanan tedavinin özelliklerine bağlı olarak bir aile veya kurum yanında bakımı gereken çocuklar hakkında verilen sağlık ve bakım tedbirleri birlikte uygulanır. Bunun için ilgili kurum veya kuruluşlar işbirliği yapar.*

(13) *Alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı olan çocukların, koruyucu ve destekleyici sağlık tedbiri olarak, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarının tedavi altına alınmasına yönelik olarak verilen kararların yerine getirilmesinde tedavi için çocuğun rızası aranmaz. Tedbirin uygulama süresince ilgili kurum uzmanı tarafından, çocuğa uyuşturucu veya uyarıcı maddenin kullanılmasının etki ve sonuçları hakkında bilgi verilir, sorumluluk bilincinin gelişmesine yönelik olarak öğütte bulunulur ve yol gösterilir.*

(14) *Sağlık Bakanlığı, il sağlık müdürlükleri marifetiyle sağlık tedbirinin yerine getirileceği uygun sağlık kurum veya kuruluşunu belirleyerek, çocuğun bu kuruma ilk müracaatını sağlamak zorundadır. Ayakta tedavisi uygun görülen çocukların tedavisi; ana, baba, vasisi, bakım ve gözetimini üstlenen kimseler ya da haklarında bakım ve barınma tedbiri verilmiş ise bu tedbiri yerine getirmekle yükümlü kurum ya da kuruluşlarca belirlenen sağlık kurumlarına gönderilmeleri ile sağlanır. Gerektiğinde kolluk birimlerinden güvenliğin sağlanması için yardım istenebilir.*

(15) *Sağlık tedbiri, Sağlık Bakanlığı tarafından yerine getirilir."*

Almanya’ da da benzer durumlar için ayrıntılı düzenlemeler mevcuttur. Alman Genç Mahkemeleri Yasası (*Jugendgerichtsgesetz-JGG*) § 3’ e göre, bir genç eylem anında eylemin haksızlığını algılama ve bu algıya göre davranmaya ahlaki ve zihinsel gelişimine göre yeterince olgun ise cezai olarak sorumludur. Olgunluğunun bulunmamasından dolayı ceza sorumluluğu bulunmayan gencin terbiyesi için, hakim aile mahkemesi ile aynı olacak şekilde tedbirlere hükmedebilir. Sorumluluğu olmayan gençler hakkında ise aynı Kanun § 7’ de iyileştirici ve güvence altına alıcı tedbirlere de yer verilmiştir. Bu tedbirlerden bir tanesi de gencin bir psikiyatri hastanesine yatırılmasıdır. Bu düzenlemeler aynı akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinde olduğu gibi ayrıntıları ile düzenlenmiştir²⁷¹. Dikkat edilecek olursa Alman Genç Mahkemeleri Yasası § 3, çocuğun azalmış kusur yeteneğini tanımamaktadır. Alman Genç Mahkemeleri Yasası § 3’ e göre olgunluk, ya vardır ya da tümüyle yoktur²⁷². Ancak; yaptırımların seçiminde olgunluk derecesi bir rol oynayabilir²⁷³.

Alman öğretisinde çocuğun kusur yeteneği yokluğunun gelişiminden mi veya olgunluk sürecinden bağımsız patolojik bozukluklardan mı kaynaklandığının tespitinin mümkün olmadığı yerlerde, “in dubio pro reo” prensibine göre, çocuk hakkında uygulanacak hükmün sonuçları dikkate alınarak belirlenmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu durumda hangi tedbirin hukuki sonucu, daha düşük bir yükü beraberinde getiriyorsa o tedbir uygulanmalıdır²⁷⁴. Ancak örneğin çocukta kişilik bozukluğu varsa nasıl hareket edileceği önem arz etmektedir. Şayet kişilik bozukluğu, henüz tamamlanmamış gelişim süreçlerinin sonucu olarak ortaya çıkmışsa ve gerçekleşmesi beklenen ilerleyen şekildeki olgunlukla dengelenmesi beklenebiliyorsa, o zaman sadece yaş küçüklüğü düzenlemesinin kullanılabilir olduğu savunulmaktadır²⁷⁵. Uygulamada sıkça zeka geriliğinin eşlik ettiği gelişim

²⁷¹ Alman Genç Mahkemeleri Yasası (JGG) § 7 için bkz. <https://dejure.org/gesetze/JGG/7.html>

²⁷² Lenckner, “Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit”, s. 255.

²⁷³ Schreiber/ Rosenau, s. 113.

²⁷⁴ Lenckner, “Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit”, s. 254; Eisenberg, JGG, § 3, kn. 40; Schönke/ Schröder, § 20, kn. 44; Schreiber/ Rosenau, s. 113.

²⁷⁵ Schöch, LK, § 20, kn. 214.

bozukluklarından erken çocukluk döneminde oluşmuş beyin hasarına bağlı akıl zayıflığı ve psikopatiler ile nevrozlar bir araya gelmektedir²⁷⁶.

Yine Alman uygulamasında sıkça görüleceği üzere, çocukta hem patolojik kaynaklı hem gelişime bağlı durumlar söz konusuysa, kusur yeteneğinin olmadığına hem yaş küçüklüğü, hem de akıl hastalığı nedeniyle karar verilecektir ve düzenlemelerin her ikisi de yan yana uygulanacaktır²⁷⁷. Bu özellikle örneğin erken çocukluk dönemindeki beyin hasarı gibi yaşın ilerlemesiyle dengelenmesi beklenen bozukluklarda söz konusu olabilir. Bu durumda mahkeme, bireysel duruma bağlı olarak, Çocuk Mahkemeleri Yasası (JGG) § 3' te öngörülen tedbirler ve Çocuk Mahkemeleri Kanunu (JGG) § 7 ile Alman Ceza Kanunu (StGB) § 63' te öngörülen psikiyatri kurumuna yerleştirme olanakları arasında, amaca uygun olarak seçim yapabilmektedir²⁷⁸.

C. Haksızlık (Yasaklılık) Yanılgısı İle İlişkisi

1. Genel Olarak Haksızlık Yanılgısı

Fail tarafından gerçekleştirilmiş eylem nedeniyle kınama yargısı yapılabilmesi için, söz konusu bu eylemin, fail tarafından haksızlık olduğu konusunda bir bilinç çerçevesinde gerçekleştirilmiş olup olmadığı araştırılmalıdır. Bu noktada aynı kusur yeteneği gibi, failde eylemini gerçekleştirirken haksızlık bilincine sahip olup olmaması da kusurluluğun unsurları arasında yer almaktadır. Eğer fail yasaklayıcı normu bilmiyor, bu normu geçersiz sayıyor veya normu gerçekte yasaklanmış olan eylemini, buna hukuken izin verilmiş olarak görecekt biçimde yanlış yorumluyorsa, (doğrudan) bir yasakta yanılma durumu ortaya çıkar²⁷⁹. Fail bu durumda, gerçekten spesifik biçimi içinde eyleminin hukuka aykırılığı konusunda yanılgıya düşer. Fail “yaptığı şeyi (gerçekte) bilmektedir, fakat yanılgıya düşerek bu

²⁷⁶ Schreiber/ Rosenau, s. 112.

²⁷⁷ Schöch, LK, § 20, kn. 214; Schaffstein/ Beulke, s. 67; Schreiber/ Rosenau, s. 113; Lenckner, “Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit”, s. 254.

²⁷⁸ Lenckner, “Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit”, s. 254.

²⁷⁹ Wessels/ Beulke/ Satzger, s. 215.

şeye izin verildiğini var saymaktadır”²⁸⁰ Aynı şekilde yargı kararlarında da benzer tanımlamalara rastlanmaktadır. Buna göre, “*Hukuka aykırılık bilinci şu anlama gelir: Fail yaptığı şeye hukuken izin verilmediğini ve bunun yasaklanmış olduğunu bilir.*”²⁸¹

Sorumluluk prensibi esas alındığında insan idrak yeteneği ölçüsünde fiilin icrasına ilişkin vermiş olduğu kararın hukuka uygunluğundan sorumludur. Toplum oluşturulan fertler hukuk toplumunun bir üyesi olarak hukuk düzeninin gereklerine uygun davranmak, bu düzenin haksızlık olarak kabul ettiği davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür. Bu kaçınma yükümlülüğü, bireyin açıkça haksızlık oluşturduğunu bildiği davranışlarla sınırlı olmayıp; fiilin icrasına ilişkin kararının hukuk düzeninin gerekleri ile uyumlu olup olmadığı hususunda kendisini bilgilendirme yükümlülüğünü de yüklemektedir²⁸². Bir başka deyişle, birey, davranışının hukuk düzeni ile uyumunu sorgulamakla mükelleftir²⁸³. Hukuk bilgisine sahip olmayan kişi, korunan hukuki menfaatlere müdahale etmeden önce, beklenebilir bir çerçevede hukuki durum hakkında bilgi edinmek zorundadır, bu konuda emin olmak zorundadır²⁸⁴. Bu konuda güvenilir olmayan kendi yargısına doğrudan güvenemez²⁸⁵.

Hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir unsuru olan kusur ilkesinin, henüz günümüzde olduğu gibi uygulanmadığı dönemlerde failin eyleminin hukuka aykırılığını anlayamaması hali öngörülmemiştir. Ceza hukukunda her durumda ceza hukuku kapsamındaki normların içeriğinin kusur yeteneğine sahip kişiler tarafından bilinmesi gerektiği biçiminde doğal bir varsayım bulunmaktadır. Bu yaklaşım TCK açısından da belirleyici olmuştur. Böylece herkesin ceza normlarının varlığı, içerik ve anlamı konusunda “kural olarak” bilgilenme yükümlülüğü düzenlenmiştir. TCK

²⁸⁰ Wessels/ Beulke/ Satzger, s. 215.

²⁸¹ BGHSt 2, 196 (Roxin, AT I, § 21 B, s. 932)

²⁸² Neslihan Göktürk, **Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 28-29.

²⁸³ Göktürk, s. 29.

²⁸⁴ OLG Hamm NJW, 06, 245; OLG Stuttgart StV, 08, 193; (Wessels/ Beulke/ Satzger, s. 219)

²⁸⁵ BGHSt 5, 111 ve 284 (Wessels/ Beulke/ Satzger, s. 220)

m. 4' e göre, “*Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz.*” Ancak bu kural herhangi bir istisnanın olmadığı mutlak bir kural değildir²⁸⁶.

Ceza hukuku kapsamındaki normların (öldürme yasağı, hırsızlık yasağı vs.) topluma ait temel değer tasavvurlarını belirleyen özü, gerçekte genel sosyalizasyon çerçevesinde öğrenilir. Öyle ki bu, o toplum içinde büyüyen her insanın doğrudan bildiği bir şeydir²⁸⁷. Fakat geçmişte özellikle fer'i (yan) ceza hukuku içinde, genel olarak yaygın değer tasavvurlarıyla ilişkili olmayan ve bu nedenle de normal bir yurttaş tarafından kapsamlı olarak bilinmeyen birçok yasak yer almıştır. Eski dönemlerde failin gerçekleştirdiği eylemin haksızlık olduğunu bilmediği yönündeki bir savunma ile uyuşmazlık yargıya taşınmıştır. Yine o dönemde Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi²⁸⁸ birçok eleştiriye rağmen, her zaman failin eyleminin hukuka aykırılığının gerçekten bilebilir olup olmadığının, cezalandırılabilirlik bakımından önemsiz olduğu görüşünde olmuştur.

Kuşkusuz bu saptama günümüzde geçerli olan kusur ilkesi ile önemini yitirmiştir. Anayasal düzeyde olduğu kabul edilen kusur ilkesi nedeniyle fail yalnızca, ona davranışı nedeniyle kınama isnadı yapılabilmesi koşuluyla cezalandırılabilir. Bu durum failin eyleminin hukuka aykırılığını bilme olanağına sahip olması koşulunu getirmektedir. Bu nedenle Alman Federal Yüksek Mahkemesi, İmparatorluk Yüksek Mahkemesi' nin içtihadını devam ettirmemiş,

²⁸⁶ Kural bu şekilde belirlendikten sonra ise TCK m. 30/4' te bu kuralın istisnası düzenlenmiştir. Buna göre, “*İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.*”; Bu kuralın ve istisnasının içeriği hakkında detaylı bilgi için bkz. Sahir Erman, “Ceza Hukukunda Hukuki Bilmeme ve Yanılma”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHF)**, C. 12, S. 2-3, 1946, s. 509 vd.; Zeki Hafizoğulları, “Hukuki Bilmeme ve Açık Ceza Normları”, **Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı**, C. 1, Ankara, 1977, s. 193 vd.; Fatih Mahmutoğlu / Yener Ünver, “Kanunu Bilmemek Mazeret Sayılmaz Kuralı Hakkında”, **İstanbul Barosu Dergisi (İBD)**, S. 2, 1998, s. 371 vd.; Mahmut Koca, “Türk Ceza Hukukunda Hata”, **Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu Kitabı** (Edit.: Bahri Öztürk), Ankara, 2009, s. 81 vd.; Devrim Güngör, “Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBD)**, S. 68, 2007, s. 135 vd.; Mustafa Özen, “Ceza Hukukunda Kanunu Bilmemek ve Hata”, **Uğur Alacakaptan' a Armağan**, C. 1, İstanbul, Haziran 2008, s. 589 vd.; Olgun Değirmenci, “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBD)**, 2014 (110), s. 129 vd.; Sesim Soyer Güleç, “Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı”, **D. E. Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi (DEÜHFD)**, C. 10, S. 1, 2008, s. 59 vd.; Ragıp Barış Erman, **Yanılgının Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006, s. 122 vd.

²⁸⁷ Frister, AT, s. 258.

²⁸⁸ RGSt 2, 268 (269 vd.) Bkz. Frister, AT, s. 258.

bunun yerine vermiş olduğu kararlar²⁸⁹, haksızlık gerçekleştirme algısına sahip olma olasılığını kusurluluğun bir unsuru olarak tanımıştır²⁹⁰.

Haksızlık bilincinin egemen görüşe göre kusurluluğun bir şartı olarak kabul edilmesi, aslında öğretilerde bu konuda yer alan “kast teorisi (*Vorsatztheorie*)”²⁹¹ ve “kusur teorisi (*Schuldtheorie*)”²⁹² arasında kusur teorisinin tercih edilmesinin bir sonucudur. Bu konuda kast teorisinden (*Vorsatztheorie*) farklı olarak, haksızlık bilincini kastın bir bileşeni (parçası) olarak değil, bunun yerine bu bilinci kazanma olasılığını bağımsız bir kusur şartı olarak gören kusur teorisi (*Schuldtheorie*) izlenmiştir²⁹³.

Bir kişide haksızlık bilincinin var olduğunun söylenebilmesi için, kişide gerçekleştirmiş olduğu davranışın cezalandırılabilir bir davranış olduğu bilgisinin bulunması gerekmektedir²⁹⁴. Aynı şekilde failin kendi davranışı hakkında sosyal bakımdan zararlı olduğu ya da ahlaka aykırılık teşkil ettiği bilincinde olması da haksızlık bilincinin var kabul edilebilmesi için yeterli değildir²⁹⁵. Eğer sosyal bakımdan zararlı olma durumu veya ahlaka aykırılık bilinci, haksızlık gerçekleştirme bilinci için yeterli görülürse, bireylerden hukuka uygun davranışları konusunda güçlü bir talep söz konusu olamayacaktır. Çünkü değer tasavvuruna aykırı tüm eylemler hukuken yasaklanmadığı için (cinsel davranış alanında veya ekonomik rekabette), toplumsal veya ahlaki normlara aykırı hareket etme bilinci, en fazla yasaklılık bilgisinin kazanılması için bir araçtır, fakat bu bilginin kendisi değildir²⁹⁶.

Yanılığ sonucu, sürücü belgesi geri alınmış ya da iptal edilmiş kişinin, sürücü belgesi olmadan bir taşıtın sürülmesini açıkça bir kabahat olarak sayması durumunda ise, trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu açısından gerekli haksızlık

²⁸⁹ BGHSt 2, 194.

²⁹⁰ Frister, AT, s. 258.

²⁹¹ Teori hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Göktürk, s. 2 vd.

²⁹² Kast teorisi, tipikliğin gerçekleşmesi için bilme ve istemenin yanı sıra haksızlık gerçekleştirme bilincinin de bulunması gereken bir kusur unsuru olduğunu savunmaktadır. Bkz. Wessels/ Beulke/ Satzger, s. 218; Teori hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Göktürk, s. 13 vd.

²⁹³ Frister, AT, s. 258.

²⁹⁴ BGHSt 2, 194 (202); Schönke/ Schröder, § 17, kn. 4; Roxin, AT I, § 21 B, s. 933; Frister, AT, s. 259.

²⁹⁵ Roxin, AT I, § 21 B, s. 932.

²⁹⁶ Roxin, AT I, § 21 B, s. 932.

gerçekleştirme bilinci bulunmaktadır²⁹⁷. Bu anlamda failin yasaklılık yanılığısı için kendi değerlendirmesinin de bir önemi bulunmamaktadır²⁹⁸. Nükleer santrallere karşı yapılan bir protesto eyleminden yola çıkarak bir elektrik direğini testereyle kesen kişinin, bu yüzden yasakta yanılığısı düşüğü söylenemez, çünkü bizzat fail davranışını ahlaki açıdan haklı ve hatta zorunlu (görev) şeklinde bulmaktadır²⁹⁹. Bunun tersine davranışını ahlak bakımından kınanabilir (tasvip edilmeyen), fakat hukuken uygun (izin verilmiş) bulan kişi, haksızlık gerçekleştirme bilincine sahip değildir. Hukuken yasak olduğunu bilmeden “birbirleriyle cinsel ilişkiye giren” kardeşler, davranışlarını büyük ölçüde tasvip edilmeyen bulsalar da, bir yasakta yanılma durumuna yenik düşer³⁰⁰. Bu nedenle burada failin sadece ahlaki değerlere aykırı bir şey yaptığını bilmesi yetmez. Fail, yürürlükte olan hukuk ile koruma altına alınmış olan değerler düzenini ihlal ettiğini bilmek zorundadır³⁰¹.

2. Kusur Yeteneğini Etkileyen Hal Olarak Akıl Hastalığı ve Yasaklılık Yanılığısının İlişkisi

Demokratik hukuk düzeninde, bireylerin davranışlarını ceza normlarının davranış beklentilerine göre düzenleyebilmeleri, haklı olanı haksızlığa tercih edebilmeleri, kişilerde birtakım özelliklerin bulunmasına bağlıdır. Bu şartlar kapsamında bakıldığında bireyin davranışlarını gerçekleştirdiği sırada belirli bir olgunluğa sahip olması ya da herhangi bir zihinsel bozukluğa sahip olmaması gibi aranan özellikler esasen, bireyin davranışlarını ceza normları ile etkileşim içinde gerçekleştirmesi ve kınama yargısının bu şekilde gerçekleştirilen davranışlar üzerinde yapılmasıdır. Böylece toplumu oluşturan her bireyin bu etkileşim içinde olduğu varsayımından hareketle, bu etkileşimin kopmasına ya da gerektiği gibi olmamasına neden olan istisnai durumların belirlenmesi sağlanmaktadır.

²⁹⁷ Roxin, AT I, § 21 B, s. 933; Hans-Joachim Rudolphi, **Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums**, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1969, s. 87 vd.

²⁹⁸ BGH NJW 2011, 2600 (2601) Frister, AT, s. 259.

²⁹⁹ Frister, AT, s. 259.

³⁰⁰ Frister, AT, s. 259.

³⁰¹ Feridun Yenisey/ Gottfried Plagemann, **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)**, Genişletilmiş 2. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2015, s. 18, dp. 8.

Haksızlık bilinci ise, bireylerdeki ceza normunun varlığını ve normun davranış beklentilerini bilme ve idrak etme, bir başka deyişle gerçekleştirmiş olduğu davranışın hukuk düzeniyle ters düşüp düşmediğini algılamaya yarayan bilinç olarak belirtilebilir. Kınama yargısı ancak bu çerçevede gerçekleştirilen davranışlar üzerinde söz konusu olabilecektir³⁰². Zira birey tarafından hangi davranışın hukuk düzenince yasaklandığı ya da hangisine izin verildiği bilinmiyorsa, bu iki seçenek arasındaki tercihin hukuka sadakat eksikliği içerip içermediği de tespit edilemeyecektir.

Hukuk düzeni kural olarak bireyler tarafından ceza normlarının kapsamının bilindiği, yani herkesin davranışlarını gerçekleştirirken hangi hareket biçimlerinin yasak olduğu ya da hangilerine hukuk düzenince izin verildiği bilinci ile hareket ettiği varsayımından yola çıkmaktadır. Böylece bireyler davranışlarını normlar çerçevesinde düzene sokabilmek için, yani normu ihlal etmeyen davranışı gerçekleştirebilmek için gerekli motivasyonu oluşturabilecektir. Söz konusu bilincin bireyde bulunmaması, baştan hukuka uygun olan davranışın seçilmesine ilişkin motivasyonun oluşturulmasına engel teşkil edecektir. Bu nedenle kişinin eylemleri dolayısıyla kınanabilmesi için gerekli unsurlardan birisi de, eylemlerini gerçekleştirmeden önce kişide var olması beklenen haksızlık bilinci ya da algısıdır.

TCK m. 32' ye göre, akıl hastalığı nedeniyle işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan kişiye ceza verilmez. Bu düzenlemede esasen failin psikopatolojik durumu sebebiyle, gerçekleştirmiş olduğu fiilin haksızlık olduğu konusundaki algılama eksikliğinden söz edilmektedir. Öğretide söz konusu algılama eksikliği durumunun, kusurluluğu kaldıran hal olan yasaklılık yanığı (Verbotsirrtum) durumundaki³⁰³ failin fiilinin haksızlık olduğu konusundaki

³⁰² Failin gerçekleştirdiği bir haksızlık dolayısıyla kınanması, onun hukuk normlarına uygun davranabilme imkân ve yeteneğine rağmen, hukuka aykırı davranışı tercih etmesi halinde mümkün olacaktır. Ancak böyle bir yargıya varabilmek için kişi, fiilinin hukuka aykırı olduğunun bilincinde olması gerekir. Aksi takdirde, hareketinin hukuka aykırı olduğunu, hukuken bu davranışa izin verilmediğini bilmeyen faili, haklı bir davranış yerine haksızlığı yeğlediğinden dolayı kınayabilmek mümkün olmayacaktır. Bkz. Adem Sözüer, "Hukuki Hata", **Yargıtay Dergisi (YD)**, C. 21, S. 4, Ekim 1995, ("Hukuki Hata"), s. 473.

³⁰³ TCK m. 30/4: "*İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.*" Ancak alman ceza hukukunda yer alan yasaklılık yanığı durumu TCK bakımından m. 30/4' ü işaret ettiği gibi, aynı zamanda failin işlediği fiilin hukuka uygun olduğu yanığı da içeren bir durumdur. Bu bakımdan "yasaklılık yanığı" durumu, TCK m. 30/3' te

kaçınılmaz hatası nedeniyle algılama yeteneğinin bulunmaması ile aynı anlamda olduğu belirtilmektedir³⁰⁴. Bu nedenle aslında kusur yeteneğindeki failde algılama yeteneğinin bulunmaması, sadece kapsamlı yasaklılık yanılığının özel bir uygulaması olarak kabul edilmektedir³⁰⁵. Bu görüşe göre, zihinsel bozukluk nedeniyle kusur yeteneği incelemesindeki algılama yeteneği, yasaklılık yanılığından bağımsız bir konu teşkil etmemekte, çünkü psikopatolojik durumlar sebebiyle algılama yeteneğinin olmamasında daima kaçınılmaz bir yasaklılık yanılığının da bulunduğu söylenmektedir³⁰⁶. Bu görüş *Frister* tarafından eleştirilmektedir. *Frister*' e göre, yukarıda belirtilen görüş, entelektüel yeteneklerin (algılama), kusur yeteneği için sadece haksızlık bilincinin elde edilebilmesi için önem arz ettiği yönünde bir izlenime neden olmaktadır. Fakat bu doğru değildir. Kusur yeteneği, kişinin kendi özerkliğine dayanarak bir norma görüş bildirme yeteneğidir. Normalde dört yaşındaki bir çocuğun aklına sahip olan insanlar da hırsızlığın yasak olduğunu bilirler. Fakat sırf bunu bilerek, anlaşılabilir bir türde ve şekilde bu yasak hakkında bir yargıya varabilme durumunda değillerdir. Fakat bu yetenek eksik olduğu müddetçe, onların gerçekleştirmiş olduğu hırsızlık fiilinde, mevcut norm bilgisinden tamamen bağımsız olarak, norma uygunluk lehine veya aleyhine söz konusu olan özerk bir kararın sonucu bulunmamaktadır³⁰⁷.

Yukarıda bahsedilen Alman Ceza Kanunu § 17' de düzenlenmiş olan yasaklılık yanılığının TCK açısından karşılığına bakıldığında aslında TCK m. 30/3

yer alan failin fiilinde bir hukuka uygunluk sebebi bulunduğuna yönelik yanılığında hareket etmesi durumunu da kapsamaktadır.

³⁰⁴ Schönke/ Schröder, § 20, kn. 27.

³⁰⁵ BGH, MDR 1968, s. 854 (Schreiber/ Rosenau, s. 106); Lenckner, "Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit", s. 108.

³⁰⁶ Schreiber/ Rosenau, s. 106. Bununla birlikte failin eylemin haksızlığını algılama yeteneğinin bulunmaması durumunda, bu eksikliğin zihinsel bir anormal duruma dayanıyor olması durumunda güvenlik tedbiri uygulanabilecektir. Bu bakımdan zihinsel bozukluk nedeniyle kusur yeteneğinin bulunmaması (algılama eksikliği nedeniyle) güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi açısından ***ispat kuralı*** karakteri kazanmaktadır. Bkz. Jescheck/ Weigend, § 40, s. 442; *Schönke/ Schröder* bu hususta her ne kadar fail akıl hastalığı nedeniyle algılama yeteneğine sahip olmasa da, şayet algılama yeteneğine sahip olabilecek idiyse kusurlu sayılabileceğini belirtmektedir. Bu görüş bir anlamda kaçınılabilecek algılama eksikliği durumlarında failin kusurlu sayılması gerektiğini savunmaktadır. *Schönke/ Schröder*' e göre, bu noktada failin davranışlarını kontrol yeteneğinin olup olmadığı tespit edilmelidir. BGH, NJW, 86, 2894: "affekt (duygulanım) eşliğinde ağır reaktif depresyon" (Schönke/ Schröder, § 20, kn. 27)

³⁰⁷ Frister, AT, s. 249-250.

kapsamında düzenlenen bir hukuka uygunluk sebebine ait koşulların gerçekleştiğine dair hata ve TCK m. 30/4' de yer alan "hukuki hata" halinin söz konusu olacağı belirtilmelidir³⁰⁸. TCK m. 30/3 ve 4' de yer alan her iki hata durumu için de hatanın "kaçınılmaz" bir hata olması gerekmektedir. Akıl hastalığı nedeniyle gerçeklikle bağlantısı kopmuş ya da gerçeklikle bağlantısı kopmamakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını olması gerektiği gibi algılayamayan fail, fiilini TCK m. 30/3 ve 4 kapsamında kaçınılmaz bir hata kapsamında gerçekleştirmektedir. Bu bakımdan TCK m. 32' de yer verilen, failin akıl hastalığı nedeniyle fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması hali, söz konusu hata biçimlerinin özel bir uygulama şeklini oluşturmaktadır. Arkasında yürüyen hiç tanımadığı bir kişinin, kendisini yok etmek üzere başka bir boyuttan gönderilmiş bir ajan olduğunu sanan akıl hastası, önce davranarak bu kişiyi öldürdüğünde aslında eylemini meşru savunma hukuka uygunluk sebebi kapsamında gerçekleştirdiğini zannetmektedir. Ancak failde mevcut eyleminin hukuka uygun olduğu yanlışlığı psikotik sanrılar nedeniyle "kaçınılmaz"³⁰⁹ olduğundan, burada TCK m. 30/3' de yer alan hukuka uygunluk sebeplerinin koşullarının gerçekleştiği konusunda kaçınılmaz hata vardır. Bu hata hali TCK m. 32' de özel olarak düzenlendiğinden bu durumda TCK m. 32 uygulanacaktır. Akıl hastalığı nedeniyle faildeki eylemine hukuk düzenince izin verildiğine dair yanlış inanç, davranışlarını yanlış algı çerçevesinde gerçekleştirmesine yol açmaktadır. Bu nedenle esasen TCK m. 32 olmasaydı dahi, TCK m. 30/3 kapsamında akıl hastası faile ceza verilmesi söz konusu olamayacaktı. Ancak TCK m. 32' nin kanunlarda yer almasının en önemli işlevi, akıl hastalarının gerçekleştirmiş olduğu eylemler nedeniyle güvenlik tedbirinin uygulanmasının önünü açmasıdır. Nitekim hata

³⁰⁸ Burada bir davranışın hukuk normlarının emredildiğinin veya yasaklandığının bilinmemesi, bir başka deyişle fiilin yasaklandığı konusunda var olan normu yok zannetme durumu "doğrudan yasaklılık yanlışlığı" olarak adlandırılmaktadır. Buna karşın işlenen fiilin hukuki normlarla bağdaşmadığı ya da hukuka aykırı olduğu bilinip de, hataen gerçekte var olmayan bir hukuka uygunluk sebebinin var zannedilmesi durumunda ise "dolaylı yasaklılık yanlışlığı" söz konusudur. Bkz. Sözüer, "Hukuki Hata", s. 481.

³⁰⁹ Hangi durumda "kaçınılmaz" hata, hangi durumlarda "kaçınılabılır" hatanın olduğuna ilişkin net kriterler bulunmamaktadır. Ancak öğretilerde failin sosyal konumu nedeniyle, bireysel yeteneklerine göre ve sahip olduğu idrak kuvvetini ve yine sahip olduğu hukuki-ahlaki değer tasavvurlarını ondan beklenen biçimde kullanması durumunda **eylemin haksızlığının idrakine varıp varamamış olduğu**, başka bir deyişle **özen gösterme çabasının (Gewissenanspannung)** belirleyici olduğu söylenmektedir. Bkz. BGHSt 3, 357; 4, 1 ve 4, 236 (Wessels/ Beulke/ Satzger, s. 219)

kurumu nedeniyle güvenlik tedbiri uygulanması mümkün değildir. TCK m. 32' nin özel olarak yer almasının diğeri bir işlevi ise, bireylerdeki hukuki güvenlik inancını pekiştirmektir. Hangi durumlarda ceza yaptırımından muaf kalınacağına yönelik mantıksal istisnai durumların belirlenmesi, toplumu oluşturan bireylerde yer alan hukuki güvenlik algısını pekiştirici bir etkiye sahip olmaktadır.

Alman öğretisinde yasaklılık yanığı ile zihinsel bozukluk nedeniyle kusur yeteneğinin etkilenmesi düzenlemeleri arasındaki ilişki açısından tartışılan bir başka nokta ise, azalmış kusur yeteneği durumudur. Alman Ceza Kanunu (StGB) § 21' e göre, TCK m. 32/2' den farklı olarak, failin fiilini icra ettiği sırada fiilinin haksızlığını algılama yeteneği önemli derecede azalmışsa verilecek ceza indirilebilecektir. TCK m. 32' de ise, failin fiilinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği “var” ya da “yok” olacak şekilde, yani niteleyici olarak düzenlenmiştir. Bu bakımdan TCK m. 32/2' de failin “algılama yeteneği” azalır çoğalabilen yapıda, bir başka deyişle kantitatif (nicel) yapıda olduğu kabul edilmemiştir. TCK m. 32/2 kapsamında failin fiilinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin azalmasından söz edilemez. Nitekim TCK m. 32' de yer verilen “fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama” yeteneği psikik bir yetenek değil, normatif bir yetenektir. Bu nedenle bu yeteneğin değerlendirilmesi, failin haksızlık bilincine sahip olup olmadığına araştırılmasına işaret eden bir faaliyeti içermektedir. Tıbbî anlamda failin fiilinin anlamını algılama yeteneğinin azaldığı yönündeki tespitler, normatif (hukuki) açıdan failin fiilini gerçekleştirirken haksızlık bilincine (algısına) sahip olup olmadığına belirlenmesi ihtiyacını doğurmaktadır. Bilirkişi tarafından failin algılama yeteneğinin zayıf olduğu ya da azalmış olduğu yönündeki bir tespit söz konusu ise, normatif açıdan hâkim tarafından bu durumunun failin haksızlık bilincini ortadan kaldırıp kaldırmadığı değerlendirilmesine tabi tutulması gerekmektedir. Fail, kendisindeki ruhsal bozukluklara rağmen fiilin haksızlığını gerçekten de algılamışsa, TCK m. 32/1 uygulanamaz. Bu durumun failin davranışlarını yönlendirme ya da davranışları üzerinde kontrol yeteneğinde eksilmeye yol açması ise farklı bir değerlendirmedir³¹⁰.

Sonuç olarak failde haksızlık bilinci ya da algısı, TCK m. 32 çerçevesinde ya vardır ya da yoktur. TCK m. 32/2' deki azalmış kusur yeteneği daha çok haksızlık

³¹⁰ BGH, GA 1971, 366 (Jescheck/ Weigend, § 40, s. 441)

bilincine ya da algısına sahip olan failin, akıl hastalığı nedeniyle davranışlarını önemli derecede olmayan şekilde yönlendirememesi durumunda söz konusu olmaktadır. Kanun koyucunun haksızlık bilinci ya da algısının bulunmamasına yönelik “hata” düzenlemelerini esasen yaş itibariyle belirli bir olgunluğa ulaşmış ve eylemlerini bir zihinsel bozukluk kapsamında gerçekleştirmeyen, diğer “normal” kişiler için düzenlediği söylenebilecektir.

Haksızlık bilinci ya da algısının azalabileceği şekilde düzenlemelere giden Alman Ceza Kanunu § 17 (yasaklılık yanılması)³¹¹ ve § 21 (ruhi bozukluk)³¹², kaçınılabilir yasaklılık yanılması durumunda cezada indirim konusunda hâkime takdir hakkı tanımıştır. Bu nedenle zihinsel bozukluk nedeniyle failin azalmış algılama yeteneği kapsamında bir fiili icra etmesi durumunda hangi normun uygulanacağı tartışılmaktadır. Alman Ceza Kanunu (StGB) § 21’ de belirtilen psikik özelliklere dayanan algılama yeteneğinin azalması, sadece “önemli derecede” sayıldığı durumlarda dikkate alınması gerekirken, Alman Ceza Kanunu (StGB) § 17’ de yasaklılık yanılması için bu derecenin önem arz etmemesi, zorlukları beraberinde getirmektedir. Alman Ceza Kanunu (StGB) § 21 kapsamında ruhsal bozukluğa dayanan algılama yanılığının, ruhsal olarak sağlıklı bir bireyin “normal psikolojik” yasaklılık yanılığından daha katı olarak ele alınmasının, uygun olmadığı savunulmaktadır³¹³. Bu durumda her ne kadar failin algılama yeteneği ruhsal bozukluk nedenine bağlı olsa da “fail için daha iyi sayılan (failin lehine olan)” Alman Ceza Kanunu (StGB) § 17’ ye öncelik verilmesiyle sonuca ulaşılacağı söylenmektedir³¹⁴. Bu yöndeki yaklaşım isabetli olarak büyük bir çoğunluk tarafından kabul edilmektedir³¹⁵. Ceza indirimi konusunda durum böyle olmakla

³¹¹ “Fail, fiilin icrası sırasında haksızlık gerçekleştirme sahip değilse ve bu hatasından kaçınması da mümkün değilse, kusurlu hareket etmiş sayılmaz. Failin hatası kaçınılabilir bir hata ise, ceza 49 uncu maddenin birinci fıkrasına göre indirilebilir.” Bkz. Yenisey/ Plagemann, s. 18.

³¹² “Failin, fiilin haksızlığını anlama veya bu anlayışa göre hareket etme ehliyeti, fiilin icrası sırasında 20’ nci maddede gösterilen sebeplerle önemli derecede azalmışsa, ceza 49’ uncu maddenin birinci fıkrasına göre indirilebilir.” Bkz. Yenisey/ Plagemann, s. 19-20.

³¹³ Schönke/ Schröder, § 21, kn. 6/7.

³¹⁴ Schreiber/ Rosenau, s. 110; Schönke/Schröder, § 21, kn. 6/7; Maurach/Zipf, § 36 III, kn. 74, s. 507; Jescheck/ Weigend, § 40, s. 443, dp. 50; Roxin, AT I, § 20 A, s. 905; BettinaENZ, **Verminderte Schuldfähigkeit im deutschen und US-amerikanischen Strafrecht**, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2016, s. 362.

³¹⁵ Schönke/ Schröder, § 21, kn. 6/7; Roxin, AT I, § 20 A, s. 906; Maurach/Zipf, § 38 I, kn. 4, s. 538.

birlikte Alman Ceza Kanunu § 21' in halen önemini korumakta olduğu, zira bu maddenin güvenlik tedbirine hükmetme olanağını tanıdığı söylenebilecektir³¹⁶.

Alman ceza hukuku öğretisinde faildeki haksızlık bilinci ile failin azalmış algılama yeteneği arasında bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Alman Yüksek Mahkemesinin istikrarlı kararlarına göre, failin haksızlık bilinci ile davrandığı durumlarda, azalmış algılama yeteneği nedeniyle ceza indirimi imkânı bulunmamaktadır³¹⁷. Failin algılama yeteneği genel olarak önemli ölçüde azalmış olsa da somut durumda failin haksızlığın bilgisinde olduğu hallerde azalmış kusur yeteneği düzenlemesinin uygulanamayacağı sonucuna varılmaktadır³¹⁸. Bu sebeple mahkeme, azalan kusur yeteneğinin algılama yeteneğine etkiden mi yoksa kendini frenleme kapasitesinin etkilenmesinden mi kaynaklandığını açıkça ifade etmekle yükümlüdür³¹⁹.

D. Haksız Tahrik İle İlişkisi

Haksız tahrik, TCK m. 32' de yer alan akıl hastalığı düzenlemesinde olduğu gibi, TCK m. 29' da³²⁰ “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*” bölüm başlığı altında düzenlenmiştir. Modern ceza hukuku suç işleyen kişiyi sadece objektif olarak ele almamakta, failin içinde bulunduğu durumun özelliklerini de dikkate almak suretiyle fail hakkında yargıya varmaktadır. Bu çerçevede failin işlenmesinde, failin harekete geçmesine neden olan her türlü durum da incelenmektedir³²¹. Bu durumlardan birisi de, failde hiddet ya da şiddetli bir elem yaratan haksız davranışlardır. Bu haksız davranışların etkisi altında kalan kişiler, suç teşkil eden fiili gerçekleştirmekten kaçınma konusunda, haksız davranışa maruz

³¹⁶ Schreiber/ Rosenau, s. 110.

³¹⁷ BGHSt 21, 27 (28); BGH, NJW 2014, 2738 bkz. Frister, AT, s. 252.

³¹⁸ BGHSt 21, 27; 34, 22 (25); BGH, NStZ 1985, 309; 1986, 264 (Roxin, AT I, § 20 A, s. 905).

³¹⁹ Roxin, AT I, § 20 A, s. 905.

³²⁰ “ (1) Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemnin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilir.”

³²¹ Behiye Eker Kazancı, “Mağdurun Davranışları ve Heyecan Halinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi-Haksız Tahrik”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (DEÜHFD)**, C. 15, Özel Sayı 2013, (“Haksız Tahrik”), s. 1309.

kalmamış kişilerden daha ağır bir zorlanma ile karşı karşıya kaldığından, bu özel durumları gereği cezalandırma konusunda haklarında farklılaşmaya gidilmektedir.

Haksız tahrikin hukuki esası konusunda öğretide değişik görüşler bulunmakla birlikte³²², genel kabul edilen görüş bizce de isabetli olarak haksız tahriki bir kusuru azaltan neden olarak kabul eden görüştür³²³. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bu görüşü benimsemektedir. Buna göre, “*Ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak düzenlenen haksız tahrik; kişinin haksız bir fiilin kendisinde meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlemesi durumunda kusur yeteneğindeki azalmayı ifade etmektedir. Bu halde fail suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin, dışarıdan gelen etkinin ruhsal yapısında meydana getirdiği karışıklığın bir sonucu olarak suç işlemeye yönelmektedir. Bu yönüyle haksız tahrik, kusurun irade unsuru üzerinde³²⁴ etkili olan bir nedendir. Başka bir anlatımla haksız tahrik halinde failin iradesi üzerinde bir zayıflama meydana gelmekte, böylece haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altındaki kişinin suç işlemekten kendisini alıkoyma yeteneği önemli ölçüde azalmış bulunmaktadır.*”³²⁵

³²² Bu görüşler için bkz. Timur Demirbaş, **Haksız Tahrik**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, (Haksız Tahrik), s. 38 vd.; Zeynel Kangal, “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EÜHFD)**, C. XIV, S. 3-4, 2010, s. 27 vd.; Gülşah Bostancı Bozbayındır, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2013, s. 15 vd.

³²³ İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, (Genel Hükümler), s. 444; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s. 346-347; İçel, Genel Hükümler, s. 436; Kangal, s. 31; Burcu Demren Dönmez, “Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFMD)**, C. LXXI, S. 1, 2013, (“Haksız Tahrik”), s. 271-272; Aydın, s. 226; Demirbaş, Haksız Tahrik, s. 44-45; Eker Kazancı, “Haksız Tahrik”, s. 1316-1317; Fatih Selami Mahmutoğlu / Serra Karadeniz, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2017, s. 638.

³²⁴ Yargıtay haklı olarak haksız tahrik halinin kişinin irade yeteneğini etkilediğine vurgu yapmaktadır. Haksız tahrik durumunda kusurluluğa etki eden diğer yetenek olan fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği üzerinde herhangi bir etki söz konusu değildir. Bir başka deyişle haksız tahrik altında fiilini gerçekleştiren failin haksızlık bilinci (algısı) mevcuttur. Öğretide haksız tahrik halinin kanun koyucu tarafından algılama yeteneği ile birlikte kusurluluğu meydana getiren irade unsuru üzerinde doğurduğu zorlama nedeniyle kabul etmiş olduğu belirtilmektedir. Bkz. Mahmutoğlu/ Karadeniz, s. 638. Kanımızca yazarlar “algılama yeteneği” kavramı ile tıbbi anlamdaki algılama yeteneğini kastetmektedirler. Burada kastedilen failin haksızlık bilinci ya da haksızlık algısı değildir. Bu yöndeki bir kabul, belirtmiş olduğumuz haksız tahrik durumunda failin haksızlık algısının mevcut olduğu görüşü ile çelişki arz etmemektedir.

³²⁵ **YCGK., E. 2011/1-175, K. 2011/210, T. 11.10.2011**; aynı yönde **YCGK., E. 2013/791, K. 2016/435, T. 22.11.2016**; **YCGK., E. 2014/358, K. 2016/268, T. 24.05.2016**.

Yargı kararında da açıklandığı üzere haksız tahrik altında fiilini gerçekleştiren fail, kusur yeteneğine ve haksızlık bilincine sahiptir. Ancak haksız bir fiilin etkisi ile davranışlarını hukuka uygun şekilde yönlendirme yeteneği azalmaktadır. Dikkat edilecek olursa TCK m. 32/2’ deki akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneği durumunda olduğu gibi haksız tahrik durumunda da, failin gerçekleştirmiş olduğu fiilin kusur içeriği azalmaktadır. Bu iki durum arasındaki fark ise kusur içeriğini azaltan nedenlerin farklı olmasıdır. Birisinde kusur yeteneğinin azalmasına neden olan sebep failde bulunan psikopatolojik bir durum iken, diğer halde “normal” kabul edilen failde haksız bir fiile maruz kalındığındaki psikolojik tepki durumudur. Bu bakımdan üst başlıkta kusurluluğu etkileyen hal olarak belirtilebilecek olsalar da, etiolojik (neden bilimi) olarak birbirinden ayrılmaktadırlar³²⁶. Haksız tahrik durumunda failin kusur yeteneği, haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi ile azalmakta, bu etki nedeniyle failin davranışlarını yönlendirme yeteneği, yani hukuka uygun olan davranışı seçme kudreti, haksız bir fiile maruz kalmayan failer gibi olamamaktadır. Bu nedenle haksız bir fiile maruz kalan failde bulunan hukuka uygun davranışı seçmekteki zorlanma³²⁷, fail hakkındaki kınanma şiddetini azaltmakta ve cezalandırmaya indirim şeklinde yansıtılmaktadır. TCK m. 29’ a bakıldığında haksız tahrik etkisi altında işlenmiş suçlarda yerinde olarak zorunlu ceza indirimi öngörülmüş, ancak hâkime indirim miktarı konusunda olayın spesifik kusur içeriğine göre ceza indiriminin ölçüsü konusunda takdir hakkı tanınmıştır.

Kusuru etkileyen haller olarak, failin fiilini haksız tahrik altında işlemesi ile akıl hastalığının etkisi altında işlemesi durumlarında bu sebeplerin hangisine öncelik tanınacağı ya da iki sebebin birlikte uygulanıp uygulanamayacağı problemi ortaya

³²⁶ Öğretide de haksız tahrik durumunun kusuru azaltan ve cezanın indirilmesinin gerektiren kişisel neden olduğu görüşü ağırlıklı görüştür. Haksız tahrik durumunda failin iradesinde bir zayıflama geldiği için failin kusur yeteneğinin azaldığı söylenebilecektir. Bkz. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 444; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, ss. 346-347; Demirbaş, Türk Hukukunda Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 35; İçel, s. 436; Kangal, s. 31; Demren Dönmez, “Haksız Tahrik”, ss. 271-272; Aydın, s. 226.

³²⁷ Bu zorlanmayı *Demirbaş, Carpazow*’ un bir sözü ile aktarmaktadır: “*Difficilis est İram continere quam miracula facere* (Mucize yaratmak ne kadar zorsa, hiddete hâkim olmak da o kadar zordur)”. Bkz. Demirbaş, Haksız Tahrik, s. 7.

çıkılmaktadır. Özellikle ceza hukuku öğretisinde ağırlıklı olarak heyecan (*Affekt*)³²⁸ olarak adlandırılan durumlarda bu iki kurum arasındaki ilişkinin karmaşıklaştığı söylenebilir. *Kanımızca* Alm. “*Affekt*”, İng. “*Affect*” kavramı ceza hukukuna ait bir kavram değildir. Bu nedenle esasen psikoloji ve psikiyatri bilim dallarına ait olan bu kavramın aslına uygun şekilde “*duygulanım*” olarak kullanılması daha yerinde olacaktır. Nitekim heyecan kelimesi her ne kadar sözlükte “*sevinç, korku, kızgınlık, üzüntü, kıskançlık, sevgi vb. sebeplerle ortaya çıkan güçlü ve geçici duygu durumu*”³²⁹ olarak geniş duygusal durumları kapsar şekilde tanımlansa da, günlük dilde daha dar bir psikolojik durumu ifade eder şekilde anlaşılmaktadır³³⁰. Nitekim psikiyatri alanında da söz konusu durumlarla ilgili bozuklukları ifade etmek için “*heyecan bozuklukları*” ifadesi kullanılmamakta, bunun yerine “*affektif bozukluklar*”, “*duygudurum bozuklukları*” ifadelerinin kullanıldığı görülmektedir. Bu bozukluklarla ilgili olarak ise “*duygulanım*” kavramının içeriği analiz edilmektedir. Duygulanım (*Affekt*), “*bireyin uyarılara, olaylara, anılara, düşüncelere, neşe öfke, üzüntü, nefret, kin, sıkıntı gibi duygusal tepkiler ile katılabilme yetisidir. Duygulanım, duygusal hayatımızın bütününi teşkil eder. Hislerimizdeki bütün değişiklikler ve dalgalanmalar, azalış-artmalar ve bunların bizim davranışlarımıza aksedişi, ‘affektif duyuş tonları’ olarak bilinir. Affekt; bir çeşit kendini duyuştur. İstemek-istememek, arzu etmek-etmemek, sevmek-nefret etmek, beğenmek-hoşlanmamak gibi karşıt duyuları içerir. Affekt canlının bütün hayatını renklendiren ve onun tavrını belirleyen bir fonksiyondur.*”³³¹ Duygudurum (İng. *Mood*) ise, içsel olarak yaşantılanan, kişinin davranışları ve dünyayı algılamasını değiştiren hâkim ve sürekli duygu tonudur. Duygulanım, duygudurumun dışa ifade edilmesidir³³².

³²⁸ Alm. “*Affekt*”, İng. “*Affect*” kavramını heyecan olarak belirten yazarlar Demirbaş, Haksız Tahrik, s. 33 vd.; Kangal, s. 20 vd.; Eker Kazancı, “*Haksız Tahrik*”, s. 1309 vd.; Demren Dönmez, “*Haksız Tahrik*”, s. 283; Aydın, s. 228; Bostancı Bozbayındır, s. 6 vd.

³²⁹ Güncel Türkçe Sözlük www.tdk.gov.tr.

³³⁰ Duygulanım (*Affekt*) durumları öğretilerde değişik şekillerde sınıflandırılabilir. Erem’ e göre, duygulanım çeşitleri hiddet, gazap, şiddetli elem, hayret, korku ve yeis olarak sayılabilir. Bkz. Erem Faruk, Adalet Psikolojisi, Ankara, 1977, s. 88 vd.

³³¹ Aşlıhan Okan İbiloğlu, **Bipolar-I, Bipolar-II ve Majör Depresif Bozukluk Tanılı Hastalarda Ayrışan Sosyodemografik, Klinik ve Affektif Mizaç Özellikleri**, T.C. Sağlık Bakanlığı Ankara Atatürk Eğitim ve Araştırma Hastanesi Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Kliniği, Tıpta Uzmanlık Tezi, Ankara, 2010, s. 2.

³³² Oğuz Karamustafaloğlu / Hüseyin Yumrukçal, “*Depresyon ve Anksiyete Bozuklukları*”, **Şişli Etfal Hastanesi Tıp Bülteni**, C. 45, S. 2, 2011, s. 65.

Bir olayda failin haksız bir fiile tepki olarak şiddetli duygulanımı (*Affekt*) sonucu, fiilini gerçekleştirmesi durumunda haksız tahrik hükümlerinin mi, yoksa akıl hastalığının kusur yeteneğine etkisini düzenleyen hükümlerin mi uygulanacağı önem arz etmektedir. Öğretideki görüşlere bakıldığında, *Demirbaş* Alman öğretisindeki bazı yazarlara dayandırdığı görüşte, patolojik bir temele dayanmayan duygulanım (*Affekt*) durumlarının kural olarak kusur yeteneğine (isnat yeteneğine) zarar vermeyeceğini belirtmektedir³³³. Ancak yazara göre, haksız tahrikin kısmi akıl hastalığı (TCK m. 32/2) ile bir arada bulunabileceği açıktır³³⁴. Çünkü her iki hükmün de birbirinden bağımsız ve gerçek birer temeli olduğu için, böyle bir durumda “*aynı halden dolayı, iki defa ceza indirilmesi yasağı*” ihlal edilmiş olmaz³³⁵. Haksız tahriki teşkil eden fiil, failin bilinç ya da hareket serbestisini önemli derecede kaldıracak bir ruhi karışıklığa neden olmuşsa, artık haksız tahrikten değil, geçici (arızî) nedenden söz edilir. Böyle bir durumda ruhi karışıklığın şiddetine göre, kısmi isnat yeteneği veya isnat yeteneğinin tamamen kalkması da söz konusu olabilir. Sonuç olarak bu gibi hallerde TCK m. 34’ deki geçici neden hükmünün uygulanacağı belirtilmektedir³³⁶. Fail, kısmi akıl hastalığından dolayı tahrik edildiği zannına kapılarak suç işlerse, duygulanım durumu haksız tahrikten değil, failin kısmi akıl hastalığından ileri gelmiş bulunduğundan, haksız tahrikin kısmi akıl hastalığı ile bir arada bulunmasından söz edilemez ve yalnız kısmi akıl hastalığına ilişkin hüküm (TCK m. 32/2) uygulanır³³⁷. Benzer şekilde *Dönmezer/Erman*, *Koca/Üzülmez*, *Kangal* ve *Eker Kazancı* da bu hususa işaret etmektedir. Normal bir insanda hiddet ve elem oluşturmayacak bir hareketin failin ruhsal yapısı nedeniyle hiddet ve elem doğurmuş olması durumunda, bu hiddet ve elem etkisi altında işlenen fiiller için haksız tahrik hükmü uygulanmayacaktır. Burada tepki fiili, mağdurun hareketinden değil, failin ruhsal durumundan kaynaklanmaktadır³³⁸.

Bir başka görüşe göre, olayda failin davranışını hiddet çerçevesinde gerçekleştirdiği durumlarda haksız tahrik ve akıl malûliyetinin birlikte

³³³ Demirbaş, Haksız Tahrik, s. 33-34.

³³⁴ Aynı yönde bkz. Erem/Danışman/Artuk, s. 520.

³³⁵ Demirbaş, Haksız Tahrik, s. 99.

³³⁶ Demirbaş, Haksız Tahrik, s. 99.

³³⁷ Demirbaş, Haksız Tahrik, s. 99.

³³⁸ Dönmezer/Erman, C. II, kn. 1102; Koca/Üzülmez, s. 339; Kangal, s. 46-47; Eker Kazancı, “Haksız Tahrik”, s. 1314.

bulunabileceği söylenebilecektir. Bu durumda *Erem*, tam akıl malûliyeti ile tam olmayan akıl malûliyeti durumları arasında farklı sonuçlara ulaşmaktadır. Tam akıl malûliyeti durumunda ceza verilemeyeceğinden bu halde bulunan suçlular için cezayı azaltıcı bir sebep olan haksız tahrik hükümlerinin tatbikine ihtiyaç yoktur. Tam olmayan akıl malûliyeti halinde bulunan bir kimsenin haksız bir tahrik neticesinde suç işlemiş olması her iki durumun birlikte uygulanmasını gerektirir³³⁹.

Demren Dönmez' e göre, haksız tahrik failin kusur yeteneğinde bir zayıflama meydana getirir. Bu durumun kaynağı, kişinin daha önceden sahip olduğu medikal bir durum değil, somut olayın fail üzerinde yarattığı etkidir. Bu hale ilişkin düzenlemenin TCK m. 32/2' deki düzenleme ile karıştırılmaması gerekir. TCK m. 32/2' de de kişinin davranışlarını yönlendirme yeteneğinin azalmasından bahsedilmektedir. Haksız tahrikte kusur yeteneğinin azalmasına neden olan öfke ve şiddetli üzüntünün kişinin davranışlarını yönlendirmesine etki etmesi söz konusudur ancak bu etki medikal bir durumdan kaynaklanmamaktadır. Bu itibarla, bu hususun dikkatlice değerlendirilmesi ve m. 32/2' den ayırt edilmesi gerekir³⁴⁰.

Kanımızca haksız tahrik düzenlemesi ile akıl hastalığı düzenlemesi arasındaki ilişki esasen, çalışmada daha önce de belirtilmiş olan tıp bilimindeki “normal-anormal”, “hasta-hasta olmayan” kavramları arasındaki tam olarak net şekilde çerçevenin çizilemediği bölgede yoğunlaşmaktadır. Haksız tahrik altında fiilini gerçekleştiren failin aslında haksızlık bilinci ve kusur yeteneği bulunmaktadır. Ancak haksız bir fiilin kendisinde yarattığı patolojik kaynaklı olmayan psikolojik etki sonucunda davranışlarını hukuka uygun şekilde yönlendirme yeteneği azaldığından³⁴¹, cezada indirimine gidilmektedir. Dikkat edilmelidir ki haksız tahrikte

³³⁹ Erem, *Adalet Psikolojisi*, s. 124-125; aynı yönde Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, s. 133.

³⁴⁰ Demren Dönmez, “Haksız Tahrik”, s. 272.

³⁴¹ Failin haksız tahrik teşkil eden fiilin etkisi sonucunda “haksızlık algısına uygun davranışlarını yönlendirme yeteneği”nin azalması ise, akıl hastalığı sonucu failin “haksızlık algısına uygun davranışlarını yönlendirme yeteneği”nin azalması, aynı sonuçlardır. Her iki durumda da fail, davranışlarını norma uygun şekilde yönlendirmekte zorlanmaktadır. Bu zorlanma nedeniyle failin fiili nedeniyle kınanma şiddeti azalmaktadır. TCK m. 32/2 ile TCK m. 29 arasındaki temel fark ise, bu neticeye neden olan sebep unsurdur. TCK m. 32/2' de failin haksızlık algısına uygun şekilde davranışlarını yönlendirme yeteneğinin azalmasına psikopatolojik bir hal sebep olurken, TCK m. 29' da patolojik kaynaklı olmayan herkeste görülebilecek haksız bir fiile olan tepkidir. Genel anlamda akıl hastalığı düzenlemesi ile haksız tahrik düzenlemesi arasındaki bir başka farklılık ise, akıl hastalığı gibi psikopatolojik sebepler failin haksızlık algısına göre davranışlarını yönlendirme yeteneğinin tamamen bulunmamasına yol açabilecektir. Haksız tahrikte ise failin

failde oluşan psikolojik etki, failde bulunan bir zihinsel bozukluğu tetiklememekte ya da failde yeni bir psikopatolojik durum yaratmamaktadır. Akıl hastalığı düzenlemesinde esas belirleyici olan ise, failde bulunması gereken psikopatolojik bir bulgu ve bu durumun davranışlara etkisidir. Bu bulgunun bulunmadığı hallerde fail tıbbi olarak “normal” kabul edilecek, bu nedenle TCK m. 32’ nin uygulanması da mümkün olmayacaktır. Bu noktada belirtilmelidir ki, bir kişinin akıl hastası olması durumunda da, kendisine yönelen haksız bir fiile herkes gibi hiddet veya şiddetli elemi etkisi altında tepki gösterebileceğidir. Bu bakımdan akıl hastası olan kişilerin gerçekleştirdikleri fiillerde hastalıklarının etkisi bulunmamakta ise, bu kişilerin hiddet veya şiddetli elemi etkisi altında gerçekleştirdiği fiillere TCK m. 29’ daki haksız tahrik hükmü uygulanabilecektir. Şayet normal bir kişide hiddet veya şiddetli elemi etkisi yaratmayacak olan, ancak faildeki ruhsal bozukluk nedeniyle failin bu duyguduruma sahip olmasına yol açan nedenlerle fiil gerçekleştirilmiş ise, burada haksız tahrik hükmü değil, TCK m. 32’ deki akıl hastalığı hükmü gündeme gelecektir.

Bir başka olasılık ise, normalde herkeste hiddet veya şiddetli elem meydana getirebilecek olan bir haksız fiilin, faildeki ruhsal bozukluk nedeniyle daha şiddetli bir duygulanıma yol açması ve fiilin bu çerçevede gerçekleştirilmiş olması durumudur. Bu halde de *kanımızca* TCK m. 32’ nin öncelikli olarak uygulanması gerekmektedir. Zira faildeki ruhsal bozukluğun davranışlara etki ettiği her durumda, bu durumdaki failerin kusur yeteneğini özel olarak düzenleyen TCK m. 32’ nin uygulanması gerekmektedir.

Alman ceza hukuku uygulamasına bakıldığında affektif bozukluklar, ruhsal bozukluklar içinde içsel esaslı (*endojen*) psikozlar başlığı altında incelenmektedir. Bu haller hastalıklı ruhsal bozukluk kategorisinde failin ruhsal bozukluğu nedeniyle kusur yeteneğinin etkilendiği durumlar arasında yer almaktadır. Ancak Alman Ceza Kanunu (*StGB*)’ na bakıldığında genel hükümler arasında haksız tahrik hükmüne yer verilmediği görülmektedir. Haksız tahrik teşkil edebilecek durumlar bazı suç tipleri

davranışlarını yönlendirme yeteneği hiçbir durumda ortadan kalkmamaktadır. Bir başka deyişle ceza hukuku düzeni, olgunluğa erişmiş zihinsel bir bozukluğa sahip olmayan her bireyin, hangi haksız fiile maruz kalırsa kalsın yine de hukuka aykırı fiilden kaçınması gerektiğini ve bu kaçınmaya yetenekli olduğunu kabul etmiştir. Bu nedenle haksız tahrik etkisi ile gerçekleştirilen tepki fiilleri için ceza sorumluluğu ortadan kalkmamakta, fakat cezada indirime gidilmektedir.

açısından özel olarak öngörülmüştür. Failin fiilini şiddetli duygulanımın (*Affekt*) etkisi altında gerçekleştirmesi ise, yine ruhsal bozukluk başlığı altında esaslı şuur bozuklukları kategorisinde değerlendirilmektedir³⁴². Bu bakımdan alman uygulaması duygulanım (*Affekt*) etkisi çerçevesinde gerçekleştirilen fiiller açısından normal psikolojik affekt ve psikopatolojik affekt arasında bir ayırım yaptığı söylenebilecektir³⁴³. Kural olarak ceza hukuku öğretisi, her zihinsel olarak sağlıklı insanın kendi duygudurumuna hükmetmek zorunda olduğu noktasından hareket etmektedir³⁴⁴. Bu nedenle duygulanım (*Affekt*) durumundan failin kaçınılabilirliği³⁴⁵, bu etki altında gerçekleştirilen fiiller hakkında yapılacak olan kusur yeteneği değerlendirmesinde ayrıca ele alınmak zorundadır³⁴⁶.

E. Geçici Neden, Alkol Veya Uyuşturucu Madde Etkisinde Olma İle İlişkisi

5237 sayılı TCK' ya bakıldığında kusur yeteneğini etkileyen hallere ilişkin düzenlemelerden birisinin de TCK m. 34' te yer verilen “*Geçici neden, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma*”³⁴⁷ düzenlemesinin olduğu görülmektedir. Düzenlemeye bakıldığında kusur yeteneğine etki eden ilk sebep olarak “*Geçici neden*” halinin düzenlendiği görülmektedir. Bu halin kapsamına failin hangi durumlarının gireceği tam olarak belirtilememektedir. Ancak madde gerekçesinde bu hale hangi durumların girdiğine ilişkin bazı örnekler verilerek maddenin yorumlanması ve uygulanması açısından yol gösterici bazı ipuçlarına yer verilmiştir.

³⁴² Jürgen Plate, **Psyche, Unrecht und Schuld: Die Bedeutung der psychischen Verfassung des Täters für die allgemeinen Voraussetzungen der Strafbarkeit**, C. H. Beck Verlag, München, 2002, s. 416 vd.

³⁴³ Anja Schiemann, **Unbestimmte Schuldfähigkeitsfeststellungen: Verstoß der §§ 20, 21 StGB gegen den Bestimmtheitsgrundsatz nach Art. 103 II GG**, LIT Verlag, Berlin, 2012, (Unbestimmte Schuldfähigkeitsfeststellungen), s. 246 vd.

³⁴⁴ Schiemann, Unbestimmte Schuldfähigkeitsfeststellungen, s. 247.

³⁴⁵ Justus Krümpelmann, **Affekt und Schuldfähigkeit**, Freiburger Rechtswissenschaftliche Habilitationsschrift 1972-Unveränderte Wiedergabe- Druck: Wilhelm Lendle, Wiesbaden, 1988, s. 235 vd.

³⁴⁶ Schreiber/ Rosenau, s. 101.

³⁴⁷ “ (1) Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez.

(2) İradi olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişi hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz.”

Madde gerekçesindeki açıklamalara bakılacak olursa; “Kişi, gerçekleştirdiği davranışın hukukî anlam ve sonuçlarını algılama veya davranışlarını yönlendirme yeteneğini etkileyen bir nedenin etkisine bilinci olmaksızın veya iradesi dışında girmiş olabilir. Örneğin, kimyasal madde üretiminin yapıldığı bir tesiste³⁴⁸ çalışan kişiler, kimyasal maddelerden yayılan kokunun etkisinde kalarak, geçici bir süre algılama ve irade yeteneğini tümüyle yitirmiş olabilir. Bu gibi durumunda, kusur yeteneğinin olduğundan söz edilemez.

Yine yatağında bebeğini emzirdiği sırada uykuya dalan anne³⁴⁹, uykudayken bebeğin havasızlıktan dolayı ölümüne neden olabilir. Bu durumda ölüm olayının gerçekleştiği anda anneye izafe edilecek bir fiil bulunmamaktadır. Yani, uyku hâlinde iken kişi hareket yeteneğini yitirmektedir. Ancak, annenin bu ölüm neticesinden dolayı sorumluluğunu belirlerken, uyku hâlindeki davranışlarını değil, uykuya geçmeden önceki dönemde gerçekleştirdiği davranışları göz önünde bulundurmak gerekir. Anne, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak, emzirmek üzere bebeğini yatağına almış ve bu esnada uyuya kalmıştır. Aynı şekilde, hipnotik telkin altına girmiş olan kişinin de bu hâldeyken hareket yeteneğinin varlığından söz edilemez...

Kişinin algılama yeteneğini etkileyen sistemik hastalıkları da geçici neden olarak kabul etmek gerekir. Örneğin diyabet, gebelik sonrası ortaya çıkan psikozlar ve üremi gibi hastalıklar, kişinin algılama yeteneğini ortadan kaldırmaktadır...”

Öğretide, geçici neden halinin kapsamı ile ilgili değişik yaklaşımların olduğu söylenebilir. Geçici nedenden anlaşılması gereken, bir akıl hastalığı olmamakla birlikte, eylemin işlendiği sırada bulunmaları nedeniyle failin gerçekleştirdiği eylemin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılamasını engelleyen ya da bu eylemle ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalmasına neden olan

³⁴⁸ Maddenin gerekçesinde geçici nedeni açıklamak için verilen kimyasal madde üretimi yapan tesis örneğinde, eğer o tesiste koruyucu maske, hava filtresi gibi kimyasal maddenin algılama ve irade yeteneğini etkilemesini giderici önlemlerin alınması gerekiyorsa, bu takdirde geçici bir neden değil, kasıtlı veya taksirli ALIC söz konusu olacaktır. Bkz. Yener Ünver, “YTCK’ da Kusurluluk”, **Ceza Hukuku Dergisi (CHD)**, S. 1, Ekim 2006, (“YTCK’ da Kusurluluk”), s. 73.

³⁴⁹ Madde gerekçesinde tasarlayarak ve tasarlanmamış, ancak kusurlu ALIC düzenlenmediği için emzirdiği bebeğiyle uyuyan ve bebeğinin ölümüne yol açan anne örneğinin gerekçede ifade edilmesinin maddedeki bu yöndeki bir eksikliği gidermediği söylenmektedir. Bkz. Ünver, “YTCK’ da Kusurluluk”, s. 73.

bir durumdur. Uyku hali, ateşli seyreden bir hastalık³⁵⁰, hipnotizma, zehirlenme³⁵¹, kadının doğumdan hemen sonraki psikolojik durumu, diyabet hastalığı³⁵², kitle psikolojisi³⁵³ etkisinde gerçekleştirilen eylemler bu kapsamda değerlendirilmektedir³⁵⁴. Öğretide epilepsi hastalığına dayalı nöbet esnasında işlenen fiiller için de geçici neden hükmünün uygulanması gerektiği savunulmaktadır³⁵⁵. Yargıtay ise bu durumda farklı yönde kararlar vermiştir. Yargıtay bazı kararlarında epilepsi halinde akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneği incelemesinin yapılması

³⁵⁰ Beyin ve omuriliğini çevreleyen zarların iltihaplanması olarak tanımlanabilecek “menenjit hastalığı” yüksek ateş eşliğinde çocukluklarda ya da erişkinlerde görülebilmektedir. Bu hastalık sonucunda kişilerde zihinsel hasar meydana gelebilmektedir. Örneğin çocukluk döneminde geçirilen “menenjit hastalığı” sonucu beyinde gelişmiş hasar, kişinin ileri ki yaşlarında gerçekleştirmiş olduğu eylemlerde kusur yeteneğini etkilediği yönünde bir mazeret oluşturabilmektedir; “ *Mağdurun duruşmada verdiği 24.09.2013 günlü ifadesinde abisi olan sanığın küçük yaşta geçirdiği menenjit hastalığı nedeniyle rahatsız olduğunu ve bu sebeple eylemi gerçekleştirdiğini beyan etmesi karşısında, sanığın dava dosyasıyla birlikte İstanbul Adli Tıp Kurumu 4. İhtisas Kuruluna sevk edilerek cezai sorumluluğunun bulunup bulunmadığı, mevcut haliyle TCK.nın 32/1-2 nci maddesi kapsamına girip girmediği hususunda rapor alınarak buna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması...*” kanuna aykırı bulunmuştur. Bkz. **Yargıtay, 14. CD., E. 2013/11714, K. 2014/2416, T. 26.02.2014** (Kazancı İçtihat Programı). Ancak söz konusu kararda belirtilen halin ateşli hastalık devam ederken gerçekleştirilen eylemler kapsamında değil, bu hastalığın bıraktığı beyin hasarı nedeniyle gerçekleştirilen eylemler için söz konusu olduğu belirtilmelidir. Bu nedenle kararda TCK m. 34 değil, TCK m. 32 tartışılmıştır.

³⁵¹ Köprübaşında durarak bilet kesen memurların kanları incelendiğinde, kurşun seviyeleri, egzozdan çıkan duman nedeniyle çok yüksektir. Bu nedenle kurşun zehirlenmesine bağlı düşünel ve duygusal bozukluklar ortaya çıkar. Bkz. Özakkaş, s. 8-9.

³⁵² Centel/Zafer/Çakmut, s. 402.

³⁵³ Kitle psikolojisi etkisi altında gerçekleştirilen eylemlerin “geçici neden” kapsamına girip giremeyeceği tartışılmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Erem/Danışman/Artuk, s. 523.

³⁵⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 514; Öztürk/Erdem, s. 257; Hakeri, Genel Hükümler, s. 408; Ali Kemal Yıldız, **5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notları: Açıklamalar-Değerlendirmeler Öğretiden Görüşler ve Yargıtay Kararları**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2007, ss. 102-103.

³⁵⁵ *Mahmutoğlu*’na göre, epilepsinin bir akıl hastalığı olmadığını düşündüren sebep, nöbetlerin kısa süreli (gelip geçici) olmasıdır. Tıbbi veriler esas alındığında epilepsinin akıl hastalığı olmadığı söylenmelidir. Bu nedenle yazara göre, nöbet sırasında işlenen bir suç söz konusu ise TCK m. 34’teki “geçici neden” hükmü, epilepsinin yanı sıra bir akıl hastalığı söz konusu olduğunda ise TCK m. 32’deki “akıl hastalığı” hükmü uygulanmalıdır. Bkz. Fatih Selami Mahmutoğlu, “Türk Ceza Mevzuatındaki Temel Düzenlemelere Psikiyatristlerin Fail ve Uzman Sıfatı Kapsamında Genel Bakış”, **Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı**, Ekim 2011-2012-2013, Vol. 4-5-6, (“Psikiyatristlerin Fail ve Uzman Sıfatı Kapsamında Genel Bakış”), s. 152; Fatih Selami Mahmutoğlu, “Ceza Hukuku Boyutuyla Epilepsi ve Demans”, **Klinik Aktüel Nöropsikiyatri Forumu**, C. 4, S. 1, Eylül-Aralık 2010, (“Epilepsi ve Demans”), ss. 14-16.

gerektiğini belirtmektedir³⁵⁶, diğer bir kararında ise geçici nedene dayalı bir incelemenin yapılması gerektiğine karar vermiştir³⁵⁷. Uygulamada epilepsinin bir akıl hastalığı ya da psikiyatrik bir rahatsızlık olmaması nedeniyle Yargıtay'ın vermiş olduğu bir karara ilk derece mahkemesinin direndiği de görülebilmektedir³⁵⁸. Biz epilepsi nöbetleri esnasında gerçekleştirilen davranışlarda, failin bilincinin bulunmaması nedeniyle ceza hukukunda hareketin bulunmadığını savunmaktayız. Detaylarına konunun hareket yeteneği ile ilişkisi başlığında yer verildiği üzere, burada failin iradî bir davranışı söz konusu değildir. Ancak kanımızca epilepsi

³⁵⁶ "...savunmasında sara hastası olduğunu açıklayan sanığın suç tarihine TCY.nun 46 ve 47.maddeleri gereğince ceza sorumluluğunu tamamen ya da kısmen kaldıracak bir durumunun bulunup bulunmadığının saptanmasından sonra bir karar verilmesi gerekirken eksik soruşturma ile hükümler kurulması,... yasaya aykırı..." **Yargıtay, 4. CD., E. 2002/4726, K. 2002/7034, T. 26.04.2002** (Kazancı İçtihat Programı); "Sanık müdafinin esas hakkındaki savunmalarında ve temyiz dilekçesinde sanığın epilepsi hastası olduğuna ilişkin rapor örnekleri sunmuş olması karşısında, bu husus araştırılarak, sanığın epilepsi hastası olduğunun anlaşılması halinde 5237 sayılı TCK'nin 32.maddesi uyarınca, suç tarihinde işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayıp algılamadığı, bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin azalıp azalmadığı ve azalmış ise bunun önemli derecede olup olmadığı hususlarında, Adli Tıp Kurumu veya tam teşekküllü Ruh ve Sinir Hastalıkları Hastanesinden rapor alınması gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması,... Bozmayı gerektirmiş..." **Yargıtay, 3. CD., E. 2016/17182, K. 2017/9314, T. 21.06.2017**; aynı yönde **Yargıtay, 4. CD., E. 2002/4196, K. 2002/7055, T. 26.04.2002** (Kazancı İçtihat Programı); **Yargıtay, 6. CD., E. 1996/11102, K. 1996/11239, T. 14.11.1996** (Kazancı İçtihat Programı); **Yargıtay, 3. CD., E. 2016/16986, K. 2017/8800, T. 14.06.2017**; **Yargıtay, 17. CD., E. 2016/15628, K. 2017/10432, T. 25.09.2017**; **Yargıtay, 2. CD., E. 2009/183, K. 2010/587, T. 20.01.2010** (Kazancı İçtihat Programı)

³⁵⁷ "Sanık Hakkı B. K. hakkında, Adana Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesince düzenlenen 12.2.2004 tarihli Sağlık Kurulu raporunda adı geçen sanığın işlemiş olduğu suçlar nedeniyle TCK.nun 48.maddesi delaleti ile TCK.nun 46.maddesinden yararlanmasının uygun olacağı belirtildiğine göre, raporda belirtildiği gibi; epilepsi hastası olan sanıkta tarif edilen bulguların TCK.nun 48.maddesinde mahiyeti açıklanan 'arizi sebep' niteliğini taşıyıp taşımadığı bir kere de Adli Tıp Kurumu İlgili İhtisas Dairesinden sorulup açıklığa kavuşturulduktan sonra uygulama yapılması gerekirken eksik soruşturma ile yazılı şekilde hüküm tesis kanuna aykırı,... bulunması nedeniyle bozmayı gerektirmiş..." **Yargıtay, 9. CD., E. 2005/3370, K. 2005/6480, T. 27.09.2005** (Kazancı İçtihat Programı)

³⁵⁸ "Karar sayılı kararı ile bilindiği gibi Epilepsi(Sara olarak da bilinir), beyin içinde bulunan sinir hücrelerinin olağan dışı bir elektro-kimyasal boşalma yapması sonucu ortaya çıkan nörolojik bozukluk, şeklindeki hastalıktır. Beynin normalde çalışması ile ilgili elektriğin aşırı ve kontrolsüz yayılımı sonucu oluşur. Sıklıkla geçici bilinç kaybına neden olur. Epilepsi nöbetleri farklı şekillerde ortaya çıkar. Bazı nöbetlerden önce korku hissi gibi olağan dışı algılamalar ortaya çıkarken, bazı nöbetlerde kişi yere düşebilir, bazen ağzı köpürebilir. Epilepsi nörolojik bir hastalık olup akıl hastalığı, akıl zayıflığı veya psikiyatrik bir rahatsızlık olmadığı, mahkeme hakiminin de epilepsi hastası olduğu bu nedenle epilepsi rahatsızlığının ceza sorumluluğunu tamamen veya kısmen kaldıracak, işlediği suçun hukuki sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirmesini azaltacak bir rahatsızlık olmadığı bilindiğinden direnme kararı verilmiş..." **Yargıtay, 17. CD., E. 2017/192, K. 2017/2874, T. 13.03.2017**.

hastası olduğunu ve sık sık nöbetler geçirdiğini bilmesine rağmen gerekli dikkat ve özeni göstermeyen, gerekli tedbirleri almayan kişinin, bu yükümlülüklere aykırı önceki eylemleri bir kusur isnadının konusu olabilecektir.

Geçici nedenler kanunda sınırlı sayıda olarak belirtilmemiştir³⁵⁹. Akıl hastalığı niteliğinde olmayan ancak failin kusur yeteneğine etki eden halleri belirtmek için kullanılmıştır³⁶⁰. 765 sayılı TCK döneminde de geçici neden ile akıl hastalığı ayırımına dikkat çekilmiştir. Buna göre, akıl sakatlığının söz konusu olabilmesi için, her iki yeteneği etkileyen bir akıl hastalığının varlığı şart değildir. Psikiyatrinin “akıl hastalığı” olarak isimlendirdiği hastalıklardan biri olmaması durumunda da kusur yeteneği etkilenebilecektir. Bu bakımdan ateşli bir hastalık, kafaya yöneltilmiş bir darbe sonucunda şuur veya davranış serbestisinin kalkması ya da azalması halinde akıl hastalığına ilişkin hüküm değil, geçici nedene ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği belirtilmiştir³⁶¹.

Geçici nedenlerin mevcudiyeti halinde tedbir uygulanmasının gereği bulunmadığı için, tedbir sorumluluğu yoktur. Failin devamlı bir tehlikeliliği söz konusu değildir. Sebep ortadan kalkınca kişi normaldir³⁶².

Bu açıklamalar ışığında, failin kusur yeteneğine etki eden geçici neden ve akıl hastalığı sebepleri arasında keskin bir ayırımın yapılması güçtür. Yine de bu iki durum arasındaki farkların belirtilmesinde şu şekilde bir ayırıma gidilebilir:

	Akıl Hastalığı (TCK m. 32)	Geçici Neden (TCK m. 34)
Psikopatolojik Bulgu	Akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneği incelemesinde, failde psikopatolojik bir halin mevcudiyeti aranmaktadır.	Geçici neden olabilmesi için failde psikopatolojik bir hal olmamalıdır. Bu hal varsa etkisi geçici de olsa akıl hastalığı

³⁵⁹ Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s. 288; Öztürk/Erdem, s. 257.

³⁶⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 514; A. K. Yıldız, s. 103.

³⁶¹ Alacakaptan, Suçun Unsurları, s. 131.

³⁶² Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s. 288.

	Bu durumun varlığında etkinin geçici veya sürekli olması önemli değildir.	düzenlemesi uygulanır. Failde örneğin, diyabet, tansiyon gibi psişik olmayan patolojik bir hal olabilir ancak bu hastalığın “akıl hastalığı” sayılan hallerden olmaması gereklidir.
Ceza Sorumluluğuna Etki	Akıl hastalığı etkisi altında gerçekleştirilen fiillerde failin kusur yeteneğinin tam ortadan kalkması söz konusu olabileceği gibi, akıl hastalığı azalmış kusur yeteneğine de neden olabilecektir. Bu halde ceza sorumluluğu tamamen ortadan kalkabileceği gibi, cezada indirimde de gidilebilecektir.	Geçici nedende failin azalmış kusur yeteneğine yer verilmemiştir. Bu nedenle geçici neden etkisi altında gerçekleştirilen fiillerde ceza sorumluluğu ya “vardır” ya da “yoktur”. Bu halde hakime cezada indirimde bulunma yetkisi kanunda düzenlenmemiştir.
Yaptırım	Mahkeme ya da hakim tarafından akıl hastalığının failin kusur yeteneğine etki ettiği anlaşıldığında TCK m. 57 uyarınca, bu kişiler hakkında akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilecektir. TCK m. 32/1 kapsamında zorunlu tedbir uygulanması, TCK m. 32/2	Geçici neden dolayısıyla fail hakkında güvenlik tedbirinin uygulanması söz konusu değildir. Bu halin ortadan kalkması ile failin tehlikeliliğinin de ortadan kalkacağı düşüncesi ile tedbir sorumluluğu düzenlenmemiştir.

	kapsamında takdirî tedbir uygulanması söz konusudur.	
--	--	--

Bu iki kurum arasında yukarıda belirtilen şekilde ayırım yapılabilirken, özellikle epilepsi nöbetlerinde, uyku bozukluklarında ya da gerekçede geçici neden için örnek gösterilen gebelik sonrası ortaya çıkan psikoz durumlarında bu ayırım tam olarak gerçekleştirilememektedir. Bu hallerde bir “akıl hastalığı” olmadığı tespitinin yapılabilmesi için, öncelikle tartışmalardan uzak bir şekilde “akıl”, “hastalık”, “bozukluk” vs. gibi esasen ceza hukukuna ait olmayan kavramların netliğe kavuşturulması gerekmektedir. **Kanımızca** bu kavramlar, ait oldukları bilim dallarında dahi net olarak ortaya konulamaz iken, ceza hukuku disiplininin merkezinde yer alan “kusurluluk” gibi ceza sorumluluğunu etkileyen bir konuda, bu ayırımın esas alınması yerinde değildir. Bu durum işlevsel olmayacak şekilde medikal(tıbbî) tartışmaları ceza hukukuna taşıyacaktır. Bu konuda ceza hukuku disiplini kendine özgü bir “akıl hastalığı” kavramı yaklaşımını esas alabilecektir, ancak bu durumda temelinde psikiyatrik bulgulardan yola çıkılarak normatif bir değerlendirmenin yapıldığı failin psişik anormal durumu nedeniyle kusur yeteneği değerlendirilmesinde, ceza hukuku için önem arz eden tartışmanın merkezinden uzaklaşmayı sonuçlayacaktır. TCK m. 34 kapsamındaki hollere bakıldığında geçici neden dışında irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisi halinin düzenlendiği görülmektedir. Ülkemizde yaşanan olaylar ve uygulanma sıklığı açısından irade ile alınan alkol ya da uyuşturucu madde etkisi altında suç işleyen kişilerin ceza sorumluluğu özel olarak belirtilebilecektir. Ancak geçici neden kavramı altında diyabet, tansiyon, uyku bozuklukları, hipnoz, ateşli hastalık, zehirlenme veya doğum sonrası kadının psikolojik durumu³⁶³ gibi nedenlerin, kanunda failin psişik anormal durumunu belirten bir düzenleme varken, bu düzenlemeden ayrı şekilde düzenlenmesi kanımızca yerinde değildir. Nitekim bu

³⁶³ Öğretide *Yerdelen*, kadının doğum sonrasında lohusalık sendromunun etkisi altında suç işlemesi durumunda TCK m. 34’ te yer alan geçici neden düzenlemesinin uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Erdal Yerdelen, “Kusurluluğu Etkileyen Bir Neden: Lohusalık Sendromu (Bir Anne Bebeğini Niçin Öldürür? Canı mı Yoksa Zavallı mı?)”, **Ceza Hukuku Dergisi (CHD)**, Nisan 2018, S. 36, (“Lohusalık Sendromu”), s. 33 vd.

durumlarda da failin olduğundan farklı bir halde davranışlar sergilediği, yani failin bilincinde karışıklığa ya da bozulmalara yol açan haller nedeniyle fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamadığı ya da davranışlarını hukuka uygun şekilde tanzim edemediği durumlar söz konusudur. Örneğin, doğum sonrası kadının psikolojisindeki değişiklikler psikiyatride “*postpartum (doğum sonrası) hüznün ve depresyonlar*” olarak kategorize edilmektedir³⁶⁴. Bu hallerde de psikiyatrik bir teşhis ve tedavi süreçlerinin bulunduğu söylenmelidir. Amerikan Psikiyatri Birliği (APA) doğum ile mizaç bozuklukları arasında özgün bir bağlantı olduğuna ve gebelik ya da doğum ile tetiklenen psikiyatrik bozuklukların kendine özgü çeşitleri olduğunu belirtmektedir³⁶⁵.

Failin bilinci (şuuru) de “akıl”, ”zihinsel” ya da “psişik” alan içinde değerlendirilmelidir. Failin bilincinde farklılık yaratan halin “hastalık” ya da “bozukluk” olması kanımızca önemli olmamalıdır. Bu bakımdan failin davranışlarını gerçekleştirip gerçekleştirmemek konusunda ya da belirli şekilde davranma konusunda etkili olan, mental (zihinsel) süreçlerdeki herhangi bir işlev bozukluğuna yol açan her durumun TCK m. 32 kapsamına alınması gerekmektedir. Böylece TCK m. 32’ nin kapsamı, sadece içeriği tam olarak tespit edilemeyen “akıl hastalığı” kavramı ile sınırlı olmayacak, failin mental süreçlerinde işlev bozukluğuna yol açan her durumu kapsar şekilde anlaşılacaktır. Esasen psikiyatri bilimi de bu yöntemi tercih ederek “hastalık” kavramının tartışmalı ve sorunlu doğasını, “bozukluk” kavramı ile gidermeye çalışarak uluslar arası tanı ve tedavi kriterlerinde “zihinsel bozukluk (İng. *Mental disorder*, Alm. *geistige Störung*)” kavramını tercih etmektedir. TCK m. 34’ ün gerekçesine bakıldığında diyabet, gebelik sonrası ortaya çıkan psikozlar ve üremi hastalıkları örneklendirilerek sistemik hastalıklardan söz edilmiştir. Bu tercih de en az “hastalık” kavramının belirsizliği kadar, belki de daha fazla tartışmalı olan “sistemik hastalıklar” kavramının nasıl belirleneceği sorusunu akıllara getirmektedir. **Kanımızca** belirtilen hastalık durumlarının da failin bilincinde, kognitif süreçlerinde, duygudurumunda ya da bir davranışın şekillendirilmesinde etkili olan tüm mental süreçlerde etkili oldukları düşünüldüğünde, “zihinsel bozukluk” hallerinden farkı bulunmamaktadır. Benzer

³⁶⁴ Nesrin Karamustafaloğlu / Nesrin Tomruk, “Postpartum Hüznün ve Depresyonlar”, **Duygudurum Dizisi**, S. 2, 2000, s. 64 vd.

³⁶⁵ Karamustafaloğlu/ Tomruk, s. 64.

durumlarda farklı hukuki sonuçların yaratılması, özellikle “Komorbidite³⁶⁶” hallerinde daha da tartışmalı hale gelecektir. Bir başka deyişle failin fiilini gerçekleştirdiğinde örneğin hem diyabetin hem de zekâ geriliğinin etkili olduğu durumda uygulanacak hükümlerde kargaşa ortaya çıkacaktır.

Kanımızca bu sorunların giderilebilmesi, failin mental süreçlerinde bozukluğa yol açan faktörler arasında etiyojiden bağımsız bir bütünlük sağlanması ve kanunda bu hallerin tümünü kapsar düzenlemelere gidilmesi ile sağlanabilir. Bu nedenle kanımızca kanunda “akıl hastalığı” kavramı yerine, şu an geçici neden olarak kabul edilen halleri de kapsayacak şekilde “zihinsel bozukluk” kavramının tercih edilmesi ve geçici neden hallerinin de TCK m. 32 kapsamına alınması gerekmektedir. Uygulamada Yargıtay, failde bulunan “vertebrobaziler yetmezlik³⁶⁷” halinin, “geçici neden” olduğu yönünde karar vermiştir³⁶⁸. Önce de vurgulandığı

³⁶⁶ Birden fazla bozukluk faktörünün eşzamanlı etki etmesi durumu.

³⁶⁷ Vertebrobaziler yetmezlik, beyin sapı, omurilik, serebellum ve serebrumun arka bölümlerinin beslenmesini sağlayan arterlerde ya da dallarında çoğunlukla embolik olaylara, daha az sıklıkla da, çeşitli nedenlerden dolayı akım debisinde azalma sonucunda ortaya çıkan hemodinamik değişikliklere bağlı olarak gelişen bir patolojidir. Bkz. Ahmet Akgül, “Vertebrobaziler Yetmezlik Nedir?”, <http://www.tkbbv.org.tr/menu/167/vertebrobazilar-yetmezlik-nedir-prof-dr-ahmet-akgul> (Erişim Tarihi: 15.07.2018)

³⁶⁸ “Sanığın idaresindeki yolcu minibüsü ile yağışlı havada ıslak zeminli ve azami hız sınırı levhası olan caddede seyri sırasında, direksiyon hakimiyetini kaybederek sağdaki kaldırıma çıkıp kaldırım üzerinde 52 metre ilerleyip, kaldırımda bulunan yaya ölene aracının önü ile çarparak öleni kaldırım üzerinde 14 metre sürükledikten sonra yol kenarına park etmiş araca arkadan çarpıp 15 metre sürüklediği olayda, mobese görüntüleri incelendiğinde, hızının normal olduğu bilirkişi tarafından da tespit edilen sanığın aracının yoldan çıkarak kaldırıma yöneldiği ilk andan itibaren yaklaşık 11-12 saniye boyunca 165 metre yol kat ettiği, bu mesafe boyunca meydana gelen çarpmalar sonucu oluşan sarsıntıya rağmen aracın durma anına kadar fren lambalarının yanmadığı, olay sırasında sanığın idaresindeki minibüste yolcu olarak bulunan tanık...’in beyanlarında; yoldan çıkıp kaldırımda gittiklerini görünce sanığı uyararak yoldan çıktıklarını söyleyip koluna vurmasına rağmen sanığın ölü gibi hareketsiz olduğunu beyan ettiği; Adli Tıp 3. İhtisas Kurulu’nun raporunda da; adli ve tıbbi belgelere göre sanığın kaza öncesi ani bilinç kaybına yol açabilecek herhangi bir hastalıkla ilgili tıbbi kaydının bulunmadığı, kaza sonrası yapılan tetkiklerde kişide epilepsi olmadığı, vertebrobaziler yetmezlik olduğunun saptandığı, tespit edilen vertebrobaziler yetmezliğinin ani bilinç kaybına yol açabileceği bilinmekle birlikte kaza sırasında kişinin ani bilinç kaybı geçirip geçirmediğinin ya da kazanın ani bilinç kaybı nedeniyle olup olmadığının mevcut belgeler ile bilinmeyeceği, bununla birlikte normal kişilerde de tansiyon düşüklüğü, ani aritmi vb. nedenlerle ani bilinç kaybı olabileceği hususlarının belirtildiği; tüm bu tespitler karşısında olayın sanığın ani olarak bilinç kaybı yaşaması nedeni ile meydana geldiği ve geçici bir nedenle işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan sanık hakkında CMK’nın 223/3-a maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığından tebliğnamedeki bozma öneren görüşe iştirak edilmemiştir...” Yargıtay, 12. CD., E. 2013/21426, K. 2014/11398, T. 09.05.2014.

üzere, kanımızca bu gibi durumlarda da failin davranışlarına etki eden mental süreçlerin ve işlevlerin bozulması söz konusu olduğundan, bu tarz akıl hastalığı sayılmayan hallerin de TCK m. 32 kapsamına alınması gerekmektedir.

TCK m. 34' de kusur yeteneğine etkisi düzenlenen hallerden birisi de irade dışı³⁶⁹ alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisidir. Dikkat edilecek olursa bu düzenlemede genel anlamdaki alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı değil, bu maddelerin alınması sonrasındaki kişinin gerçekleştirdiği fiiller nedeniyle sorumluluğu düzenlenmiştir. Bir başka deyişle maddenin kapsamına, alkol veya uyuşturucu madde kullanımı sonrasında gerçekleştirilen fiiller girmektedir. Alkol veya uyuşturucu madde alınması sonrası gerçekleşmeyen, ve fakat bu maddelere bağımlı olmanın yarattığı zihinsel bozukluklar nedeniyle fiillerin gerçekleştirilmesi durumu net olarak açıklığa kavuşturulmamıştır.

Alkol ve uyuşturucu kullanımı konusunda “kronik alkol ve uyuşturucu madde zehirlenmesi” durumunda ceza sorumluluğunun nasıl belirleneceği önem arz etmektedir. Alkol ve uyuşturucu kullanımı kronik zehirlenme derecesine varmışsa, bu durum kişide akıl hastalığı özelliği gösterir ve alkol veya uyuşturucu kullanımına ara verildiğinde kişide yoksunluk sendromları³⁷⁰ görülür³⁷¹. Bu duruma maruz kalan kişi hallüsinasyonlar görür. Alkol veya uyuşturucu maddelerinin de içinde bulunduğu toksinler ilgili kişinin zihinsel süreçlerinde etkiler meydana getirmektedir. Normalde

³⁶⁹ “Sanık hakkında konut dokunulmazlığını bozma suçundan zamanaşımına kadar işlem yapılması olanaklı görülmüş; sanığın olay gecesini saat 2:45 sıralarında yakınının müstakil evinin 3. katında bulunan balkonuna, yüzünde kaşkol ve ellerinde eldiven olduğu halde tırmanıp, güriültü üzerine uyanan yakınının kontrol için balkona çıkması üzerine buradan bir alt kattaki balkona atlayıp, saklandığı yerde yakalanan sanığın, aşamalarda cezadan kurtulmaya yönelik olarak olay öncesi kendi istemi ile birden fazla uyuşturucu hap aldığı ve olay anında yaptıklarını hatırlamadığı biçimindeki savunması karşısında; tebliğnamedeki sanık hakkında T.C.K.nın 34. maddesi uyarınca rapor alınması gerektiğine ilişkin düşünce benimsenmemiş;...Bozmayı gerektirmiş,...” Yargıtay, 6. CD., E. 2011/2602, K. 2014/11398, T. 16.03.2011 (Kazancı İçtihat Programı)

³⁷⁰ Alkol ve madde kullanımında, maddenin kesilmesi durumunda yoksunluk belirtileri oluşan durumları “tutkunluk (addiction-iptilâ)”, yoksunluk tablosunun oluşmadığı durumları ise “alışkanlık (habituation-itiyat)” olarak görülmektedir. Madde kullanımları alışkanlık düzeyinde olanların iradeleriyle bu alışkanlığa karşı koyabilecekleri düşünülerek ceza sorumluluklarının tam olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Hüseyin H. Özsan, “Alkol ve Madde Kullanımı Bozukluklarının Adli Psikiyatrik Yönü”, **T Klin J Psychiatry**, 4, 2003, s. 89.

³⁷¹ Yener Ünver, **Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1989, (Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Ceza Sorumluluğuna Etkisi), ss. 147-148; Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 415.

toksinler vücuda hariçten girerek veya daimi bazı hastalıklar etkisi ile husule gelerek dimağda ve bütün vücutta etki gösterirler. Hariçten giren toksinlerin etkileri geçicidir ve kısa süre devam eder. Hariçten alınan zehirler arasında en fazla psikozlara sebep olan alkol, uyuşturucu maddeler, bazı nebati ve madeni zehirler, karbon monoksit gibi gazlar geçici bir zaman için bilinçte bozukluğa neden olurlar ve o süre için zihin bozuklukları meydana getirirler³⁷². Vücutta gerekli olan vitaminler gibi bazı maddelerin de gıdalar içerisinde yeterli miktarda bulunmaması, tuz noksanlıkları, metabolizma bozuklukları da psikoz yapabilmektedir. Toksin alındıktan sonra nörotrop bir toksin ise, kısa zaman içerisinde sinir sisteminde yaptığı tesirlerle ruhi bozukluklar kendisini gösterir. Hallüsinasyonlar ve illüzyonlar tarzında algılama bozuklukları ve hezeyanlar halinde muhakeme bozuklukları en sık rastlanan bozukluklardır³⁷³. Yatkın kişilerde alkol, suça yönelimi ve saldırgan davranışları tetikleyebilmektedir³⁷⁴.

Alkol veya uyuşturucu kullanımı kronik zehirlenme derecesine varmış kişiler hakkında öğretilerde akıl hastalığına ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği söylenmektedir³⁷⁵. Benzer görüşte olan yazarlara göre, alkol veya uyuşturucu madde kullanımının bağımlılık derecesine gelmesi durumunda, geçici bir sebebin değil, akıl hastalığının söz konusu olduğu belirtilmektedir. Nitekim alkol ya da uyuşturucu madde kullanımını iptila derecesine getiren bir kimsede bu maddelerin alınmadığı dönemde de devam eden patolojik bir hal, yani akli bir bozukluk vardır³⁷⁶. Alkol ve madde bağımlılığı bir beyin hastalığıdır³⁷⁷. Bu açıdan, kronik alkolizm veya uyuşturucu madde bağımlıları hakkında TCK m. 34' ün yanı sıra, akıl hastalığına

³⁷² Cahit Özen, “Toksik Psikozlarda Cezaî ve Hukukî Mesuliyet”, **Adli Tıp Dergisi**, 21(2), 2007, s. 47.

³⁷³ Özen, s. 47.

³⁷⁴ Musa Tosun / Alptekin Çetin / Numan Konuk, “Alkol ve Madde Bağımlılığının Adli Psikiyatrik Yönleri”, **Türkiye Klinikleri J Psychiatry- Special Topics**, 2011, 4(1), s. 81.

³⁷⁵ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 415; A. K. Yıldız, s. 105.

³⁷⁶ Alkol veya madde bağımlılığı olanların alkolle ilişkili deliryumlar, alkol ya da maddeye bağlı duygudurum bozuklukları ve psikotik bozukluklar meydana getirmektedir. Bu bozukluklar ile iradesi dışında alkol ve madde kullananların ceza sorumluluğunun kısmen ya da tamamen ortadan kalkacağı, bunların dışında kalanların ise ceza sorumluluğunun tam olduğu belirtilmektedir. Bkz. Ömer Faruk Demirel / İbrahim Balcıoğlu, “Alkol ve Madde Bağımlılığında Ceza Sorumluluğu ve Fiil Ehliyeti”, **Yeni Symposium Dergisi**, C. 53, S. 1, 2015, s. 29.

³⁷⁷ Tosun/Çetin/Konuk, s. 83.

ilişkin TCK m. 32' nin de uygulanma imkânı değerlendirilmelidir³⁷⁸. Nitekim “*Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri*” başlıklı TCK m. 57/7' de, suç işleyen alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı kişilerin, güvenlik tedbiri olarak, alkol ya da uyuşturucu madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşunda tedavi altına alınmasına karar verilebileceği düzenlenmiştir. Bu kişilerin tedavisi, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığından kurtulmalarına kadar devam edecektir. Bu kişiler yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca bu yönde düzenlenecek rapor üzerine mahkeme veya hâkim kararıyla serbest bırakılabilir. Haklı olarak belirtilen bu görüşler çerçevesinde, uyuşturucu temin edememesi nedeniyle şiddetli mahrumiyet sendromları gösteren bir bağımlı, gittiği eczanede normalde kırmızı ya da yeşil reçete ile satılan ilaçları, bıçak zoruyla ya da görevliyi yaralayarak almaya çalışmış ise, bu fiil için TCK m. 34 değil, TCK m. 32' deki “akıl hastalığı” düzenlemesi uygulanacaktır³⁷⁹. Nitekim Yargıtay da 765 sayılı TCK döneminde bu yönde bir incelemenin yapılması gerektiğini belirtmiştir³⁸⁰. 5237 sayılı TCK' nın yürürlüğe girmesi ile, Yargıtay' ın benzer olaylarda TCK m. 32 ile TCK m. 34 arasında tereddüte düştüğü söylenebilir³⁸¹. Ancak Yargıtay yeni tarihli bir kararında

³⁷⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 519.

³⁷⁹ Benzer örnek alkol kullanımı için de söz konusu olabilecektir. Nitekim nöbetler halinde ve kompulsif olarak aşırı miktarda alkol alma hali olarak tanımlanabilecek “Dipsomani” halinde de, kişi içki temin etmek için akla gelen her yola başvurur ve bu yüzden nadir de olsa hırsızlık, gasp, soygun gibi suçları işleyebilir. Bkz. Demirel/ Balcıoğlu, s. 30.

³⁸⁰ “*Sanığın uyuşturucu bağımlısı olduğunu savunması, çalıntı ilaçların yeşil reçete ile satılan uyuşturucu nitelik taşıyan haplar olması karşısında; öncelikle sanığın akli durumunun tıbben tetkiki ile suç tarihinde TCK.nun 46 ve 47. maddesinin uygulanmasını gerektirecek bir akıl hastalığının olup olmadığının araştırılıp, sonucuna göre karar verilmesi zorunluluğu,... bozmayı gerektirmiş...*” **Yargıtay, 6. CD., E. 2003/14173, K. 2005/3321, T. 12.04.2005** (Kazancı İçtihat Programı); “*Sanığın, ‘madde bağımlısı olduğunu, bu konuda tedavi görmekle birlikte kurtulamadığını, olay günü de bally çekip ne yaptığını hatırlamadığını’ bildirmiş olması karşısında, TCK.'nun 46 ve devamı maddelerinin uygulanmasını gerektiren bir hastalığı olup olmadığı araştırılıp saptanmadan, duruşmaya devamlı yazılı şekilde karar verilmesi,... bozmayı gerektirmiş...*” **Yargıtay, 6. CD., E. 2002/4219, K. 2002/5545, T. 30.04.2002** (Kazancı İçtihat Programı)

³⁸¹ “*Aşamalarda değişmeyen ifadelerinde uyuşturucu bağımlısı olduğunu, uyuşturucu parasını bulabilmek amacıyla yağma suçunu işlediğini beyan eden sanık hakkında; suçu işlediği sırada 5237 sayılı TCK' nun 32. ve 34. maddeleri gereğince, ceza sorumluluğunu tamamen ya da kısmen kaldıracak biçimde, işlediği suçun hukuki sonuçlarını algılama veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinde önemli derecede azalma olup olmadığı konusunda rapor alınarak sonucuna göre karar verilmelidir.*” **Yargıtay, 6. CD., E. 2009/5499, K. 2010/3920, T. 08.04.2010** (YKD., C. 37, S. 10, Ekim 2011, s. 1896); “*Sanığın, uyuşturucu bağımlısı olduğunu iddia etmesi ve Bakırköy Prof. Dr. Mazhar Osman Ruh Sağlığı ve Sinir Hastalıkları Eğitim ve Araştırma Hastanesi*

isabetli şekilde bu durumlarda TCK m. 32 çerçevesinde incelemenin yapılması gerektiği yönünde karar vermiştir³⁸².

Böyle bir durumda bağımlılığın doğrudan ceza sorumluluğunu kaldırdığı düşünülmemelidir. Bu halde azalmış kusur yeteneği gündeme gelebilecektir. Kişiliğin ciddi oranda değişmesine yol açtığı veya ciddi mahrumiyet görüntüsüne neden olduğu durumlarda uyuşturucu bağımlılığı için azalmış kusur yeteneğinin (TCK m. 32/2) dikkate alınması gerekmektedir³⁸³. Uyuşturucu bağımlılığının kendisi, kusur yeteneğinin azaldığına gerekçe olamaz³⁸⁴. Bu halin mutlaka fiilin icrası sırasında etkilerinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Alman yargı kararlarına göre, uyuşturucu madde bağımlılığı, ancak istisnai durumlarda azalmış kusur yeteneği uygulanmasına yol açabilmektedir. Örneğin “uzun yıllardır süren uyuşturucu madde kullanımının çok ciddi kişilik değişikliklerine neden olduğu veya failin mahrum kalma görüntülerine maruz kaldığı ve bu nedenle suç işleyerek uyuşturucu tedarik etmeye dürtüldüğü, suçu uyuşturucunun getirdiği güncel bir

*Baştabipliği'nin 24.10.2007 tarihli yazısında 'Karışık madde kullanımı + Antisosyal Kişilik Bozukluğu' tanısıyla olay öncesinde anılan hastanede tedavi gördüğünün belirtilmiş olması karşısında; 5237 sayılı TCK'nun 32 ve 34. maddeleri ışığında, sanığın suç tarihinde işlediği eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinde tamamen ya da önemli derecede azalma olup olmadığı araştırılıp, yöntemince raporla saptandıktan sonra sonucuna göre, sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması,...Bozmayı gerektirmiş,...” **Yargıtay, 6. CD., E. 2010/25993, K. 2011/6572, T. 03.05.2011** (Kazancı İçtihat Programı); “Sanığın aşamalarındaki savunmasında, uyuşturucu madde bağımlısı olması sebebiyle suç tarihinde krize girmesi sebebiyle hırsızlık eylemini gerçekleştirdiğini ileri sürmesi ve dosya içerisinde bulunan adli sicil kaydında da bu iddiasını destekler mahiyetteki hükümlülüklerinin bulunduğu anlaşılmaması karşısında, 5237 Sayılı T.C.K.'nun 32 ve 34. maddeleri ışığında, sanığın suç tarihinde işlediği eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinde önemli derecede azalma olup olmadığı araştırılıp, yöntemince raporla saptanarak, sonucuna göre hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi,...Bozmayı gerektirmiş,...” **Yargıtay, 6. CD., E. 2010/15257, K. 2011/5527, T. 18.04.2011** (Kazancı İçtihat Programı); aynı yönde **Yargıtay, 6. CD., E. 2009/5499, K. 2010/3920, T. 08.04.2010** (Kazancı İçtihat Programı)*

³⁸² “Sanığın savunmasında uyuşturucu bağımlısı olduğunu ve psikolojik sorunları olduğunu belirtmesi karşısında, suç tarihi itibarıyla TCK'nun 32. maddesi uyarınca ‘akıl hastalığı veya zayıflığı nedeniyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayıp algılayamadığı veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin azalmış veya önemli derecede azalmış olup olmadığı’ konusunda usulince sağlık kurulu raporu alınarak, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiği gözetilmeden, başka bir dava ve suç tarihine dair raporun dosyaya alınması suretiyle yazılı biçimde hükümler kurulması,...Bozmayı gerektirmiş...” **Yargıtay, 4. CD., E. 2014/28099, K. 2017/21288, T. 04.10.2017** (Kazancı İçtihat Programı)

³⁸³ BGH, NSTZ 1982, 64 (Lackner/ Kühl, § 21, kn. 2; Schreiber/ Rosenau, s. 110).

³⁸⁴ BGH, NJW 1981, 1221 (Schreiber/ Rosenau, s. 110).

sersemlik altındayken işlediği” durumlarda azalmış kusur yeteneğinin gündeme geleceği belirtilmektedir³⁸⁵.

Alkol ya da uyuşturucu bağımlılığı olması nedeniyle bu maddelerin alınması ve daha sonra bu maddelerin etkisi ile suç işlenmesi durumunda hangi normun uygulanacağı kanımızca tartışmalıdır. Daha önce verilen örneklerde bağımlının bu maddeleri teminine yönelik eylemleri mevcut iken, bu durumda bu maddelerin kullanımı sonrasındaki ve maddelerin etkisi altında gerçekleştirilen eylemler söz konusudur. Bu halde fiili gerçekleştirdiği sıradaki kusur yeteneği mevcut bulunmayan kişilerin ceza sorumluluğunun nasıl belirleneceğine ilişkin “sebebinde serbest hareketler kuralı (*actio libera in causa*)³⁸⁶”nın bir yansıması olan TCK m. 34/2’ nin gündeme geleceği söylenebilir. Bu hallerde “*İradi olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişi hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz.*” hükmünün uygulanabilirliğinin araştırılması gerekir. Nitekim Yargıtay da 765 sayılı TCK döneminde bu yöntemi benimsemiştir³⁸⁷. **Kanımızca** daha önce de belirtildiği üzere bağımlılığın getirmiş olduğu ciddi kişilik değişiklikleri ve maddeye olan şiddetli, ciddi ve karşı konulamayan mahrumiyet hissi sonucu alınmış alkol ya da uyuşturucu maddelerin “iradi” olarak alındığından söz edilemez. Bu durumda söz konusu maddelerin etkisi altında işlenen suçlarda TCK m. 34 gereği ceza sorumluluğunun bulunmaması gerekecektir. Ancak söz konusu durumlarda failin maddenin etkisi altında bulunmasına rağmen, zorlansa da haksız davranıştan kaçınabilecek olduğu durumlarda dahi cezasız kalması söz konusu olacaktır. Bir başka deyişle faile bağımlılığa dayanan zihinsel bozukluğu nedeniyle baştan cezasız kalacağını bildiği suç işleme imkânı doğmuş olacaktır. Zira TCK m. 34’ te alkol ya da uyuşturucu madde etkisi altında işlenen eylemler için azalmış kusur yeteneğine

³⁸⁵ BGH, JR, 1987, 206; BGH, NSzZ, 1989, 17 (Roxin, AT I, § 20 A, s. 903).

³⁸⁶ Bu kurala ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Serdar Talas, **Ceza Hukukunda Kusur İlkesi Bağlamında Nedeninde Serbest Hareket (*actio libera in causa*) Kavramı ve Geçici Nedenlerin Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011, s. 65 vd.

³⁸⁷ “*Sanığın uyuşturucu bağımlısı olmadığı, zaman zaman uyuşturucu kullandığı olay zamanı uyuşturucu almış olsa dahi TCK.nun 48/2. maddesinde tarifini bulan bu ihtiyari durumun cezai sorumluluğunu etkilemeyeceği, kadın temini ve pazarlaması suretiyle yaşantısını devam ettirmesinin dahi bağımlı/bağımlılık haliyle çelişeceği cihetle bu konuda soruşturmanın genişletilmesini isteyen tebliğnamedeki görüşe iştirak edilmemiştir.*” **Yargıtay, 1. CD., E. 1994/1979, K. 1994/2858, T. 20.09.1994** (Kazancı İçtihat Programı)

yer verilmemiştir. Hukuk devleti hiç kimseye suç işleme özgürlüğü tanımamaktadır. Bu söz konusu durumlarda her ne kadar failin, iradi olarak alkol ya da uyuşturucu maddeyi almadığına karar verilse dahi, TCK m. 32/2 çerçevesinde ceza sorumluluğunun bulunduğu durumların olduğu tespitinin yapılması gereklidir.

Kanımızca bağımlılık söz konusu olduğunda bağımlı kişinin maddeyi kullanmadan önce ya da kullandıktan sonra gerçekleştirmiş olduğu her fiil için TCK m. 32' nin şartlarının araştırılması gerekmektedir. Her ne kadar TCK m. 34/2' de iradi olarak alınan alkol ya da uyuşturucu madde etkisinde işlenen suçlarda, TCK m. 34/1' in uygulanmayacağı belirtilmişse de, bu düzenlemenin bağımlılık derecesine varmayan alkol ya da uyuşturucu kullanımı etkisinde gerçekleştirilen fiiller için düzenlenmiş bir düzenleme olduğu söylenmelidir.

F. Canavarca His

5237 sayılı TCK m. 82/1-(b)' de kasten öldürme suçunun nitelikli halleri arasında, bir kimsenin "*canavarca hisle*" öldürülmesi suçu düzenlenmiştir. Burada öldürme fiilinde failin subjektif durumu³⁸⁸, özel olarak ağırlatıcı neden olarak öngörülmüştür. Bu ağırlatıcı neden madde gerekçesinde şu şekilde açıklanmıştır: "*Kişinin acıma hissi olmaksızın bir başkasını öldürmesi hâlinde canavarca hisle öldürme söz konusudur. Canavarca hisle öldürmenin arz ettiği özellik, öldürmenin vahşi bir yöntemle gerçekleştirilmesidir. Kişinin yakılarak*³⁸⁹, *uyurken kulağının*

³⁸⁸ Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan Erdem / R. Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 147; Benzer şekilde *Otacı'* ya göre, canavarca his failin iç dünyasına, psikolojisine ait bir kavramdır, eziyet çektirmek ise suçun işleniş şekline ilişkin, failin dış dünyaya yansıyan ve mağdurun vücudunda etkisini gösteren davranışlardır. Bkz. Cengiz Otacı, "Karar İncelemesi: Kan Gütme Saikiyle ve Canavarca Hisle Kasten Öldürme Suçu", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM)**, C. LXXI, S. 1, 2013, s. 1496.

³⁸⁹ "*Sanığın pet şişedeki benzini başından aşağı döküp kibriti yakarak maktülü ateşe vermesi ve yanması sırasında yaralı halde maktülü kendi haline bırakması ile ortaya çıkan kastının kullandığı yöntem itibarıyla canavarca hisle öldürme suçuna yönelik olduğu gözetilmelidir.*" **Yargıtay, 1. CD., E. 2013/2231, K. 2013/5375, T. 01.10.2013** (YKD., C. 40, S. 4, Nisan 2014, s. 828); "*Sanık mağdurun üzerine elindeki tiner şişesini boşalttıktan sonra ateşe verdiği, daha sonra da 6136 sayılı kanun kapsamındaki bıçak ile mağdurun sırtını 20 cm. uzunluğunda kestiği, olay yerinden tesadüfen geçmekte olan tanık G' nin yanmakta olan mağduru söndürdüğü, mağdurun tüm vücudunun % 43' ünü tutan 2. ve 3. derece yanık oluşacak şekilde yaralandığı, mevcut yaralanması sonucu hayati tehlike geçirdiği anlaşılmakla, sanığın eylemine uyan TCK m. 82/1-b, 35 maddeleri uyarınca canavarca hisle veya eziyet çektirerek öldürme suçuna teşebbüsten*

içine kızgın yağ dökülerek ya da vücudu parçalanarak öldürülmesi, buna örnek olarak gösterilebilir.” Gerekçede de ifade edildiği üzere burada failin subjektif durumu, dış dünyaya yansıyan hareketleri üzerinden anlaşılmaktadır. Bu nedenle öldürme suçu bakımından, ölüm nedeninin net şekilde ortaya konulması “canavarca his” ağırlatıcı nedeninin uygulanabilmesi için şarttır³⁹⁰.

Canavarca his, insan hayatının ortadan kaldırılmasından zevk duyulmasını ve bu zevkin tatmin edilmesini belirtmektedir³⁹¹. Bu ağırlatıcı sebepte, faili suç işlemeye sevk eden saik, normal bir insanın duyabileceği hislerin hiçbirisi ile açıklanması mümkün görünmemektedir³⁹². Örneğin 765 sayılı TCK döneminde satanizm (şeytana bağlılık, tapma) kapsamında bir insanın kurban edilmek amacıyla öldürülmesi “canavarca his sevki” olarak kabul edilmiştir³⁹³. Sırf öldürmek için öldürmek, ölenin acı çekmesinden zevk duyarak eylemini devam ettirmek gibi

cezalandırılması gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurularak eksik ceza tayini, ...bozmayı gerektirmekle,...” **Yargıtay, 1. CD., E. 2013/3684, K. 2013/7046, T. 27.11.2013** (YKD., C. 41, S. 6, Haziran 2015, s. 1234)

³⁹⁰ “*Maktulün cesedi üzerinde Biga Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen ölü muayene tutanağında ‘Maktulün kesin ölüm sebebi: Kafatasına aldığı darbeye bağlı olarak oluşan şuur bulamıklığı, beyin kanaması, esas ölüm nedeni olarak da muhtemelen suda boğulma olduğu,.. klasik otopsi işlemine ihtiyaç olmadığı’ şeklinde net olmayan ve çelişkili ifadelerle yer verilerek ve gerektiği halde klasik otopsi işlemi yapılmayarak kesin ölüm nedeninin tereddütsüz biçimde ortaya konulamaması karşısında; canavarca his saiki ve eziyet çektirme ile insan öldürme suçunun unsurlarının oluşup oluşmadığı tespit edilemediğinden, sanığın TCK m. 81 maddesi gereğince cezalandırılması yerine, suç vasfında yanlıya düşülerek yazılı şekilde TCK m. 82/1-b gereğince hüküm kurularak fazla ceza tayini,..bozmayı gerektirmiş olup...*” **Yargıtay, 1. CD., E. 2016/5290, K. 2018/93, T. 17.01.2018** (Kazancı İçtihat Programı)

³⁹¹ Nur Centel / Hamide Zafer / Özlem Çakmut Yenerer, **Kişilere Karşı Suçlar**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2010, s. 47.

³⁹² Sahir Erman / Çetin Özek, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, Dünya Yayıncılık, İstanbul, 1994, s. 39.

³⁹³ “*...çağımızda insan hayatını her şeyin üstünde tutan evrensel ve toplumsal anlayışa ve ahlâka karşı çıkan bu yönüyle iğrençliği, ilkelliği ve tehlikeliliği vahim ve aşikâr olan ‘insanı kurban etmek’ gibi bir düşüncesinin ister bir dini inanış, isterse fikri bir düşünce ya da olaydaki gibi şeytani bir amaçla işlenmiş bulunsun toplumsal açıdan ne denli tehlikeli ve vahşi olduğu izah gerektirmez bir olaydır. Bu nedenlerle sanıkların kendilerine göre satanizm çerçevesinde oluşturdukları örgütsel düşünce doğrultusunda maktuleyi öldürmeleri TCK. nun 450. Maddesinin 3. Bendindeki ‘canavarca bir his sevki ile’ adam öldürme cürmünü oluşturacağı hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek biçimde açıklığa çıkmaktadır. Buna aykırı olarak sanıkların öldürme fiilini niteliksiz adam öldürme olarak vasıflandırmak bozmayı gerektirmektedir.”* **Yargıtay, 1. CD., E. 2001/4274, K. 2002/361, T. 06.02.2002** (Kazancı İçtihat Programı); aynı yönde **YCGK, E. 2002/1-294, K. 2002/425, T. 17.12.2002** (Kazancı İçtihat Programı).

durumlarda canavarca his olduğu kabul edilebilir³⁹⁴. *Selçuk*’ a göre, failin eyleminin doğurduğu adam öldürme ile onu bu eyleme iten neden arasındaki ölçsüzlük, oransızlık eylemin canavarca işlendiğini ortaya koyan en nesnel ölçüttür³⁹⁵. Bu çerçevede, “*canavarca his sevki*” ifadesi, toplum bilincinin ve ahlâkının tepkisini çeken, amaçladığı nedenle yol açtığı sonuç arasında nicel açıdan belirgin bir oransızlık sergileyen, her türlü bulgu ve kanıtla kanıtlanabilen ve özünde hoyrat ve yabanıl kötülük eğilimi bulunan psikolojik bir içtepidir³⁹⁶. Öldürmek için öldürmek, kan görünce öldürmeye eğilim göstermek, başkasına zarar verme zevki, silah denemek, belli toplumsal sınıflara ya da gruplara duyduğu hınç için öldürmenin canavarca his sevkiyle öldürme olduğu belirtilmektedir³⁹⁷. Ancak dikkat edilecek olursa 765 sayılı TCK’ da “canavarca his sevki” halinden bahsedilmektedir. Burada fiilin işlenişinden çok bu fiile neden olan bir psikolojik durum işaret edilmektedir³⁹⁸. 5237 sayılı TCK’ da ise “canavarca hisle” ifadesi kullanılmıştır. Buradaki düzenlemenin eski kanun dönemindeki ifadeden farklı olduğu unutulmamalıdır. **Kanımızca** “canavarca hisle” ifadesi salt faili harekete geçiren bir içtepi değil, fiilin icrasına da eşlik eden ve suçun işleniş biçimini şekillendiren bir duyguyu ifade etmektedir. Bu nedenle bu ifadenin suçun işleniş biçiminden ayrılarak, salt psikolojik bir olguya işaret ettiği görüşü kanımızca yerinde değildir.

Yargıtay’ ın yeni tarihli kararlarında suçun vahşice işlenmesinin tek başına suçun canavarca hisle ya da eziyet çektirerek işlendiğini göstermeyeceği belirtilmiştir³⁹⁹. Canavarca hisle öldürme bakımından öldürmenin hangi yöntemle

³⁹⁴ Köksal Bayraktar, **Kasten Öldürme, (Özel Ceza Hukuku, C. II, Kişilere Karşı Suçlar 1)**, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 42.

³⁹⁵ Sami Selçuk, “Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Canavarca His Sevkiyle Adam Öldürme”, **Yargıtay Dergisi (YD)**, C. 14, S. 4, Ekim 1988, ss. 468-469.

³⁹⁶ Selçuk, s. 482.

³⁹⁷ Selçuk, s. 469.

³⁹⁸ Nitekim 765 sayılı TCK’ nın yürürlükte olduğu dönemde bu ayırma YCGK dikkat çekmiştir: “...eylemin canavarca his sevki ile işlenmesi başka şey, işleniş tarzının canavarca olması başka şeydir.” **YCGK, E. 2002/1-294, K. 2002/425, T. 17.12.2002** (Kazancı İçtihat Programı)

³⁹⁹ “*Sanığın aynı mahallede ikamet etmeleri dolayısıyla tanıdığı ve aralarında husumet bulunmayan maktulü olay gecesini yolda karşılaştıklarında tespit edilemeyen bir sebeple 18 adedi öldürücü vasıfta toplam 72 adet bıçak darbesi vurmaya suretiyle öldürdüğü olayda; Suçun vahşice işlenmesinin tek başına suçun canavarca hisle ya da eziyet çektirerek işlendiğini kabule yeterli bulunmadığı, canavarca hisle öldürme, sırf öldürmüş olmak için öldürme, ölenin acı duymasından zevk duymak için öldürme olup, eziyet çektirerek öldürme ise, ölümü meydana getirme bakımından zorunlu olmayan ve ölüme takaddüm eder vahşice hareketler olup sanığın öldürme kastının*

gerçekleştirildiğinin bir öneminin bulunmadığı ve suçun işleniş şeklinin önemi olmadığı savunulsa da⁴⁰⁰, daha önce de belirtildiği üzere kanımızca failin kastının canavarca hisle öldürme olduğunun tespiti yine failin dış dünyaya yansıyan hareketlerine bakılarak belirlenecektir⁴⁰¹. Bu bakımdan fiilin işleniş şekli, failde “canavarca his” olup olmadığının belirlenebilmesi açısından önem arz edecektir⁴⁰².

Eziyet kişinin hemen öldürülmeyip acı ve ızdırap çektirilerek öldürülmesi olarak tanımlanmaktadır⁴⁰³. Bu açıdan ölüm neticesini gerçekleştirmek bakımından zorunlu olmayan ve sırf mağdura acı ve ızdırap vermek için yapılan hareketler eziyet çektirme sayılmaktadır⁴⁰⁴. Madde gerekçesinde kişinin eziyet çektirilerek öldürülmesi şu şekilde açıklanmıştır: Kişinin eziyet çektirilerek öldürülmesinde

yanında işkence ya da eziyet çektirme kastının da bulunması gerektiği, sanığın canavarca hisle ya da eziyet çektirerek öldürme amacıyla hareket ettiğini kabule yeterli her türlü kuşkudan uzak yeterli kesin kanıt bulunmadığı anlaşıldığı halde,...” **Yargıtay, 1. CD., E. 2016/748, K. 2017/1103, T. 05.04.2017** (Kazancı İçtihat Programı); aynı yönde **Yargıtay, 1. CD., E. 2010/2749, K. 2010/7581, T. 29.11.2010** (Kazancı İçtihat Programı); **Yargıtay, 1. CD., E. 2009/6255, K. 2009/4592, T. 13.07.2009** (Kazancı İçtihat Programı); **Yargıtay, 1. CD., E. 2015/1332, K. 2015/3789, T. 10.06.2015** (YKD., C. 41, S. 7, Temmuz 2015, s. 1933); **YCGK, E. 2015/1-334, K. 2016/317, T. 20.09.2016** (YKD., C. 43, S. 6, Haziran 2017, s. 1407 vd.)

⁴⁰⁰ Veli Özer Özbek / Koray Doğan / Pınar Bacaksız / İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, (Özel Hükümler), s. 119; *Tezcan/ Erdem/ Önok* ise, suçun işleniş şeklinin, kasten öldürmenin eziyet çektirerek gerçekleştirilmesi nitelikli hali için önemli olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle yazarlara göre, failin sübjektif durumuna ilişkin “canavarca hisle” kasten öldürme nitelikli hali ile, “eziyet çektirerek” kasten öldürme nitelikli halinin aynı bent içerisinde düzenlenmesi yerinde değildir. Bkz. *Tezcan/ Erdem/ Önok*, s. 147; *Hakeri* de “canavarca hisle” öldürme nitelikli halini, suçun işleniş biçimi ile ilgili bir nitelikli hal olarak değil, sübjektif özellikli nitelikli hal olarak değerlendirmektedir. Böylece canavarca hisle öldürme hali ile eziyet çektirerek öldürme hali arasında farklılık olduğuna işaret etmektedir. Bkz. Hakan Hakeri, **Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83**, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, (Kasten Öldürme Suçları), s. 229.

⁴⁰¹ “*Kastın niteliğinin belirlenebilmesi için dış dünyaya yansıyan davranışlardan hareketle sonuç çıkarmak olanaklıdır. Başka deyişle, failin olay öncesi, sırası ve sonrasındaki davranışları kastının belirlenmesinde ölçü olarak alınmalıdır.*” **YCGK, E. 2005/1-131, K. 2005/167, T. 27.12.2005** (Kazancı İçtihat Programı)

⁴⁰² Aynı yönde görüşte olan *Dönmezer*’ e göre, “canavarca his” ile öldürme, öldürme amacından daha ileri giden vahşihane hareketler olarak belirtilebilir. Bkz. Sulhi Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2001, (Kişilere ve Mala Karşı Cürümler), s. 51. Bu açıklamadan da anlaşılacağı üzere, “canavarca his” suçun işleniş şekli ile ilgilidir.; *Bayraktar* da “canavarca hisle” ifadesinin öldürme eyleminin işlendiği yöntemle ilgili olduğunu dolaylı olarak belirtmektedir. Bu bakımdan yazara göre, canavarca hisle öldürmede, öldürme vahşi bir yöntemle, acımasızca, öldürmeden zevk alınarak, insanı bu eylemi öğrendiğinde ürperten bir şekilde işlenmektedir. Bkz. *Bayraktar*, s. 42.

⁴⁰³ Özbek / Doğan/ Bacaksız/ Tepe, **Özel Hükümler**, s. 120.

⁴⁰⁴ *Tezcan/ Erdem/ Önok*, s. 148.

“...kişi hemen değil, belli bir süreç içinde acı çektirilerek öldürülmektedir. Örneğin kişiye gözleri çıkarılarak, kulağı ve sair organları kesilerek acı çektirilmekte ve sonuçta öldürülmektedir.” Benzer şekilde vücudu yakmak, gözleri oymak, parmakları koparmak, tırnakları sökmek, cinsiyet uzuvlarına elektrik vermek, kişiyi donacak şekilde soğukta bırakmak vs. gibi örnekler verilebilir⁴⁰⁵. Ancak bu ağırlaştırıcı sebebin uygulanabilmesi için, fiillerin mağdurun ölmesi neticesine yönelik olan kast ile işlenmesi gerekmektedir. Bu kast olmaksızın failin işkence sonucu ölmesi durumunda ise, TCK m. 95’ te yer alan netice sebebiyle işkence suçu oluşacaktır.

Kasten öldürme suçunda yer verilen öldürme eyleminin “canavarca hisle” veya “eziyet çektirerek” işlenmesi ile akıl hastalığı nedeniyle failin kusur yeteneğinin etkilenmesi arasındaki ilişkinin nasıl olacağını belirlemek gerekmektedir. Öncelikle söz konusu nitelikli hallerden failin sorumlu tutulabilmesi için, failin gerçekleştirmiş olduğu fiiller nedeniyle kınanabilmesi gerekmektedir. Bu nedenle failin öldürme fiilinde “canavarca his” sahibi olduğunu ya da mağdurun “eziyet” çektirerek öldürüldüğünü gösteren fiillerin failin akıl hastalığının etkisi nedeniyle gerçekleştirildiği tespit edilirse, fail akıl hastalığına dayanan fiilini bu şekilde biçimlendirmesinden kınanamayacağından TCK m. 32/1 uygulanacaktır. Örneğin, kendisinin yaratıcısı olduğuna inandığı doğaüstü varlıklardan diğer bir kişinin günahlarını ödemesi için acı çekerek öldürülmesi emrini alan, bu yönde sınırlar gören bir akıl hastası, bu emri gerçekleştirirse TCK m. 32/1 gereği sorumlu tutulamayacaktır. Asıl tartışma ise failin akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneği tespit edildiğinde, bu nitelikli hallerin uygulanabilip uygulanamayacağıdır.

Burada ilk tartışılması gereken hal öldürme suçunun “canavarca hisle” işlenmesi durumudur. Yukarıda açıklandığı üzere, bizim katılmamamıza karşın öğretide⁴⁰⁶ “canavarca hisle” ifadesinin failin iç dünyası, psikolojisi yani sübjektif durumuna ilişkin bir hale işaret ettiği, suçun işlenme biçiminden farklı olarak ele alınması gerektiği belirtilmiştir. Şayet bu görüş kabul edilirse, özellikle psikopatlık olarak da adlandırılan antisosyal kişilik bozukluğu ya da disosyal kişilik

⁴⁰⁵ Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 52.

⁴⁰⁶ Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 147; Özbek / Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Özel Hükümler, s. 119; Otacı, s. 1496.

bozukluğu⁴⁰⁷ halinde ceza sorumluluğunun nasıl belirleneceği problemi ortaya çıkmaktadır. Nitekim psikopatlar doğru ile yanlış arasındaki farkı bilir ancak duygusal yönden bakıldığında neyin doğru neyin yanlış olduğuna dair *hisleri* yoktur. Zihinsel kapasiteleri zarar görmüş olabilecek şizofreni ya da demans gibi zihinsel bozuklukları olan kişilerin aksine psikopat kişiler, belirli hareketlerin kanunlara aykırı olduğunu ya da sosyal normlara ters olduğunu anlayabilir ancak yasal veya ahlaki aykırılıklar hakkında doğru kanılara varma yetileri olsa da, kişilerin ahlaka uygun hareket etmesini sağlayan en önemli güdü, yani duygusal kapasite onlarda yoktur⁴⁰⁸. Antisosyal kişilik bozukluğuna sahip olan bir kişi her türlü suç işleyebilir. Bu suçlar kişinin uzun süre cezaevinde kalmasına sebep olabilecek ağır suçlar da olabilmektedir⁴⁰⁹. Antisosyal kişilik bozukluğu olan vakalarda beyinde organik bozukluk bulunduğundan, kişiler impulsiv davrandıkları, gerçekçi birtakım tasarıları olmaksızın işi bırakma, evden veya okuldan kaçma davranışında buldukları, sürekli sosyal ilişki kuramadıkları ve suçtan vicdan azabı çekmeyip⁴¹⁰ cezadan olumlu yönde etkilenmedikleri⁴¹¹ dikkate alındığında, daimi kişilik bozukluğu olan vakalarda ceza sorumluluğunun azaltılması gerektiği söylenmektedir⁴¹². Ancak uygulamada antisosyal kişilik bozukluğunun ceza sorumluluğuna etki etmediği konusunda raporlar verilmektedir⁴¹³. Şayet “canavarca hisle” ifadesinin salt

⁴⁰⁷ Uluslar arası sınıflandırmada (ICD-10) bu kavram kullanılmıştır. Bkz. Kaplan/ Sadock, s. 309.

⁴⁰⁸ Andrea L. Glenn / Adrian Raine / William S. Laufer, “Is it Wrong to Criminalize and Punish Psychopaths”, **Emotion Review**, Vol. 3, No. 3, July 2011, s. 302 vd.

⁴⁰⁹ Soli Sorias, “Kişilik Bozuklukları”, **Psikiyatri Temel Kitabı** (Edit.: Ertuğrul Köroğlu/ Cengiz Güleç), HYB Basım Yayın, Ankara, 2007, s. 511.

⁴¹⁰ Bu kişilerde kayda değer bulgu olarak, söz konusu suç teşkil eden davranışlar için pişmanlık duymamaları ve vicdansız olmaları belirtilmektedir. Bkz. Kaplan/ Sadock, s. 309.

⁴¹¹ Bu kişilerin cezaya duyarlılıklarının az olduğu söylenmekle birlikte, aynı zamanda antisosyal kişilik bozukluğuna sahip kişilerde psikoterapinin etkinliğinin de olmadığı ve psikoterapiye katılma motivasyonlarının düşük oldukları belirtilmektedir. Bkz. Gülşen Aydoğan, “Suçlularda Psikoterapötik Uygulamalar”, **Türkiye Klinikleri J Psychiatry- Special Topics**, 2011, 4(1), s. 44.

⁴¹² Özer Kendi / Atlas Bogenç / Yaşar Bilge / Kemalettin Acar / İbrahim Tunalı, “İki Antisosyal Kişilik Bozukluğu Vakasının Adli Tıp Yönünden Değerlendirilmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)**, S. 1-4, C. 47, 1998, ss. 167-168; bu kişilerde ergenlik ve erişkinlikteki pek çok dönemlerini kapsayan sosyal normlara uyum yetersizliği vardır. Bkz. Kaplan/ Sadock, s. 309.

⁴¹³ “...Sağın soruşturma sırasında alınan ifadesinde mağdurları zehirlemediğini, aynı yemekten kendisinin de yiyip rahatsızlandığını, annesinin buzdolabında beklemiş bozuk etlerden tavuk çorbası yaptığı için zehirlenme olayının gerçekleştiğini savunduğu,

psikolojik bir olguya işaret ettiğinin kabul edilmesi söz konusu olursa, bu nitelikli halin psikopat failerde uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Zira bu yönde bir hisleri ya da duygu kapasiteleri bulunmamaktadır. Bu halde akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneğine ilişkin TCK m. 32/2 ile kasten öldürmenin “canavarca hisle” gerçekleştirilmesi nitelikli halinin birlikte uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle antisosyal kişilik bozukluğunun etkisi ile fiilini gerçekleştiren fail için basit öldürme suçundan hüküm kurulmak zorundadır. Bu durum ise TCK m. 61 ile ilgili cezanın belirlenmesi problemlerini ortaya çıkaracaktır. Bu yolun tercih edilmesi halinde TCK m. 32/2 uygulanmadığından, psikopat faile TCK m. 57’ deki güvenlik tedbirlerinin uygulanması da mümkün olamayacaktır.

Kanımızca yerinde olmayan bu yolun tercih edilmesi yerine, “öldürme” eyleminin “canavarca hisle” ya da “eziyet çektirerek” işlenmesi nitelikli hallerinin suçun işleniş biçimi ile ilgili oldukları kabul edilmelidir. Nitekim daha önce vurgulandığı üzere 5237 sayılı TCK, 765 sayılı TCK’ dan farklı olarak “canavarca

Kovuşturma aşamasında sanığın ‘Ben küçükken beyin travması geçirmiştım. Ben sürekli olarak psikolojik ilaçlar kullanmaktayım. Akineton ve diazem niteliğinde bir iğne kullanıyorum. Bunların araştırılmasını istiyorum’ şeklinde beyanda bulunması, sorgusunda çorbaya zehri eşi C.’in attığını ve hatta bu durumu mağdur babasına itiraf ettiğini söylemesine karşın mağdurların sanığın savunmasının doğru olmadığını, olay anında sanığın eşinin evde bulunmadığını, C.’in kendilerine böyle bir şey demediğini, oğullarının rahatsız olduğunu, sürekli senaryolar uydurduğunu beyan etmeleri ve mahkemece sanığın duruşmada sürekli tedirgin hareketlerde bulunduğu, sağa sola baktığı, sık sık oturup kalktığının gözlemlenmesi üzerine 5271 sayılı CMK’nun 74. maddesi uyarınca sanığın 3 haftayı geçmemek üzere Manisa Ruhsağlığı ve Hastalıkları Hastanesinde gözlem altına alınmasına karar verildiği, tutuklu sanığın 01.12.2011-13.12.2011 tarihlerinde yatarak adı geçen hastanede müşahede altında tutulduğu, 13.12.2011 tarihli psikiyatri uzmanlarından oluşan sağlık kurulunca düzenlenen raporda oybirliği ile anti sosyal kişilik bozukluğu tanısı konulan sanıkta 30.01.2011 tarihinde işlediği iddia olunan fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilir ve davranışlarını yönlendirme yeteneğini azaltacak veya kaldıracak düzeyde bir akıl hastalığı bulunmadığı, cezai ehliyetinin tam olduğunun belirtildiği,...Anlaşılmaktadır...” YCGK, E. 2014/1-227, K. 2015/119, T. 21.04.2015 (Kazancı İçtihat Programı). Ancak başka bir zihinsel bozuklukla eşzamanlı bulunması halinde anti sosyal kişilik bozukluğunun kusur yeteneğini azaltabileceği yönünde raporlar da bulunmaktadır: “Dosyaya sunulan Gümüşsuyu Asker Hastanesi Sağlık Kurulu’nun 4.3.2011 tarihli raporunda sanıkta depresif bozukluk ve anti sosyal kişilik bozukluğu bulunduğu ve durumunun TCK’nın 32. maddesinin 2. fıkrasına uyduğu, askerliğe elverişsiz olduğu belirtildiğinden; TCK’nın 32. maddesi kapsamında sanığın, suç tarihinde işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılayıp algılayamadığı ya da bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalıp azalmadığı konusunda Adli Tıp Kurumu’ndan rapor alınarak sonucuna göre sanık hakkında TCK’nın 32. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılması gerektiği gözetilmeden, eksik araştırma ile hüküm kurulması,...Yasaya aykırı...” Yargıtay, 10. CD., E. 2013/12337, K. 2013/11583, T. 19.12.2013 (Kazancı İçtihat Programı)

his sevki” yerine, “canavarca hisle” ifadesini tercih etmiştir. Bu kavramlar arasındaki tercihin bilinçli bir tercih olduğu söylenebilecektir. Ayrıca failde canavarca his olup olmadığının tespiti de failin eylem öncesi, sırası ve sonrasında gerçekleştirmiş olduğu dış dünyaya yansıyan hareketlerinden yola çıkılarak belirlenecektir. Doğrudan suç eyleminin yanı sıra eylem öncesi ve eylem sonrası kusur arttırıcı durumların da, cezanın belirlenmesi hakkındaki kararda dikkate alınması gerekmektedir⁴¹⁴. Bu şekilde tespit edilen “canavarca hisle” öldürme suçunda, failin azalmış kusur yeteneğine yol açan antisosyal kişilik bozukluğunun bulunması durumunda, cezanın belirlenmesi ise, TCK m. 82/1-b, m. 61 ve m. 32/2’ nin birlikte uygulanması sonucu gerçekleştirilecektir. Bu suç tipinde temel ceza, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası olarak öngörüldüğünden, TCK m. 32/2 gereği cezanın belirlenmesi yirmi beş yıl üzerinden gerçekleştirilecek ve TCK m. 32/2 son cümle gereği mahkûm olunan ceza süresi aynı olmak koşulu ile kısmen veya tamamen akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilecektir.

Çalışmanın ileriki bölümlerinde detaylıca açıklanacağı üzere, azalmış kusur yeteneğinde faile kusur isnadı (*Schuldzurechnung*) yapılması ile ilgili bir durum söz konusu değildir. Azalmış kusur yeteneği, kusur yeteneğinin mevcut olmasının bir şeklidir⁴¹⁵. Esasen kusurlu kabul edilen failin gerçekleştirdiği eylemde “kusur tayini (*Schuldzumessung*)” faaliyeti gerçekleştirilmektedir⁴¹⁶. Bu nedenle fail akıl hastalığının etkisine dayanmayan eylemin biçimlendirmesinden sorumludur. Antisosyal kişilik bozukluğu bulunan failerde hangi eylem biçimlerinin bu bozukluk etkisi ile gerçekleşmiş olabileceği açıklığa kavuşturulmalıdır. Örneğin Alman Federal Yüksek Mahkemesi’ nin önemli bir kararında⁴¹⁷, akıl zayıflığı sonucu davranışlarını frenleme kapasitesinin önemli derecede azalmış olduğu tespit edilen bir kişi, 19 aylık kızını öldürmüştür. Mahkeme “*sanığın kendi çocuğunu öldürdüğü, cinayet amacını insanlık dışı ısrarla (sebat ile) yerine getirdiği, çocuğu uyurken öldürdüğü, elektrik akımıyla çocuğun nasıl sarsılarak ölüme gittiğini seyredebildiği*

⁴¹⁴ BGH, 14.6.1999 tarihli karar- 5 StR 177/99 (Enz, s. 373-374).

⁴¹⁵ Lenckner, “Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit”, s. 121 vd.; Maurach/Zipf, § 36 III, kn. 70, s. 505; Roxin, AT I, § 20 A, s. 902; Schreiber/ Rosenau, s. 108; Schönke/ Schröder, § 21, kn. 1.

⁴¹⁶ D. Krauß, Schuldzurechnung und Schuldzumessung als Probleme des Sachverständigenbeweises, **Kriminologische Gegenwartsfragen**, Heft 12, Stuttgart, 1976, s. 88.

⁴¹⁷ BGHSt 7, 28 (Roxin, AT I, § 20 A, s. 908).

ve sonrasında işlediği suçun izlerini yok etmeyi başardığı ve hiçbir şey olmamış gibi eşiyile bir aile törenine katılmış olduğu” yönündeki kusuru arttıran gerekçelerle, ömür boyu hapis cezası kararını onamıştır⁴¹⁸. Roxin’ e göre, failde bulunduğu iddia edilen duygusuzluğun (hissizliğin) nedeninin, faildeki akıl zayıflığı olması muhtemeldir. Ama aynı faktörlerin eşzamanlı olarak hem kusuru azaltıcı hem de kusuru arttırıcı olarak değerlendirilmesi mümkün olmamaktadır⁴¹⁹. Haklı olarak Alman Yüksek Mahkemesi failin kusuruna dayanmayan ruhsal durumunun bir sonucu olan hallerin cezayı arttırıcı biçimde dikkate alınmasında bir “aykırılık” tespit etmektedir⁴²⁰. Bu sebeple olayların birçoğunda temel cezada indirim yolu seçilmelidir. Çünkü varsayılan kusur arttırıcı durumlar, fail açısından hastalık kaynaklıdır⁴²¹. Bu nedenle antisosyal kişilik bozukluğuna sahip olan faillerin gerçekleştirdikleri eylemlerde, öldürmenin “canavarca hisle” ya da “eziyet çektirerek” gerçekleştirildiği tespiti yapılırken, faildeki bu duygusuzluk ve merhametsizlik halinin ya da vahşice eylem biçimlerinin failin hastalığına dayanmıyor olması gerekmektedir. Bu şekilde hastalık kaynaklı durumların varlığında, söz konusu eylem biçimleri kusur arttırıcı ya da cezayı ağırlaştırıcı sebep olarak kullanılamaz. Bir nedenin hem kusur arttırıcı hem de kusur azaltıcı neden olarak esas alınabilmesi mümkün değildir.

Failin kusur yeteneği işlenmiş olan haksızlık üzerinde failin akıl hastalığı ve fiil arasında bağlantı kurulacak şekilde incelenmektedir. Bu nedenle bir kişinin akıl hastası olması ya da bu konuda raporunun bulunması, onun canavarca hisle insan öldürme suçundan mutlak anlamda sorumsuz olması sonucuna neden olmamaktadır. Hastalığın fail tarafından işlenmiş somut fiil üzerinde etkilerinin mutlaka ortaya koyulması gerekmektedir. Örneğin husumet duyduğu bir kişiyi öldürmek için üzerine yanıcı madde döküp ateşe veren bir piromani hastasının (yangın çıkarma dürtü bozukluğu), canavarca hisle insan öldürmek nedeniyle ceza sorumluluğu

⁴¹⁸ Roxin, AT I, § 20 A, s. 908.

⁴¹⁹ BGHSt 16, 360 (364), Roxin, AT I, § 20 A, s. 909; aynı yönde Erem/Danışman/Artuk, s. 521.

⁴²⁰ Erem/Danışman/Artuk da bu hususa dikkat çekmektedir. Yazarlara göre, akıl malûliyetlerinden birçokları zaten “canavarca” denilen hissi doğuran hallerdir. Bkz. Erem/Danışman/Artuk, s. 521.

⁴²¹ Haklı olarak Federal Yargıtay, kusur yeteneğinin azalmasına neden olan arızanın ancak failin söz konusu durumu kendi sorumluluğu dahilinde ortaya çıkardığı ve kapsamı ve yoğunluğu açısından kendisine isnat edilecek suçla kıyaslanabilir olan, cezai bir eylemde bulunacağını aslında kavraması gerektiği durumlarda kusur arttırıcı olarak değerlendirilebileceğini savunmaktadır. Bkz. Roxin, AT I, § 20 A, s. 909.

bulunmaktadır. Burada işlenmiş fiil failin hastalığının semptomları gereği, yani yangın çıkarma dürtüsü nedeniyle değil, failin öldürme motivasyonu sonucu gerçekleşmiştir.

G. İlgilinin Rızası İle İlişkisi

Suçla korunan hukuki değerın sahibinin ihlale rıza göstermesi durumunda bu rızanın fiili hukuka uygun hale getirmesine ilgilinin rızası denir. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hal olan ilgilinin rızası, TCK m. 26/2' de, "*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*" şeklinde düzenlemiştir. Rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldıracabilmesi için, ilgilinin üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği bir hakkın var olması ve ilgili kişinin rıza açıklamaya ehliyetinin bulunması gerekmektedir. Görüleceği üzere aynı bir kişinin kusurlu sayılabilmesi için gerekli olan özellikleri belirten kusur yeteneğinde olduğu gibi, ilgili kişinin sahip olduğu bir hakkına yönelik bir rıza gösterebilmesi için de kendisinde birtakım özelliklerin bulunması gerekmektedir. Bu özellikler rızaya ehliyet için sahip olunması gerekli özelliklerdir.

Öğretide rıza ehliyetinin üç unsuru olduğu belirtilmektedir. Bunlar; algılama yeteneği, değerlendirme yapabilme yeteneği ve değerlendirdiği şeyi isteyebilme yani davranışlarını istekleri doğrultusunda yönlendirme yeteneği olarak belirtilebilecektir⁴²². Bunların dışında rıza ehliyeti açısından anlama ve irade etme yeteneğinin yanında, son olarak kişinin ayrıca fiili onaylayan iradesini açıklayabilme yeteneğine de sahip olması gerekmektedir. Kişinin iradesini açıklama yeteneğine sahip olması, sağlıklı bir şekilde rıza oluşturma yeteneğine sahip olan kişinin bu iradesini dış dünyada algılanabilir bir şekilde ortaya koyabilmesi anlamına gelmektedir⁴²³.

Rıza ehliyetinin unsurlarını teşkil eden rızanın anlam ve sonuçlarını algılayabilme ve rıza açıklamasında bulunmak için davranışlarını yönlendirme yeteneği büyük ölçüde, kişinin kusurlu sayılabilmesi için gerekli olan fiilinin hukuki

⁴²² Meral Ekici Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2012, (Ceza Hukukunda Rıza), s. 151.

⁴²³ Ekici Şahin, Ceza Hukukunda Rıza, s. 158.

anlam ve sonuçlarını algılayabilme ve davranışlarını bu algı çerçevesinde yönlendirebilme yetenekleri ile örtüşmektedir. Bu iki durum açısından da yapılacak adli psikiyatrik değerlendirme klinik açıdan benzer niteliktedir. Rıza ehliyetinde önem arz eden algılama ve değerlendirme yapabilme yeteneklerinden her ikisi de, kişinin doğruyu yanlıştan ayırt etme ve kendi menfaatlerine ilişkin karar verebilme becerisiyle alakalıdır. Kişinin kendi menfaatlerinin farkında olmadan ve bu menfaatlerine ilişkin olarak değerlendirme yapabilecek durumda bulunmaksızın göstereceği rıza, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının bir yansıması olmayacaktır⁴²⁴. Aynı şekilde kusur yeteneğini teşkil eden fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ya da davranışlarını buna göre yönlendirme yeteneği de kişinin ceza sorumluluğuna sahip bir birey olarak, ceza normları karşısında kendi konumunu hukuka uygun olandan yana belirleyebilmesi için var olması gereken özelliklerdir. Bu özelliklerin bulunmaması durumunda fail, fiillerini hukuka uygun olandan yana belirlemek için gerekli motivasyonu oluşturamayacak, böylece kendi geleceğini hukuka riayet eder şekilde belirleyemeyecektir. İşte akıl hastalığı hem fail hakkında kusurlu olup olmadığına ilişkin gerçekleştirilecek değer yargısı açısından, hem de ceza normu ile ihlallere karşı koruma altına alınmış bir değere sahibinin rıza göstermesi açısından önemli sonuçları olan bir durumdur.

⁴²⁴ Ekici Şahin, Ceza Hukukunda Rıza, s. 153.

İKİNCİ BÖLÜM

CEZA HUKUKUNDA KUSUR DOGMATIĞI ve AKIL HASTALIĞI İLE İLİŞKİSİ

I. KUSUR DOGMATIĞI KAPSAMINDA AKIL HASTALIĞI KAVRAMININ ELE ALINIŞI

A. Genel Olarak

Ceza hukukunda akıl hastalığının kusur yeteneğine etkisi konusu, esasında içerik ve kapsam bakımından ceza hukukunda kusur konusu ile doğrudan bağlantılı bir konudur. Akıl hastalığı bulunan bir kişinin, ceza kanunlarında yer alan herhangi bir suç tipini hukuka aykırı olarak ihlal etmesi durumunda, hangi gerekçelerle ceza sorumluluğuna sahip olmadığı ya da bu haksız davranış nedeniyle niçin sınırlı şekilde sorumlu tutulduğu hususları, ceza hukuku dogmatikinde kusur kavramından ne anlaşılması gerektiği ile bağlantılıdır. Nitekim kusur yeteneği düzenlemelerinde yer alan akıl hastalığı durumunun, normatif (hukukî) olarak anlaşılan failin hangi yeteneklerine etki etmesi gerektiği, failin kınanabilmesi için hangi özelliklere sahip olması gerektiği gibi konuların merkezinde kusur konusu yer almaktadır. Bu nedenle kusur kavramının açıklığa kavuşturulması, akıl hastalığının failin kusur yeteneğine etkisi konusunda ve bu konuya ait düzenlemelerin anlaşılmasında yol gösterici olacaktır.

B. Ceza Hukukunda Kusur Ve Kusur Yeteneği Kavramları

1. Kusur Kavramı

Günümüzde hemen hemen tüm modern hukuk sistemlerinde ceza sorumluluğunun temelini fiili gerçekleştiren failin, ceza normunu ihlal etme iradesi oluşturmaktadır. Bu psikolojik unsur dolayısıyla fail, gerçekleştirmiş olduğu fiil nedeniyle sorumlu tutulabilmektedir. Bu husus Latince “*Actus non facit reum nisi mens sit rea*” olarak ifade edilen “akıl suçlu olmadıkça bir fiil, gerçekleştiren kişiyi suçlu yapmaz.” anlayışıdır. Burada ifade edilen husus kıta avrupalı hukuk sisteminin

uygulandığı ülkelerde “kusur (=Schuld)” kavramını, Anglo-Sakson hukuk sisteminin uygulandığı ülkelerde ise “mens rea (=suçun manevi unsuru)⁴²⁵” kavramını ifade etmektedir.

Ceza hukukunda failin gerçekleştirmiş olduğu eylem nedeniyle ceza yaptırımına maruz kalabilmesi için olmazsa olmaz (=sine qua non) koşul olarak “kusur” kavramı, günümüzde yapılan birçok tartışmanın da odağı haline gelmiştir. Söz konusu bu tartışmalar, ceza hukukunun sınırları dışına taşmaktadır. “Kusur” kavramı, aslı itibarıyla ceza hukukuna ait bir kavram değildir⁴²⁶. Bu nedenle içeriğinin belirlenmesinde büyük ölçüde diğer bilim dallarından istifade edilmesi kaçınılmaz bir gerekliliktir. İşte bu zorunluluk, aslı itibarıyla ceza hukukuna ait olmasa da normatifleştirme sonucu ceza hukukunun temel kavramlarından biri haline gelen bu kavramın belirtilmesinde, diğer bilim dallarında hali hazırda mevcut olan tartışmaların ceza hukukçuları açısından da takip edilmesi ihtiyacını doğurmaktadır⁴²⁷. Kusur kavramı içermiş olduğu değişik kavramlar nedeniyle diğer birçok disiplinin de işgal alanına girmektedir. Bu noktada özellikle sorumluluk, irade, ahlâk, irade özgürlüğü, failin hukuka sadakat eksikliği içeren zihniyetinin değersizliği, başka türlü hareket edebilme⁴²⁸, toplumsal kınanma, bireysel isnadiyet, failin ceza hukuku haksızlığını algılaması ve davranışlarını buna göre yönlendirebilmesi gibi temel hususlar göze çarpmaktadır. Bu nedenle kusur kavramı teoloji, felsefe alanları başta olmak üzere, birçok farklı disiplinde önemli bir rol oynamaktadır. Böylelikle kriminoloji ve psikoloji gibi deneysel bilimlerin de meşgul olduğu bir konu olmaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, genel hükümler içerisinde birçok kez “Kusur” kavramına yer vermesine karşın, bu kavramı tanımlamaktan uzak durmuştur. Taksirli

⁴²⁵ İngiliz hukukunda kusur yeteneği, kusurluluğu ifade eden “mens rea” değerlendirmesinden önce yapılmaktadır. Failin kusur yeteneği bulunmuyorsa, zaten kusur incelemesi aşamasına geçilmemektedir. Bkz. Burcu Demren Dönmez, **Ceza Hukukunda Alternatif Kusur Şekilleri**, İleri Kitabevi, İzmir, 2012, (Alternatif Kusur Şekilleri), s. 52.

⁴²⁶ Hans Joachim Hirsch, “Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)**, 106(1994), Heft 4, s. 746.

⁴²⁷ Kusur kavramının içinde barındırmış olduğu nitelikler, esas itibarıyla özellikle felsefe ve nörobilimler alanındaki irade özgürlüğü etrafında şekillenen tartışmaları ceza hukukuna taşımaktadır. Bu nedenlerle birçok ceza hukukçusu bu alandaki tartışmaları temel olarak görüşlerini oluşturma yoluna gitmektedirler.

⁴²⁸ Alm. “*Andershandelnkönnen*”

suçlarda cezanın nasıl belirleneceği⁴²⁹, dolayısıyla faillik durumunda araç olarak kullanılan kişinin özelliğinin cezaya etkisi⁴³⁰ ve iştirak halinde işlenen suçlarda şeriklerin cezasının belirlenmesi⁴³¹ ve temel cezanın belirlenmesinde kriter olarak⁴³² kanun koyucunun “*Kusur*” kavramına ayrıca kanun metninde yer verdiği görülmektedir. Benzer şekilde tanımına kanun metninde yer verilmeyen “*Kusur*” kavramı, Alman Ceza Kanunu’ nun § 46/I ilk cümlesinde cezanın belirlenmesinin temelini teşkil ettiği düzenlemesi ile karşımıza çıkmaktadır⁴³³. Ayrıca aynı kanunda yasaklılık yanılığı (*Verbotsirrtum*) ve kusurluluğu kaldıran zorunluluk hali (*Entschuldiger Notstand*) gibi durumların şartlarının gerçekleşmesi durumunda failin kusurlu sayılmayacağı ve ayrıca ruhsal bozukluk nedeniyle kusur yeteneksizliği halinin şartları gerçekleştiğinde failin kusurlu hareket etmiş sayılmayacağı düzenlenmiştir.

Kusur ceza hukuku anlayışı (*Schuldstrafrecht*)⁴³⁴ ile salt netice ceza hukuku (*Erfolgsstrafrecht*)⁴³⁵ anlayışı birbirine taban tabana zıt pozisyonlar barındırır⁴³⁶. Bir

⁴²⁹ TCK m. 22/4’de, “Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek ceza failin *kusuruna* göre belirlenir.”; ayrıca TCK m. 22/5’de “Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi *kusurundan* dolayı sorumlu olur. Her failin cezası *kusuruna* göre ayrı ayrı belirlenir.”

⁴³⁰ TCK m. 37/2, ikinci cümlede “*Kusur* yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır.”

⁴³¹ TCK m. 40/1 ikinci cümlede: “Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi *kusurlu* fiiline göre cezalandırılır.”

⁴³² TCK m. 61/1-f: “Hakim somut olayda;

...

f) Failin kast veya taksire dayalı *kusurunun* ağırlığını,

...

Göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler.”

⁴³³ Alman Ceza Kanunu §46/1 ilk cümle: “Failin *kusuru*, cezanın belirlenmesinin temelini oluşturur.” Yenisey/ Plagemann, s. 36.

⁴³⁴ Hans-Ludwig Schreiber, “Vor dem Ende des Schuldstrafrechts?”, **Schriften zur Rechtsphilosophie, zum Strafrecht und zum Medizin- und Biorecht**, Frankfurt am Main, 2013, (“Vor dem Ende des Schuldstrafrechts?”), s. 155, 158.

⁴³⁵ 16. yüzyıldan sonra bu anlayış terk edilerek kusur ceza ilkesi ön plana çıkmıştır. Bkz. Bernd Heinrich, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5. aktualisierte Auflage, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 2016, s. 223.

⁴³⁶ Heinz Müller-Dietz, **Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht**, C. F. Müller Verlag, Karlsruhe, 1967, (Schuldgedankens im Strafrecht), s. 7; *Hirsch*’ e göre, eklenen her suç kademesi, bir önceki şartı içermektedir. Bu nedenle özellikle de haksızlığın subjektif tarafı bir kusur unsuru olarak kabul edilmektedir. Böylece kusur prensibi, tamamen objektif dayanakları esas alan bir

başka deyişle günümüzde modern ceza hukuku sistemlerinde salt netice sorumluluğu, tesadüfî sorumluluk ya da objektif sorumluluk⁴³⁷ anlayışları kusur ceza hukuku anlayışı ile terk edilmiştir. Umumi hukuk esasları, kilise hukukundan bilinen “*versari in re illicita (versarti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto* – hukuksuz bir olayın içinde olan bir kimse davranışlarının neticesi olan her şeyden de mesuldür)” ilkesini tanımaktaydı⁴³⁸. Ancak günümüzde egemen olan kusur ceza hukuku anlayışı ile çelişen bu ilke, artık terk edilmiş durumdadır⁴³⁹. Nitekim TCK’ da da kusur ceza hukuku anlayışı ile çelişen bu anlayışın önüne geçebilmek için birtakım mekanizmalar öngörülmüştür. Bunlara örnek olarak TCK m. 23’ de yer alan netice sebebiyle ağırlaşmış suç düzenlemesi verilebilir. Failin gerçekleştirmiş olduğu eylem nedeniyle daha ağır veya başka bir neticenin oluşması söz konusu ise,

netice sorumluluğuna olan karşıtlığını da vurgulamaktadır. Bkz. Hirsch, “Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht”, s. 747.

⁴³⁷ Özen’ e göre objektif sorumluluk, kişinin icrai ya da ihmali hareketinin sonucu olan neticeden, herhangi bir psikik bir bağın varlığı aranmaksızın, salt maddi nedensellik bağı dolayısıyla sorumlu tutulması anlamına gelmektedir. Ancak Özen, modern ceza hukuku anlayışında süjenin sorumluluğuna, maddi bir fiilin sadece nedensel olarak isnat edilmesi ile değil, ayrıca fiilin kast veya en azından taksirli olmasından dolayı psikolojik olarak isnat edildiğinde gidilmesi gerektiğine vurgu yapmaktadır. Bu nedenle objektif sorumluluk ve sübjektif sorumluluk arasında giderilemez bir zıtlık söz konusudur. Bkz. Muharrem Özen, **Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk**, U S-A Yayıncılık, Ankara, 1998, s. 5, 18. Ceza hukukunda modern sürecin ortaya çıkışındaki en önemli aşamalardan olan aydınlanma sayesinde insanlık, ceza hukukunda başkasının fiilinden sorumluluk ve objektif sorumluluk dönemlerini atlattıktan sonra, medeniyetin büyük bir zaferi olarak sübjektif sorumluluğa ilişkin esaslara ulaşabilmiştir. Bkz. Hakan Karakehya, **İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2010, s. 8. Ünver’ e göre, objektif sorumluluk Türk öğretilerinde kusursuz sorumluluk olarak görülmektedir. Ancak bu kavram, kusursuz ve/veya eylemsiz (veya eylemin/nedensellik bağının ispatlanmadığı) ceza sorumluluğu olarak kabul edilmelidir. Bkz. Ünver, “YTCK’ da Kusurluluk”, s. 48.

⁴³⁸ Haft, s. 117.

⁴³⁹ Ancak Haft’ a göre günümüz ceza hukuku anlayışında da halen netice sorumluluğunu içeren durumlar bulunmaktadır. Haft’ a göre bu duruma bilinçsiz taksir durumu örnek gösterilebilir. Bkz. Haft, s. 117. Ancak kanımızca bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira bilinçsiz taksir halinde failin salt neticeye neden olan fiili değil, yeterli derecede dikkat ve özen yükümlülüğüne uyulması durumunda neticeye engel olabilecek iken, bu yükümlülüğe aykırı fiil nedeniyle faile kusur atfedilmesi söz konusudur. Bu isnadın temelinde yer alan “*dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali*” her suç tipi açısından aranan bir kusur şekli olmaması da faile ancak belirli haller için sebep olduğu neticeden sorumluluğu belirtmektedir.

failin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle (=kusurlu) hareket etmesi gerekmektedir⁴⁴⁰.

2. Kusur Yeteneği Kavramı

Çalışmanın ilerleyen başlıklarında detayları anlatılacağı üzere, günümüzde genel olarak kabul edilen normatif kusur kavramı esas alındığında kusur, failin eylem anında ceza normunun talepleri yönünde karar verebilecek iken yine de haksız olanı tercih etmesi nedeniyle “kınanması” olarak anlaşılmaktadır. Bir başka deyişle kusur, davranışın özgür ve bireysel olarak norm ihlalinden kaçınılabılır bir şekilde gerçekleştirilme olanağı varken, fail tarafından yanlış yönlendirilmesi nedeniyle ahlaken kınanması olarak görülmektedir⁴⁴¹. İşte bu kınamanın gerçekleşebilmesi, failden talep edilen davranış beklentisinin boşa çıkması durumunda, yani failde davranışını norma uygun düzene sokabilmek için bazı yeteneklerin bulunmasına rağmen, bu yeteneklerin kullanılmamış olması halinde gündeme gelmelidir. Bir başka deyişle failin normun davranış beklentisini algılamasına ve davranışlarını ceza yaptırımından uzak kalacak şekilde norma uygun düzenleyebilmesine rağmen, yine de haksızlık teşkil eden eylemi gerçekleştirmiş olması gerekmektedir. “Kınanabilirlik” şeklinde gerçekleşen fail hakkındaki bu değer yargısı (bireyselleştirilen kınama yargısı⁴⁴²) için, failde bulunması gerekli özellikler “kusur yeteneği” kavramına işaret etmektedir⁴⁴³. Zira bu özelliklerin olmaması durumunda

⁴⁴⁰ Netice sorumluluğunun kusur sorumluluk anlayışı ile terk edildiği TCK m. 23 gerekçesinde de vurgulanmaktadır: “Belirtmek gerekir ki, bu tür sorumluluk, ortaçağ kanonik hukukunun kalıntısı olan “*versari in re illicita*”, yani hukuka aykırı bir durumda olan bunun bütün neticelerine katlanır anlayışının ürünü olup, çağdaş ceza hukuku bu anlayışı çoktan terk etmiştir. Çünkü kusurun aranmadığı objektif sorumluluk hâlleri kusursuz ceza olmaz ilkesiyle açıkça çelişmektedir. Ülkemiz ceza hukuku öğretisinde uzun süredir objektif sorumluluk hâllerinin ceza mevzuatından çıkarılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu talebin yerine getirilmesi, Anayasada öngörülen kusur ilkesinin zorunlu bir sonucudur.”

⁴⁴¹ Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, s. 127-130; Eduard Dreher, **Die Willensfreiheit: Ein zentrales Problem mit vielen Seiten**, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1987, (Willensfreiheit), s. 396 vd.; Franz Streng, “Schuld ohne Freiheit?: Der funktionale Schuldbegriff auf dem Prüfstand”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)**, 101(1989), Heft 2, (“Schuld ohne Freiheit?”), s. 274.

⁴⁴² Maurach/Zipf, § 35, kn. 35, s. 479.

⁴⁴³ Nitekim kişinin ancak belirli koşullar altında kusurlu davranabileceği belirtilebilir. Bkz. Ünver, “Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri”, s. 139.

failden ceza normu çerçevesinde davranışlarını düzene sokma beklentisi ortadan kalkmakta ve eylemi hakkında gerçekleştirilen değer yargısı, eylemin failin düşünce yapısını yansıtmaması nedeniyle bir önem arz etmemektedir.

“Kınanabilirlik” açısından yukarıda bahsedilen, failde bulunması gerekli özellikleri belirtmek için öğretide bir kavram birliği olmadığı görülmektedir⁴⁴⁴. Söz konusu bu özellikler için öğretideki yazarlar kendi hareket noktalarından yola çıkarak değişik kavramları kullanmaktadırlar. Kullanılan kavramlara bakıldığında; isnadiyet temelli yaklaşımda “isnat yeteneği (*Zurechnungsfähigkeit*)⁴⁴⁵” ya da “isnad kabiliyeti⁴⁴⁶”, kusur temelli yaklaşımda “kusur yeteneği (*Schuldfähigkeit*)⁴⁴⁷”, “kusur

⁴⁴⁴ Ceza ve cezanın ölçüsü hakkında karar verecek olan bu insani “*yeteneğin*” terminolojik olarak halen tek düzen, net, açık ve yamılgıya yol açmayacak özellikte olmaması eleştirilmektedir. Bkz. Siegfried Haddenbrock, **Soziale oder forensische Schuldfähigkeit (Zurechnungsfähigkeit)**, Walter de Gruyter, Berlin, 1992, (Soziale oder forensische Schuldfähigkeit), s. 137.

⁴⁴⁵ Franz von Liszt, **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 1. Band: Einleitung und Allgemeiner Teil**, 26. Auflage/ bearbeitet von E. Schmidt, nachdr. der Ausg. Berlin, Leipzig, de Gruyter, 1932, Keip Verlag, Goldbach, 1996, s. 238 vd.; Adolf Merkel, **Die Lehre von Verbrechen und Strafe**, Verlag von Ferdinand Enke, Stuttgart, 1912, s. 65 vd.; Edmund Mezger / Hermann Blei, **Strafrecht I. Allgemeiner Teil**, 15. neubearbeitete Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1973, s. 165 vd.; Edmund Mezger, “Zurechnungsfähigkeit”, **Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag Band I**, Tübingen, 1930, s. 519 vd.; Haluk Toroslu, **Ceza Hukukunda İsnat Yeteneği**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2015, s. 5 vd.; *Maurach/Zipf* ise isnat yeteneği kavramı ile kusur yeteneği kavramını eş anlamlı olacak şekilde kullanmaktadır. Bkz. Maurach/Zipf, § 36, kn. 1, ss. 480-481; aynı yönde bkz. Jescheck/ Weigend, § 40, s. 430 vd.; Haddenbrock, Soziale oder forensische Schuldfähigkeit, s. 129 vd.; Mustafa Özkan / Hakan Hakeri, “Ceza Hukuku ve Ruhsal Bozukluklar”, **KaHUKA**, 1998, <http://www.medeniyet.edu.tr/1998 KHUKA ceza hukuku ve ruhsal bozukluklar.html> (Erişim Tarihi: 10. 11.2016); *Ünver*’ e göre, kusur yeteneği kavramı, suçun manevi unsuruyla ilişkisiz olduğu, yalnızca kusurlulukla ilgili olduğu belirtilerek kullanılmalı veya ceza sorumluluğunu isnad yeteneğinden söz edilmelidir. Bkz. Ünver, “Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri”, s. 137.

⁴⁴⁶ Sulhi Dönmezer, “Cezai Sorumluluğun Esası Olarak Failin Normallliği Telâkkisi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM)**, Cilt. 12, Sayı. 1, 1946, (“Failin Normallliği Telâkkisi”), s. 129; *Öztürk/ Erdem* de kusur yeteneği yanında isnad kabiliyeti kavramını kullanmaktadır. Bkz. Öztürk/ Erdem, s. 281.

⁴⁴⁷ Jürgen Baumann / Ulrich Weber / Wolfgang Mitsch, **Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch**, 11. neubearbeitete Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2003, s. 448 vd.; Frister, AT, s. 246 vd.; Roxin, AT I, § 20, s. 881; Eberhard Schmidhäuser, **Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch**, Zweite, neubearbeitete Auflage, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1975, (AT), s. 374 vd.; Gropp, AT, kn. 60, s. 279; Heinrich, s. 225; Kindhäuser, AT, s. 189 vd.; Schreiber/ Rosenau, s. 94 vd.; Wilhelm Arnold, “Person und Schuldfähigkeit”, **Festvortrag Gehalten Beim 383. Stiftungsfest**, Würzburg, 1965, s. 5 vd.; Helmut Frister, “Der Begriff der Schuldfähigkeit”, **Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (MschrKrim)**, 77. Jahrlang, Heft 5, 1994, (“Schuldfähigkeit”), s. 316 vd.; Helmut Frister, “Überlegungen zu einem agnostischen Begriff der Schuldfähigkeit”, **FS für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag**, Berlin, 2013, (“Überlegungen zu einem agnostischen Begriff der Schuldfähigkeit”), s. 533 vd.; Schreiber,

ehliyeti” ya da “kusur yeterliği”, sorumluluk temelli yaklaşımda “sorumluluk yeteneği (*Verantwortungsfähigkeit*)⁴⁴⁸”, ceza temelli yaklaşımda ise “ceza yeteneği (*Straffähigkeit*)⁴⁴⁹”, “ceza yeterliği⁴⁵⁰” ya da “ceza ehliyeti⁴⁵¹” kavramlarının

“Schuld und Schuldfähigkeit im Strafrecht”, s. 73 vd.; Karl Lackner, “Prävention und Schuldunfähigkeit: Zur Verknüpfung von Schuld und Prävention bei der Konstituierung des Begriffs der Schuldunfähigkeit”, **Strafverfahren im Rechtsstaat: FS für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag am 18. August 1985**, München, 1985, s. 245 vd.; Gabriele Wolfslast, “Die Regelung der Schuldfähigkeit im StGB”, **Juristische Arbeitsblätter (JA)**, 1981, s. 464 vd.; İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 407. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da “kusur yeteneği” kavramını kullanmaktadır. “*Türk Ceza Kanununun 31/2 ve 32/1 maddelerinde kusur yeteneği dolaylı olarak tanımlanmıştır. Bu hükümler uyarınca, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunması durumunda kusur yeteneğinin varlığı kabul edilmiştir. Kusur yeteneğinin iki belirgin unsuru vardır. Bunlardan ilki; işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlayabilme, diğeri ise; eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayan kişinin, davranışlarını bu algılama doğrultusunda hukuk düzeninin gereklerine uygun olarak yönlendirme yeteneğinin bulunmasıdır. ‘Algılama’ ve ‘irade yeteneği’ denilen bu iki ögenin kişide bir arada bulunmaması veya bu yeteneklerinde azalma meydana gelmesi halinde kusur yeteneğinin tam olmadığı kabul edilmelidir.*” **YCGK, E. 2013/8-119, K. 2014/448, T. 30.10.2014** (YKD., C. 41, S. 4, Nisan 2015, s. 805); aynı yönde **YCGK., E. 2011/1-451, K. 2012/115, T. 20.03.2012** (emsal.yargitay.gov.tr); **YCGK, E. 2015/607, K. 2015/300, T. 06.10.2015**.

⁴⁴⁸ Bu kavram (*sorumluluk yeteneği*) ile failin eylem anında başka türlü eylemde bulunup bulunamayacağı sorgulanmaktadır. Buradan da anlaşılacağı üzere kusur kavramına ilişkin kullanıldığı söylenebilir. Bkz. Albrecht Langelüddeke / Paul H. Bresser, **Gerichtliche Psychiatrie**, 4. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1976, s. 234, 304; Witter ise sorumluluk yeteneği kavramını akıl hastası ya da akıl zayıflığı olan kişilerin eylemleri sonucu ceza sorumluluğuna gidilip gidilmemesi konusunda adli psikiyatrinin rolü ile ilgili kullanmaktadır. Bu nedenle, Witter tarafından kusur yeteneği kavramının yerine kullanıldığı söylenebilir. Bkz. Hermann Witter, “Zur gegenwärtigen Lage der forensischen Psychiatrie”, **Der psychiatrische Sachverständige im Strafrecht** (Hrsg. H. Witter), Springer Verlag, MedR Schriftenreihe Medizinrecht, Berlin, Heidelberg, 1987, (“forensischen Psychiatrie”), ss. 1-2.

⁴⁴⁹ von Liszt, ceza yeteneği kavramını kullanmamakla birlikte, kullanmış olduğu isnat yeteneği kavramından farkını ortaya koymaktadır. Bkz. von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, s. 239, dp. 2.

⁴⁵⁰ “*Saniğin temyiz dilekçesinde psikolojik rahatsızlığı nedeniyle Manisa Ruh ve Sinir Hastalıkları Hastanesinde tedavi gördüğünü iddia etmesi karşısında; suç tarihinde TCK'nun 46 ve 47. maddeleri gereğince ceza yeterliliğini tamamen yada kısmen kaldıracak bir akıl hastalığı bulunup bulunmadığının usulüne uygun saptanmasından sonra saniğin hukuki durumunun tayin ve takdiri zorunluluğu,... bozmayı gerektirmiştir.*” **Yargıtay, 6. CD., E. 2002/17039, K. 2003/5898, T. 25.09.2003** (Kazancı İçtihat Programı)

⁴⁵¹ Bu kavramı kullanan Erem/ Danışman/ Artuk’ a göre, bütün insanların ceza hukuku açısından suçun “fail”i sayılması mümkün değildir. Ancak suç işleyen ceza hukuku dışında kalabileceği de söylenemez. Konu yalnız suç faili sayılabilmesi için kanunun bazı şartları aramış olmasıdır. Böylece “ceza ehliyeti” kavramı ortaya çıkmaktadır. Bkz. Erem/ Danışman/ Artuk, s. 494; Faruk Erem, **Ceza Hukukunda Ümanist Doktrin**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1980, (Ceza Hukukunda Ümanist Doktrin), ss. 74-75. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere yazarlar, ceza normunu ihlal eden kişinin, “fail” olarak nitelendirilebilmesi için gerekli şartlara “ceza ehliyeti” kavramının karşılık geldiğini belirtmektedir. Biz bu görüşe katılmamaktayız. Kanımızca fail kavramı, suçun

kullanıldığı görülmektedir. Yargıtay' ın istisnaen de olsa, “suçlanabilirlik yeteneği” kavramını da kullandığı görülmektedir⁴⁵².

Frister' e göre, kusur yeteneği (*Schuldfähigkeit*) kavramına tamamiyle motamot (kelimesi kelimesine) bakıldığında, aslında bu kavramın kusurlu olabilme yeteneği olduğu anlaşılmaktadır⁴⁵³. Gerçekten de faile ilişkin kusurlu sıfatının kullanılması için, failin eylemi nedeniyle kınanabilmesi gerekmektedir. İşte bu nedenle aslında kusur yeteneği kavramı, içeriksel olarak bakıldığında “kınanabilme yeteneği” olarak görülmelidir. Bir failin ceza normunu ihlal eden fiili nedeniyle kınanabilmesi için ise, failde bazı özelliklerin bulunması gerekmektedir. Bu özellikler faili “kusurlu” eylemde bulunmaya ehil ya da yetenekli hale getirmektedir. Bu özelliklerin bulunmaması halinde ise “kusur yeteneğinin bulunmaması” hali söz konusu olmaktadır.

Failde yer alması gerekli yetişkin olma ve normal yeteneklere sahip olma durumu, failin tüm kişilik yapısıyla bağlantılı olduğundan, ceza hukuku kapsamındaki kusur yeteneği öğretisi, uzun bir zamandır ceza hukukunda modern kişilik araştırmasının giriş kapısını oluşturmuş bir vaziyettedir⁴⁵⁴.

5237 sayılı TCK terminolojisi açısından her ne kadar akıl hastalığı, yaş küçüklüğü vb. sebeplerin düzenlendiği maddelerde “kusur yeteneği” kavramına yer

aktif süjesidir, bir başka deyişle her ne kadar cezalandırılmıyorsa da, suç tipinde belirlenmiş eylemi gerçekleştiren kişi de fail sıfatına sahiptir; öğretilde “ceza ehliyeti” kavramının genellikle adli tıp bilimcileri tarafından kullanıldığı görülmektedir. Bkz. Simden Demirkıran / Muharrem Yaman / Niyazi Uygur, “Ceza Ehliyeti Değerlendirmelerinde Yapılandırılmış Görüşme Yöntemlerinin Klinik Karara Etkisi”, **Düşünen Adam Dergisi**, 16(3), 2003, s. 139 vd.; Ayhan Songar, “Psikiyatri Açısından Ceza Ehliyeti”, **Ankara Barosu Dergisi (ABD)**, S. 6, 1976, s. 1049 vd.

⁴⁵² “*Epilepsi hastası olup hekim raporu ile suçlanabilirlik yeteneği bulunmadığı saptanan sanık hakkında 5271 sayılı CYY'nın 150/2. maddesi uyarınca 'Müdafii bulunmayan şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise, istemi aranmaksızın bir müdafii görevlendirilir' hükmüne aykırı davranılarak müdafii atanmaması,...*” **Yargıtay, 4. CD., E. 2007/8634, K. 2007/8137, T. 09.10.2007** (Kazancı İçtihat Programı). Biz bu kavramın kusur yeteneğini ifade etmek için kullanılmasını hata olarak görmekteyiz. Nitekim suçlanabilirlik kavramı esasen fiilin objektif ve sübjektif şekilde faile isnadına işaret etmektedir. Bir başka deyişle suçun objektif nitelikteki unsurlarını da içeren bir kavramdır. Kusur yeteneğinde ise, failin fiil nedeniyle suçlanması değil, kınanması irdelemesi yapılmaktadır.

⁴⁵³ Frister, AT, s. 246; aynı şekilde Ünver de kusur yeteneği için “*kusurlu davranabilme yeteneği*” ifadesini kullanmaktadır. Bkz. Ünver, “Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri”, s. 139.

⁴⁵⁴ Mezger/Blei, s. 171.

verilmemiş olsa da, dolaylı faillik kurumunu düzenleyen TCK m. 37/2' de⁴⁵⁵ yer alan düzenleme ile birlikte isabetli olarak "kusur yeteneği" kavramına yer verildiği görülmektedir. Gerek TCK' nın söz konusu kavramı tercih etmesi, gerekse failin kusurlu olabilmesi için gerekli özellikleri daha iyi ifade etmesi açısından biz çalışmada "kusur yeteneği" kavramını kullanmayı uygun bulmaktayız.

Çalışmanın devam eden başlıklarında kusur yeteneği kavramı, kusur teorileri üzerinden açıklanmaya çalışılacaktır. Nitekim kusur yeteneğinin içeriğinin ortaya koyulabilmesi, kusur kavramından anlaşılması gerekene bağlıdır. Ancak kusur yeteneği kavramı hakkında Türk ceza hukuku öğretisinde öteden beri savunulan bazı teoriler bulunmaktadır. Türk ceza hukuku öğretisinde ağırlıklı olarak savunulan bu teoriler: "*Failin Normalliği Teorisi*", "*Korkabilme Teorisi*" ve "*Kişiliğe Uygunluk Teorisi*" olarak belirtilmektedir. Her ne kadar biz devam eden başlıklarda yöntem olarak kusur yeteneği kavramını kusur teorileri açısından açıklayacak olsak da, öğretide ileri sürülen söz konusu teorileri de kısaca belirtmek istemekteyiz.

3. Türk Ceza Öğretisinde Savunulan Kusur Yeteneği Teorileri

a. Failin Normalliği Teorisi

Ceza sorumluluğunun esası bakımından subjektif sorumluluk çerçevesinde özgürlük kriteri yerine, failin normalliği kıstasının geçtiği savunulmaktadır⁴⁵⁶. Failin normalliği teorisine göre, kusur yeteneği normal bir şekilde hareket edebilme gücüdür. Bir başka anlatımla, dış etkilere karşı normal bir tepki gösterebilen, akli melekeleri sağlam ve gelişmiş olan herkes kusur yeteneğine sahiptir⁴⁵⁷. *Alacakaptan* failin salt dış etkilere karşı değil failin kendi güdülerine karşı da normal tepki gösterebilmesini isnat yeteneğine sahip olunmasında önemli olduğunu belirtmektedir⁴⁵⁸. Bu teoriye göre, isnat edilebilir olan, yalnızca saiklerine normal

⁴⁵⁵ "Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. **Kusur yeteneği** olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır."

⁴⁵⁶ Dönmezer, "Failin Normalliği Telâkkisi", s. 119; Sulhi Dönmezer, **Cezaî Mesuliyetin Esası**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1949, s. 83.

⁴⁵⁷ Artuk/ Gökcen/ Yenidünya, s. 454.

⁴⁵⁸ Alacakaptan, Suçun Unsurları, s. 120.

şekilde tepki verebilen, bir başka anlatımla psişik açıdan sağlıklı ve olgun kimselerdir. Bu teori, insanları saiklere uygun ve normal bir şekilde hareket edebilip edememelerine göre iki gruba ayırmaktadır: Davranışlarını saiklerine göre belirleme ehliyetine sahip normaller ve bu ehliyeti haiz olmayan anormaller⁴⁵⁹.

Bu görüş normal insan kavramı ve normal davranış kavramlarının belirsizlik⁴⁶⁰ taşıması nedeniyle ve sadece normal hareket eden kişilerin cezalandırılmasının anlaşılmasız olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir⁴⁶¹. Bu görüşün kabulü halinde taşıdıkları sıra dışı etkenlerle suça eğilimli kimselerle, suçu meslek edinenlerin cezalandırılması imkânı ortadan kalkacaktır⁴⁶².

Gerçekten de hem hukuk bilimi açısından hem de psikoloji açısından kimin normal olduğunun belirlenmesi her zaman problem oluşturmaktadır. Bu nedenle ceza sorumluluğu ile kişinin “normal” olarak nitelendirilmesi arasında bir paralellik her durumda bulunmamaktadır. Psikoloji alanında da anormal psikolojisi ya da anormal davranışın ne olduğu konusunda güçlükler yaşanmaktadır⁴⁶³. Bu kavramların belirlenmesinde birçok özelliğin öne sürüldüğü ancak bu özelliklerin hiçbirinin kavramları tek başına açıklamaya yeterli olmadığı söylenmektedir⁴⁶⁴. Davranışın bu özellikleri için; istatistiksel seyreklik, normların ihlal edilmesi, kişisel rahatsızlık hissetme, yeti yitimi ya da işlev bozulması, beklenmedik olma gibi özellikler belirtilmektedir⁴⁶⁵.

⁴⁵⁹ H. Toroslu, Ceza Hukukunda İsnat Yeteneği, s. 58.

⁴⁶⁰ Normalliğin ne olduğu ve normal şahısın kim olduğu uzun asırlar boyunca kimse tarafından tarif edilebilmiş değildir. Bkz. Dönmezer, Cezaî Mesuliyetin Esası, s. 91.

⁴⁶¹ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s. 454; Alacakaptan, Suçun Unsurları, s. 120.

⁴⁶² Dönmezer, “Failin Normalliği Telâkisi”, ss. 127-128;

⁴⁶³ Normaldışı davranışlar tarihte ve edebiyatta çoğu kez, adam öldürme, intihar, cinsel saldırı gibi toplum normlarından aşırı sapma gösteren örnekleriyle yer almış ve bu nedenle, ruhsal bozukluklar toplum dışı ya da tehlikeli davranışlarla özdeşleştirilmiştir. Oysa, bazı normaldışı davranış türleri olağandışı görünümde olmasına karşılık, bazısı yalnızca, kişinin yaşamı süresince karşılaştığı güçlüklerle etkin baş edebilmesini engeller. Birçok insan, normal ve normaldışı davranışların kesin bir sınırla ayrıldığı ve bir yanda normal kişiler, diğer yanda da hasta kişiler olduğu sanısındadır. Oysa, *bilimsel açıdan normal ve normaldışı davranışların ayrımını yaparken kullanılacak belirli bir ölçüt yoktur*. Bedenin normal yapısı ve işlevleri bilindiğinden fiziksel hastalıkların tanımlanması oldukça kolaydır. Buna karşılık *psikolojik düzeyde ölçüt kabul edilebilecek bir normal modeli mevcut değildir*. Bkz. Engin Geçtan, **Psikodinamik Psikiyatri ve Normaldışı Davranışlar**, 13. Baskı, Metis Yayıncılık, İstanbul, 1997, s. 12.

⁴⁶⁴ Gerald C. Davison / John M. Neale, **Anormal Psikolojisi (Abnormal Psychology)**, Çeviri Editörü: Doç. Dr. İhsan Dağ, 7. Basım, Türk Psikologlar Derneği Yayını, Ankara, 2004, s. 6.

⁴⁶⁵ Davison/ Neale, ss. 6-8.

Kanımızca bu teoriye şu şekilde eleştiri getirilebilir; akıl hastası olduğu bilinen kişilerin, her durumda hastalıklarının etkisi ile suç işlediğinin kabulü yanlış olacaktır. Zira bu teoriye göre sözde “anormal (normal olmayan) failler⁴⁶⁶” kusur yeteneğine sahip olmamaktadır, ancak örneğin istemsiz çalma hastalığı (kleptomani) bulunan bir failin, mala zarar verme suçu işleminde olduğu gibi, kişilerin kusur yeteneğine etki etmeyen hastalık durumunda da, failerin “normal” olduğu söylenemeyecektir. Başka bir deyişle “normallik” faile ait bir nitelemedir. Oysa kusur yeteneğinde failin özelliği ancak eylemine etki etmesi durumunda dikkate alınmaktadır. Aynı görüş henüz olgunluğa ulaşmamış failerin “anormal” olarak nitelendirilmesinin hatalı olması nedeniyle de ileri sürülebilir.

“Normallik” kavramının faile ait bir niteleme olması halinde, kusur anlayışının eylem kusuru anlayışından, failin karakter kusuru ya da yaşamını sürdürme kusuru anlayışına evrilmesine yol açacaktır. Oysa ki eylemle bağlantılı olmayan bu hususların kusur yargısında dikkate alınacak olması durumunda fail sayısının değişik kusur yargısı olmasının önü açılmış olacaktır.

“Normallik” nitelemesinin faile ilişkin olması bakımından bir başka ortaya çıkacak sorun ise, psikopati bozukluğuna sahip olan failerin suç teşkil eden eylemlerinde kusur yeteneği değerlendirmesinde ortaya çıkacaktır. Bu kişiler belirli hareketlerin kanunlara aykırı olduğunu ya da sosyal normlara ters olduğunu anlayabilir ancak yasal veya ahlaki aykırılıklar hakkında doğru kanılara varma yetileri olsa da duygusal hisleri yoktur. Bu bozukluğa sahip olan kişilerin kusur yeteneğinin somut olayda bulunduğu tespiti yapılsa dahi, “normal” oldukları söylenemeyecektir.

Kanımızca kusur yeteneği açısından failin ya da faile ait davranışın “normal-anormal” şeklinde kategorize edilmesi yerine, failin ceza normunun davranış beklentilerine cevap verebilecek ya da tepki gösterebilecek özelliklere eylem anında sahip olup olmadığına odaklanılması gerekmektedir⁴⁶⁷.

⁴⁶⁶ Bu konuda “*anormal suçlu*” ifadesinin de kullanıldığı görülmektedir. Bkz. Erem, Ceza Hukukunda Ümanist Doktrin, s. 76.

⁴⁶⁷ Nitekim İtalyan öğretisine dayandırdığı görüşlerinde *Toroslu*, öğretilerdeki “failin normallığı” nitelemesi yerine sadece “normallik” kavramını kullanarak (s. 58) bu ifadenin failden çok eyleme ait bir niteleme olduğu izlenimini vermektedir. Bu şekilde *Toroslu*, ceza hukuku açısından normallığı, algılanan objeleri sağlıklı ve içinde bulunulan yaşın ortalama olgunluk seviyesine ulaşmış bir zihin aracılığıyla anlamak ve buna uygun olarak hareket edebilmek yeteneği olarak

b. Korkabilme Teorisi

Söz konusu teoriye göre, cezanın ana niteliği insanları korkutarak suç işlemekten alıkoymaktır. Cezanın bu niteliği, onun, akıl hastaları ve aklen gelişmemiş kimselerle benzerlerine uygulanmaması sonucuna götürür. Bu kişiler cezanın korkutucu etkisini duymadıkları için kusur yeteneğine sahip değillerdir. Yani bu teoriye göre, kusur yeteneği cezanın korkutucu etkisini hissedebilme yeteneği olarak anlaşılmaktadır⁴⁶⁸. Bu nedenle, olgunluğa ulaşmamış küçükler ve akıl hastaları gibi kişi gruplarına ceza uygulanmasının anlamsız olduğu, zira bu kişilerin cezanın içinde barındırdığı korkutucu etki aracılığıyla kendilerini suç işlemekten alıkoymayacağı veya bu yöndeki psikolojik zorlamaya maruz kalamayacakları iddia edilmektedir⁴⁶⁹.

Bu teorinin esasen cezanın önleme amacından yola çıktığı söylenebilir. Bu açıdan bakıldığında şayet cezai yaptırım tehdidi, potansiyel failleri suç işlemekten alıkoymak yönünde genel bir işleve sahip olacaksa, bunun ön şartı, muhataplarının söz konusu tehdit tarafından motive edilebilecek psikolojik seviyede olmalarıdır. Ancak ceza normunun çağrısını anlayabilme yeteneği olarak ifade edilen normatif motive edilebilirlik tüm bireylerde (özellikle belli bir yaşın altındaki çocuklar ve akıl hastalarında) aynı şekilde bulunmamaktadır⁴⁷⁰. Dikkate edilecek olursa bu teoriye göre, çalışmanın devam eden başlıklarında belirtilecek olan, failin normlar aracılığıyla motive edilebilirliği esas alınmaktadır. Nitekim fail ancak belirli olgunluğa erişmesi ve zihinsel sağlığa sahip olması durumunda norma riayet yönünde tepki verebilecektir (normatif tepki verebilirlik). Bu psikolojik durumun ya da hissin kanımızca “korkma ya da korkabilme” yönünde olması gerekmemektedir. Zira davranışları itibariyle ceza normuna riayet eden, bu doğrultuda davranışlarını kumanda eden bireylerin hepsinin, bu davranışları “korku” hissi ile gerçekleştirdiğini

belirtmektedir. Bkz. H. Toroslu, Ceza Hukukunda İsnat Yeteneği, s. 59. Biz bu açıklamanın esasına katılmakla birlikte bu yeteneklere sahip olan kişilerin “normal” olarak adlandırılmasına katılmamaktayız.

⁴⁶⁸ Alacakaptan, Suçun Unsurları, ss. 120-121; Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s. 454; H. Toroslu, Ceza Hukukunda İsnat Yeteneği, s. 67.

⁴⁶⁹ H. Toroslu, Ceza Hukukunda İsnat Yeteneği, s. 67.

⁴⁷⁰ H. Toroslu, Ceza Hukukunda İsnat Yeteneği, s. 67.

kabul etmek mümkün gözükmemektedir. Bu his dışında görev ya da yükümlülük bilinci, sorumluluk bilinci, toplumsal tasvip duygusu (övgüye layık olma) ya da toplumsal kınanmaya maruz kalmama ve benzeri hislerle kişiler ceza normunun davranış beklentilerine olumlu cevap verebilecektir. Bu bakımdan teorinin, “korkabilme” teorisinin yerine “normatif tepki verebilirlik” teorisi olarak adlandırılması kanımızca daha doğru olacaktır. Nitekim failin ya da potansiyel failerin geçerli bir ceza normunun davranış beklentileri karşısında, davranışlarını kumanda edebilmesi, kişinin norm ile tepkisel etkileşim içinde bulunması halinde mümkündür. Bu tepkisel etkileşimin kaynağı ise kişinin ceza normunun beklentilerini algılamak (kavrayabilmek) ve bu algı doğrultusunda davranışlarını düzene sokma iradesinde bulunabilme yeteneğine dayanmaktadır. Korkabilme sadece bu tepkisel etkileşimin görünüş şekillerinden bir tanesi olabilir.

Bu teori haklı olarak suç işleyen ya da mükerrir failerin olduğu durumlarda, bu kişilerin ceza normunun korkutucu etkisinden bağışık oldukları açıkça görülmesine rağmen isnat edilebilir hale gelmelerinin açıklanamaması olarak eleştirilmektedir. Diğer bir eleştiri de akıl hastalarının da aslında korkabilme hissine sahip oldukları ve bu nedenle kusur yeteneğine sahip olmadıkları tespitinin yapılamayacağı olduğu söylenebilir⁴⁷¹.

c. Kişiliğe Uygunluk Teorisi

Kusur yeteneğinin esasını eylemin, failin kişiliğine (şahsiyetine)⁴⁷² uygun olması şeklinde belirten “kişiliğe uygunluk” teorisi, kişiliğine uygun bir biçimde hareket etme imkânını kaybeden kimsenin kusur yeteneğinin ortadan kalkacağını savunmaktadır⁴⁷³. Fiilin, failin kişiliğinin ifadesi olduğu durumda isnat edilebilir bir

⁴⁷¹ Söz konusu eleştiriler için bkz. H. Toroslu, Ceza Hukukunda İsnat Yeteneği, s. 71-72.

⁴⁷² Kişilik, bireyin sürekli olarak kendini ve dış dünyayı algılama, yorumlama, bunlara eşlik eden duygusal etkilenme ve bu süreçte gelişen tepkisel dürtülerini denetleme yetisi ve biçimiyle belirlenen tutumudur. Bkz. Niyazi Uygur, “Adli Psikiyatride Kişilik ve Saldırganlık”, **9. Anadolu Psikiyatri Günleri**, 13-17 Haziran 2000, Edirne, s. 424; Kişilik, bir kişiyi diğerlerinden ayıran ve süreklilik gösteren davranış özellikleridir. Bu özelliklerin her biri, olası bir yaşama tarzının ifadesidir. Kişiliği tanımlamak davranışların motivasyonunu ve organizmanın çevreye ruhsal adaptasyonunu açıklamaya çalışmaktır. Bkz. Selçuk Aslan, “Kişilik, Huy ve Psikopatoloji”, **Psikiyatride Derlemeler, Olgular ve Varsayımlar (RCHP)**, Y. 2, S. 1-2, 2008, s. 8.

⁴⁷³ Alacakaptan, Suçun Unsurları, s. 121; Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s. 454.

kimseden söz edilebilirken, bireyin kendi benliğini ortaya koymak suretiyle hareket etme yeteneğinden yoksun olduğu halde ise isnat yeteneğinin yokluğu söz konusu olacaktır. Bu anlamda şayet hareket kişilikten izler taşıyorsa, kişilik hareketlerle dışa vurulmaktadır⁴⁷⁴.

Bu teorinin isnat yeteneğinin esasını açıklamada yetersiz olduğu ileri sürülmüştür. Nitekim isnat yeteneğine sahip olmadıkları söylenen akıl hastalarının da yaptığı hareketlerin kişiliklerine uygun oldukları kolayca söylenebilir⁴⁷⁵. Yalnız psikik anormallikleri olan kimselerin kişiliklerine uygun hareket edemeyecekleri söylendiği takdirde, “failin normallığı” teorisinin vardığı sonuçlara ulaşılmış olacaktır⁴⁷⁶.

Kanımızca failin karakteri, kişiliği, zihniyeti gibi unsurlar kuşkusuz failin eyleminin oluşmasında önemli rol oynayan unsurlardır. Ancak ceza hukukunda kusur yargısı failin eyleminin değersizliği üzerinde gerçekleşmektedir. Bir başka anlatımla “kınanabilirlik” ancak failin eyleminden anlaşılabilen düşünce yapısının ya da zihniyetinin değersizliği hakkında gerçekleşmektedir. Bu nedenle ceza hukukunda söz konusu olan kusur karakter kusuru, kişilik kusuru ya da durum kusuru değil, somut gerçekleştirilen eylem kusurudur. Kişinin kendi benliğini ya da kişiliğini ortaya koyacak yeteneklere sahip olması gibi hususların kusur yeteneğinin esasını oluşturduğunu savunmak, fail hakkında kusur yargısına (değer yargısına) varabilmek için, failin kişiliğinin tetkik edilmesi, araştırılması ve ortaya çıkarılması gibi tespiti zor ve hatta imkânsız faaliyetleri zorunlu kılacaktır. Bu da fail adedince ceza hukuku anlamına gelecektir ve fail hakkındaki değer yargısının (fiili üzerinde) imkânsız hale gelmesini sonuçlayacaktır.

Bir diğer eleştiri de haklı olarak akıl hastalarının kişiliğine uygun davranmadıkları savının geçersizliğidir. Örneğin, arkasında yürüyen kişiyi içine şeytan girmiş ve kendisini öldürmek isteyen bir kişi olarak algılayan bir akıl hastası, gerçeklikten kopması sonucu kendisini öldürmeden önce davranarak bu kişiyi öldürse aslında kişiliğinde bulunan savunma içgüdüğü ile davranmaktadır. Ancak kişiliğine uygun bu içgüdü, gerçeklikle bağı kopmuş bir algılamaya dayanmaktadır.

⁴⁷⁴ H. Toroslu, Ceza Hukukunda İsnat Yeteneği, s. 64-65.

⁴⁷⁵ Alacakaptan, Suçun Unsurları, s. 121; Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s. 454.

⁴⁷⁶ Alacakaptan, Suçun Unsurları, s. 121; Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s. 454.

Bu nedenle akıl hastalarının kişiliklerine uygun davranmadıklarını savunmak yerinde olmayabilecektir.

C. Kusur Teorileri Açısından Akıl Hastalığı Durumunun İrdelenmesi

1. Genel Çerçeve ve Yöntem

Kusur yeteneği kavramı, kusur kavramından anlaşılması gereken şeye bağlıdır. Çünkü “yetenek” kusurun karakteri bakımından belirlenmektedir. Bu nedenle prensip olarak kusur hakkında hükme varma ile kusur yeteneği hakkında hükme varma arasında ilkesel olarak bir ayırım yapmak ve bu kavramlar için farklı yöntemlerin benimsenmesi hatalı görünmektedir. Kusur ve kusur yeteneği ayrılmaz biçimde birbirlerine bağlıdır⁴⁷⁷. Gerçekten de kusurun tanımlanması açısından kimlerin hangi özellikleri nedeniyle kusurlu sayılmadıkları belirleyici rol oynamaktadır. Bu nedendir ki kusur yeteneğine sahip olmayan kişilerin davranışlarında hangi niteliklerin aranacağı, aranması ya da aranmaması gerektiği, kusur yargısı için bağlantı noktasını oluşturmaktadır. Bu bağlantı noktası akıl hastalığı gibi zihinsel bozukluk teşkil eden durumlarda failin ceza sorumluluğunun belirlenmesinde doğrudan etkili olduğundan önem arz etmektedir.

Belirtilen nedenlerle kusur yeteneğinin içeriğinin belirlenmesi için öncelikle kusurun ne anlama geldiği ortaya koyulmalıdır. Kusurun anlamı açısından ise öğretilerde değişik teoriler öne sürülmüştür. Kusur teorileri olarak da adlandırılan bu teoriler şu şekilde sayılabilir:

- Psikolojik Kusur Teorisi
- Fonksiyonel (İşlevsel) Kusur Teorisi
- Normatif Kusur Teorisi

⁴⁷⁷ Schreiber, “Schuld und Schuldfähigkeit im Strafrecht”, s. 82.

2. Kusur Teorileri Çerçevesinde “Akıl Hastalığı” Durumunun İncelenmesi

a. Psikolojik Kusur Teorisi

Geçmişteki gelişim sürecinde kusur kavramı ceza hukuku içinde değişimler geçirmiştir. Yüzyılımızın başlarına kadar hâkim olan psikolojik kusur kavramı, isnad yeteneğinin olmadığı durumları istisna tutmanın dışında, kusur içinde fail ile fiili birbirine bağlayan sübjektif ilişkiyi, yani kast ve taksir ilişkisini görmekte sınırlıydı⁴⁷⁸. Ceza hukukunda *Hegeli* hareket kavramına dayanan bu görüşte esas olan eylem ile irade arasındaki ilişkiydi. Bir başka deyişle psikolojik kusur teorisine göre, fiil ile fail arasındaki psişik ilişki cezalandırma bakımından önem arz etmekteydi. Bu psişik ilişki ise *kast* ve *taksir* ile sınırlı kalmaktaydı. Bu teoriyi savunanlara göre, kast hareket ve neticenin istenmesi, taksir sadece hareketin istenmesi olarak ele alınmış, kusurluluk ise hareketin istenmesi olarak kabul edilmiştir. Böylece kusurluluğu “isteme” olarak tanımlayarak psikolojik teoriyi kurmuşlardır⁴⁷⁹. Bu şekilde anlaşılan kusurluluk, “netice ile bunu istemiş ya da öngörebilecek durumda bulunmuş olan fail arasında kurulan psikolojik bir bağ, manevî bir nedensellik bağlantısı”⁴⁸⁰ olarak anlaşılmıştır.

Ancak günümüzde ceza hukuku öğretisinde hâkim görüş kastın, tipikliğin sübjektif unsurları içinde yer alan bir unsur olduğu yönündedir⁴⁸¹. Bu bakımdan failin kastının bulunmaması, eylemin suç tipine uygun (tipik) bir eylem olarak

⁴⁷⁸ Maurach/ Zipf, § 30, kn. 15 vd., s. 420 vd.; İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 403 vd.

⁴⁷⁹ Dönmezer/Erman, C. II, kn. 909.

⁴⁸⁰ Dönmezer/Erman, C. II, kn. 909.

⁴⁸¹ Günther Jakobs, **Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch**, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1991, (AT), s. 255 vd.; Maurach/Zipf, § 22 I, kn. 1 vd., s. 301 vd.; Gropp, AT, kn. 110 vd. , s. 150 vd.; Rengier, § 14, kn. 1 vd. , s. 100 vd.; Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, s. 248 vd.; Uwe Murmann, **Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte**, C. H. Beck Verlag, München, 2015, s. 66; Harro Otto, **Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre**, 7. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 2004, s. 75 vd.; Heinrich, s. 97 vd.; Volker Krey/ Robert Esser, **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. überarbeitete Auflage, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 2016, s. 373 vd.; Urs Kindhäuser, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2015, (AT), s. 125 vd.; Wessels/ Beulke/ Satzger, s. 92 vd.; Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 224 vd.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Genel Hükümler, s. 236 vd.; Koca/ Üzülmöz, s. 135 vd.

nitelendirilmesine engel teşkil etmektedir. Bu bakımdan kusur yeteneğine sahip olmayan bir akıl hastası da eylemini kasten gerçekleştirmektedir. Ancak fiilini gerçekleştirirken suç tipindeki unsurları bilmesi ve istemesi, gerçek iradesini yansıtmamaktadır. Örneğin, psikotik bir akıl hastalığına sahip bir kişi, hiç tanımadığı bir kişinin kendisini öldürmek üzere başka bir galaksiden geldiğine inanması nedeniyle bu kişiyi öldürmesi durumunda, failin öldürme kastı bulunmaktadır. Ancak bu kasıtlı davranış failin fiilinin haksızlığını algılayamaması ya da davranışlarını bu algıya uygun yönlendirememesi nedeniyle cezasız kalmaktadır.

b. Fonksiyonel (İşlevsel) Kusur Teorisi

Jakobs tarafından geliştirilen “işlevsel kusur kavramı” anlayışında, kusur ve ceza arasındaki ilişkiden yola çıkarak⁴⁸², kusurun aslında (pozitif) genel önlemenin bir türevi olduğu görüşü ileri sürülmektedir⁴⁸³. Bu görüşe göre, fail hukuka sadakatsizlik etmesi⁴⁸⁴ ya da *Jakobs*’ un ifadesiyle “*hukuki motivasyon noksansanlığı*” nedeniyle suçlanmaktadır⁴⁸⁵. Bu nedenle ancak genel hukuk bilincinin kuvvetlendirilmesi için, cezanın gerekli görüldüğü hallerde, kusurlu davranışa cevap verilmektedir (pozitif genel önleme)⁴⁸⁶.

Jakobs’ un kusur konseptinin temelini, pozitif genel önleme teorisi oluşturmaktadır. Toplumsal ortak yaşam, hukuk normları aracılığıyla düzenlenmektedir ve bu nedenle bunlara uyulması, herkes tarafından

⁴⁸² Wessels/ Beulke/ Satzger, s. 193.

⁴⁸³ Günther Jakobs, **Schuld und Prävention**, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976, (Schuld und Prävention), s. 32; Jakobs, AT, s. 480 vd.; Günther Jakobs, “Drei Bemerkungen zum gesellschaftsfunktionalen Schuldbegriff”, **FS für Kristian Kühl**, München, 2014, (“gesellschaftsfunktionalen Schuldbegriff”), s. 281 vd.

⁴⁸⁴ Heinz Koriath, “Zum Streit um den Schuldbegriff. Eine Skizze”, **Goltdammer’s Archiv für Strafrecht (GA)**, 2011, s. 620. Öğretide, *Meraklı* da kusuru, failin eylemi ile hukuk düzenine sadakatsizlik göstermesinden ötürü kınanabilirliği olarak tanımlamaktadır. Bkz. Serkan Meraklı, **Ceza Hukukunda Kusur**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 32.

⁴⁸⁵ Jakobs, AT, s. 481.

⁴⁸⁶ Wessels/ Beulke/ Satzger, s. 193; *Hirsch*’ e göre, kusurun *esas*ı sorusu ele alınırken, ceza hukuku anlamındaki kusurun unsurunun gereksinimlerini ve koşullarını araştırmak gerekecektir. Burada *irade özgürlüğü* anlamının getirdiği problem de çok büyük bir rol oynamaktadır. Ancak öncelikle kusur kavramının *işlevinin ve etkilerinin* aydınlatılması gerekmektedir; böylece “gerekçelendirme yükümlülüğünün” kapsamı sınırlanabilir. Bu aşamada ise güncel tartışmalar da dikkate alınarak ağırlıklı olarak *önleme düşüncesine* olan oranın araştırılması gerekmektedir. Bkz. Hirsch, “Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht”, s. 749.

beklenmektedir. Norm ihlaliyle bu beklentinin hayal kırıklığına uğradığı⁴⁸⁷, tepki gerektiren bir ihtilafın meydana geldiği varsayılmaktadır. Bu tür bir tepki olmazsa, normun geçerliliğine olan güvenin⁴⁸⁸ sarsılacağı düşünülmektedir. Buna göre cezanın işlevinin, sosyal iletişimin bir oryantasyon örneği olarak, normun korunması olduğu, cezanın içeriğinin ise normun inkâr edilmesi nedeniyle normu ihlal eden hesabına gerçekleşen bir itirazdan ibaret olduğu varsayılmaktadır. Yani önemli olan, normun dikkate alınmasına bireyleri yönlendirmektir (pozitif genel önleme)⁴⁸⁹.

Bu teoride kusur kavramının amaç ilişkisi ortaya konulmaya çalışılırken, kusurun yerine getirmesi gerektiği hizmetin ne olması hususu, cezalandırılması gerekenin ne olması gerektiği üzerinden anlatılmaya çalışılmaktadır⁴⁹⁰. Hukuka aykırı eylemde ortaya çıkarılmak istenilen, hukuka bağlılık (hukuka sadakat) eksikliğinin ifade edilip edilmediği veya failin, bulunduğu eylemin hukuka aykırılığından uzaklaştırılmasının mümkün olup olmadığıdır. Bu nedenle kusurun psikolojik olarak “yapabilme” olarak değil, norma yönelik bir “görev” olarak kavranması gerekmektedir. Buna göre belirli bir anayasaya sahip toplum için kusur kavramının işlevsel olarak tasarlanması, cezanın amaçlarını sağlama zorunluluğuna göre düzenleyici bir işlev ifa etmektedir⁴⁹¹.

Kusur kavramının bu şekilde saptanan amaç ilişkisi, ceza hukukuna ait belirli alanlar üzerinde sonuçlara yol açmaktadır. Bu etkilerin başında failin kusur yeteneği açısından kendini göstermektedir. Buna göre öncelikle failin normu algılama⁴⁹² ve norma riayet etme /norma uygun davranma yeteneği⁴⁹³ alanında kusur kavramı, tespit

⁴⁸⁷ Jakobs, Schuld und Prävention, s. 24.

⁴⁸⁸ Streng bu güvenin sağlanmasını demokratik ceza hukuku sisteminin merkez görevi olarak tarif etmektedir. Bu görevin sağlanmasında vatandaşların norma güven duymasını sağlayan, ölçüye uygun yaptırıma dayanan demokratik ceza hukuku sistemi aracılığıyla sorumlu olma ve davranışların etki altına alınması yer almaktadır. Bkz. Franz Streng, “Hirnforschung, Willensfreiheit und Schuld”, **Das Ich und sein Gehirn** (Hrsg. Gunnar Duttge), Göttingen, 2009, (“Hirnforschung”), s. 100.

⁴⁸⁹ Jakobs, AT, s. 9-10; Georg Küpper, **Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik**, Duncker & Humbolt, Berlin, 1990, s. 155.

⁴⁹⁰ Jakobs, AT, s. 480-481; Jakobs, Schuld und Prävention, s. 8 vd.

⁴⁹¹ Jakobs, AT, s. 483; Küpper, s. 155.

⁴⁹² Alm. “Einsichtsfähigkeit”

⁴⁹³ Alm. “Befolgungsfähigkeit”

işlemine konu olan, ampirik (deneysel) sabit bir psikik durumdan kurtulmaktadır. Buna göre söz konusu yeteneklerde önemli olan ölçme değil, değerlendirmedir⁴⁹⁴.

İşlevsel kusur yeteneği açısından bakıldığında akıl hastası olan failin davranışları için kusurlu sayılması ve bu davranışlar nedeniyle ceza yaptırımına maruz kalması, ancak kendisinde cezanın özel önleme amacının etkili olabilmesi halinde mümkün olacaktır. Bir başka deyişle fail, hukuka sadık olmaması için ve bir bakıma kendisinde hukuk normlarına uyma bilincinin kuvvetlendirilmesi için cezalandırılmalıdır. Ancak bu amaç, akıl hastalığının etkisi altında eylemlerini gerçekleştiren kişiler için söz konusu olmayacağından, akıl hastası kişiler cezalandırılmamaktadır.

Belirtilen görüş öğretilerde eleştirilmektedir. *Kohlrausch*' a göre, salt önleme amacı sorumluluğun gerekçesi olamaz. *Kohlrausch* kusur ve kusur yeteneği kavramlarını irade özgürlüğü alanının dışında bulunan köklere dayandırmamaktadır. Bu görüşe göre, failin norma riayet edebilme yetisi sadece faile “görev” şeklinde emredilmekle kalmamalıdır, aksine hakiki (edimsel) bir temele dayandırılmalıdır. Ancak bunun için failin gerçek bireysel yeteneğinin aranmaması gerektiği, aksine genel olarak tespit edilebilen olanağın yeterli sayılması gerektiği belirtilebilir. Sağlıklı yetişkinlerde bu tür bir olanağın var olduğu ifade edilebilir. Bu nedenle *Kohlrausch* salt amaçsal (önleyici) teorilere karşı görüş bildirmektedir. Yazara göre, cezanın yalnızca fail üzerinde hukuki etki gösterme gerekliliği, yani önleme düşüncesi, sorumluluğun temeli için gerekçe olamaz⁴⁹⁵. *Kohlrausch* tarafından savunulan yaklaşım daha çok somut durumda failin başka türlü hareket edebilme yetisine (*Andershandelnkönnen*) dayanmaktadır.

⁴⁹⁴ Küpper, s. 156; ancak kusursuz olarak adlandırılan birilerinin “cezalandırılması” durumunda önleyici etkinin geliştirilemediği de kesin değildir. Bunun uyarısı özellikle *Maiwald* tarafından yapılmıştır. Özel önleyici olarak bakıldığında, gerçekleştirilen bir musibet, akıl hastasının veya çocuğun sonraki davranışlarını etkileyebilecek bir “ibretlik ders” olarak nitelendirilebilir. Ve genel önleyici olarak bakıldığında başkaları üzerinde davranışı sağlama sağlayan bir etki de muhtemeldir. Bkz. Manfred Maiwald, “Gedanken zu einem sozialen Schuldbegriff”, **FS für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987**, Berlin, 1987, s. 163.

⁴⁹⁵ Eduard Kohlrausch, “Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung”, **Festgabe für Dr. Karl Güterbock**, Verlag von Franz Vahlen, Berlin, 1910, ss. 24-26.

c. Normatif Kusur Teorisi

(1) Normatif Kusur Teorisinin Çıkış Noktası: Kişisel “Kınanabilirlik”

Günümüzde geçerli olan normatif kusur anlayışına göre, kusur failin gerçekleştirdiği haksızlık nedeniyle kınanabilmesidir. *Hirsch*' e göre, “*kınanabilir*” olarak değerlendirme yapabilmek için, fiilin kişisel kaçınılabilirliği⁴⁹⁶ zorunlu bir şarttır⁴⁹⁷. Bir başka deyişle fail kişisel olarak gerçekleştirmiş olduğu fiilden kaçınabilecek durumda değilse, kınanması söz konusu olamaz. Kişiyi haksızlığın yüklenmesi sadece bireysel anlamda davranışının norma aykırılığının farkına varma ve norma uygun davranmaya motive olma olasılığının, gerçekleşmiş haksızlık ile bağlantılı olması durumunda yerinde olacaktır⁴⁹⁸. Bu itibarla kusur, hukuki anlam ve sonuçlarının bilincinde olarak, haksızlık teşkil eden fiili işleme hususunda bir tercihte bulunduğu için, haksızlık teşkil eden fiili işleyen kişi hakkında bu fiil dolayısıyla bulunulan bir muaheze (*kinama, paylama, ayıplama*⁴⁹⁹) yargısıdır⁵⁰⁰. Uygulamada yargı kararlarında da kusur ve kusur yeteneği kavramlarının kınanabilirliğe ilişkin kavramlar olduğuna dikkat çekilmektedir. Örneğin Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında bu hususa şu şekilde yer vermiştir: “...*Yeni ceza adalet sistemimizde akıl hastalığı; kusur yeteneğini etkilemesi nedeniyle, ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran sebeplerden birisi olarak düzenlenmiştir. Buna göre, ortada tüm unsurlarıyla oluşmuş bir suç bulunmakta ise de; akıl hastası olduğu saptanan sanık, işlemiş bulunduğu fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamayacak durumda olduğundan, bu suçun işlenmesinden dolayı hukuki anlamda ‘kınanamaz’, yani*”

⁴⁹⁶ Alm. “*Vermeidbarkeit*”

⁴⁹⁷ Hirsch, “Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht”, s. 749; Werner Hardwig, “Personales Unrecht und Schuld”, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (MschrKrim)*, 1961, 44, (“Personales Unrecht und Schuld”), s. 198.

⁴⁹⁸ Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, s. 138 vd.; *Hirsch* bu bağlantının bulunmaması durumunda, toplumun haksızlığa vereceği cevabın faille yönelmesinin mümkün olmayacağını belirtmektedir. Zira kişinin o halde sorumluluğu yoktur. Bkz. Hirsch, “Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht”, s. 750.

⁴⁹⁹ Büyük Türkçe Sözlük (www.tdk.gov.tr)

⁵⁰⁰ Ceza ise işlemiş olduğu haksızlıktan dolayı bir insanın muaheze edilmesi gerektiği hususundaki yargının somutlaştırılmasıdır, maddi bir muhteva kazanmasıdır. Bkz. Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 685, 687; Özgenç, “Kusur Yargısı ve Yaş Küçüklüğü”, ss. 252-253.

sorumlu tutulup cezalandırılmaz...⁵⁰¹

Akıl hastalığı durumu failin somut olayda, davranışının haksızlığını algılama konusunda, ya da haksızlık algısı bulunmasına rağmen davranışlarını hukuka uygun yönde yönlendirme konusunda engel teşkil eden bir sebep olarak görülmektedir. Nitekim akıl hastalarında bulunabilecek algı sapmaları, gerçeklikten kopma ya da gerçekliği yanlış değerlendirme durumları, akıl hastalarının eylemlerini hukuka uygun yönde gerçekleştirme motivasyonu sağlamasına engel olabilecektir. Akıl hastaları bu durumları nedeniyle eylemin haksızlığını algılamakla beraber, yine de hukuka uygun davranışı gerçekleştiremeyebilir. Bu durumda akıl hastası failin mevcut haksızlık algısına rağmen, akıl hastalığı durumu failin haksız olan davranışı seçmesinde o denli güçlü bir dürtü, motivasyon yaratmaktadır ki, fail davranışlarını hukuka uygun şekilde kumanda edememektedir. Örneğin kleptomani (patolojik çalma dürtü bozukluğu) durumunda belirtilen şekilde bir etki söz konusudur. Hırsızlık teşkil eden fiili gerçekleştiren fail, hırsızlık fiiline hukuk düzenince izin verilmediğini, yani bu fiilin hukuk düzeninde yasaklanmış olduğunun farkındadır. Ancak kendisinde mevcut olan kleptomani dürtü bozukluğu nedeniyle, hukuka uygun yönde davranışı sergileme iradesi gerçekleşmemektedir.

Akıl hastalığının belirtilen olumsuz etkileri nedeniyle, kişinin eyleminde hukuka sadakat eksikliği içeren gerçek iradesi tespit edilememektedir. Bu nedenle akıl hastalığının etkisi altında gerçekleşmiş eylemlerden dolayı, kişisel olarak “kınanma” gerçekleşmemektedir.

Kusur kınamasının⁵⁰² **konusu**, failin hukuka aykırı eyleminde sergilediği, hukuk düzeninin⁵⁰³ kendisinden beklediği davranış beklentileri karşısındaki **hatalı**

⁵⁰¹ YCGK, E. 2015/607, K. 2015/300, T. 06.10.2015.

⁵⁰² Burada “kusur kınaması” ifadesi yerine “kusur isnadı” ifadesi de kullanılabilir. İsnat kavramı sözlükte, *bir düşünceyi, bir konuyu bir kişi veya sebebe dayandırma, yükleme, atfetme* olarak tanımlanmaktadır. Bkz. www.tdk.gov.tr. Bu konuda kullanılmış olan “*kusur isnadı*” kavramı da, “*kusur yüklenimi*” ya da “*kusur atfi*” kavramları ile eşdeğer olarak kullanılabilir.

⁵⁰³ Ceza hukuku düzeni bir değerler sistemi bütünüdür. Bir değerlendirme faaliyetiyle ortaya çıkan davranış kuralları, belli bir toplumsal gerçeklik üzerine birer değer hükümleridir. Bu nedenle bu toplumsal gerçeklik içinde hareket eden varlıkların eylemlerini değerlendirmektedir. Bkz. Zeki Hafizoğulları, **Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, Ankara, 1987, (Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku), ss. 27-28.

tutumudur. Bir başka anlatımla failin yükümlülüğe aykırı irade belirlemesidir⁵⁰⁴. Kusur kınamasının konusu açısından önem arz eden, failin irade belirlemesinde etkili olan genel anlamdaki hukuka düşmanca olan tutumu ya da zihniyeti değil, sadece gerçekleştirmiş olduğu eylemden anlaşılabilen kusurudur (*Einzeltatschuld*)⁵⁰⁵. Bu bakımdan kınama yargısı failin gerçekleştirmiş olduğu eylem üzerinden gerçekleştirilmektedir. Eylem öncesinde var olan, failin yaşam tarzı ya da karakteri gibi hususlar, her ne kadar eylemin gerçekleşmesinde harekete geçiren unsurlar olsalar da, failin eylemi nedeniyle kınanması açısından öneme sahip değildirler. Bir başka deyişle kusur yargısı için bağlantı noktasını failin haksızlık teşkil eden eylemi oluşturmaktadır. Ceza hukukundaki kusur, karakter kusuru (*Charakterchuld*)⁵⁰⁶ veya sürdürülen yaşam tarzı kusuru (*Lebensführungsschuld*)⁵⁰⁷ değil, somut-gerçekleştirilen eylem kusurudur (*Einzeltatschuld*). Sadece doğrudan eylemle ilişkili olan önceki davranışlar, kusur yükleniminin gerekçesine dayandırılmak zorundadır⁵⁰⁸. Ancak, Alman Ceza Kanunu § 46 II maddesi uyarınca failin önceki hayatı **cezanın belirlenmesinde** dikkate alınabilmektedir⁵⁰⁹. TCK m. 61’ de ise failin önceki yaşamı temel cezanın belirlenmesi bakımından göz önüne alınacak kriterler arasında sayılmamıştır. Bu durum ancak TCK m. 62/2 kapsamında takdiri indirim sebepleri açısından göz önüne alınabilecek bir husustur.

⁵⁰⁴ Alm. “*pflichtwidrige Willensbestimmung*” bkz. Jürgen Tiemeyer, “Grundlagenprobleme des normativen Schuldbegriffs”, **Goldammer’s Archiv für Strafrecht (GA)**, 1986, s. 203.

⁵⁰⁵ Heinrich, AT, s. 224.

⁵⁰⁶ Beyin araştırmaları ile elde edilen yeni bulguların, baskın şekilde kabul gören eylem kusuru anlayışı yerine, karakter kusuru öğretisine uyduğu belirtilmektedir. Bu görüşe göre, kusur isnadının temelinde failin hatalı karakteri yatmaktadır. Bir başka deyişle kusur karaktere isnat edilebilirliktir. Bkz. Udo Ebert, “Charakterschuld”, **FS für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag**, München, 2014, s. 137, 147.

⁵⁰⁷ *Haft*’ a göre, ceza hukuku fiil ceza hukukudur. Yaptırım olarak ceza failin gerçekleştirmiş olduğu hukuka aykırı fiile bağlıdır. Failin “ben-böyleyim” veya “ben-böyle-oldum” olgusu için sorumlu tutulduğu ve ceza hukukunun kriminal belirli yaşam şekillerini tarif ettiği, yani kadın ticareti yapan veya hırsız gibi belirli “tıpteki” failler varsaydığı “fail ceza hukuku” fikri her daim yeniden tasarlanırsa da hiçbir zaman ciddi bir şekilde savunulmamıştır. Fail tipleri ancak muğlak şekilde tarif edilebilir; farklı şekli mümkün değildir. Bu nedenle örneğin, ünlü fail tipleri teorisini geliştiren *von Liszt*, fiil ceza hukukundan yola çıkmıştır ve ceza hukukunu suçlunun “*büyük fermanı*” olarak adlandırmıştır. Aynı şekilde ceza hukuku, tipik olmayan failleri de (örneğin fırsatçı hırsız) belirlemelidir. Bkz. Haft, s. 119-120.

⁵⁰⁸ Derinlemesine bilgi için bkz. Franz Streng, “Wie weit reicht das Koinzidenzprinzip? Aspekte des Zusammenhangs von Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld”, **FS für Werner Beulke zum 70. Geburtstag**, Heidelberg, 2015, s. 320, 325.

⁵⁰⁹ Benzer şekilde Eschelbach, **STGB (Satzger/Schluckebier/Widmaier)**, § 46 kn. 107 vd.

Bazı durumlarda *Haft*' a göre eylem kusuru konsepti istenilen sonucu verememektedir. Bu konsept, kast ve bilinçli taksir durumlarında açıklayıcı olabilir. Ancak özellikle bilinçsiz taksir ve yasaklılık yanılığısındaki kaçınılabilirlik durumlarında belirli sınırlarla karşı karşıyadır. Yazara göre, her iki durumda da sürdürülen yaşam tarzı kusuruna (*Lebensführungsschuld*) dönülmelidir. Bilinçsiz taksirde faile ancak tehlikelerde uygun şekilde tepki verme yönündeki eylem hazırlığını ihmal ettiği gerekçesiyle bir isnatta bulunulabilir. Kaçınılabilir yasaklılık yanılığısında ise failin artık vicdanını dinlemeyen bir insan olduğu ve ceza hukukunda emir teşkil eden gerekli araştırmaları yerine getirmekte ihmal ettiği suçlamasında bulunulur⁵¹⁰.

Kusur kınamasının içsel⁵¹¹ meşruluğu, insanın özgürce kendi davranış biçimini tayin edebilme yeteneği ile donatılmış olması ve aklî-ahlakî olgunluğa erişir erişmez, "*hukuk vicdanı*"nın sınandığı durumda hukuki olarak yasak olandan kaçınmak konusunda yeteneğinin bulunmasıdır. Ancak ciddi ruhi bozukluklar nedeniyle eylemin haksızlığını algılama ya da bu algıya göre davranma yeteneği olmayan kişinin bu durumda olduğu söylenemeyecektir⁵¹². Alman Yüksek Mahkemesi de failin kendisinde bulunan bu özelliği nedeniyle toplumsal olarak kınandığına vurgu yapmaktadır:

"Fail hukuka uygun davranmaması, hukuka uygun olana karar verebilecekken, haksızlığa karar vermesi nedeniyle ... kınanmaktadır. Kusur kınamasının içsel esası⁵¹³, insanın haklı ve haksızlığa karar vermek için; özgür, sorumlu, ahlaki olarak kendi davranışını tayin edebilmeye yönelik yaratılmış olması

⁵¹⁰ Haft, s. 120.

⁵¹¹ Burada kusur kavramının içsel esası belirtilirken, bu hususun failin içsel (psişik, psikolojik) özgürlüğü kastedilmiştir. Nitekim öğretilerde de özgürlük iç ve dış özgürlük olarak ayırma tabi tutulmaktadır. *Aral*' a göre, irade özgürlüğü insanın iç özgürlüğünü deyimlemektedir. Buradan da anlaşılacağı üzere özgürlük iç ve dış özgürlük olmak üzere iki açıdan ele alınabilmektedir. Dış özgürlük dış zorlamadan kurtulmuş olmayı, eylem ve davranışlarda herhangi bir dış zorlama ile karşılaşmamayı ifade etmektedir. Kişinin almış olduğu kararları uygulamada dışarıdan hiçbir şeyle engellenmemesi durumunda kişi özgürdür. İç özgürlük ise, iradî kararların gerçekleştirilmesi ile değil, bizzat bu kararların meydana gelmesi ile ilgilidir, yani dış davranış özgürlüğü değil, irade özgürlüğüdür. İradesinin meydana gelmesinde etkili dürtülere (motiflere, saiklere) uymak zorunda olmayan, bunlar karşısında şöyle ya da böyle karar vermek gücünde olan kimse, özgürdür. Bkz. Vecdi Aral, "Hukukta İrade Özgürlüğü", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM)*, C. 48, S. 1-4, 1982-1983, s. 249-250

⁵¹² Wessels/ Beulke/ Satzger, s. 191.

⁵¹³ Kusur kınamasının içsel esası kavramı hakkında bkz. iki önce, yukarıda zikredilen dipnot.

ve buna ehil olmasıdır.”⁵¹⁴ Buna göre “kusur”, fail tarafından işlenmiş haksız eylemin altında yatan hukukten kınanmaya değer düşünce yapısı ya da zihniyet nedeniyle eylemin kınanması⁵¹⁵ anlamına gelmektedir⁵¹⁶.

Böylece denilebilecektir ki, **fail sadece kendi isteği itibarıyla sorumlu olduğu bir şey nedeniyle kınanabilir, salt doğal olarak yapısında var olan bir şey nedeniyle failin kınanması söz konusu olamaz**⁵¹⁷. Kusur fail hakkında yapılacak bir değer yargısı olduğuna göre, akıl hastalığına tutulan bir kişinin davranışlarında, bu hastalığın etkisi altında gerçekleştirilen eylemler için gerçek bir değer yargısında bulunabilmek mümkün değildir.

(2) Kişisel “Kınanabilirlik” Kavramının İçeriğinin Belirlenmesi

(i) Failin Başka Türü Davranabilme Yeteneği

Kusurun içeriği genelde kişinin hukuka aykırı irade oluşumunda “hatalı olması”, “irade oluşumunun sorumlusu olması” olarak belirlenmektedir. Kusur ile faile karşı, gerçekleştirilmemesine imkân olduğu halde, yine de hukuka aykırı eylemi gerçekleştirdiği yönündeki kişisel kınama iddiasında bulunmaktadır⁵¹⁸. Bu şekilde

⁵¹⁴ BGHSt 2, 194 (200) = NJW 1952, 593; *Hörnle*’ ye göre, bu kararda sadece farklı-yapa-bilme (*Anders-Handeln-Können*) inancı dile getirilmemekte, ondan önce “kusurun değersizlik yargısının” bir temeli olarak farklı-karar-verebilme (*Anders-Entscheiden-Können*) inancı yatmaktadır. Bkz. Tatjana Hörnle, **Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf: Ein Plädoyer für Änderungen in der strafrechtlichen Verbrechens**, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2013, s. 11.

⁵¹⁵ Alm. “*Vorwerfbarkeit der Tat*”

⁵¹⁶ Wilhelm Gallas, “Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)**, 67(1955), s. 45-46; Jescheck/Weigend, AT, § 39 II 1; karşılaştırınız Greco, s. 636.

⁵¹⁷ Welzel, Das Deutsche Strafrecht, s. 139; Wessels/ Beulke/ Satzger, s. 192; farklı olarak öğretilde başka yazarlar karakter kusurundan hareket etmektedir. Bkz. Rolf Dietrich Herzberg, **Willensunfreiheit und Schuldvorwurf**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, (Schuldvorwurf), s. 45 vd; Rolf Dietrich Herzberg, “Überlegungen zum ethischen und strafrechtlichen Schuldbegriff”, **FS für Hans Achenbach**, Heidelberg, 2011, s. 157, 184, 186, 187; aynı şekilde bu görüşe modern beyin araştırmacılarından da itirazlar yükselmektedir.

⁵¹⁸ Roxin, AT I, § 19, s. 860; *Kaufmann*’ a göre, bu iddianın temelinde davranışlarını belirleme yeteneği yer almaktadır. Bu nedenle kusurlu fail, eylem öncesinde davranışlarını hukuk düzenine uygun bir şekilde belirleyebilmesine rağmen, yine de hukuka aykırı eylemde bulunan kişidir. Bkz. Armin Kaufmann, “Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum: Zugleich ein Beitrag zur Kritik des Entwurfs 1960”, **FS für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag**, Göttingen, 1961, s. 320.

gerçekleşen bir iddiada önemli olan hususun, failin haksız eylemi gerçekleştirmesi değil, başka türlü davranabileceği olgusunun ön kabul olarak kabul edilmesi, tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Bu tartışmalar “irade” oluşumunda determinizm-indeterminizm görüşleri arasındaki farkların ceza hukukuna taşınması neden olmaktadır. Acaba fail haksız eylemini gerçekleştirirken, ceza normunu ihlal etmeyen davranışı sergileyebilecek şekilde “irade özgürlüğü”ne sahip midir?

Alman Yüksek Mahkemesi’ nin bu konuda failin “*haklı ve haksızlığa karar vermek için; özgür, sorumlu, ahlaki olarak kendi davranışını tayin edebilmeye yönelik yaratılmış olması ve bu buna ehil olması*” nitelemesi aslında bu tartışmada indeterminist görüşün tercih edildiğini göstermektedir⁵¹⁹. Failin bu anlamda bir “irade özgürlüğü”nün bulunduğu önkabulü, güçlü determinizm anlayışının ampirik (deneysel) olarak doğrulanamıyor olması ve determinizm anlayışının sosyal konularda fiilen uygulanamaz nitelikte olması nedeniyle kabul edilebilir niteliktedir. Ancak indeterminizm teorisi açısından bakıldığında, teorik olarak failin karar özgürlüğü bulunduğu varsayılsa bile, bireysel failin olay anındaki başka türlü davranabilme yeteneği bilimsel tespite kapalıdır⁵²⁰.

Failin somut durumda başka türlü davranabilecek yetenekte olması, bir başka deyişle haksız olan davranış yerine, hukuka uygun olan davranışı gerçekleştirecek güce sahip olmasının aranması, kanun düzenlemelerine de yansıtılmaktadır. Örneğin, TCK m. 32’ de yer alan failin “fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği” esasen bu anlayışa işaret etmektedir. Bu durumda ise somut durumda bilimsel tespitin imkânsız olduğu failin fiil esnasında irade özgürlüğüne sahip olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. İndeterminizm-determinizm arasında hararetli tartışmaların kusur konusunda belirleyici olmaması hedeflenerek, pragmatik sosyal kusur kavramının, başka türlü davranabilme teorisi üzerinden geliştirildiği söylenebilir. Pragmatik sosyal kusur teorisine sonraki başlıklarda yer verileceğinden burada sadece belirtilmekle yetinilmiştir.

⁵¹⁹ BGHSt 2, 194 (200) = NJW 1952, 593.

⁵²⁰ Roxin, AT I, § 19, s. 860.

(ii) Failin Haksız Eylem Düşünce Yapısına Sahip Olması (*Aksiyolojik Kusur Kavramı*)

Cezalandırılabilir bir eylemin unsuru olarak “kusur”, *sosyo-etik*⁵²¹ ile ilgili olan değerlere aykırı olan, somut eylemden anlaşılabilen faildeki ceza normlarının emirlerine sadık kalmama düşünce yapısı ya da zihniyeti olarak anlaşılmaktadır⁵²². Kusur içeriğinin ve kişisel “kınanabilirlik” kavramının bu şekilde değer üzerinden anlaşılması, normatif kusur teorisi çerçevesinde, kusur kavramının “*aksiyolojik kusur kavramı*”⁵²³ olarak nitelendirilmesine neden olmuştur. Nitekim, fail hakkında “kınanma” konusunda yapılacak olan kusur yargısı, failin hukuka aykırı davranışı üzerine yapılan bir değer yargısıdır (*Werturteil*). Dar anlamı çerçevesinde kusur yargısı içinde, failin kişisel psikolojik durumu hakkında değer yargısında bulunmaktadır⁵²⁴.

Failin eyleminde sergilediği söz konusu zihniyeti ya da düşünce yapısı, hukuken tasvip edilmeyen zihniyet⁵²⁵ ya da düşünce yapısı olarak anlaşılmaktadır⁵²⁶. *von Liszt* ise bu zihniyeti, işlenmiş fiilden yani anti sosyal davranıştan teşhis edilebilen failin asosyal zihniyeti olarak görmektedir⁵²⁷. Böylelikle haksızlık ve kusur arasındaki fark eylemin hareket değersizliği ve zihniyet değersizliği arasındaki

⁵²¹ *Tiemeyer* kusur yargısı için esas bağlantı noktasının failin sosyo-etik değerlere aykırılık teşkil eden davranışı olduğunu belirtmektedir. Bkz. *Tiemeyer*, s. 204. Aynı şekilde *Haft* da cezanın faille karşı bir sosyo-etik kınama olduğunu belirtmektedir. Kusur olmadığında cezaya sebebiyet de verilmemiş olur. Bkz. *Haft*, s. 117.

⁵²² *Gallas*, s. 45 vd.: *Eberhard Schmidhäuser*, “Über den axiologischen Schuldbegriff des Strafrechts: Die unrechtlige Tatgesinnung”, **FS für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag 1. Band**, Berlin, 1985, s. 485.

⁵²³ Aksiyoloji felsefe ansiklopedisinde “değer kuramı”, aksiyolojik ise “değer-kuramsal” şeklinde belirtilmektedir. Aksiyoloji (Os. *Kıymet nazariyesi*, İng. *Axiology*) ya da değer kuramı, “Değer” in ne olduğunu, niteliğini, çeşitli değerlerin nasıl sıralanmaları gerektiğini araştıran ve bu konuda kuramlar ileri süren bilgi dalına, Yunanca değer anlamındaki *axia* ve inceleme anlamındaki *logos* sözcüklerinden yapılan *axiologie* denir. Orhan Hançerlioğlu, **Felsefe Ansiklopedisi Kavramlar ve Akımlar C. I**, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1976, s. 38, 278.

⁵²⁴ *Tiemeyer*, s. 204; *Zafer*’ e göre de, kusur failin cezalandırılması konusundaki değer yargısıdır. Bkz. *Hamide Zafer*, **Ceza Hukuku Genel Hükümler: TCK m. 1-75**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2015, s. 330.

⁵²⁵ Alm. “*rechtlich missbilligte Gesinnung*”

⁵²⁶ *Roxin*, AT I, s. 861; *Gallas*, s. 45.

⁵²⁷ *Schmidhäuser*, “Über den axiologischen Schuldbegriff”, s. 490.

fark olarak belirtilebilir⁵²⁸. Kusur alanında somut eylem çerçevesinde hukukun taleplerine olan failin tutumu üstünde, genelleştirilen sosyo-etik değer kıstasları odaklı bir değersizlik yargısı incelemesi gerçekleştirilmektedir⁵²⁹.

Failde bulunan ve failin eyleminde somutlaşan bu zihniyet *Jescheck/Weigend*' e göre, hukuken hatalı zihniyet yani kınanmaya değer hukuki zihniyet olarak belirtilebilir⁵³⁰. Burada failin hukuk düzeninde, korunmuş hukuksal yararlar dikkat etme taleplerine karşı yöneltilmiş değerden yoksun zihniyeti açığa vurması söz konusudur. Bu durum ise suçlamanın temelini oluşturmaktadır⁵³¹.

Faildeki düşünce yapısının ya da zihniyetin değersizliği açısından bakıldığında, fiili işleme kararında etkili olan hukuki zihniyet (*Rechtsgesinnung*) eksikliğinin kınanmaya değer olarak sayılabilmesi için, kusur yeteneğinin bulunması şarttır. Sadece belirli bir yaşa gelmiş ve ciddi ruhsal bozukluğu olmayan kişilerin, hukuk düzeni tarafından ceza sorumluluğu için talep edilen asgari düzeydeki kendi davranışlarını tayin etme (*Selbstbestimmung*) yeteneği mevcuttur. Kusur yeteneğinin olmadığı hallerde fail bir fiili işleyebilir, ancak kusurlu sayılamaz. Çünkü işlediği fiil, hukuken tasvip edilmeyen düşünce yapısına ya da zihniyete dayanmamaktadır⁵³². Bu nedenle TCK m. 32' de düzenlenmiş olan “akıl hastalığı” durumu, failin kişisel olarak eylemi nedeniyle “kınanması”na engel olmaktadır. Zira akıl hastası failin, hastalığın etkisi nedeniyle gerçekleştirmiş olduğu eylemlerde hukuka sadık olmayan düşünce yapısı anlaşılabilir.

(iii) Normlarla Normal Motivasyon İlişkisi İçinde Olunmasına Rağmen Haksız Hareket Etme (Norma Tepki Verebilirlik)

Ceza hukukunda normal olan ile normal olmayan arasındaki sınırların nereden geçtiği konusu sonuçta bir hukuksal-normatif sorun teşkil etmektedir. Bu yüzden failin norma uygun davranışı için, hangi gereksinimlerin meşru olarak ondan

⁵²⁸ Roxin, AT I, s. 861; Gallas, s. 45.

⁵²⁹ Roxin, AT I, s. 861. Özellikle psikopati gibi durumlarda suçluluk ile ilişkili olarak cezai veya moral sorumluluk anlamı içinde kat'i bir ayırım yapılamayacağı söylenmektedir. Bkz. Aykan, s. 21.

⁵³⁰ Jescheck /Weigend, s. 422.

⁵³¹ Jescheck/Weigend, s. 422.

⁵³² Jescheck/ Weigend, § 40, s. 433.

talep edilebileceği ve talep edilmesi gerektiği sorusu her zaman bu hukuksal-normatif sorunun arka planında yer almaktadır. Bu noktada “eğer fail anlamına uygun olarak ve normal bir insan için makul kabul edilebilir bir motivasyon ilişkisi içinde hareket etmişse” bu durum, kınanabilirlik ve kusur yeteneği için bir delil olabilecektir⁵³³. Kuşkusuz bu motivasyon ilişkisi ceza normları ile olan motivasyon ilişkisidir. Bu motivasyon ilişkisinin bulunduğu söylenmesi için ise, kişinin ceza normunun anlamını algılama ve bu algıyı normun beklentisi yönünde eyleme dönüştürme gibi yeteneklere sahip olması gerekmektedir. İşte bu yetenekleri ifade etmek için norma tepki verebilirlik (*normative Ansprechbarkeit*) kavramı kullanılmaktadır. Norma tepki verebilirlik kavramı kısaca failin “*zihinsel ve ruhsal durumu itibarıyla genel olarak normun çağrısına duyarlı olma eğiliminde*⁵³⁴” olması durumu olarak açıklanmaktadır⁵³⁵.

Noll’ a göre, ceza hukukundaki kusur ve kusur yeteneği kavramı, failin norma tepki verebilir olma durumuna karşın, ceza hukuku normuna aykırı kararından başka bir şey değildir⁵³⁶. Burada önemli olan, eylem anı için kanıtlanabilir ve fiili özellikte “başka şekilde hareket etme” özgürlüğü bulunduğu varsayımı değildir. Nitekim failin, somut eylem durumunda başka türlü davranabilmesi, yani yasak olan hareketi yapmaması ya da uygun olan harekette bulunması durumunun bilimsel olarak tespit edilemediği açıktır⁵³⁷.

Öğretide *Dreher*’ e göre, öncelikle sorumluluk prensibinden yola çıkılmalıdır. Bu görüşe göre, iradenin özgürlüğü kabulünü esas alan sorumluluk prensibi ancak insanların, sorumluluğa davet eden normlar aracılığıyla motive olabildikleri durumda

⁵³³ Haddenbrock, *Soziale oder forensische Schuldfähigkeit*, s. 145.

⁵³⁴ Burada *Roxin* açıklamasında “*disponiert sein*” ifadesine yer vermiştir. Bu ifade çalışmada eğiliminde bulunmak şeklinde çevrilmiştir. Ancak bu ifade aynı zamanda “*dayanıklı olmak, formda olmak, dirençli olmak*” anlamına da gelmektedir.

⁵³⁵ *Roxin*, AT I, § 19, s. 868. Kusur kavramının içeriğinin belirlenmesi başlığında daha önce açıklandığı üzere *Merkel*, normatif tepki verebilme kavramının içeriğini: 1. Duyarlılık (Normun emrinin anlamı, normun geçerliliğini idrak edebilme yeteneği), 2. Tepkisellik (Normun emrine doğru tepki verebilme yeteneği) şeklinde açıklamaktadır. Bkz. Reinhard *Merkel*, “Schuld, Charakter und normative Ansprechbarkeit: Zu den Grundlagen der Schuldlehre Claus Roxins”, **Strafrecht als Scientia Universalis: FS für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011 Band 1**, Walter de Gruyter, Berlin, 2011, s. 754 vd.

⁵³⁶ Peter *Noll*, “Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts”, **FS für Hellmuth Mayer**, Berlin, 1966, s. 223.

⁵³⁷ *Roxin*, AT I, § 19, s. 860.

olmaları halinde uygulanabilir⁵³⁸. Zira bu yetenek insanların özgürlüğünün bir koşuludur. İnsanlar gündelik hayatlarında her gün, söz konusu bu motive olabilirliği kendilerinde ve başkalarında tecrübe etmektedirler. Bunun sonucu olarak “*insanların kendilerini normlarla motive etme yeteneğinde her durumda, onların (=insanların) özgürlüğü ölçülmektedir.*”⁵³⁹ Bu noktada bazı insanlar, hukuki ve etik normlar aracılığıyla motive edilememektedir. Zira bu kişilerin söz konusu normların anlamını kavramaya güçleri yetmemektedir. *Dreher* bu kişilere örnek olarak akıl hastaları ve başka psişik ciddi engeli bulunanları, uyurgezer kişileri, hipnoz altında bulunan kişileri, uyuşturucu etkisi altında ya da alkol zehirlenmesi durumunda olan kişileri vermektedir⁵⁴⁰. *Graf zu Dohna* da bu hususa işaret etmektedir. Determinizmin kabulü halinde, aklen sağlıklı olan birinin en az akıl hastaları kadar başka türlü davranabilecek durumda olmadığı kabul edilmiş olacaktır. Bu halde sağlıklı failin cezalandırılmasına rağmen, akıl hastası failin neden cezalandırılmadığına gerekçe gösterilmesi imkânsız olacaktır. Bu iki fail grubu arasındaki fark ise, temelde normlar aracılığıyla hukuka uygun davranışın gerçekleştirilmesi konusunda motive edilebilirlik noktasında görülmektedir. Akıl sağlığı yerinde olanlar akıl hastalarına göre, ceza normları ve motivasyon unsurları aracılığıyla normal bir şekilde motive edilebilmektedirler⁵⁴¹.

Kusur ve kusur yeteneği kavramları irade özgürlüğünün ampirik olarak kanıtlanabilir olup olmadığından bağımsızdır. Çünkü önem arz eden, insanın özgür olup olmadığı değildir. Önemli olan, insana ait değer varsayımdır, insanın hukukta özgür ve sorumluluk bilinciyle muamele görebilmesidir. Bu nedenle bilirkişi tarafından değerlendirilecek ve ortaya çıkarılacak olan husus, ampirik olarak özgürlüğün bulunup bulunmadığı değil, prensip olarak bireyin hukuki hükümler çerçevesinde tepki verebilecek (*ansprechbar*) ve motive olabilecek (*motivierbar*) durumda olup olmadığıdır. Özgürlük olgusunun aksine, bu yeteneklere ilişkin somut durumda olup olmadıkları konusunda bir hükme varılabilir. Örneğin, bir kişinin

⁵³⁸ Dreher, Willensfreiheit, ss. 386-387.

⁵³⁹ Dreher, Willensfreiheit, s. 387; nitekim hareketin özelliği kadar, irade özgürlüğü de, meşru ceza yaptırımı için gereklidir. Bkz. Ünver, “Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri”, s. 140.

⁵⁴⁰ Dreher, Willensfreiheit, s. 387.

⁵⁴¹ Alexander Graf zu Dohna, “Ein unausrottbares Mißverständnis”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 66(1954), Heft 4, s. 512.

zihinsel bir bozukluk nedeniyle söz konusu kabiliyetleri yoksa, kusur yeteneğinin bulunmadığı kabul edilmelidir. Bu nedenle bu kişi gerçekleştirmiş olduğu eylem nedeniyle “kınanamaz” ve cezalandırılmaz⁵⁴².

(iv) Kendi Davranış Biçimini Tayin Etme Yeteneği (*Selbstbestimmungsfähigkeit*)

Kusur ve kusur yeteneği öğretide, *kendi davranış biçimini tayin etme yeteneği* (*Selbstbestimmungsfähigkeit*) olarak da kabul edilmektedir. Kişisel anlamda eylemden dolayı “kınanabilirlik” olgusu ise, bu yetenek üzerinden açıklanmaktadır. *Frister*’ e göre kusur yeteneği, kişinin “*genel olarak toplumumuzda erişilen ayırt etme seviyesinin önemli derecede gerisinde kalmayan bir şekilde karar verme*” niteliğidir⁵⁴³. Bir başka deyişle, sosyal karşılıklı etkileşim içinde bulunan toplum içindeki bireylerin norma uyma ya da uymama yönündeki karar verme özelliğidir ve buna ehil olmasıdır⁵⁴⁴. Bu ifade tarzı ile *Frister*’ in, irade özgürlüğü kavramının yerine sadece *kendi davranış biçimini tayin etme yeteneği* kavramını getirmekte olduğu söylenebilir⁵⁴⁵. *Kaufmann* da bu hususa işaret etmektedir. *Kaufmann*’ a göre, kusurun olup olmadığı sorusu, insanın özgür olarak kendi davranış biçimini tayin etmeye ehil olup olmadığı sorusu ile aynı anlama sahiptir⁵⁴⁶.

Bu nedenle kişinin kendi davranış biçimini tayin etme yeteneği kapsamında yapma ya da yapmama şeklindeki eylem öncesi kararının, kişinin kendi iradesinin ürünü olması, yani başkaca sebeplerle aslından farklı olacak şekilde etkilenmemiş olması gerekmektedir. Örneğin, failde bulunan akıl hastalığı, failin norma uygun davranış yönünde karar verme yeteneğini ortadan kaldırarak onun davranışlarını

⁵⁴² Claus Roxin, “Wandlungen der Strafrechtswissenschaft heute”, *Universitas, Zeitschrift für Wissenschaft, Kunst und Literatur*, 34. Jahrgang, Heft 9, 1979, s. 917.

⁵⁴³ Helmut Frister, *Die Struktur des “voluntativen Schuldelements”*: zugleich eine Analyse des Verhältnisses von Schuld und positiver Generalprävention, Duncker & Humboldt, Berlin, 1993, (Die Struktur des “voluntativen Schuldelements”), s. 253; benzer şekilde Frister, AT, s. 246.

⁵⁴⁴ Frister, Die Struktur des “voluntativen Schuldelements”, s. 253.

⁵⁴⁵ Anja Schiemann, “Die Willensfreiheit und das Schuldstrafrecht- eine überflüssige Debatte?”, *Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS)*, 6/ 2012, s. 775.

⁵⁴⁶ Arthur Kaufmann, “Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht”, *Strafrecht zwischen Gestern und Morgen*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1983, s. 27.

hukuka uygun şekilde tayin etme olasılığını ortadan kaldırdığı için kusur yeteneğini kaldıran bir haldir. Bu şekilde akıl hastalığı etkisi altında gerçekleştirilen eylemler nedeniyle bir kişi ceza hukukunda kişisel olarak “kınanamaz” ve bu nedenle cezalandırılmaz.

(v). Pragmatik Sosyal Kusur Teorisi

İnsanların gerçekleştirdiği davranışlar karşılıklı olarak öngörülebilir olacaksa, birlikte yaşamak bir kaos haline gelmeyecekse ya da sadece bireylerin veya grupların şiddet uygulamasına bırakılmayacaksa, davranışların sosyal normlar ile kontrol edilmesi şarttır. Norm geçerliliğinin ya da norma uygun davranışın toplumu oluşturan bireylere kabul ettirilmesi için, normdaki davranış beklentisini karşılamayan failin gerçekleştirmiş olduğu eylem için yaptırım uygulanması gerekmektedir⁵⁴⁷. Esasen ceza hukukunun sosyal kontrol işlevi de bu şekilde gerçekleşmektedir. Söz konusu yaptırımın uygulanması, sadece bireyin davranışı ve sorumluluğuyla bağlantılı olarak, bireylerin sübjektif sorumluluk bilinci temelinde uygulanabilmektedir⁵⁴⁸.

Kusur, norma aykırı davranışın sübjektif isnadiyeti prensibi anlamına gelmektedir. Normu ihlal eden bir eylemin göz ardı edilmesi veya tüm bireylere mal edilmesi söz konusu olamaz⁵⁴⁹. Normu ihlal eden eylem sonucunda meydana gelen ihtilaf bu şekilde çözülemez. Öte yandan yalın bir netice yüklemesi, bireyin isnadiyetine giden yol olamaz. Daha ziyade, eğer normların davranış üzerinde etkisi olacaksa, bireyin norma uygun davranma “yeteneği (*Dafürkönnen*)” bu etkinin gerçekleşebilmesi için ön koşul niteliğindedir⁵⁵⁰. Zarar, failin katkısı olmadan tesadüf sonucu meydana gelmemişse ve şayet failin başka türlü davranabilme imkânı varsa

⁵⁴⁷ Günter Stratenwerth / Lothar Kuhlen, **Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat**, 6. überarbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2011, s. 2 vd.

⁵⁴⁸ Schreiber, “Schuld und Schuldfähigkeit im Strafrecht”, s. 78; aynı şekilde ceza hukukunun genel önleyici işlevi de her bir bireyin davranışı ile bu davranış için sorumluluğu arasındaki bağlantıyı talep etmektedir. Bkz. Günther Stratenwerth, **Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips**, C. F. Müller Juristischer Verlag, Karlsruhe, 1977, s. 39.

⁵⁴⁹ Schreiber/ Rosenau, s. 92.

⁵⁵⁰ Winfried Hassemer, **Einführung in die Grundlagen des Strafrechts**, 2. Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1990, s. 218.

sorumluluk doğmaktadır⁵⁵¹. Buradaki “başka türlü davranabilme (*Anders-Handeln-Können*)” kavramı, indeterminizmdeki kanıtlanması mümkün olmayan özgürlük kavramı olarak anlaşılmalıdır. Burada tek kastedilen, bir başka ortalama bireyin, failin içinde bulunduğu dışsal ve içsel durumda genelde farklı davranabilmesi, yani norma uygun davranışta bulunabilmesidir. Bir başka deyişle tecrübemize göre failin önünde eylem tasarrufu için bir hareket alanının mevcut bulunduğu⁵⁵².

Böylece pragmatik sosyal kusur teorisinin içinde barındırmış olduğu failin başka türlü davranabilme imkân ve iktidarının bulunması durumu ile çalışmanın önceki başlıklarında yer verilen failin başka türlü davranabilmesi arasında farklılık bulunmaktadır. Pragmatik sosyal kusur teorisi, geçmiş bir zaman diliminde bizzat failin bulunduğu farklı bir şekilde davranabilip davranamayacağı ile ilgilenmemektedir. Zira bu sorun aşağıda da belirtileceği üzere determinizm-indeterminizm problemi çerçevesinde irade özgürlüğü sorununu içermektedir. Bu konuda ne psikiyatri bilirkişisi ne de hakim bir yargıya varamaz. Pragmatik sosyal kusur teorisi, failin içinde bulunduğu durumda ortalama yeteneklere sahip, kınanma için ölçüt alınacak genel bir kişiden hukuka aykırı olmayan davranışın beklenebilir beklenemeyeceğini sorgulamaktadır.

Ceza hukukunda sadece pragmatik, sosyal-karşılaştırmalı bir kusur yargısı mümkündür. Kusur yeteneği değerlendirmesi, yalnızca insanın normal olaylarda motivasyonlara göre düzenlenen yeteneğini esas alan, pragmatik-sosyal bir kusur anlayışından ortaya çıkan bir zemin üzerinde, psikiyatrik ve hukuksal ölçütler arasında bir yol bulunarak gerçekleştirilebilir⁵⁵³. Kusur kavramı, indeterminizmin kabul ettiği tespiti ve ispatı mümkün olmayan özgürlük kavramından soyutlanacak olursa, ceza hukukundaki kınama ile ifade edilen, hukukun ortalama şartlardaki normal bir vatandaşın hukuk normlarına göre davranış beklentisinin sarsılmasıdır⁵⁵⁴. Bu tür bir kınamanın ön şartı, ahlaki seçim özgürlüğü değil, aksine sadece sosyal

⁵⁵¹ Schreiber, “Schuld und Schuldfähigkeit im Strafrecht”, s. 78.

⁵⁵² Schreiber/ Rosenau, s. 92.

⁵⁵³ Hans-Ludwig Schreiber, “Psikiyatrik ve Hukuksal Kriterler Arasında Kusur Yeteneği Değerlendirilmesi”, Çev. Yener Ünver, **Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 2: Tıp ve Ceza Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 28.

⁵⁵⁴ Paul Bockelmann, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. Neubearbeitete Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1979, s. 112.

normlar aracılığıyla normal motive olabilirlik⁵⁵⁵ imkânıdır. Hukuk, bu imkânı genel olarak varsaymakta ve haklı olanın değil de haksız olan eylemin seçilmesinde, ortalama şartlardaki yeteneklerden geri kalındığını iddia etmektedir. Bu nedenle hukukun kusur yargısı büyük ölçüde genelleştirilmiştir. Bu genelleştirme özellikle ceza hukukunda özel olarak ortaya çıkmaktadır. Ceza hukukundaki kınama için ortalama yeteneklerin fail tarafından kullanılmadığı iddiası, sadece normal koşullar altında vatandaşın beklenebilecek davranışın gerisinde kalmayı kapsamaktadır⁵⁵⁶. Buna göre, “çözülemeyen determinizm – indeterminizm⁵⁵⁷ alternatifinin altında” genelleştirilen kusur kınamasının konusu, failin içinde bulunduğu somut durumda bir başkasının bulunması halinde, genel pratik tecrübeye göre, bu kişinin başka türlü davranabilme imkân ve iktidarının olmasıdır⁵⁵⁸. Bu şekildeki pragmatik-sosyal kusur kavramı, sonuç itibarıyla irade özgürlüğünün ve davranışların determinasyonunun ispat edilemezliği karşısında bir tercihte bulunmaktadır. Bu konuda yasa koyucunun muhtemel özgürlük alternatifinden yana karar verdiği, bunun günlük tecrübeyle kendini doğrulayan pratik bir postulat (varsayım/faraziye) olduğu ve sosyal hayatta bir gerçeklik teşkil ettiği görüşünden⁵⁵⁹ hareket ettiği söylenebilecektir. İnsanın

⁵⁵⁵ Alm. “*Motivierbarkeit*”

⁵⁵⁶ Schreiber/ Rosenau, s. 92; v. Liszt’ e göre, belirleme normlarının etki olanağı ortalama vatandaşın motivasyon süreci içinde düşünülmektedir. Bu nedenle failden bu motivasyon sürecinde bulunması beklenmektedir. Bkz. von Liszt, ss. 225-226.

⁵⁵⁷ Frister, “Überlegungen zu einem agnostischen Begriff der Schuldfähigkeit”, s. 552 vd.; Roxin, AT I, § 19, s. 869; Schreiber/ Rosenau, s. 92.

⁵⁵⁸ Schreiber, “Schuld und Schuldfähigkeit im Strafrecht”, s. 78; *Schreiber*’ e göre, failin kıyaslanacağı “diğer normal kişilerin” davranışlarını hukuki normlara göre düzenlemek konusunda, normal sosyalleşme şartları altında yeterince yetenek edinmiş olduğu varsayımından hareket edilmektedir. Bu bakımdan sadece kişideki olağandışı durumlarda ya da eylem durumlarında kusur isnadı ortadan kalkacaktır. Bunlara örnek olarak akıl hastalığı, meşru savunmada sınırın aşılması ya da mazeret sebebi teşkil eden zorunluluk hali verilebilir. Bkz. Hans-Ludwig Schreiber, “Was heißt heute strafrechtliche Schuld und wie kann der Psychiater bei ihrer Feststellung mitwirken?”, *Nervenarzt* 48, 1977, s. 245.

⁵⁵⁹ Schöch, LK , § 20, kn. 30, s. 1278; Ceza hukukundaki kusur isnadı insanların birlikte yaşamı, dünyadaki mevcudiyetin üstün anlam içeriğine dayandırılmasına bağlıdır. Yani sadece canlıların varoluşu gerçeği, insan onuruna uygun bir düzen için yeterli olmamaktadır. Bu nedenle hukuk, toplum üyelerinden onların sosyal varoluşlarını da taşımakta olan davranış normlarının onları yönetmesine izin vermesini talep etmektedir. Ancak, toplum düzeninin korunması için hukuki itaat yönündeki salt ahlaki istem yeterli olmayacaktır. Daha ziyade, her bir birey, bulunduğu eylemler için, otokontrolün genel tecrübesiyle bağlantılı olan yaptırımlarla, yaptığının hesabını verebilmelidir. ***Yetişkin ve akli olarak ortalama sağlıklı failin sorumluluk fikri, sosyal ve ahlaki bilincimizin şüphe götürmeyen gerçeğidir.*** Herkes kendi eylemi için özgürlüğün kesin var olduğunu varsaymakta ve bu türdeki özgür eylemi, her başka insandan da beklemektedir. Aynı

kendini genel olarak özgür hissettiğini savunan görüş⁵⁶⁰ de çok farklı bir sonuca varmamaktadır⁵⁶¹.

Önce de vurgulandığı üzere pragmatik sosyal kusur teorisi aslında, failin somut durumda bulunduğundan farklı şekilde hareket etme özgürlüğünün ispatının yapılamaması nedeniyle kabul edilmiş bir teoridir. Nitekim geçmiş bir zaman diliminde bir kişinin bulunduğundan farklı şekilde davranabilip davranamayacağı hususu, özünde kişinin irade özgürlüğünün bulunup bulunmaması sorusuna bağlı olduğundan, bilimsel tespite kapalıdır. Ne hâkim, ne de bilirkişi bu soruya ampirik olarak cevap veremez. Pragmatik sosyal kusur teorisi, failin bireysel yetisine değil de, “tecrübeye göre ortalama bir insanın yetisine”, yani “çoğu insanın” yetisine dayanarak bu sonuçtan kaçma çabasındadır⁵⁶². O zaman “bireye karşı kusur isnadı”

şekilde her bir insanın sorumluluğu bir toplum içinde başka bir insan için olağandır. Ceza hukukunun bu esas sosyal psikolojik gerçeğe uygun olmaması ve bunun yerine özgürlük gibi ön koşullarının ispatının çok zor olduğu, determinizmin insan tablosunu esas alacak olması, ancak kötü bir ceza politikasında söz konusu olur. Bkz. Jescheck/ Weigend, § 37, s. 412; Dreher, Willensfreiheit, s. 383; Erwin R. Frey, “Schuld – Verantwortung – Strafe als kriminalpolitisches Problem”, **Schuld – Verantwortung – Strafe: Im Lichte der Theologie, Jurisprudenz, Soziologie, Medizin und Philosophie** (Herausgegeben von: Prof. Dr. Erwin R. Frey), Zürich Schulthess & Co Ag, Zürich, 1964, s. 320.

⁵⁶⁰ Ceza hukukunda bir takım yazar, *Burkhardt, Haddensbrock* tarafından ileri sürülen teze dayanarak irade özgürlüğünü subjektif-prospektif (*ileriye dönük*) olarak farklı eylemde bulunabilme bilinciyle (bu yöndeki özgürlük bilinci ile) gerekçelendirme çabasındadır: Biz özgürüz, çünkü somut durumda farklı eylemde bulunabilme bilinciyle yaşamaktayız. *Schild'* e göre ise özgürlük, daima kişinin kendisine (vicdanına) veya hukuki ilişki içinde olduğumuz diğerlerine karşı olan sorumluluğumuzla alakalıdır. Soyut birer teori olarak indeterminizm ve determinizm gerçek, nihai ve kendini belirleyen özgürlüğün uygulandığı anı dışlamaktadır. Bu nedenle özgürlüğün uygulamasını teorileştirmekte ve kaçırılmaktadır. Bkz. Björn Burkhardt, “Freiheitsbewußtsein und strafrechtliche Schuld”, **FS für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag**, München, 1998, s. 1 vd.; Siegfried Haddensbrock, “Das rechtliche Schuldprinzip in wissenschaftlich- anthropologischer (= global akzeptabler) Sicht”, **Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)**, 2003, s. 529; Gropp, AT, § 6, kn. 54, s. 277; *Aral* ise bu durumu şu şekilde açıklamaktadır; eylemde bulunan bir varlık olarak insan kendini, kendi eyleminin ve bu eylemden çıkan sonucun yaratıcısı olarak algılamakta ve özellikle çevresince onanan eylemlerin kendisine yüklenmesini, öncelikle, sanatkar olarak yapıtına büyük bir değer verdiği için, eyleminin özgün ve kendi kişiliğinin görünümü olarak kabul edilmesini istemektedir. İşte bu bilinç (özellikle ahlaki bilinç), irade özgürlüğünün varlığı konusunda gerekçe teşkil edebilir. Bkz. *Aral*, s. 256, 278.

⁵⁶¹ Schreiber/ Rosenau, s. 92-93.

⁵⁶² Roxin, AT I, § 19, s. 861; *Kaufmann'* a göre, hukuki normların bir esası olarak gerekli olduğu ölçüde insanın irade özgürlüğünün olduğu kabul edilmelidir. Bu tarzdaki esas problemler aslında hiçbir zaman kati olarak kanıtlanamamakla birlikte, olan ile olması gereken arasındaki köprüyü kurmaya yarar ortalama insan yapısını (*Durchschnittsmenschen*) oluşturmak için, tecrübelerimiz emretmektedir. Burada esasen insanın somut olayda özgür ve sorumlu bir şekilde karar verip vermediği problemi söz konusudur. İnsanın belirli durumda özgür karar verip vermediği, sadece

şöyle formüle edilmektedir: Failin bulunduğu durumda, tecrübelerimize göre, eşdeğer vakalarda onun yerinde bir başkası olsaydı, eylemi gerçekleştirirken failde muhtemelen eksik olan irade gücü çabasında bulunduğu, somut koşullar altında failin bulunduğu eylemden başka türlü davranabilirdi⁵⁶³. Bu şekilde “tipleştirilen (standartlaştırılan)” bir karşılaştırma ile failden başka türlü davranmasının beklenip beklenemeyeceği, beklenilecekse bunun ne şekilde olması gerektiği hususlarına ilişkin karar verme kolaylaştırılmış olmaktadır⁵⁶⁴. *Witter* ceza hukukunda uygun yaptırımlara hükmetmek, yaptırımı sınırlamak veya yaptırım uygulamamak için, karşılaştırma kıstaslarına sahip olmak amacıyla kişilerin ve durumların tipleştirilmek zorunda olduğunu belirtmektedir⁵⁶⁵. Ancak bu şekildeki indeterminizm anlayış noktasından yola çıkan, bireye karşı yapılacak ahlakî isnadı, başkalarında bulunan, ama eylemi gerçekleştiren failde bulunmayan bir yetiye dayandırmanın mümkün olmadığı da savunulmaktadır⁵⁶⁶.

Ceza hukuku öğretisinde, pragmatik sosyal kusur teorisi çerçevesinde yukarıda belirtildiği üzere, bireysel anlamda başka türlü davranabilmenin yerine “ortalama” başka türlü davranabilme yetisi getirilerek kusur kavramını, irade özgürlüğünün ampirik gerçekliğinden ayırma yönünde bir eğilim söz konusudur⁵⁶⁷. Böylece sosyal-kıyaslamacı kusur teorisi, başka türlü davranabilmenin reel-ampirik

karşılaştırma yoluyla meydana çıkarılabilecek bir husustur. Bu husus ise, benzer içsel ve dışsal durumda bulunan insanların tecrübelerine uygun davranışı ile kıyas yoluyla olacaktır. Bkz. Arthur Kaufmann, “Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht”, *JuristenZeitung (JZ)*, No. 18, 1967, s. 560.

⁵⁶³ Karl Engisch, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2. unveränderte Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1965, s. 26; Lenckner, “Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit”, s. 19; Jescheck/ Weigend, § 37, s. 411; Roxin, AT I, § 19, s. 861.

⁵⁶⁴ Hermann Witter, “Die Grundlagen für die Beurteilung der Schuldfähigkeit im Strafrecht”, *Der psychiatrische Sachverständige im Strafrecht* (Hrsg. H. Witter), Springer Verlag, MedR Schriftenreihe Medizinrecht, Berlin, Heidelberg, 1987, (“Beurteilung der Schuldfähigkeit”), s. 51.

⁵⁶⁵ Witter, “Beurteilung der Schuldfähigkeit”, s. 51.

⁵⁶⁶ Roxin, AT I, § 19, s. 861.

⁵⁶⁷ Belirtilen tarzda sosyal karşılaştırmalı kusur yargısı için bkz. Jescheck/ Weigend, § 37, s. 411; Lackner, “Prävention und Schuldunfähigkeit”, s. 245 vd.; Boris Bröcker, *Strafrechtliche Verantwortung ohne Willensfreiheit*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2015, ss. 55-59; Detlef Krauß, “Neue Hirnforschung- Neues Strafrecht?”, *FS für Heike Jung*, Baden-Baden, 2007, s. 427; Kohlrausch, “Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung”, s. 24 vd.

olanağını, eylemi gerçekleştiren fail yerine “ölçüye uygun bir insanı⁵⁶⁸” koyarak ve onun yeteneklerini, “kıyaslamacı bir muhakeme” yardımıyla eylemi gerçekleştiren failin yetenekleriyle kıyaslamakta ve adlî olarak ölçülebilir bir şekle dönüştürmektedir⁵⁶⁹. Eylemi gerçekleştiren fail, standartlaştırılan söz konusu bu ortalama insan ile yapılan karşılaştırmada örtüşme sağlarsa, kusur yeteneğinin koşulları yerine getirilmiş sayılır. Fail başka türlü davranabilirdi, çünkü bilişsel, duygusal ve motivasyon açısından, normal bir vatandaşın ortalama yeteneklerini sağlamaktadır. Bir başka deyişle fail somut durumda -tahmine göre- haklı ve haksızlıktan yana kararını verebilecek durumdadır⁵⁷⁰.

Kişi, aslında yapmayabileceği bir eylemi yapmış olması nedeniyle suçlanmamakta, daha ziyade kendisinin aslında aynı tür ve durumdaki bir insanın yapmayacağı bir eylemde bulunması nedeniyle suçlanmaktadır. Eylemde bulunarak fail, bireysel ve somut durumda kendisinden istenilen bir beklentiyi değil, tüm vatandaşlar için geçerli olan, normal şartlar altında kurallara uygun davranma beklentisini ihlal etmiştir⁵⁷¹. Böylelikle kusur kınaması, ampirik anlamda gerçek-bireysel başka türlü davranabilmenin (*Anders-Handeln-Können*) boşa çıkması nedeniyle failin kınanmasından, başka türlü davranma gerekliliğinin (*Anders-Handeln-Sollen*) yerine getirilmemesi nedeniyle failin kınanması haline bürünmektedir⁵⁷². Kusur kınamasının ahlakî-etik yöndeki kınayıcı özelliği, sosyal bir kınamaya dönüşmekte ve “kusur, bireysel kınamadır” prensibi, “*Homunculus normalis* (normal insan örneği)” esasına dayandırılarak, kişisel olmaktan çıkmakta ve standardize edilmektedir⁵⁷³. Kusur yargısı içeriğindeki emir unsuru, fail açısından

⁵⁶⁸ Alm.: “*maßgerechter Mensch*”.

⁵⁶⁹ Streng, **MK**, § 20, kn. 20, s. 755; Bröckers, s. 55.

⁵⁷⁰ Bröckers, s. 55.

⁵⁷¹ Bröckers, s. 57; *Kohlrausch*’ a göre, sorulması gereken, failin o durumda farklı yapabilme durumunda olup olmadığı değildir, genelleştirilen “kişinin” o durumda farklı yapabilme durumunda olup olmadığıdır. Bir başka deyişle norma uygun davranma yeteneği “bireysel” değil, “genel” olarak kabul edildiğinde, kamusal normların meşruluğu sağlanacaktır. Bkz. *Kohlrausch*, “Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung”, s. 24. Bu durumda bireysel kınama/isnad terk edilmiş olmaktadır. Bkz. Bröckers, dp. 175. Tabi ki de bu şekilde kişisel isnattan vazgeçilmektedir.

⁵⁷² Bröckers, s. 57.

⁵⁷³ Bröckers, s. 57; *Roxin* yukarıda da belirtildiği üzere bu görüşü eleştirmektedir. *Roxin*’e göre, indeterminizmi savunan bir noktadan yola çıkılarak, bir bireye karşı yapılacak bir ahlakî isnadı, başkalarında bulunan, ama tam da failde bulunmayan bir yetiye dayandırılmaz. Bkz. *Roxin*, AT I,

şöyle formüle edilmiş olmaktadır: Senin yeteneklerine sahip kişiler, başka türlü “davranmalılar”, hatta somut durumda başka türlü davranmamış olsalar bile⁵⁷⁴. Bu anlayışla birlikte aslında toplumu oluşturan her bir bireyin eylemlerini gerçekleştirdiği esnada, toplumun genelini oluşturan kişiler göz önüne alınarak tespit edilen “ortalama yeteneklere sahip bireyin” davranış yetenekleri seviyesine ulaşması görevi yüklenmektedir. Bu şekilde sosyal kusur kavramı, isnadın bireyselliği yerine ampirik tespit edilebilirliği getirmektedir. *Kant* tarafından savunulan bireysel-rasyonel açıdan “Yapmalısın, çünkü yapabilirsin” yerine, sosyal ahlaki temelli “Yapabilirsin, çünkü yapmalısın” gelmektedir⁵⁷⁵. *Merkel*, “hiçbir bireysel failin somut eylem durumunda bulunduğu eylemden farklı bir eylemi yapabilmesinin” mümkün olmadığını savunmaktadır⁵⁷⁶. Yazara göre, genel önleme gerekliliği ve bireysel kusur arasındaki bağlantı, bireysel kusur aleyhine çözümlenmektedir⁵⁷⁷. Bu nedenle fail suç teşkil eden eyleminden kaçınmamış olsa bile, eğer ihlal edilen geçerli normun savunabilmesi için başka bir alternatif yok ise, ona sorumluluğunu hatırlatan cezalandırıcı tepki, haksız sayılmaz⁵⁷⁸.

Kusur kınaması failin şahsiyetinde veya eylem durumunda olağanüstü haller varsa ortadan kalkar. Bunlar, birer istisna olarak (kusursuz eylemde bulunma), kusur yeteneğinin olmaması ya da kusurluluğu kaldıran haller olarak ilgili yasal

§ 19, s. 861; *Kühl* ise, bu tip bir “standardizasyonu” uygulanabilirlik gerekçesiyle mantıklı ve kabul edilebilir olarak nitelemektedir. Bkz. Kristian Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, Vahlen Verlag, München, 2012, s. 366.

⁵⁷⁴ Bröckers, s. 57; Bu hususta *Weißer* kusur yeteneğini, sağlıklı yetişkin bir insana basit bir şekilde, genel olarak normatif sorumluluğu devretme olarak kabul etmektedir. Bu durum, hukuka tabi olanların kendi normu ihlal eden eylemleri için, prensip olarak sorumlulukları hususunda toplumsal anlaşmalarının konusunu teşkil etmektedir. Bu bakımdan insanların barışçıl birlikte yaşamı, hukuki yararların ilgili normlar aracılığıyla saldırılara karşı korunmasını şart koşmaktadır. Bkz. Bettina Weißer, “Ist das Konzept strafrechtlicher Schuld nach § 20 StGB durch die Erkenntnisse der Neurowissenschaften widerlegt?”, **Goltdammer’s Archiv für Strafrecht (GA)**, 2013, s. 37. *Bröckers* bu konuda *Weißer*’ in, bu tür bir toplumsal anlaşmanın, irade özgürlüğü öncülü ile yapılmış olduğu gerçeğini gözden kaçırdığını belirtmektedir. *Bröckers*’ e göre, determinizm gerçeği altında da bu görüşün neden geçerli olduğunu, önce gerekçelendirmek gerekmektedir. Bkz. Bröckers, dp. 179.

⁵⁷⁵ Bröckers, s. 58.

⁵⁷⁶ Reinhard Merkel, **Willensfreiheit und rechtliche Schuld: Eine strafrechtsphilosophische Untersuchung**, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2008, (Willensfreiheit und rechtliche Schuld), s. 128, 136.

⁵⁷⁷ Koriath, s. 622.

⁵⁷⁸ Merkel, Willensfreiheit und rechtliche Schuld, s. 132.

düzenlemelerde belirlenmiştir. Burada, failin şahsi durumu devre dışı bırakılmamaktadır. Ancak sadece bu durumlarda kusurlu davranabilmek için kişide var olması gereken algılama ve davranışlarını kontrol yeteneğinin olmaması nedeniyle, “akıl hastalığı” durumunda olduğu gibi hukuken genelleme yapılan kategoriler tespit edilmektedir. Bir başka anlatımla kusur yeteneği pozitif olarak tespit edilmemektedir. Sadece genel olarak şart koşulan sorumluluğu kaldıran veya azaltan durumların, özellikle yaşa bağlı veya başka türden anormal istisna durumların, somut olayda olup olmadığı sorgulanmaktadır⁵⁷⁹.

D. Kusurun Ceza Hukukundaki İşlevleri İle Akıl Hastalığı Düzenlemesinin İlişkisi

Ceza hukukunda akıl hastalığının kusur yeteneğine etkisi konusunun açıklanabilmesi için, öncelikle kusurun ceza hukukunda ifa ettiği işlevlerin ne anlama geldikleri açıklanmalıdır. Aşağıda açıklanmaya çalışılan kusurun iki işlevi de, akıl hastalığı nedeniyle bir kişinin gerçekleştirmiş olduğu eylem nedeniyle neden kınanmadığı, kınanabilmek için kişide hangi yeteneklerin bulunması gerektiği veya azalmış kusur yeteneği durumunda olduğu gibi kişi kınanacaksa, ceza yaptırımının çerçevesinin ne olacağı gibi hususların temelini oluşturmaktadır.

Ceza hukukunda kusur belirgin olarak iki işleve sahiptir. Bunlar: 1. Kusurun ceza yaptırımına esas teşkil etme işlevi (*Strafbegründungsschuld*), bir başka deyişle “*Kusur olmadan ceza olmaz.*” ilkesi, 2. Kusurun cezanın ölçüsünü belirleme işlevi, bir başka deyişle kusurun cezanın belirlenmesi aşamasındaki işlevi (*Strafmaß- oder Strafzumessungsschuld*) olarak belirtilebilir⁵⁸⁰. Öğretide de ağırlıklı olarak kusursuz ceza olmaz (*nulla poena sine culpa*) ilkesinin çifte fonksiyona (*Doppelfunktion*) sahip olduğu dile getirilmektedir⁵⁸¹. Kusur eşzamanlı olarak ceza yaptırımı açısından “kurucu (*konstitutiv*)” ve “sınırlayıcı (*limitierend*)” anlama sahiptir⁵⁸².

⁵⁷⁹ Schreiber/ Rosenau, s. 93.

⁵⁸⁰ Hans Achenbach, **Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre**, J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1974, s. 3; karşılaştırınız Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, s. 15 vd.; Meraklı, s. 83 vd.

⁵⁸¹ Müller-Dietz, *Schuldgedankens im Strafrecht*, s. 35.

⁵⁸² Müller-Dietz, *Schuldgedankens im Strafrecht*, s. 33.

Kusur prensibinin ilk ve en önemli anlamı, kusurun tipe uygunluk (tipiklik) ve hukuka aykırılık gibi, cezaya esas teşkil eden ve aynı zamanda cezayı sınırlandıran bir unsur olmasıdır. Bir başka anlatımla tüm cezaların zorunlu olarak kusuru şart koşmasıdır⁵⁸³. Kusur prensibinin ikinci anlamı haksızlık ile kusur arasındaki uyumda bulunmaktadır. Failin kişisel olarak kınanabilirliği ancak haksız eylemi çerçevesinde gerçekleştirilebilir. *Achenbach*, cezaya esas teşkil eden kusur kavramında esasında failin gerçekleştirmiş olduğu sosyal zararlı eylem nedeniyle bir “bireysel isnad” söz konusu olduğundan, bu anlamdaki kusurun “bireysel isnadiyet (*individuelle Zurechnung*)” kavramını karşıladığını belirtmektedir. *Achenbach*’ a göre burada haksız eylemin “bireysel isnad edilebilirliği⁵⁸⁴” söz konusudur⁵⁸⁵.

Kusur kavramının esas, teorik ve asli işlevi, eylemi gerçekleştiren faile karşı cezanın gerekçelendirilmesinde, daha doğrusu cezanın verilmemesinde rol oynamaktadır. Kusur, bireysel faile karşı ceza hükmünü meşrulaştıran (haklı çıkarıcı) ya da azaltan etkenlerin bütünü olarak ortaya çıkmaktadır⁵⁸⁶. Bir başka deyişle ceza yalnızca bir suçun işlenmesiyle değil, aynı zamanda failin kusurlu da bulunması halinde meşru kabul edilir⁵⁸⁷.

Kusurun yukarıda anlatılan ilk işlevi olan “cezaya esas teşkil etme” işlevi akıl hastalığı düzenlemesi için doğrudan öneme sahiptir. Zira akıl hastalığı durumunda fail, davranışları nedeniyle kınanamayacak, dolayısıyla cezalandırılmayacaktır. Bu nedenle kusursuz olarak davranışlarını gerçekleştiren akıl hastasının ceza yaptırımına maruz kalmaması, kusurun cezaya esas teşkil etme işlevinin yansıması olarak

⁵⁸³ Arthur Kaufmann, “Schuld und Prävention”, **FS für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag**, Luchterhand, 1985, (“Schuld und Prävention”), s. 890.

⁵⁸⁴ Alm. “*individuelle Zurechenbarkeit*”

⁵⁸⁵ Hans Achenbach, “Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld”, **Grundfragen des modernen Strafrechtssystems** (Hrsg: Bernd Schünemann), Walter de Gruyter, Berlin, 1984, (“Individuelle Zurechnung”), s. 138.

⁵⁸⁶ Bu hususa *Hirsch* de vurgu yapmaktadır. *Hirsch*’ e göre, kusur her ne olarak tanımlanmış olursa olsun, ceza yaptırımı için meşruiyet taşıyıcı olarak ele alınmaktadır; yani kusur, ceza yaptırımı için belirleyici bir neden oluşturmaktadır. Bu durumda kusurun *cezaya esas teşkil eden/ dayanak oluşturan* (*strafbegründende*) görevi söz konusudur. Bkz. *Hirsch*, “Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht”, s. 748; *Haft* da benzer şekilde kusur düşüncesi ile cezanın belirlenmesi aşamasındaki kusurun farkına dikkat çekmektedir. Kusur düşüncesinde cezaya hükmetmenin meşruluğu sorusu ön plandayken, cezanın belirlenmesi aşamasındaki kusurda ise ceza takdirini için bağlantı noktası olması nedeniyle cezanın somutlaştırılmasına ilişkin sorular yer almaktadır. *Haft*, s. 117.

⁵⁸⁷ Ünver, “Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri”, s. 139.

gerçekleşmektedir. Çünkü kusurun cezaya esas teşkil etme işlevinde, kusurun cezayı temellendirme işlevinin bulunduğu söylenmelidir.

Kusur kavramının ikinci işlevi, kusur prensibinin içinde “kusur ölçüsüne göre ceza⁵⁸⁸” anlayışı olarak belirtilebilir. Kusurun bu işlevi somut olaydaki ceza miktarının değerlendirilmesi anında ortaya çıkmaktadır⁵⁸⁹. Kusurun ceza miktarını sınırlama işlevi, esasen kusurun “cezaya esas teşkil etme (*Strafbegründungsschuld*)” işlevinin yayılım özelliği nedeniyledir. Kusur prensibine göre “*kusur olmaksızın ceza olmaz*” cümlesinin içinde barındırdığı geliştirici yayılım özelliği nedeniyle cezayı sınırlandıran (*strafbegrenzende*) bir etkisi de bulunmaktadır. Çünkü bu açıdan ele alındığında cezalandırılabilirliği miktar itibarıyla sınırlayan bir olguya olan ihtiyaç, ceza yaptırımının vazgeçilmez bir gereksinimidir⁵⁹⁰.

Alman Ceza Kanunu StGB § 46 I'e göre, “*Failin kusuru, cezanın belirlenmesinin temelini oluşturur.*” Bu aşamada, kasıtlı işlenen bir suçun, taksirli işlenen bir suça nazaran daha ağır kusur içerip içermediği ve kusur açısından haksızlık içinde yer alan hareketin değersizliği ile neticenin değersizliğinin bir önem arz edip etmediği, kusur boyutunun işlenen fiil ile doğrudan ilişkisi olmayan faktörlere de bağlı olup olmadığını vs. araştırmak gerekir. Bu anlamda kusur burada, “ceza ölçüsü olarak kusur (*Strafmaßschuld*)” şeklinde adlandırılmaktadır⁵⁹¹. TCK m. 61 çerçevesinde bakıldığında temel cezanın belirlenmesi kriterlerinden biri de 1.

⁵⁸⁸ Alm. “*Strafe nach dem Maß der Schuld*”

⁵⁸⁹ Kusurun sadece cezaya esas teşkil eden bir kavram olmadığı aynı zamanda cezanın belirlenmesi açısından da önem arz ettiği öğretide öteden beri savunulmuştur. Berg' e göre, doğru kusur kavramı sadece fail hakkında “beraat kararı” ya da “mahkumiyet kararı” verilmesi açısından olanak sağlayan bir kavram değil, aksine ceza miktarının belirlenmesi açısından da dikkate alınması gereken bir kavram olmak zorundadır. Bkz. Otto Berg, **Der gegenwärtige Stand der Schuldlehre im Strafrecht**, Schletter'sche Buchhandlung, Breslau 1927, Reprint Frankfurt am Main, 1977, s. 4.

⁵⁹⁰ Hirsch, “Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht”, s. 748.

⁵⁹¹ Roxin karşılık vermenin (misillemede bulunma-*Vergeltung*) cezanın amacı olarak görülmesini reddetmekte ve bunu kanun koyucunun yanılığısı olarak görmektedir. Bkz. Claus Roxin, **Strafrechtliche Grundlagenprobleme**, Walter de Gruyter, Berlin, 1973, s. 20 vd. Bu açıdan bakıldığında daha önce de belirtildiği gibi, kusur ilkesinin cezayı sınırlayan işlevi, mevcudiyetini karşılık verme zorunluluğuna değil, hukuk devleti anlayışı ile temellendirilen cezaların ölçülülüğü ilkesine borçludur. Bkz. Winfried Hassemer, “Strafrecht, Prävention, Vergeltung. Eine Beipflichtung”, **FS für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag**, Heidelberg, 2006, ss. 63-64.

fıkranın f bendinde yer alan “*failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı*” olarak öngörülmüştür.

Kusurun cezanın ölçüsünü belirleme işlevinin bir yönü de, cezanın failin hak ettiği kadar az olamamasıdır⁵⁹². Ancak failin kusurlu olmasına rağmen kanunkoyucunun cezalandırılmaya engel kişisel sebeplere yer verebileceği söylenmektedir⁵⁹³. Kusurun bu işlevi özellikle kısa süreli hapis cezaların seçenek yaptırımlara çevrilmesinde ve özellikle TCK m. 32/2’ de yer alan akıl hastalılığı nedeniyle azalmış kusur yeteneği halinde hükmedilen cezanın süresi aynı olmak koşuluyla kısmen ya da tamamen akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilmesi düzenlemesi açısından tartışmalıdır. Anayasa Mahkemesi eski tarihli bir kararında kısa süreli hapis cezalarının seçenek tedbirlere çevrilmesini düzenleyen 13.07.1965 tarihli 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun 4. Maddesinin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir⁵⁹⁴. Ceza sorumluluğu bulunan azalmış kusur yeteneğine sahip bulunan akıl hastalarının gerçekleştirmiş oldukları haksızlıklar nedeniyle hükmedilecek olan ceza yaptırımının, bir sağlık kurumuna yerleştirme tedbirine çevrilmesi kusur ilkesi açısından tartışmalara neden olmaktadır. Bu tartışmalara çalışmanın son bölümünde detaylı olarak yer verilecektir.

TCK m. 32’ de yer verilen kusur yeteneğine etki eden hal olarak akıl hastalığı düzenlemesi ile kusurun yukarıda belirtilen işlevleri arasında doğrudan bir ilişkinin bulunduğu söylenmelidir. *Krauβ*’ a göre, ceza sorumluluğunu ortadan kaldırma sonucunu ortaya çıkaran TCK m. 32/1’ deki gibi düzenlemelerde esasen “kusur *isnadi* (Schuldzurechnung)” sorusu sorgulanırken, TCK m. 32/2’ deki gibi azalmış kusur yeteneği düzenlemelerinde “kusur *tayini* (Schuldzumessung)” sorusu ön plana

⁵⁹² Öztürk/ Erdem, s. 47; Hans-Heinrich Jescheck, **Alman Ceza Hukukuna Giriş** (Çev.: Feridun Yenisey), Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2007, s. 9; Uğur Ersoy, “Türk ve Alman Ceza Hukuku Sistemlerinde Kusur Prensibinin Kapsamı ve Objektif Cezalandırılabilme Şartlarının Kusur Prensibi ile Bağdaştırılabilirliği”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBD)**, 2013(109), (“Objektif Cezalandırılabilme Şartlarının”), s. 207.

⁵⁹³ Kanunkoyucunun bu kişisel sebepleri kabul etmede tamamen serbest olduğu, kusursuz bir kişinin cezalandırılabilmesine ilişkin bir kural koyamaz ise de, kusurlu kişinin mutlaka cezalandırılacağına ilişkin bir norm koyulmasına yönelik bir zorunluluğun bulunmadığı söylenmektedir. Bkz. Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s. 379.

⁵⁹⁴ **Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1970/42, K. 1971/30, T. 09/03/1971** (R.G. 23.11.1971, S. 14021, s. 1-7)

çıkılmaktadır⁵⁹⁵. TCK m. 32/1' de yer alan düzenlemede failin cezalandırılmaması için akla uygun bir sebep olan “akıl hastalığı” durumu düzenlendiğinden, esasen burada kusurun cezaya esas teşkil etme işlevinin ve “Kusursuz ceza olmaz” ilkesinin etkili olduğu söylenebilecektir. TCK m. 32/2' de yer alan akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneğinde ise, artık kusurlu-kusursuz ya da kınanabilir-kınanamaz şeklinde bir sorgulama yapılmamakta, esasen kusurlu ve kınanabilen bir eylem nedeniyle cezanın nasıl belirleneceği araştırılmaktadır. Bu nedenle TCK m. 32/2' de yer alan azalmış kusur yeteneği durumunda kusurun cezanın ölçüsünü belirleme işlevi, bir başka deyişle kusurun cezanın belirlenmesi aşamasındaki işlevi⁵⁹⁶ ön planda olmaktadır.

E. Akıl Hastalığının Kusur Yeteneğine Etkisi Konusunun Anayasal Temelleri

1. Genel Olarak

TCK m. 32' de kusur yeteneğine etki eden hal olarak düzenlenen akıl hastalığı durumu, içinde barındırmış olduğu failin davranışları nedeniyle “kınanamaması”, bir başka deyişle cezalandırılmaması ya da azalmış “kınanma şiddeti” nedeniyle azaltılmış ceza sorumluluğunun bulunması gibi sebeplerle önem arz etmektedir. Bu şekilde akıl hastalığı durumunda ceza sorumluluğunun belirli şartlar altında bulunmaması ya da bulunmakla birlikte sınırlarının kanunda açıkça gösterilmiş olması, cezalandırmada keyfiliği önleyen kusur ilkesinin sonucudur. Kusur ilkesi çalışmanın önceki başlıklarında belirtildiği üzere, cezalandırma şeklinde meşru şiddet uygulama tekeline sahip devletin bu faaliyetinin başına buyruk olarak gerçekleştirilmesine mani olmaktadır. Bu bakımdan bireyler bakımından temel hak ve özgürlüklerinin korunması açısından teminat teşkil etmektedir. Bu derecede önem arz eden kusur ilkesinin, anayasada yer alan bazı temel ilkeleri ceza hukuku dogmatığında ve uygulamasında temsil ettiği söylenebilir.

⁵⁹⁵ Krauß, s. 88.

⁵⁹⁶ Alm. “*Strafmaß- oder Strafzumessungsschuld*”

Her ne kadar kusur ilkesine açıkça anayasada yer verilmemiş⁵⁹⁷ olsa da, kusur ilkesinin içinde barındırdığı özellikler nedeniyle anayasal düzeyde olduğu belirtilebilir. Kusur kavramının, bireylerin özgürlüklerine müdahale teşkil eden ceza hukuku enstrümanları arasında en ağırı olan ceza yaptırımını ile doğrudan ilişkili olması, klasik bir kusur iddiasının haklı gerekçelere dayanması zorunluluğunu da beraberinde getirmektedir. Ceza yaptırımını uygulamaya yetkili tek taraf olan, bir başka deyişle meşru şiddet uygulama tekeli elinde bulunduran devletin, kusur iddiasında bulunması mutlak anlamda gerekçe gerektiren bir durumdur. Bu noktada kusur ilkesi çağdaş ceza hukukunun en önemli ilkesi ve kamusal cezanın meşruiyetinin zorunlu ve olmazsa olmaz şartı olarak görülmektedir⁵⁹⁸.

Kusur prensibi insan onuruna, özgürlüğe, eşitliğe, ölçülülüğe ve yasaların muhafazasına karşı sorumlu olan hukuk devletinin bir bileşeni oluşturmaktadır. “*Kusur prensibi, anayasal niteliktedir; insan onuruna ve insanın kendi (öz) sorumluluğuna olduğu gibi, hukuk devleti prensibine de dayanmaktadır.*”⁵⁹⁹ Bu ilke, failin ancak kendisine kusur isnadında bulunulabildiği durumlarda cezalandırılacağı anlamına gelmektedir.

Belirtilen nedenlerle bir davranış sonucu ortaya çıkan neticeden ceza hukuku anlamında sorumlu tutulabilmek için, o davranışın eser sahibi olmak yetmemekte, aynı zamanda davranışı gerçekleştiren kişinin kusurlu addedilebilmesi de gerekmektedir. Bu bakımdan kusur, salt suçla korunan hukuki yarara zarar veren ya da bunun üzerinde tehlike yaratan eylem nedeniyle failin cezalandırılmasını engellemekte, böylece fail açısından güvence teşkil etmektedir. Anayasa Mahkemesi de bu hususa işaret etmektedir:

⁵⁹⁷ TCK m. 23 gerekçesinde, anayasa metninde açıkça yer almamasına rağmen, kusur ilkesine anayasada yer verildiği belirtilmektedir. Buradan çıkarılacak sonuç anayasada yer alan diğer ilkelerin kusur ilkesini de kapsadığı tespitidir. Ancak kanımızca bu yorumun yapılabilmesi için anayasada yer alan hangi ilkelerin kusur ilkesini kapsadığının tespiti gerekmektedir. Söz konusu gerekçe şu şekildedir: “...kusurun aranmadığı objektif sorumluluk hâlleri kusursuz ceza olmaz ilkesiyle açıkça çelişmektedir. Ülkemiz ceza hukuku öğretisinde uzun süredir objektif sorumluluk hâllerinin ceza mevzuatından çıkarılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu talebin yerine getirilmesi, **Anayasada öngörülen kusur ilkesinin zorunlu bir sonucudur.**”

⁵⁹⁸ Ersoy, “Objektif Cezalandırılabilme Şartlarının”, s. 206.

⁵⁹⁹ BVerfGE 45, 187/259 vd. Gropp, AT, kn. 89, s. 117; Kusur prensibinin anayasal ilkelerle bağlantısına ilişkin Alman federal anayasa mahkemesi kararlarının yorumu için bkz. Tatjana Hörnle, “Die verfassungsrechtliche Begründung des Schuldprinzips”, **FS für Klaus Tiedemann**, Köln, 2008, s. 326 vd.

“Çağdaş ceza hukukunun önde gelen özelliklerinden biri kusurlu sorumluluğu benimsemiş bulunmasıdır. Ceza hukukçularının büyük bir çoğunluğuna göre, bir insan davranışı olmadan suç olmaz, ancak onun bu davranışı nedeniyle ortaya çıkan sonuçtan sorumlu tutulabilmesi için de, o davranışının en azından kusurlu bulunması gerekir. Böylece modern ceza hukuku, objektif sorumluluğu terk ederek ‘kusursuz suç olmaz’ anlayışını çağdaş ceza hukukunun temel bir ilkesi olarak kabul etmiştir.”⁶⁰⁰

Yukarıda belirtilen nedenlerle “Kusursuz Ceza Olmaz” ilkesi anayasal düzeyde bazı ilkeler ile yakın ilişki içerisinde. Bu ilkeler: “Hukuk Devleti İlkesi”, “Ölçülülük İlkesi” ve “İnsan Onurunun Dokunulmazlığı İlkesi” olarak belirtilebilir. Bu ilkeler, akıl hastalığının etkisi altında bir haksızlık gerçekleştiren failin cezalandırılmaması ya da indirimli ceza ile cezalandırılması hususlarındaki esaslı belirtmeleri bakımından önem arz etmektedir.

2. Hukuk Devleti İlkesi

Kusur ceza hukukunun temelini oluşturmaktadır. Cezalandırmanın temelinde ise ceza normunun iradî olarak ihlali yatmaktadır. Aynı zamanda kusur, devlet tarafından faile ulaşılmasına izin vermektedir ve bunu sınırlamaktadır. Kusur olmaksızın bireylerin devlet tarafından cezai baskı altında tutulması hukuk devleti ilkesine aykırıdır ve insan onurunu zedelediği gibi onun hareket özgürlüğüne de aykırıdır⁶⁰¹. Bu hususa Federal Alman Anayasa Mahkemesi de işaret etmektedir:

⁶⁰⁰ Anayasa Mahkemesi’nin 19.2.2009 tarihli ve 2006/72, 2009/24 numaralı kararı.

⁶⁰¹ Nitekim Federal Alman Anayasa Mahkemesi de bu yönde karar vermiştir. Bkz. Hans- Ludwig Schreiber, “Ist der Mensch für sein Verhalten rechtlich verantwortlich?”, **FS für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag, Humaniora: Medizin-Recht-Geschichte**, Berlin, Heidelberg, New York, 2006, s. 1069; Federal Anayasa Mahkemesi kusur olmaksızın ceza yaptırımına hükmedilmesini Alman Federal Anayasası 1 ve 2. maddelerinin ihlali olarak görmektedir. Söz konusu Anayasa maddeleri şu şekildedir:

“Madde 1. İnsanın onur ve haysiyetinin korunması

- (1) İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür.
- (2) Alman Milleti, bu nedenle dokunulmaz ve devredilmez insan haklarını, yeryüzünde her insan topluluğunun, barışın ve adaletin temeli olarak kabul eder.
- (3) Aşağıda belirlenen temel haklar, yasama, yürütme ve yargı organlarını doğrudan doğruya bağlar.

Madde 2. Yaşam hakkı, kişiliğin korunması, kişi özgürlüğü

“Ceza hukuku, kusur prensibini esas almaktadır. Kusur prensibi ise insanın kendi sorumluluğunu varsaymaktadır ve insanın, *eylemlerini kendisinin tayin ettiğini ve kendi irade özgürlüğü gereğince hak ile haksızlık arasında karar verebildiğini kabul etmektedir. İnsan onurunun korunmasında insanın zihinsel-ahlakî bir varlık olduğu temel alınmaktadır ve insanın, özgür olarak karar verebildiğini ve kendini geliştirdiğini savunmaktadır.*”⁶⁰²

1982 Anayasası'nın 2. maddesine göre, “*Türkiye Cumhuriyeti,...bir hukuk devletidir.*” Hukuk devleti en kısa tanımıyla, faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan, vatandaşlarına hukuki güvenlik sağlayan devlet demektir⁶⁰³. Ancak hukuk güvenliğinin sağlandığı bir hukuk devleti sistemi içinde, vatandaşların devlete karşı güven beslemeleri ve kendi kişiliklerini korkusuzca geliştirebilmeleri mümkün olabilir⁶⁰⁴. Hukuk devleti, devletin güç ve yetkilerinin belli kurallara bağlanarak kişilere karşı keyfi müdahaleleri önlemek amacıyla geliştirilmiş koruyucu bir ilke olarak kabul edildiğinde, hukuka tabi kişilere devlet gücü tarafından yapılacak uygulamaları önceden görme imkânı sunan ve bu konuda güvence veren bir hukuk sistemi akıllara gelmektedir⁶⁰⁵. Hukuk devleti ilkesini uygulayan bir ülkede, bir insanın ceza hukuku açısından sorumlu olup olmadığı konusundaki değer yargısı (bireysel sorumluluk), fiil ve fail hakkındaki genel izlenime dayanılarak verilemez. Bu hükmün, konunun özelliğine uygun bir şekilde, kanunda gösterilmiş bulunan “kusurluluk unsurlarına” dayanması gerekir⁶⁰⁶. Bu unsurlar ceza kanununda yer alan

(1) *Herkes başkalarının haklarını ihlal etmemek, Anayasal düzene veya ahlak kurallarına aykırı düşmemek koşuluyla, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir.*

(2) *Herkes, yaşam ve beden bütünlüğünün korunma hakkına sahiptir. Kişi özgürlüğüne dokunulamaz. Bu haklar, ancak bir yasaya dayanarak sınırlandırılabilir.*”

Alman Federal Anayasası'nın Türkiye Adalet Bakanlığı tarafından yapılmış çevirisi için bkz. <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209-276.pdf> (Erişim Tarihi: 17.09.2016)

⁶⁰² BVerfGE 45, 187 [227] (Bkz. Hörnle, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, ss. 11-12)

⁶⁰³ Ergün Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 123; Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2013, s. 82.

⁶⁰⁴ Özbudun, s. 123.

⁶⁰⁵ Selda Çağlar, “Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik-Hukuk Güvenliği İlişkisi”, **Kamu Hukukçuları Platformu HUKUK GÜVENLİĞİ**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, Şubat 2015, s. 29.

⁶⁰⁶ Hans-Heinrich Jescheck, “Türk Ceza Kanununun Ön Tasarısında Yer Alan Kusur İlkesinin Mukayeseli Hukuk Açısından İncelenmesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM)**, C. LIV, 1994, s. 17; Jescheck, Alman Ceza Hukukuna Giriş, s. 155.

kusur yeteneği, haksızlık bilinci, norma uygun davranışın failden beklenebilirliği (*Zumutbarkeit*), mazaret sebepleri, kusur şekilleri gibi kusurluluk kavramından ne anlaşılması gerektiğini belirleyen unsurlardır. Bu nedenle akıl hastalığı etkisi altında davranışlarını gerçekleştiren kişilerin cezalandırılması hukuk devletinde söz konusu olamaz. Bu nedenle kanunlarda TCK m. 32’ de yer alan düzenlemeler gibi zihinsel anormal durumlarda kişilerin gerçekleştirdikleri davranışlar nedeniyle kusursuz sayıldıkları ya da sınırlı şekilde sorumlu tutulabildikleri istisna fail gruplarına yer verilmektedir.

Kusur ilkesi, gerçekleştirilen suçla korunan hukuki yararı ihlal edici eylem nedeniyle failin cezalandırılabilmesi için ek bir sorgulama aşaması getirmesi nedeniyle, toplumda bulunan bireyler için hukuki güvenlik sağlamaktadır⁶⁰⁷. Bireyler davranışlarını gerçekleştirirken ceza normunu ihlal edici davranışın ancak kusurlu olması halinde, devlet erkinin kendisine ceza yaptırımını uygulayacağını ve bu halde dahi ceza yaptırımını ölçüsünün kendi kusurunu aşamayacağını öngörmektedir. v. *Liszt*’e göre, ceza kanunu suçlunun *magna cartası* (*büyük özgürlük fermanı*)dır⁶⁰⁸. Bu bakımdan ceza kanunu, içerisinde barındırdığı kusur ilkesi ile kusursuz kişilerin ceza yaptırımına maruz kalmaması ya da kusurlu eylemleri nedeniyle cezalandırılacak kişilerin ölçülü cezalandırılması amacına hizmet eden bir mekanizmadır. Zira toplumsal barışın korunması salt kusurluların (*ölçülü*) cezalandırılması ile değil, aynı zamanda kusursuz olanların ceza yaptırımından uzak tutulması yoluyla gerçekleştirilebilir. Bu anlayış *Hoerster* tarafından şu şekilde formüle edilmiştir: “...Devlet tarafından yapılacak cezalandırmanın, birey olarak benim açımdan gerekelendirilebilmesi için, şu önemli şartlara uygun olması gerekmektedir...: Ceza, beni önlenemez bir doğa olayı gibi görmemelidir; cezalardan korunacak şekilde (hukuka uygun bir yaşam tarzı ile) hayatımı şekillendirme kararımın saklı

⁶⁰⁷ Hukuki güvenliğin sağlanması hukuk devleti açısından önem arz etmektedir. Hukuki güvenlik içerisinde barındırmış olduğu normların açık ve belirgin olması, hukuk kurallarının öngörülebilir olması, kişilerin hukuken kendilerini güvende hissetmesi gibi hususlarla ilişkili olduğundan ceza normları ve ceza uygulamaları açısından da önem arz etmektedir. Bu husustaki değerlendirmeler için bkz. Tuğrul Katoğlu, “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Hukuki Güvenlik İlkesi”, **Kamu Hukukçuları Platformu HUKUK GÜVENLİĞİ**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, Şubat 2015, s. 141 vd.

⁶⁰⁸ von Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, s. 25, dp. 16.

*olması gerekmektedir. Başka bir deyimle; sadece kusurlu, yani rasyonel irade kontrolüne yenilmiş olan davranışlar, cezalandırılmak zorundadır.”*⁶⁰⁹

Öte yandan kusur yeteneğini kaldıran haller çerçevesinde bakıldığında da, örneğin akıl hastalığı durumunda olduğu gibi, kişilerin ceza yaptırımına maruz kalmaması, kişilere hukuki güvenlik sağlamaktadır. Zira bu durumda kişilerin davranışlarını cezadan uzak kalacak şekilde dizginlemeleri, norm ihlalden kaçınacak şekilde davranışlarını yönlendirme olasılıkları ortadan kalkmaktadır. Bu nedenle kınanmaya değer olan normu ihlal etme iradesi bulunmayan akıl hastası gibi kişilerin cezalandırılması adil olmadığı gibi, kişiler tarafından öngörülemeyen olduğundan hukuki güvenlik güvencesini zedeleyen bir durum olacaktır.

Bu noktada ceza hukukunun toplumu oluşturan bireyler için güvence (teminat) teşkil etmesi işlevinin belirtilmesi gerekmektedir. Ceza hukuku bu güvenceyi haksızlık ve kusur kavramları üzerinden gerçekleştirmektedir. *Mussig* bu iki kavramın bireyler için güvence teşkil etme işlevini yerine getirmede farklı rollerinin olduğunu belirtmektedir. Haksızlık bu işlevin yerine getirilmesinde anlamsal (semantik) role sahip iken, kusur ise bu işlevin normatif perspektifini oluşturmaktadır⁶¹⁰. Bu açıdan bakıldığında nasıl tipiklik unsuru garanti işlevini “kanunilik ilkesi” şeklinde yerine getiriyorsa, kusur da “kusursuz ceza olmaz ilkesi” şeklinde ancak kusurlu olarak nitelendirilebilen kişilerin ceza yaptırımına maruz kalacağını belirterek birey açısından güvence (teminat) niteliğindeki işlevi yerine getirmektedir. Öyle ki bu ilkenin sonucu olarak failin kusuru, ceza yaptırımına esas teşkil edici ve cezanın miktarını belirleyici niteliktedir. Bu nedenle kusur oranını aşan şekilde cezalandırılmama da birey açısından güvence (teminat) işlevi özelliğine bürünmektedir. Bahsedilen güvence (teminat), kusursuz olanın cezadan korunması⁶¹¹, kusurlu olanın hak ettiği cezayı alması durumu olarak belirtilebilir.

⁶⁰⁹ Norbert Hoester, “Zur Begründung staatlichen Strafens”, **Theorie der Normen: FG Ota Weinberger**, Berlin, 1990, s. 236’ dan aktaran Koriath, s. 623.

⁶¹⁰ Bernd Müssig, “Schuldprinzip als positivistische Rekonstruktion des strafrechtlichen Zugriffs?: Bemerkungen zu Perspektiven des strafrechtlichen Schuld- und Unrechtsbegriffs”, **FS für Volkmar Mehle zum 65. Geburtstag am 11.11.2009**, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2009, ss. 458-461.

⁶¹¹ Michael Baumann, **Zweckrationalität und Strafrecht: Argumente für ein tatbezogenes Maßnahmerecht**, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1987, s. 181.

Hukuk devleti niteliğine haiz bir devletin kuşkusuz eşitlik prensibine dayanması gerekmektedir. Ceza verilmesi için kusur olmasını şart koşan bir devlette eşitlik prensibi de ön plana çıkmaktadır. Çünkü amaç, cezaya denkleştirici bir karşılık olma anlamını yüklemekse, bu denkleştirmenin dayandığı nicel bir boyut olması gerekmektedir. Fakat bu boyut da, failin kusuruna dayanmaktadır⁶¹². Bu bakımdan kusurun ceza ölçüsünü belirleme işlevinin ön planda olduğu söylenebilecektir. TCK m. 32/2’ de olduğu gibi azalmış kusur yeteneği durumunda fail hakkında cezada indirim yapılmasına ilişkin düzenlemelerde, anayasal boyutu olan eşitlik ilkesinin ceza hukukunda kusur ilkesi özelinde somutlaştırıldığı görülmektedir.

3. Ölçülülük İlkesi ve Kusurla Orantılı Ceza Yaptırımı

Ceza hukukunda cezaya hükmetmenin temel etmenlerinden birinin de kusura karşılık verme (misillemede bulunma) prensibi⁶¹³ olduğu savunulmaktadır⁶¹⁴. Bu görüşe göre, cezaya hükmetme sadece önleyici amaçlarla gerçekleştirilmesi gereken bir olgu değil, aynı zamanda mantıkî, sonuç odaklı ve çözüme götürücü bir işlevi bulunan, iradi ceza normu ihlallerine karşı toplumun cevabı niteliğindeki karşılık verme esasına dayanan bir olgudur. Ceza hukukundaki isnadiyet için bulunan kurallar, cezaya hükmetmenin sonuçları odaklı değil, toplum içinde bulunan her bir bireyin davranışlarından hangi koşullar altında ve hangi derecede sorumlu tutulabileceği odaklı olması durumunda amaca uygun olacaktır. Bu sistematik ise tüm unsurları ve aşamaları ile kusur kavramı ile bağlantılıdır. Zira bu görüşe göre kusur, ölçülülük ilkesi için bir kriterdir⁶¹⁵. Her ne kadar kusur prensibi ölçülülük ilkesinin bir alternatifi değilse de, kusur prensibi ölçülülük ilkesinin unsurları altında meşruluğunu kazanmakta ve bu ilkenin gerçekleştirilmesi için bir kriter teşkil

⁶¹² Gropp, AT, kn. 92, s. 118.

⁶¹³ Alm. “*Schuldvergeltungsprinzip*”

⁶¹⁴ Karşılık verme (misilleme) ceza hukuku (*Vergeltungsstrafrecht*), devlet politikasına bağlı temel kararlara dayanmaktadır. Aynı zamanda hukuk düzeni bu konuda değerler tablosu sunması gerekmektedir. Bu anlamda karşılık vermenin adilliği, değer ölçümünün doğruluğu olarak pozitif hukukun kararlarıyla yol gösterici olacaktır. Bkz. Friedrich Nowakowski, “*Freiheit, Schuld, Vergeltung*”, **FS für Theodor Rittler**, Verlag Scientia, Antiquariat, Aalen, 1957, s. 66.

⁶¹⁵ Baurmann, s. 253 vd.

etmektedir⁶¹⁶. Bir başka deyişle kusur ilkesi ölçülülük ilkesinin somutlaştırılmasını mümkün kılmaktadır⁶¹⁷. *Hassemer* ise karşılık verme prensibi ile kusur ilkesi arasındaki ilişkiyi farklı ele almaktadır. Bu görüşe göre, kusur ilkesinin cezayı sınırlayan işlevi, mevcudiyetini suç teşkil eden eyleme karşılık verme zorunluluğuna değil, hukuk devleti anlayışı ile temellendirilen cezaların ölçülülüğü ilkesine borçludur⁶¹⁸.

Ceza kanunlarının amacının kısaca toplumsal barışı korumak olduğu varsayılırsa⁶¹⁹, kusur kavramının içeriği her ne şekilde tanımlanırsa tanımlansın, ceza yaptırımı, toplumsal barışı iradi olarak bozan kişiye karşı toplumun vermiş olduğu reaksiyondan ibarettir. Bu ise toplumda birlikte yaşamının getirmiş olduğu ortak değerler çerçevesinde kabul edilmiş olan ceza normlarını iradi olarak ihlal eden davranışa, toplumun hukuk düzeni aracılığıyla cevabı niteliğindedir. Kuşkusuz ceza şeklinde gerçekleştirilen bu cevabın ölçülü olması gerekmektedir⁶²⁰.

Devlet tarafından ceza yaptırımının uygulanması bireyin temel hak ve özgürlüklerine müdahale içermektedir ve bu müdahalenin keyfi olmaması, yani yerinde ve ölçülü olması gerekmektedir⁶²¹. Bu bakımdan **kanımızca** kusurun cezaya

⁶¹⁶ Baurmann, s. 256.

⁶¹⁷ Winfried Hassamer, "Alternativen zum Schuldprinzip?", **Schuld und Verantwortung: Philosophische und juristische Beiträge zur Zurechenbarkeit menschlichen Handelns** (Hrsg. Hans M. Baumgartner/ Albin Eser), Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 1983, s. 100.

⁶¹⁸ Hassemer, "Strafrecht, Prävention, Vergeltung", ss. 63-64.

⁶¹⁹ 5237 sayılı TCK m. 1' de ceza kanununun amacı şu şekilde düzenlenmiştir: "*Ceza Kanununun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. Kanunda bu amacın gerçekleştirilmesi için ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, ceza ve güvenlik tedbirlerinin türleri düzenlenmiştir.*" Aynı şekilde esasında hukuk, toplumun varlığı şartlarının teminat altına alınmasından, ortak hayatın zorunlu ve temel şartlarının sağlanmasından ibarettir. Ortak hayatı teminat altına almak, hukuk düzeninin nihai amacıdır. Bkz. Hafizoğulları, Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, s. 21. Bu açıklamadan da anlaşılacağı üzere, ortak hayatı teminat altına almada kullanılan enstrümanlardan birisi de kusur ilkesi olacaktır.

⁶²⁰ Aynı yönde görüş için bkz. Günter Ellscheid / Winfried Hassemer, "Strafe ohne Vorwurf: Bemerkungen zum Grund strafrechtlicher Haftung", **Seminar: Abweichendes Verhalten II, Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität Band 1** (Hrsg. Klaus Lüderssen/ Fritz Sack), Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1975, ss. 283-284.

⁶²¹ *Ölçülülük ilkesi*, araç ve amaç ilişkisi ile ilgilidir. Bir başka deyişle, yasa koyucu veya idare tarafından kullanılan aracın, ulaşılmak istenilen amaca erişmek için elverişli ve gerekli olup olmadığı, başvuru aracın ulaşılmak istenen amaçla ölçülü bir orantı içinde bulunup bulunmadığı hususları ile ilgilidir. Bu anlamda ölçülülük ilkesi elverişlilik, gereklilik ve orantılılık şeklinde üç

esas teşkil etme işlevi (*Strafbegründungsschuld*) yani kurucu özelliği, bu müdahalenin yerindeliliğini sağlarken, cezanın belirlenmesi aşamasındaki işlevi (*Strafzumessungsschuld*) ise müdahalenin orantılı (dar anlamda ölçülü) olmasını sağlamaktadır.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere TCK m. 32/1’ de yer alan failin akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneğinin bulunmaması ve hakkında ceza sorumluluğuna gidilmemesi, devletin cezalandırma görevini yerinde ve uygun gerçekleştirmesi bakımından önem arz etmektedir. Akıl hastalığı nedeniyle işlemiş olduğu fiilin haksızlığını algılayamayan ya da davranışlarını haksız olan fiilden kaçınabilecek şekilde yönlendiremeyen kişinin cezalandırılması, devletin cezalandırma yetkisinin yerinde ve uygun gerçekleştirilmemesine yol açacaktır. Bu sonuç ise anayasal düzeyde olan ölçülülük ilkesine aykırı olacaktır. TCK m. 32/2 kapsamında akıl hastalığı nedeniyle fiilini azalmış kusur yeteneği kapsamında gerçekleştiren fail hakkında da, cezalandırmanın akıl hastası olmayan failer gibi olmaması, cezalandırmanın orantılı olmasını sağlamaktadır. Bu nedenle azalmış kusur yeteneği durumunda da ölçülülük ilkesinin öneme sahip olduğu söylenebilir.

4. İnsan Onurunun Dokunulmazlığı İlkesi

1982 Anayasası’nın “Başlangıç” kısmında toplumda yaşayan bireylerin hukuk karşısında bir obje olmadığı, aksine toplumda bulunan hukukî, ahlakî vb. değerler karşısında etkileşim içinde bulunan, haklara ve yükümlülüklerle sahip sùjeler olduğu vurgulanmaktadır. Buna göre: “*Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak millî kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu...*” belirtilmektedir. Bu ifadelerden de anlaşılacağı üzere, insan doğadaki varlıklar içinde davranışlarını, zihinsel muhakemeden ve rasyonel karar alma süreçlerinden geçirebilmesi, bu faaliyetler sonucunda sahip olduğu hareket özgürlüğü çerçevesinde yapma ya da yapmama şeklinde zihniyetini icraya dönüştürebilmesi özelliği ile diğer

alt ilkeden oluşmaktadır. Bkz. Yüksel Metin, **Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s. 21.

varlıklardan ayrılmaktadır. Bu zihinsel süreç kuşkusuz değerler sistemi içerisinde, insanın hukuk normları ile etkileşim içinde olan sosyal bir varlık olduğu gerçeğine dayanmaktadır⁶²². “Sorum” sadece “insan”ın tekelinde üstün bir niteliklidir. “İnsan” kavramı bilinç ve irade imkânlarına bağlıdır. Bu açıdan anormalleştikçe “canlı”nın insan sorumlundan da uzaklaşacağını kabul etmek gerekmektedir⁶²³.

“Onur” sözcüğü sözlükte, *insanın kendine karşı duyduğu saygı, şeref, öz saygı, izzetinefis ve başkalarının gösterdiği saygının dayandığı kişisel değer, şeref, itibar* olarak tanımlanmaktadır. Felsefe terimleri sözlüğünde ise, *insanın duyan, düşünen ve özgür bir varlık olarak taşıdığı değer, insan olarak insanın değeri* olarak tanımlanmaktadır⁶²⁴. Bu anlamda bir varlık olarak, insanın onuru onun davranışlarını gerçekleştirirken kendi değer dünyası çerçevesinde zihinsel süzgeçten geçirerek, rasyonel karar alabilme ve bu kararın sonuçlarını üstlenebilme (sorumluluk) yetisine dayanmaktadır. Esasen ceza hukukunun bütün çabası, toplumsal barışın sağlanabilmesi için, bu şekilde gerçekleştirilen davranışların değerlendirilmesinden ibarettir.

Meşrulaştırılmasındaki anlam, norma aykırı bir eyleme tepki olacak şekilde normun geçerliliğini vurgulamak olan cezanın, normun hatırlatılmak istendiği kişinin norm emrini fark edemeyecek veyahut yerine getiremeyecek (norma riayet edemeyecek) durumda olduğu hallerde hiçbir mantığı kalmamaktadır. Çünkü normun hatırlatılmak istendiği bu kişi, normun emrettiği davranış şeklini algılayamadığından ya da iradesini normun emrettiği yönde belirleyemediğinden aslında normun geçerliliğini sorgulamamaktadır. Kişi, söz konusu yeteneklerinin olmaması sebebiyle normu geçerli sayacak ya da norma saygılı bir şekilde davranacak bir halde bulunmamaktadır. Böylece bu yeteneklere sahip olmayan kişinin cezalandırılması, kişilerin akli iradesine dayanan meşru bir cezalandırma işlemi olmayacaktır. Bir başka deyişle normun emrettiği davranış şeklini algılayamayan ya da iradesini normun emri yönünde belirleyemeyen kişinin devlet tarafından ceza yaptırımına maruz bırakılması durumunda kişi, devlet faaliyetinin bir objesi haline gelir ki bu da

⁶²² Nitekim Federal Alman Anayasa Mahkemesi de bu hususa gönderme yapmaktadır: “*İnsan onurunun korunmasında insanın zihinsel-ahlakî bir varlık olduğu temel alınmaktadır ve insanın, özgür olarak karar verebildiğini ve kendini geliştirdiğini savunmaktadır.*” BVerfGE 45, 187 [227] (Bkz. Hörnle, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, s. 11-12)

⁶²³ Erem, Ceza Hukukunda Ümanist Doktrin, s. 76.

⁶²⁴ Güncel Türkçe Sözlük, Felsefe Terimleri Sözlüğü için bkz. www.tdk.gov.tr.

insan onuruna aykırı bir eylemdir⁶²⁵. Bu noktada TCK m. 32' de yer alan akıl hastalığının failin kusur yeteneğine etkisi düzenlemesinin önemli bir rol üstlendiği söylenebilir. TCK m. 32/1 uyarınca, akıl hastalığı nedeniyle işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan ya da davranışlarını bu algı çerçevesinde yönlendiremeyen kişi cezalandırılmaz. Bu düzenlemede aslında akıl hastalığı nedeniyle davranışları kendisini yansıtmayan, bir başka ifade ile davranışlarında hukuka sadakat eksikliği içeren gerçek iradesi gözlemlenemeyen kişilerin cezalandırılmayacakları belirtilmiştir. Bu bakımdan akıl hastalığının etkisi altında davranışlar sergileyen kişiler, devletin cezalandırma faaliyetinin bir objesi değil, korunma ve tedavi altına alınması gereken temel haklara sahip bireyler olarak görülmektedir.

İnsan onuru kavramı (Alm. *Menschenwürde*, İng. *Human dignity*) değer yargısı için bir belirleme gerçekleştirmektedir. İnsana mutlak bir değer bahsetmektedir⁶²⁶. Bunun temelinde ise insanın bir varlık olarak, davranışlarını irade özgürlüğü çerçevesinde, sorumluluk duygusu içerisinde gerçekleştirmesi yatmaktadır. Zira özgür irade tüm kişiler için mutlak bir değerdir, çünkü irade özgürlüğü üzerinde aslına uygunluk (*Authentizität*) ve kimlik (*Identität*) tecrübe edilmektedir. Aslına uygunluk tecrübesi için olanak unsuru, bireylerin kişi olarak diğer kişiler aracılığıyla tasvip edilmesidir⁶²⁷. Bu durumun karşısında ise kınama yer almaktadır. Ceza hukukunda kusurun değer yargısı teşkil etmesi ve kişinin somut fiildeki tutumunun kınanma yoluyla değersiz görülmesi, insanın sorumluluk alabilme ve değerleri çerçevesinde kendi kaderini tayin edebilme yeteneğine sahip olması sonucu ve bu kapsamdaki irade oluşumunun hukukun gerekleri doğrultusunda gerçekleşmemesi nedeniyle söz konusu olmaktadır. Akıl hastalığı gibi sebeplerle davranışlarındaki irade oluşumu değersiz olarak görülemeyecek kişilerin cezalandırılmaması, bu

⁶²⁵ Gropp, AT, kn. 90, s. 117-118. Aynı yönde görüşe sahip *Öztürk/ Erdem*, kusursuz kişinin devlet otoritesi tarafından cezalandırılması durumunun insan onuruyla bağdaşmayan bir muamele olacağını ve bu durumun işkence ile aynı anlama geleceğini belirtmektedir. Bkz. *Öztürk/ Erdem*, s. 47.

⁶²⁶ Paul Tiedemann, **Menschenwürde als Rechtsbegriff: Eine philosophische Klärung**, Berliner Wissenschafts-Verlag (BWV), Berlin, 2007, s. 213.

⁶²⁷ Tiedemann, s.231.

nedenle insan onuru ilkesi ile ilişki içindedir. Ceza hukuku ancak salt netice ilkesi değil, kusur ilkesi hâkim olduğu müddetçe insan onuruna uygun olabilecektir⁶²⁸.

II. AKIL HASTALIĞI KAVRAMININ HUKUK DÜZENİ VE CEZA HUKUKU İLE İLİŞKİSİ

Çalışmada böyle bir başlığa yer verilmesinin sebebi, daha önce anlatılan hususların ceza hukuku ve normatif hukuk düzeni ile ilişkisini ortaya koymaktır. Her ne kadar akıl hastalığı kavramı, geniş anlamda ceza hukukunun kapsamını oluşturan tüm çalışma alanları açısından önem arz eden bir kavram olsa da, burada sadece bu kavramın ceza sorumluluğuna etkisi ve suçun işlenmesi açısından önemine dikkat çekilmek istenmiştir. Bu nedenle kavramın ceza muhakemesi hukuku kapsamında yargılama yeteneği ve dava şartı olma özelliği ya da infaz hukuku bakımından ceza infazına engel olma özelliği burada özellikle kapsam dışı bırakılmıştır. Akıl hastalığı kavramının, hukuk devletinde ceza normları aracılığıyla sosyal kontrolün sağlanması açısından önemi bakımından ayrıca değerlendirilmesi de gerekmektedir. Bu nedenle çalışmada devam eden başlıklarda belirtilen hususun açıklamasına çalışılacaktır.

A. Demokratik Hukuk Düzeninde İnsan Davranışlarının Değerlendirilmesi ve Etki Altında Bırakılması ile “Akıl Hastalığı” Kavramının İlişkisi

Normatif emir ve yasaklar içeren modern ceza hukuku sisteminin amacı, ceza yaptırımının haklı, yerinde ve gereken ölçüde (meşru bir şekilde), norm beklentileri yönünde eylemlerde bulunmayan kişilere uygulanmasını temin ederek sosyal kontrolün sağlanmasıdır. Bu amaç doğrultusunda zor uygulama tekeline sahip devletin salt emir ve yasakları tespit etmesi yetmemekte, ayrıca bu emir ve yasaklara uyma konusunda bireylerden beklentisinin de haklı bir gerekçeye dayanıyor olması gerekmektedir. Akıl hastalarında olduğu gibi norma uyma beklentisinin sonuçsuz kalacağı baştan belli olan fail gruplarına, ceza hukuku enstrümanları arasındaki en şiddetli yaptırım olan cezanın uygulanması, bireyi hukuk düzeninin objesi haline

⁶²⁸ BVerfG 26.02.1969, 16.07.1969, 26.05.1981, 09.07.1997, 05.02.2004, 27.12.2006 (Tiedemann, s. 451.)

getirecektir. Bu şekilde gerçekleştirilen ceza sorumluluğu anlayışı insan onurunun dokunulmazlığı ilkesine aykırılık teşkil edeceği gibi, cezalandırma faaliyeti ile elde edilmek istenen amaçlara ulaşma hedefinden de uzaktır. Oysa ki, ceza hukuku sisteminde cezalandırma amaç değil, araçtır. Bu aracın yönelik olduğu amaç ise, bireyin eylem anında hukuka bağlılık eksikliğini ifade edip etmediği, failin ve toplumun arda kalanı olan potansiyel failerin benzeri hukuka aykırı eylemden uzaklaştırılıp uzaklaştırılmayacağıdır(caydırma-önleme).

Daha önce de belirtildiği üzere, ceza kanunlarının amacının kısaca toplumsal barışı korumak olduğu varsayılırsa⁶²⁹, kusur kavramının içeriği her ne şekilde tanımlanırsa tanımlansın, ceza yaptırımı toplumsal barışı iradi olarak bozan kişiye karşı toplumun vermiş olduğu reaksiyondan ibarettir. Bu ise toplumda birlikte yaşamanın getirmiş olduğu ortak değerler çerçevesinde kabul edilmiş olan ceza normlarını iradi olarak ihlal eden davranışa, toplumun hukuk düzeni aracılığıyla cevabı niteliğindedir. Bu cevap sosyal kontrol amacı ile gerçekleştirilmektedir.

Streng norm geçerliliğine olan güvenin sağlanmasını demokratik ceza hukuku sisteminin merkez görevi olarak tarif etmektedir. Bu görevin sağlanmasında vatandaşların norma güven duymasını sağlayan, ölçüye uygun yaptırıma dayanan demokratik ceza hukuku sistemi aracılığıyla sorumlu olma ve davranışların etki altına alınması yer almaktadır⁶³⁰. Davranışların etki altına alınması ancak bireylerin ceza normlarının anlamlarını (davranış beklentilerini) algılamak ve davranışlarını bu algıya dayanarak cezadan uzak kalacak şekilde düzene sokma iradesini gösterebilme imkânına sahip olduğu durumlarda hayat bulacaktır.

İşte kusur ilkesi, belirtilen işlevleri yerine getiren ilke olarak ortaya çıkmaktadır. Kusur, demokratik hukuk sisteminde ceza normu ile koruma altına alınmış değerlere failin beklenen saygıyı göstermemesi, bu yöndeki bir hukuki

⁶²⁹ 5237 sayılı TCK m. 1' de ceza kanununun amacı şu şekilde düzenlenmiştir: “*Ceza Kanununun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. Kanunda bu amacın gerçekleştirilmesi için ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, ceza ve güvenlik tedbirlerinin türleri düzenlenmiştir.*” Aynı şekilde esasında hukuk, toplumun varlığı şartlarının teminat altına alınmasından, ortak hayatın zorunlu ve temel şartlarının sağlanmasından ibarettir. Ortak hayatı teminat altına almak, hukuk düzeninin nihai amacıdır. Bkz. Hafizoğulları, *Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, s. 21. Bu açıklamadan da anlaşılacağı üzere ortak hayatı teminat altına almada kullanılan enstrümanlardan birisi de kusur ilkesi olacaktır.

⁶³⁰ Streng, “*Hirnforschung*”, s. 100.

sadakat eksikliği nedeniyle, failin gerçekleştirmiş olduğu eylemden anlaşılan hukuken tasvip edilmeyen düşünce yapısı ya da zihniyetidir. Bir başka deyişle fail hakkındaki eylemi üzerinden gerçekleştirilen bir değer(sizlik) yargısıdır. Bu değer(sizlik) yargısı, eylem anında failin ceza normuna uygun şekilde davranışta bulunma olanağı ve kabiliyeti mevcutken, ihlali seçmesi ya da bu yönde karar vermesi, bir başka deyişle otonom (özerk) iradesini bu yönde kullanması üzerinden gerçekleştirilmektedir.

Davranış öğretisinin temeli, göreceli olarak davranışı yapanın özgür⁶³¹, daha önceden belirli olmayan bir karardır. Bireyin kişiliği dışında herhangi bir etkiye maruz kalmadan gerçekleşen kendi kendini harekete geçiren bir irade, sadece yalın bedensel süreçlerin sonucu olmayan bir bilinç, hukuk sisteminin temeli olarak görülmektedir⁶³². Zira ceza normlarında olduğu gibi tüm kurallar, kendisine uyma ya da uymama konusunda özgür olan, bu seçimi yapabilecek, bu iradeyi gösterebilecek özelliklere sahip olan bireyi esas almaktadır. Bu özelliklere sahip olunmaması durumlarında ise, akıl hastaları gibi istisnai gruplar belirlenerek norma uyulmaması nedeniyle kınanabilirlik gerçekleşmemekte, bu kişilerin normu ihlal etmesinin önlenmesi amacıyla farklı arayışlara ve tedbirlere yönelinmektedir. Bireylerde eylemi gerçekleştirdiği sırada mevcut olan akıl hastalığının eylemlere etki etmesi durumu ise, bu nedenle önem arz etmektedir.

Sonuç olarak denilebilecektir ki, hukuk toplumu normal yetişkin insanların, a. antisipatif (*beklenen*), hedef odaklı, öz kontrollü ve rasyonel davranış seleksiyonu yeteneğine sahip olmasından; b. özgürlük bilincinde (farklı olabilme bilincinde⁶³³) hareket etmek ve bu bilincin tüm normal amaçlı (=yönelimsel) eylemlere eşlik ettiği görüşünden yola çıkmaktadır.

⁶³¹ Özgürlük kavramının, *felsefe* biliminde mezafiziksel, teolojik ve modern doğa bilimlerinin mekanizmi karşısında değişik anlamları vardır. Mezafiziksel anlamda bakıldığında özgürlük, bir şeyin kendisi dışındaki bir şey veya etkiyle belirlenmemiş olma halidir. Evrende her şeyin belirlenmiş olduğu durumda her şey zorunluluk altında bulunuyor demektir. Bkz. Doğan Özlem, “Ahlakta, Hukukta ve Siyasette Özgürlük Kavramı Üzerine”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM)**, C. LXXII, S. 1, 2014, s. 87 vd.

⁶³² Bkz. Schreiber, “Ist der Mensch für sein Verhalten rechtlich verantwortlich?”, s. 1070.

⁶³³ Alm. “*Bewusstsein des Anderskönnens*”

Bu varsayımlar sorumluluğun kişisel temelini oluşturur⁶³⁴. Bu nedenle, yetişkin ve akli olarak ortalama sağlıklı failin sorumluluk fikri, sosyal ve ahlaki bilincimizin şüphe götürmeyen gerçeğidir⁶³⁵. Demokratik hukuk düzeninin amacı ise, bu sorumluluğun ortadan kalktığı istisna durumları mantığa uygun şekilde belirlemek olmalıdır. TCK m. 32’ de yer verilen “akıl hastalığı” halinin, TCK’ nun ceza sorumluluğunun ortadan kalktığı ya da azaldığı haller içinde düzenlenmesi, bu amaç doğrultusunda gerçekleştirilmiş bir adımdır.

B. Akıl Hastalığının Kusurluluk ve Kusur Yeteneği ile İlişkisinden Doğan Sonuçlar

1. Akıl Hastalığının “Kusur Yeteneği” ile İlişisine Ait Sonuçlar

Çalışmanın önceki başlıklarında detaylı olarak yer verildiği üzere, biz burada kusur yeteneği kavramını TCK çerçevesinde kullanılan anlamıyla failin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılaması ve davranışlarını bu algı çerçevesinde yönlendirebilme yeteneklerini kapsar şekilde ifade etmeye çalışacağız.

Ceza kanunu anlamında hastalık ya da hastalıklı durumlardan bahsedilmişse de, “hastalık” kavramının anlamı bugüne kadar hep yaklaşık olarak varsayılmıştır⁶³⁶. Hastalık kavramı önceden olduğu gibi günümüzde de ceza hukukunun kilit kategorisini teşkil etmekte olan ve sürekli biçimde anlam değişimi içinde bulunan bir kavramdır⁶³⁷. Failin zihinsel anormal durumunu yansıtan ve ceza kanunlarında kusur yeteneğine etki eden hal olarak yer alan akıl hastalığı, hastalıklı ruhsal bozukluk, bilinç bozukluğu vb. gibi ifadeler, farklı bilimsel alanları ve özellikle tıbbi, psikiyatrik, psikolojik, psiko analitik, hukuki ve nihayetinde felsefi bilimsel alanları ilgilendirmektedir. Bu ifadelerin her bir bilim alanı içindeki tartışmalı pozisyonları, ceza kanunlarında kullanılacak olan kavramın seçimi ve bu kavramların ne anlama geldiği konusundaki güçlükleri de beraberinde getirmektedir. Bu nedenle özellikle

⁶³⁴ Björn Burkhardt, “Thesen zu den Auswirkungen des neurophysiologischen Determinismus auf die Grundannahmen der Rechtsgesellschaft”, **Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung** (Hrsg. Marcel Senn/ Dániel Puskás), Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2006, s. 85.

⁶³⁵ Jescheck/ Weigend, § 37, s. 412.

⁶³⁶ Zabel, s. 140.

⁶³⁷ Zabel, s. 162.

failin söz konusu durumu hakkındaki kavramın seçiminin, değişik bilimsel alanlardaki görüşleri birleştiren, bir anlamda ihtilaf çözümleme modelinin bir ifadesi olması gerektiği savunulmaktadır. Bir başka deyişle bu kavramların ceza kanunlarında kullanılmasının bir *uzlaşma formülünün* yansıması şeklinde gerçekleşmesi gerektiği söylenebilecektir⁶³⁸.

Ceza hukuku, her bir bireyin temel haklarına en ciddi müdahaleyi mümkün kılan araçtır ve bu sebeple *her bir somut olayda* failin davranışları nedeniyle ceza yaptırımının uygulanması için şartları net bir şekilde somutlaştırmak zorundadır. Üstelik bu zorunluluk psikiyatri, psikoloji, nöro-bilimler vs. gibi diğer bilimlerin uzmanlığına başvurulduğunda daha da büyük bir önem arz etmektedir. Burada ceza hukuku açısından karşı karşıya kalınan problem, kendi içindeki kavram ve yöntemlerin işlevsel olma görüntüsü altında, önleme ve güvenlik gerekçeleriyle hızlandırılıyor olmasıdır. “Hastalık” ve “bozukluk”⁶³⁹ kavramları, esnek bir şekilde ihtilafa tepki vermesi gereken ve birey ile toplum ilişkisini dinamik olarak tespit etmesi gereken kavramlardır. Esasen tıbbi olarak hastalık ve bozukluk kavramlarının dinamik kavramlar oldukları söylenebilecektir. Öncesinde hastalık değerinde oldukları değerlendirilmeyen davranış şekillerinin geçen zaman içinde hastalık kavramı kapsamına entegrasyonu gerçekleşebilmektedir. Bu sayede, tanılanan psikişik hastalıkların artışı ile ortaya çıkan yeni bir A-normallik durumu doğabilmektedir. Kaldı ki sosyal durumların ve çalışma koşullarının değişmesi, psikişik bozuklukların ortaya çıkmasına ve doktorların kişinin zorlayıcı koşullara ve kişiliğini ciddi ölçüde rahatsız eden durumlara gösterdiği reaksiyonları daha sık olarak psikişik hastalık olarak nitelendirmesine neden olmaktadır⁶⁴⁰.

Ceza hukuku ve güvenlik tedbirleri hukukunun sahip olduğu araçlarla toplumu oluşturan bireylere geniş kapsamlı güvenlik ve korkusuzluk sağlamak için söz vermesi yerinde değildir⁶⁴¹. Bir hukuk devletinde uygulanan ceza hukuku, ondan da önce modern bir suç politikası, cazibe yaratan bu tarz bir yaklaşıma karşı durmalıdır; çünkü bu tür bir söz tutulamaz. Geniş kapsamlı bir güvenlik ve

⁶³⁸ Zabel, ss. 140-141.

⁶³⁹ “Hastalık”, “bozukluk” gibi kavramların hukuk devleti anlayışının zıttı olan polis hukuku anlayışında birer ana motif/söylem olduğuna dikkat çekilmektedir. Bkz. Zabel, s. 163.

⁶⁴⁰ Friedrich/ Schleidgen, ss. 30-31.

⁶⁴¹ Zabel, ss. 162-163.

korkusuzluk sözü “her türlü yetkiye sahip olma kültürü (*Kultur der Allzusändigkeit*)” olacaktır ve bu yetkinin varlığına rağmen toplumsal beklentiler yine hüsrana uğramak zorundadır⁶⁴².

Dogmatik açıdan önemli olan, kuşkusuz failin eylemini gerçekleştirdiği anda anormal psişik durumunu⁶⁴³ yansıtan kanunda yer alan ifadeleri, *hukukun teorik isnadiyet koşullarından olan* özgür ve özgür olmama, kişilik ve bireysellik, sorumluluk ve sorumsuzluk vs. gibi kavramların sınırları ile uyumlaştırmaktır⁶⁴⁴. İşte bu noktada ceza hukuku içinde “hastalık” kavramının, özellikle yaşam ve tecrübe sonucu bilimsel kazanımlarla ilintili, normatif ve hukuksal yararları güvene alan bir konsepte uyarlanması gerektiği hususunda tartışmalar ortaya çıkmaktadır⁶⁴⁵.

Kusur yeteneğinin bulunmamasına yönelik referans noktası, “*nedenlerinin fail için bilinebilir olmadığı, istemli olarak bilinç tarafından üzerinde hiçbir etkinin yaratılmadığı, bedensel veya ruhsal nedenlere bağlı hastalıklı bozukluk*” durumunun olmasıdır⁶⁴⁶.

Hukukun güvenilirliği için kusur yeteneği hakkındaki kurallar bir göstergedir⁶⁴⁷. Bu nedenle kusur yeteneği hakkındaki kuralların kurgulanmasında azami dikkatin gösterilmesi gerekmektedir. Özellikle bu kurallar içinde kullanılacak ifadelerde, hangi tıbbi hastalık görüşünün ceza sorumluluğunun ortadan kalkması ya da azalması için temel oluşturacağı sorusu önem arz etmektedir. Öte yandan tıbbi bilgilerin kusur dogmatigi kapsamında nasıl işleneceği, yani hukuki bir hastalık kavramına nasıl aktarılacağı sorusu da gösterge olabilmektedir⁶⁴⁸.

Psikiyatri biliminde psişik hastalığın ortaya çıkmasında beyin içindeki hangi işlemlerin rol oynadığı konusunda gittikçe daha çok tecrübe kazanılmış durumdadır. Hatta edinilen bu tecrübeler öyle bir algıya yol açmıştır ki, beynin nöro fizyolojik mekanizmalarının incelenmesi sonucunda insanın kusur yeteneğinin olup olmadığına karar verilebileceği düşüncesi doğmuştur. Fakat günümüzde bu varsayımda bir

⁶⁴² Zabel, s. 163.

⁶⁴³ Psikolojik anlamda “normal” kavramı hakkındaki tartışmalar için bkz. Lohmann, s. 44 vd.

⁶⁴⁴ Zabel, s. 152.

⁶⁴⁵ Zabel, s. 162.

⁶⁴⁶ Kröber, “Steuerungsfähigkeit und Willensfreiheit aus psychiatrischer Sicht”, s. 162.

⁶⁴⁷ Schreiber/ Rosenau, s. 97.

⁶⁴⁸ Zabel, s. 142.

gerçeklik payı yoktur. Ayrıca böyle bir değerlendirmenin olup olmayacağı veyahut olup olmaması gerektiği de şüpheli olduğu kadar etik açıdan da oldukça problemlidir. Her halükarda kusur yeteneği için yapılacak değerlendirmede, bireysel ve fiile ilişkin durumların da geniş kapsamda değerlendirilmesi kaçınılmazdır⁶⁴⁹.

Sonuç olarak, “akıl hastalığı” kavramı özellikle hukuk uygulaması bakımından hatalı olarak salt tıbbî bir konu olarak görülmektedir. Ancak “akıl hastalığı” kavramı, aslında bir hukuk düzeninde suç ve ceza politikasının hangi çerçevede ve ne şekilde gerçekleştirildiğinin ölçülmesi açısından aslî öneme sahip bir kavramdır.

2. Akıl Hastalığının “Kusurluluk” ile İlişkisine İlişkin Sonuçlar

Ceza normları ile etkileşim içinde bulunan failin, haklara ve özgürlüklere sahip sosyal bir varlık olarak, kendini ortaya koyması (kendini ifade etmesi), demokratik hukuk toplumunda kendi geleceğini tayin etmekte kullandığı manifesto hali, davranışları⁶⁵⁰ aracılığıyla gerçekleşmektedir. Bir başka deyişle birey, demokratik hukuk sistemi şeklinde kurgulanmış “değerler sistemi” içerisinde, kendi konumunu davranışları aracılığıyla belirlemektedir. Kuşkusuz bireyin konumunu belirleyen söz konusu davranışın, bireyi ve davranışını belirleyen kendisine yabancı bir etkiye maruz kalmamış iç mekanizmaların yansımaları şeklinde olması gerekmektedir. Bu mekanizmaların akıl hastalığı gibi durumlarla olduğundan farklılaşarak⁶⁵¹ ya da birey iradesine yabancı şekilde davranışa dönüşmesi

⁶⁴⁹ Arno Deister, “Ohne Schuld handelt...: Schuldfähigkeit und psychische Störung”, **Schuld-überholte Kategorie oder menschliches Existential?** (Hrsg. U. Lüke/ G. Souvignier), Verlag Herder, Freiburg im Breisgau, 2015, s. 156.

⁶⁵⁰ İnsan davranışı, rasyonel düşünce (psikologların semantik, denotatif, tümdengelimsel, mantıksal düşünce olarak nitelendiği düşünce) ile irrasyonel tepilerin (impulsions), daha doğrusu rasyonel dışındaki tepilerin bir karışımıdır; bunlardan biri zihnin, diğeri duyarlılığın etkinliği olarak koşullardan kaynaklanan ince (subtil) etmenlere göre çıkmaktadır. Bkz. Abraham Moles, **Belirsizin Bilimleri: İnsan Bilimleri İçin Yeni Bir Epistemoloji**, (Çev.: Nuri Bilgin), 4. Baskı, İstanbul, 2012, s. 32.

⁶⁵¹ Nitekim akıl hastalığına maruz kalan kişiler, bu hastalığın etkisi ile çevreden hiçbir uyarı gelmediği halde o uyarı varmış gibi algılayıp buna göre belirli hareketlerde bulunabilir. Bkz. Gülşen, s. 123.

durumunda, birey hakkında gerçek değer(sizlik) yargısının yapılabilmesi mümkün değildir.

İnsan sosyal bir varlık olarak beden-zihin (ruh) yapılarından oluşmaktadır. Bu nedenle insan davranışı, esasen bu olgular ile doğrudan ilişkilidir. Biyolojik (fizyolojik), psikolojik ve kognitif süreçler insan davranışının oluşmasında rol oynarken, bu süreçlerdeki bozulmalar bireyin, yukarıda ifade edilen “değerler sistemi” içerisinde kendi konumunu olduğu gibi belirlemesine engel olmakta, bu süreçlerdeki bozulmalar sonucu ortaya çıkan davranışlarda, bireyin “gerçekte olan” kendi geleceğini tayin etme iradesi gözlemlenmemektedir.

Esasen tıbbi bir kavram olan “akıl hastalığı” kavramı, hukuk düzeninde birçok etki ve sonuçlara sahip olması nedeniyle düzenlemelerde kavram olarak kullanılmış ancak pozitif hukuk düzenlemelerinde tanımına yer verilmemiştir. Bu nedenle söz konusu benzer durumlar için bir “Ruh Sağlığı Yasası”nın bulunması gerektiği dile getirilmekte ve Türkiye’ nin ruh sağlığı yasası olmayan tek ülke olduğu vurgulanmaktadır⁶⁵².

Türkiye Psikiyatri Derneği’ nin hazırlamış olduğu “Ruh Sağlığı Yasası Taslağı”, m. 3/1’ e göre, ruhsal hastalık, “*Beyin veya zihnin bozulması ile ortaya çıkan, zihinsel işlevlerde geçici veya kalıcı bozulmaya neden olan, tıbbın ruh sağlığı ve hastalıkları ve çocuk ruh sağlığı ve hastalıkları uzmanlık dallarının çalışma alanına giren hastalıkları*” ifade etmektedir⁶⁵³.

Ruhsal bozukluk, ruhsal işlevselliğin altında yatan ruhsal, biyolojiyle ilgili ya da gelişimsel süreçlerde işlevsellikte bir bozulma olduğunu gösteren, kişinin biliş, duygu düzenlemesi ve davranışlarında klinik açıdan belirgin bir bozukluk olmasıyla belirli bir sendromdur. Ruhsal bozukluklar genellikle belirgin bir sıkıntı ya da toplumsal, işle ilgili alanlarda ya da önemli diğer işlevsellik alanlarında yetersizlik ile seyreder. Sık karşılaşılan tetikleyici bir etkene ya da sevilen birini yitirme gibi bir yitime karşı verilen, beklendik ya da kültürel açıdan kabul gören bir tepki ruhsal bir bozukluk değildir. Daha çok kişi ve toplum arasında ortaya çıkan, toplumsal olarak

⁶⁵² Arın Namal, “Ruh Sağlığı Yasamız Olmalı!”, **Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yılıhğı**, Ekim 2011-2012-2013, S. 4-5-6, İstanbul, 2013, s. 423.

⁶⁵³ Medaim Yanık, “Türkiye Ruh Sağlığı Sistemi Üzerine Değerlendirme ve Öneriler: Ruh Sağlığı Eylem Planı Önerisi”, **Psikiyatride Derlemeler, Olgular ve Varsayımlar Dergisi (RCHP)**, Ekim 2007 Özel Sayı, s. 72.

alışılmışın dışında davranış (örn. siyasal, dinsel ya da cinsel) ve çatışmalar, yukarıda tanımlandığı gibi, bir işlevsellik bozukluğundan kaynaklanmadığı sürece, ruhsal bozukluk değildir⁶⁵⁴.

Jackson' a göre, "her delilikte", en önemli beyin merkezlerinin çok ya da az bölümünün ya da bununla aynı anlama gelen, serebral altyapının en yüksek gelişim düzeyinin ya da yine aynı şekilde bununla aynı anlama gelen, fiziksel bilinç temelini anatomik katmanının hastalıklı bir yaralanması söz konusudur. Her delilikte en önemli beyin merkezlerinin büyük bir bölümü herhangi bir patolojik süreç tarafından zaman zaman ya da sürekli olarak işlev dışı bırakılmaktadır⁶⁵⁵.

Akıl hastalığına ilişkin kavramsal tartışmalar bir tarafa bırakılacak olursa, akıl hastalığının etkisi altında suç işleyen fail hakkında ceza yaptırımına hükmedilmemesi şu gerekçeler ile temellendirilebilir:

- Anayasa' da öngörülen hukuk devleti, insan onurunun zedelenmemesi ve ölçülülük ilkeleri gereği, ceza yaptırımı ancak yukarıda ifade edildiği gibi gerçek iradenin yansımış olduğu davranışlar aracılığıyla kendi geleceğini tayin etmiş, "kusurlu" sayılabilen kişilere uygulanabilecek bir yaptırım çeşididir. Bu iradedeki esasen kişiye atfedilemeyecek bozulmalar, demokratik hukuk sistemi içerisinde kişinin eylemi nedeniyle "kınanabilmesi" ni engellemektedir. Kişinin kendi davranış biçimini tayin etme yeteneği kapsamında yapma ya da yapmama şeklindeki eylem öncesi kararının, kişinin kendi iradesinin ürünü olması yani bir başka deyişle, başkaca sebeplerle aslından farklı olacak şekilde etkilenmemiş olması gerekmektedir. Failde bulunan akıl hastalığı, failin norma uygun davranış yönünde karar verme yeteneğini ortadan kaldırarak onun davranışlarını hukuka uygun şekilde tayin etme olasılığını ortadan kaldırmaktadır. Bu olasılığın kalkması nedeniyle, faile aslında hukuka uygun olana karar verebilecek iken, yasak olanı tercih ettiği suçlaması gerçekleştirilememektedir.

- Demokratik hukuk sisteminde bireylerin ceza normları ile etkileşimi söz konusudur. Bu etkileşim içerik itibariyle ceza normunun varlığını ve davranış beklentisinin esasını algılamak (kavramak) ve davranışlarını bu beklenti yönünde oluşturulmuş irade kapsamında düzene sokmak olarak belirtilebilir. Bu etkileşim

⁶⁵⁴ Amerikan Psikiyatri Birliği, **DSM-5, Tanı Ölçütleri Başvuru Elkitabı**, Çeviren: Ertuğrul Köroğlu, s. 5.

⁶⁵⁵ Aktaran Foucault, Psikoloji ve Ruhsal Hastalık, s. 41.

vasıtasıyla bireylerin davranışları etki altına alınmaktadır. Bireyin kendi el değmemiş (akıl hastalığı etkisine maruz kalmamış) iradesi sonucu gerçekleştirmiş olduğu eylemde, normun davranış beklentisinin boşa çıkması durumunda ceza yaptırımını uygulanarak, ceza normunun geçerliliği bizzat failde ve potansiyel faillerde hatırlatılmaktadır. Ceza normunun bu şekilde geçerliliğinin vurgulanması sosyal kontrolün sağlanmasında, olası ihlallerin önlenmesi amacıyla hizmet etmektedir. İşte davranışlarını gerçekleştirdiği sırada akıl hastası olan fail hakkında sonraki ihlallerin önlenmesi amacı sonuçsuz kalmaktadır. Bir başka deyişle gerek söz konusu fail açısından, gerekse potansiyel failer açısından, eylem akıl hastalığı etkisi altında gerçekleştirilmiş ise, akıl hastası faile ceza yaptırımını uygulanması gelecekteki eylemler açısından önleyici bir etki meydana getirememektedir. Zira bu kişilerin, davranışları harekete geçiren içgüdüleri, saikleri, motifleri kontrol altına alması ve bu unsurların eyleme dönüşmesini engelleyen, dizginleyen mekanizmaları hastalık nedeniyle bozulmaktadır. Söz konusu nedenlerle cezanın önleme amacı bu kişiler için işlevsiz bir özelliğe sahiptir.

C. Suçun İşlenmesi İle İlişkisi

Burada biz zihinsel bozukluk ile suçun işlenmesi arasındaki ilişkiyi ortaya koymaya çalışacağız. Böyle bir başlığa yer vermekteki amacımız konunun kriminolojik boyutunun da bulunduğu dikkat çekebilmezdır. Zira bir kişiyi suçta iten sebepler çok çeşitli olabilmektedir. Akıl hastalığı hali de, normalde failde suç işleme motivasyonu bulunmamasına rağmen, suç işleme motivasyonu yaratması ya da suç işleme dürtülerini frenleyici mekanizmaları ortadan kaldıran bir durum olarak, failin suç işlemede önemli bir etken olabilmektedir.

İşlenen fiil anında failde “özgür irade” unsurunun olup olmadığı sorusu, kusur yeteneğinin değerlendirilmesinde önem arz eden bir konudur. Ceza hukukunun algıladığı şekilde “kusur” için önemli görülen şart, insanın ceza hukuku kapsamında yasaklanmış olan bir fiili işleyip işlememede özgürce karar verebilmesi olanağıdır. Fakat ciddi psikişik bozukluklar, bu türdeki bir kararın ilgili insan tarafından “özgür” olarak verilememesine neden olabilmektedir. Çünkü kişinin hastalığı sebebiyle ortaya çıkabilecek olan gerçeği algılamada değişiklikler, yargı becerisinde yüksek

derecede sınırlama, oryantasyon bozukluğu veya ciddi boyutta bilinç değişikliği gibi durumlar olabilmektedir. Bu durumlar, kişinin kendi iradesini son derece zorlamasına rağmen atlatılamamaktadır. Ayrıca masif duygusal durumlar, kişinin kısa süre için sorumluluk bilinciyle karar vermesine engel olabilmektedir⁶⁵⁶.

Hangi psikişik bozukluklar çerçevesinde suç teşkil eden fiillerin işlendiği ve bunda belirli hastalık tablolarının özel bir şekilde yer alıp almadığı konusunda geçerli sayılabilecek bilgiler bulunmamaktadır. Genel olarak psikişik bozukluğun tek başına suç artışına neden olmadığı, fakat şiddet eğilimini arttırabileceği veya realite değişikliği nedeniyle özel bir tehlike yaratabileceği söylenebilir⁶⁵⁷.

Akıl hastalığı ile suç ilişkisinin araştırılması esasen kriminoloji biliminin konudur. *Kaiser* kriminolojinin alanını şu şekilde tarif etmiştir⁶⁵⁸: “*Kriminoloji, suçlar, hukuki ihlaller, olumsuz sosyal davranışlar ve bunların kontrolü üzerine deneysel bilimin düzenlenmiş bütünlüğüdür. Onun bilimsel alanı, üç ana kavram ile ilgili olarak kendini gösterir; suç, suçlu ve suçun kontrolü. Bunlara mağdurun menfaatleri ve suçtan korunma da eklenir.*” İşte suçlunun kişiliğinin araştırılması çerçevesinde suçluluk ile akıl hastalığı arasındaki bağlantının da değerlendirilmesi sağlanmış olacaktır. Aynı zamanda yakından incelenmesi gereken suç olgusu, suçun fiziki, antropolojik, biyolojik yanlarının olduğu kadar, psikolojik ve psikiyatrik yanlarının da araştırılmasını gerekli kılacaktır. Suçun genetik ve biyolojik yanının incelenmesi, kişiyi onun düşünme süreçlerine, ahlaki anlayışına ya da yanlış davranışın duygusal yönlerine değinmeksizin, daha çok bir canlı (organizma) olarak ele alır. Suçun psikolojik yanı incelemelerinde ise, suçların işlenmesinde kişinin hangi yönlerinin sorumlu olduğu, psikolojik etmenlere dayanarak açıklanmaya çalışılır⁶⁵⁹.

Sonuç olarak denilebilir ki, akıl hastası kişilerin suç işlemek konusunda toplumu oluşturan diğer kişilerden farklılıkları büyük ölçüde yoktur. Ancak bazı akıl hastalıklarında söz konusu olan algıda meydana gelen sapmalar ya da gerçeklikten kopma gibi durumlar, normal bir olayın akıl hastası tarafından farklı değerlendirilmesine yol açabilecektir. Akıl hastası olan kişiler, hayatı bizim

⁶⁵⁶ Deister, ss. 155-156.

⁶⁵⁷ Deister, s. 157.

⁶⁵⁸ Aktaran Timur Demirbaş, **Kriminoloji**, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 32.

⁶⁵⁹ Demirbaş, **Kriminoloji**, s. 125.

gördüğümüz şekilde görebilme, değerlendirebilme gücünde değildir. Adeta diğerlerinden başka bir dünyada yaşar⁶⁶⁰. Bu nedenle bu kişilerde suç işleme motivasyonu olmamasına rağmen, hasta olmayan bireylerdeki fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrama ve davranışlarını hukuka aykırı olan fiillerden kaçınacak şekilde yönlendirme yetenekleri bulunmadığından, hukuka aykırı fiili gerçekleştirebilecektir. Bu durum ise hastalığın türüne ve derecesine göre farklılık arz edecektir.



⁶⁶⁰ Aykan, s. 5.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

CEZA HUKUKUNDA AKIL HASTALIĞININ KUSUR YETENEĞİNE ETKİSİ VE BU DURUMUN YASAL ÇERÇEVESİ

I. AKIL HASTALIĞI NEDENİYLE KUSUR YETENEĞİ DÜZENLENMESİNE İLİŞKİN YASAL YÖNTEMLER

A. Tek Aşamalı Yöntemler

1. “Biyolojik” Yöntem

“Biyolojik”⁶⁶¹ olarak adlandırılan bu yöntem, failde eylemi gerçekleştirdiği esnada bulunan ve tespit edilmiş olan zihinsel anormal sebep nedeniyle, bu durumun failin hangi yeteneklerine etki ettiği kanunda belirtilmeden kusur yeteneğinin yokluğuna ya da varlığına karar verilebilmesine olanak sağlayan yöntemdir. Bu yöntemde failde eylemi gerçekleştirdiği anda zihinsel anormal sebep tespit edildiği anda, failin yeteneklerinin araştırılmasına gerek yoktur. Sadece faildeki psişik⁶⁶² durum tespiti araştırmasının kusur yeteneği hakkında hükme varmaya yetmesi, faildeki psişik durum tespitinin failin davranışlarına ne şekilde etki ettiği şeklinde ikinci bir aşamayı içermemesi nedeni ile, bu yöntemin tek aşamalı bir sistem olduğu söylenecektir. Bir başka deyişle iki aşamalı (karma) yöntemde olduğu gibi, eylem sırasında “zihinsel bozukluk”, “akıl hastalığı” vs. gibi failde bulunan psikopatolojik

⁶⁶¹ Mayer, “biyolojik” olarak adlandırılan bu yöntemde, etiyolojik olarak akıl bozukluğunun sebeplerinin sayıldığını belirtmektedir. Bkz. Max Ernst Mayer, **Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts II. Band**, Carl Winter Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 1923, s. 208. Erem/Danışman/Artuk’ a göre “biyolojik usul”, sorumluluğu kaldıran aklî ve ruhî halleri kanunda açıkça göstermek usulüdür. Bkz. Erem/Danışman/Artuk, s. 516; karşılaştırınız İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Ünver, s. 217; Şensoy, “Ceza Mesuliyeti Tamamen veya Kısmen Kaldıran Aklî Malûliyet”, s. 130 vd.; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s. 284.

⁶⁶² Rasch/Konrad’ a göre, kusur yeteneğinin kurgulanmasında eylem anında failde bir psişik bozukluğun bulunup bulunmadığı sorgulanmaktadır. Yasada yer alan faildeki zihinsel veya ruhsal anormallik ifade eden özellikler, “psişik özellik” lerdir. Bkz. Rasch/Konrad, s. 67.

bulgular, ikinci bir değerlendirme aşaması için birer “giriş özelliği”⁶⁶³ olmayıp, kusur yeteneği değerlendirmesinin bizatihi kendisini teşkil etmektedir.

70’ li yıllarda yürürlükte olan Fransız Ceza Yasası (*Code pénal*) madde 64’ de bulunan “biyolojik” yöntemde (Fr. *Il n’y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l’action*), yasada yalnızca failin normal dışı durumunu ifade eden açıklamalar yer almaktadır. Bu normal dışı durumun meydana gelmesi halinde fail doğrudan kusursuz sayılır. Salt biyolojik yöntem, kusur yeteneğinin fail üzerinde algılama ve irade yeteneğe etkisiyle ilişkili olarak, bu yeteneklerin bir fiilin işlendiği zamanda bulunmadığı biçiminde adeta aksi iddia edilemez bir varsayımı ortaya koymaktadır. Aynı biçimde fail hakkındaki psikiyatrik tanının yani “biyolojik” olarak belirtilen unsurun, somut fiil için kendi anlamı içinde esasen incelenmeksizin, doğrudan kusur yeteneğinin varlığına ya da yokluğuna yol açması, bu yöntemin aynı zamanda sıklıkla itiraz edilen bir dezavantajdır⁶⁶⁴.

“Biyolojik” ifadesi ile, organik arka plana ve adli öneme sahip zihinsel faaliyetlerin bozukluğu yani “hasta olma hali (*Krankhaftigkeit*)” ya da organik arka plana sahip olmamakla birlikte etki derecesi ve boyutu itibariyle hastalık seviyesine ulaşmış “hastalık düzeyindeki (*Krankheitswertigkeit*)” zihinsel bozukluklar kastedilmektedir. Ancak isimlendirme hem hukuki, hem de adli psikiyatrik açıdan bu kavramların “biyolojik” olarak tasvir edilip edilemeyeceği sorusunu da beraberinde getirmektedir. Bu yönüme “biyolojik” isminin verilmesi, eski dönemlerde geçerliliği bulunan somatik (bedensel) psikiyatrik hastalık kavramının benimsenmiş olmasıdır. Daha sonra ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, bu hastalık kavramına göre, ancak somatik olarak bir bulguya işaret eden ya da somatik açıdan temellendirilebilen anormallikler hastalık olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenle eski dönemlerde bu hastalık düşüncesine “somatik” ya da “biyolojik” hastalık kavramı isimleri verilmiştir. Bu anlayışın yansıması olarak, kanunda sadece failin zihinsel anormal durumunun belirtildiği sisteme “biyolojik” sistem adı verilmiştir. Zihinsel anormal durum teşkil eden her durumun “biyolojik” olarak temellendirilememesi de göz

⁶⁶³ Franz Steng, **Strafrechtliche Sanktionen: Die Strafzumessung und ihre Grundlagen**, 3. Auflage, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 2012, (Strafrechtliche Sanktionen), s. 417.

⁶⁶⁴ Lenckner, “Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit”, s. 92; Helmut Ehrhardt, “Die Schuldfähigkeit psychiatrisch-psychologischer Sicht”, **Schuld-Verantwortung-Strafe: Im Lichte der Theologie, Jurisprudenz, Soziologie, Medizin und Philosophie** (Hrsg.: Prof. Dr. Erwin R. Frey), Zürich Schulthess & Co AG, Zürich, 1964, s. 232-233.

önüne alındığında, aslında bu aşamada psikopatolojik bulgulardan söz edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle bu aşamanın “biyolojik” olarak adlandırılması sıklıkla eleştirilmektedir.

Kusur yeteneği düzenlemelerindeki failde bulunan zihinsel veya ruhsal anormal durumu işaret eden ifadelerin “biyolojik” olarak betimlenmesi yoğun eleştiriye maruz kalmıştır. Bu yöndeki eleştiriler, yasalarda bulunan “akıl hastalığı”, “ruhi bozukluk”, “hastalıklı bozukluk (*krankhafte Störung*)” ya da “akıl zayıflığı” gibi ifadelerin “biyolojik” olarak tasvirinin uygun olmaması ve bu görüşe tibben itiraz edilebilir olması nedenleri etrafında şekillenmektedir⁶⁶⁵. Daha önce de belirtildiği üzere failin sahip olduğu zihinsel veya ruhsal anormal durumun “biyolojik” olarak ifade edilmesi, günümüzde tıbbi ve hukuki geçerliliği bulunmayan⁶⁶⁶, eski dönemlerde savunulan “biyolojik (somatik) hastalık” kavramının etkisi ile gerçekleşmiştir. Bu hastalık kavramına göre, ancak failde biyolojik bakımdan temellendirilebilen değişimler “hastalık” olarak kabul edilebilecektir. Bu eleştirilere karşın, söz konusu bu ifadelerde psikopatolojik süreçlerin ve durumların olduğu şüphe olmaksızın kabul edilmektedir⁶⁶⁷.

Kanımızca “biyolojik” olarak adlandırılan yöntemde, failde tespit edilen psikopatolojik bulgunun tek başına faili kusursuz saymak için yeterli görülmesi, bu konuda başkaca bir değerlendirmeye tabi tutulmaya gerek olmaması, temelinde “normatif” bir değerlendirme olan kusur yeteneği değerlendirmesinin salt “medikal (tıbbi) karara” indirgenmesine yol açacaktır. Bu durum ise kusur, kusur yeteneği ve dolayısıyla ceza sorumluluğu gibi esasen normatif özellikli ve sosyal boyutu olan konuların “medikalleşmesi” anlamına gelecektir. Söz konusu hatalı kabul, normatif özelliği ve sosyal boyutu olan kusur, kusur yeteneği ve ceza sorumluluğu gibi

⁶⁶⁵ Ehrhardt, s. 230.

⁶⁶⁶ Bu görüşün geçerliliğinin bulunmaması, özellikle de bu ara yargısal değerlendirmelerde yaygın biçimde uygulanan, zihinsel bozukluklar hakkında uluslararası kabul gören sınıflandırma sistemleri olan DSM ve ICD sistemlerinde kendini göstermektedir. Bkz. Rasch/Konrad, s. 47; Norbert Nedopil, **Forensische Psychiatrie: Klinik, Begutachtung und Behandlung zwischen Psychiatrie und Recht**, 3. Auflage, Georg Thieme Verlag KG, Stuttgart, 2007, s. 99 vd.; Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, s. 418; Kitaplarda ve şerhlerdeki “biyolojik unsurlar” şeklindeki tanımlama gerçekte yanlıştır ve bu kavramın kullanılmasının devam edilmemesi gerekmektedir. Bu kavramlar bilim olarak biyoloji anlamında tanımlanabilir konseptlere işaret etmemektedir. Bkz. Rasch/Konrad, s. 67.

⁶⁶⁷ Ehrhardt, s. 230.

konularda, nihaî değerlendirmede yetki tekeline sahip mahkeme ya da hâkimin rolünü önemsizleştirecektir. Ayrıca bu yanlış kabul, somut eylem ile faildeki zihinsel veya ruhsal anormal durumun irtibatlandırılmasında sorunlara yol açacaktır. Zira kusur prensibinin içeriksel esasları olan, “faildeki hukuka sadakat eksikliği (*failin kınanmaya değer hukuki zihniyete sahip olup olmaması*)”, “ceza normları aracılığıyla motive olabilirlik”, “ceza normlarına normatif anlamda tepki verebilirlik” gibi hususlar salt tıbbi karar ile açıklanabilecek hususlar olmayıp, normatif değerlendirmeye ihtiyaç duyan hususlardır.

Söz konusu hatalı kabul halinde oluşabilecek bir başka sorun da azalmış kusur yeteneği hakkında karar verilmesi aşamasında ortaya çıkacaktır. Zira azalmış kusur yeteneğinde önemli olan failde bulunan zihinsel veya ruhsal anormalliklerin şiddeti değil, esasen bu psikopatolojik halin yukarıda ifade edilen normatif nitelikteki failin sahip olduğu haksızlık algısına göre davranışlarını yönlendirme yeteneğini azaltıp azaltmadığıdır. Yani gerçekte ceza sorumluluğu bulunan ancak söz konusu normatif nitelikteki yeteneğinin etkilenmesi nedeniyle haksızlığı gerçekleştirmiş olan fail hakkında, zihinsel bozukluk şiddeti esas alınarak cezanın belirlenmesi mümkün değildir. Burada esas alınacak kriter salt zihinsel bozukluğun şiddeti değil, bu durumun failde bulunan hukuka sadakat eksikliği içeren tutuma, düşünce yapısına, yani zihniyetine ne şekilde etki ettiği. Bu hususlar ise, ancak mahkeme ya da hâkim tarafından ortaya çıkarılabilecek hususlardır.

Günümüzde “biyolojik” olarak adlandırılan sistem birçok modern ceza hukuku sisteminde terk edilmiştir. Ancak istisnai olarak, ceza kanunlarında failin hangi yeteneklerine etki ettiğine yer verilmeden, salt failin psikopatolojik durumunun cezasız kalmayı sonuçladığı ya da azalmış ceza sorumluluğuna yol açtığı kanun düzenlemelerine rastlanmaktadır. Örneğin, 45 sayılı (1907) Japon Ceza Kanunu “Akıl Hastalığı ve Azalmış Kapasite (İng. =*Insanity and Diminished Capacity*)” başlıklı, m. 39’ da böyle bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, “(1) Akıl hastalığının yol açtığı eylem cezalandırılmaz. (2) Azalmış kapasite sonucu gerçekleşen eylem cezalandırmanın azalmasına neden olur.”⁶⁶⁸ Aynı Kanunun 41.

⁶⁶⁸ “Article 39. (*Insanity and Diminished Capacity*)

(1) *An act of insanity is not punishable.*

maddesinde de, yaş küçüklüğü açısından benzer bir düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. Bu düzenlemeye göre, “14 yaşından küçük kişilerin eylemleri cezalandırılmaz.”⁶⁶⁹ Dikkat edilecek olursa her iki düzenlemede de, akıl hastalığı ya da yaş küçüklüğünün failin hangi yeteneklerine etki ettiğine kanun metninde yer verilmemiştir. Akıl hastalığı düzenlemesinde sadece failin psikopatolojik durumuna yer verilerek, bu konuda failin kusur yeteneğini oluşturan yeteneklerin ne derecede etkilendiği ya da bu etkinin aşamaları ve bu etkinin ceza sorumluluğuna nasıl etki edeceği belirtilmemiştir. Ülkemiz açısından bakıldığında ise, TCK m. 31/1’ de düzenlenen on iki yaşını doldurmamış olan suça sürüklenen çocuklar hakkında da “biyolojik” olarak adlandırılan sisteme yer verildiği söylenebilir. Bu dönem çocuklar için kanunkoyucu, salt “biyolojik” nitelikte olan “yaş küçüklüğü” kriterini esas alarak, failin kusursuz sayılacağını düzenlemiştir. Bu anlamda henüz on iki yaşını doldurmamış olan suça sürüklenen çocukların, işlemiş oldukları fiilin haksızlığını algılama ya da bu çerçevede davranışlarını yönlendirme yeteneklerinin var olup olmadıklarının incelenmesine gerek bulunmamaktadır. Bu yeteneklerin işlenmiş olan fiilde, “biyolojik” özellikteki “yaş küçüklüğü” sebebiyle bulunmadıkları kanun gereği varsayılmıştır.

2. “Psikolojik” Yöntem

Kusur yeteneğinin belirlenmesi açısından “biyolojik” yöntemden farklı olarak, yasa koyucu tarafından “psikolojik” olarak tarif edilen yönetime de başvurulduğu görülmektedir. Yöntem, kusur yeteneğinin varlığına ya da yokluğuna neden olan sebepleri kanun metninde belirtmekten feragat ederek yalnızca bu yeteneğin “psikolojik” olarak belirtilen etkilerini ifade etmekle yetinmektedir⁶⁷⁰. Buna göre kusur yeteneğine sahip olmayan fail, eylem anında algılama ve irade

(2) *An act of diminished capacity shall lead to the punishment being reduced.*” Japon Ceza Kanunu’ nun resmi olmayan hükümet çevirisi, s. 12. Bkz. <http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/PC.pdf> (Erişim Tarihi: 12.01.2018)

⁶⁶⁹ Japon Ceza Kanunu’ nun resmi olmayan hükümet çevirisi, s. 12. Bkz. <http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/PC.pdf> (Erişim Tarihi: 12.01.2018)

⁶⁷⁰ *Erem/Danışman/Artuk*’ a göre “psikolojik usul”, nedenini kanunda göstermeksizin kişinin fiil anında şu veya bu ruhî ve akli yetilerinden yoksunluğun cezasızlık halini oluşturacağını belirlemek usulüdür. Şuuruna sahip olmayan kişinin ceza sorumluluğunun olmayacağını düzenlenmesinde olduğu gibi, nedenin belirtilmesine gerek yoktur. Bkz. *Erem/Danışman/Artuk*, s. 516.

yeteneğine sahip olmayan kişidir⁶⁷¹. Bunun sebebinin herhangi bir zihinsel bozukluk ya da başka bir neden olması önemsizdir. Mayer bu yöntemi “septomatik” olarak adlandırmaktadır. Bu görüşe göre, bu yöntemde akıl bozukluğunun etkisiyle, yani irade oluşumunun hatalı olması ile bağ kurulmaktadır⁶⁷². Bir başka deyişle kanun metninde sadece failin zihinsel anormal durumunun yarattığı etkilere yer verilmiştir. “Psikolojik” olarak belirtilen yöntem de adlandırılma ve içerik bakımından eleştirilere maruz kalmıştır.

Bu eleştirilerden ilki failde etkiye maruz kalan algılama ve irade yeteneğinin mutlak şekilde “psikolojik” olarak tarif edilememesidir. Çünkü psikoloji biliminin, yasanın metni içinde yer verdiği soruyu⁶⁷³ cevaplayabilecek durumda olmadığı ve esasen buna muktedir olmadığı belirtilmesi gerekmektedir. Bu soru hakkında hâkim tarafından ve normatif değerlendirme sonucu karara varılacaktır. Bu durum psikoloji ve psikiyatrinin katılımı ile ortak çalışmayı ortadan kaldırmamaktadır. Çünkü hâkim doğal olarak, kararı için davranış bilimleri esaslı dayanaklara gereksinim duymaktadır. Hangi oranda hâkimin bilirkişi ile ortak çalışma içine gireceği, özellikle bilirkişiye hangi yetkiyi tahsis edeceği, hâkimin değerlendirmesindedir⁶⁷⁴.

Her ne kadar “psikolojik” olarak adlandırılan yöntem, çoğunlukla kullanışsız olarak belirtilse de, bu yolun normatif kusur kavramının özüne (=idesine) en yakın olduğu tartışmasızdır. Şayet kusur kavramı, failin eylem anında bulunduğu farklı bir eylemde bulunabilmesi (*Anders-Handeln-Können*) suçlaması ile ifade edilirse, o zaman kusur yeteneğinin bulunmaması, olayda failin herhangi bir nedenle farklı davranabilmesini ortadan kaldıran durumlardan birinin olmasının sonucu olarak gerçekleşmelidir. Yani failin eyleminin haksızlığını algılayamaması ya da algılama yeteneğine göre eylemde bulunma yeteneğini kaybetmiş olmasının hangi gerekçe ile olduğunun bir önemi yoktur. Bu neden yaş küçüklüğü olabileceği gibi, failde bulunan zihinsel veya ruhsal bozukluk da olabilir. “Psikolojik” olarak belirtilen yöntemde bu gibi nedenlere yasa metninde ayrıca yer verilmesine gerek

⁶⁷¹ Esasen bu yeteneklerde “normatif özellikler” söz konusudur. Bkz. Rasch/Konrad, s. 68.

⁶⁷² Mayer, s. 208.

⁶⁷³ Bu soru hemen hemen tüm modern ceza hukuklarında olduğu gibi, TCK m. 32’ de ifade edilen, eylem anında failin davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunup bulunmadığı sorusudur.

⁶⁷⁴ Rasch/Konrad, s. 68.

görülmemiştir. Çünkü kusur yeteneği hakkında verilecek kararın temelinde, failin söz konusu bu iki yeteneğinin (1. eylemin haksızlığını algılama ve bu algı çerçevesinde 2. davranışlarını belirleme yeteneği) bulunup bulunmadığı ya da bu yeteneklerin esaslı şekilde etkilenip etkilenmediği yer almaktadır.

Ceza yargılamasında kusur yeteneği hakkında karar verilebilmesi için, kuşkusuz tek başına faildeki zihinsel veya ruhsal anormal durumun tespiti yetmemekte, bu durumun failin algılama veya irade yeteneğine etki edip etmediği, ettiyse bu etkinin ne ölçüde gerçekleştiğinin çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Belirtilen ikinci aşama, tamamen normatif bir doğaya sahip ve sadece mahkeme tarafından hukuki olarak cevaplanabilecek bir aşamadır⁶⁷⁵.

“Psikolojik” olarak adlandırılan yöntem de birtakım eleştirilere maruz kalmıştır. “Psikolojik” yöntemin hâkimi, failin iradesinin oluşması üzerinde hangi nedenlerin etkili olabileceği araştırmasına yöneltmemesi ve böylece hukuk güvenliğinin ciddi bir biçimde tehlikeye düşürüldüğü gerekçeleri ile itiraz edilmektedir⁶⁷⁶. Zira kusur yeteneği hakkındaki karar aslında insanın özgürce karar verip veremediği sorusu ile ilgilidir. Ancak hiç kimse somut olay çerçevesinde adli uygulama bakımından ulaşılmaz bir ideal olan insanî özgürlük sorunsalının derinliklerine nüfuz etme becerisine sahip değildir⁶⁷⁷. Bu nedenle yasada yer alacak kusur yeteneği düzenlemelerinde zihinsel bozukluk ya da yaş küçüklüğü gibi özgürlüğü kısıtlayan akla uygun fail gruplarına özellikle yer verilmelidir. Bu durum toplumu oluşturan bireyler açısından da, hangi durumlarda kusursuz kabul edileceğine ilişkin belirlilik olması nedeniyle hukuki güvenlik hakkını güçlendirici bir etkiye sahip olacaktır.

“Psikolojik” yöntemi savunanlara göre, belirli psikopatolojik bağlantı bulgularından tümüyle vazgeçmek ve sadece neticede yine esas teşkil edecek olan algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin etkilenip etkilenmediği

⁶⁷⁵ Aksi görüşte olan Ehrhardt' a göre, algılama (*Einsicht*) ve davranışlarını yönlendirme (*Steuerung*) ruhsal yetenekler olarak normatif olgular değildirler. Bu olgular, ampirik-psikolojik ya da ampirik-klinik sorular olup, içeriksel olarak “biyolojik” olarak adlandırılan unsurlardan ayrılmayan olgulardır. Failin kusur yeteneğine ilişkin sorunun gerçek bölüm ve normatif bölüm olarak ayrılması yaşamın gerçekliğine aykırıdır. Esasen algılama ve davranışlarını yönlendirme, ruhsal yetenekler olarak, normatif gerçeklikler değildir. Bkz. Ehrhardt, s. 231.

⁶⁷⁶ Lenckner, “Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit”, s. 92.

⁶⁷⁷ Lenckner, “Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit”, s. 92- 93.

hususunun esas alınması daha doğrudur⁶⁷⁸. Alman Ceza Kanunu' nun hazırlanması esnasında, *Arndt* özel komisyonun müzakereleri devam ederken söz konusu maddeyi şu şekilde formüle etmeyi önermiştir: “*Eylemin haksızlığını algılayacak veya bu algıya göre hareket edecek yeteneği olmayan her kimse, kusursuz hareket etmiştir.*”⁶⁷⁹ Ancak bu öneri kabul görmemiştir. Çünkü hangi nedenlerden dolayı ve hangi koşullar altında kusur yeteneği bulunmadığı hususunun hâkim incelemesi dışında bırakılması istenmemiştir. Bu nedenle kanun metninde zihinsel bozukluk, yaş küçüklüğü gibi sebeplere yer verilerek, kusur yeteneği hakkında büyük olasılıkla kusursuz sayılabilecek mantıksal fail kategorileri yaratılmıştır. Kanun metninde bu sebeplere yer verilmeksizin failin davranışları konusunda genel anlamda sadece “kumanda ve kontrol değeri⁶⁸⁰” dayanak gösterilerek, kusursuzluğa ya da kusurlu sayılmaya hükmedilmesi durumunda, hukuka güvensizliğin artacağı belirtilmektedir. Ayrıca bu yanlış yolun tercih edilmesi halinde yeterli bulgu olmaksızın kusur yeteneğinin yokluğuna karar verilmesinin artacağı savunulmaktadır⁶⁸¹. **Kanımızca** kusur yeteneği konusunda kanun düzenlemelerinde “akıl hastalığı”, “yaş küçüklüğü” gibi mantığa uygun fail kategorilerine yer verilmemesi durumunda, genel düzenleme kapsamına hangi durumların gireceği konusunda tereddütler oluşacaktır. Böyle bir durumda yerinde olmayarak benzer her durum, kıyas yapılarak ilgili düzenleme kapsamında değerlendirilebilecektir.

Elbette kanun düzenlemelerinde yer verilen “akıl hastalığı”, “hastalık teşkil eden ruhsal bozukluk”, “ciddi şuur bozukluğu” vb. gibi kavramlara yer verilmemesi durumunda, kusur yeteneği düzenlemesinin her durum için, kıyasen uygulanabilir olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu düzenlemelerde kıyasın mümkün

⁶⁷⁸ Aynı şekilde Alman Ceza Kanunu 20. maddenin giriş özelliklerinin artık “gerçek bir işleve sahip olmadığını” savunan *Frister* için de “kesinlikle en mantıklı çözüm”, “asıl isnat yeteneği kararının oluşturduğu problematikten sadece konuyu saptıran” bu düzenlemeden “tümüyle vazgeçmektir”. Bkz. *Frister*, *Die Struktur des “voluntativen Schuldlements”*, s. 177; *Roxin*, AT I, § 20 A, s. 888. Bu görüşte olan yazarların belirtmiş oldukları Alman Ceza Kanunu 20. maddede yer verilen giriş özellikleri “hastalıklı ruhsal bozukluk”, “esaslı şuur bozukluğu”, “akıl zayıflığı” ve “başka bir ciddi ruhsal anormallik” kavramları ve gruplandırmasıdır.

⁶⁷⁹ Aktaran *Roxin*, AT I, § 20 A, s. 888.

⁶⁸⁰ Alm. “*Steuerungs- und Kontrollwert*”

⁶⁸¹ *Roxin*, AT I, § 20 A, ss. 888-889.

olmadığı yönünde ağırlıklı görüşlere⁶⁸² rağmen, bu durumda kıyasın serbest olması gerektiği de savunulmaktadır. Çünkü aksi görüşün kabulü halinde, gerçekleştirilen uygulama kusur prensibine aykırı olacaktır. Bu sorunun kanunda kullanılan ifadelerin tüm zihinsel bozukluk türlerini kapsamı yoluyla çözümlenebileceği söylenmelidir. Alman Ceza Kanunu açısından bakıldığında, kanunda kullanılan “şuur bozukluğu” ve “anormallik” kavramları o denli geniş kapsamlıdır ki, muhtemelen mümkün olabilecek her türlü durumları kapsayabileceklerdir⁶⁸³. Bu kategoriye ayırmada geleneksel psikiyatrik hastalık öğretisinin etkisi olduğu söylenebilir. Kanun metninde yer verilen zihinsel anormallik kategorilerinin her türlü durumu kapsamı durumunda, bu konuda daha iyi bir sınıflandırmanın olabileceği tartışması, anlamsız bir tartışma olarak görülebilir. Nitekim kanunkoyucunun zihinsel bozuklukları sınıflandırma ya da özelliklerine göre ayırma konusunda bir yükümlülüğü ya da görevi bulunmamalıdır. Burada esas olan bir bireyde söz konusu olabilecek her türlü zihinsel anormallik durumunun, kanun metninde yer verilen ifadelerin kapsamına girmesi gerektiği olduğu söylenmelidir.

Ancak belirtildiği şekilde kanunda failin zihinsel anormal durumuna işaret eden geniş çaplı ifadelerin kullanılması gerektiğine yönelik sistem, TCK m. 32 ve 34 düzenlemeleri açısından göz önüne alınmamıştır. Burada sadece “akıl hastalığı” ve “geçici sebep” şeklinde kapsamına sadece hastalık teşkil eden zihinsel anormallik durumlarının ya da sadece “geçici” etkiye sahip durumların düzenlendiği görülmektedir. Ancak belirtmek gerekecektir ki, failin zihinsel anormal durumunu yansıtan durumlar sadece “akıl hastalığı” ya da “geçici” durumlar değildir. Zihinsel bozukluk yaratan durumlar, “akıl hastalığı” durumunu da içine alan, geçici ya da sürekli zihinsel işlev bozulmalarına neden olan her durumu karşılamalıdır. Bu nedenle ileriki başlıklarda tekrar belirtileceği üzere, bu konuda “zihinsel bozukluk” kavramının tercih edilmesi gerekmektedir.

⁶⁸² Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, § 20, kn. 5; Rudolphi, SK, § 20, kn. 5; Maurach/Zipf, § 36 II, kn. 27, s. 491; *Jakobs*, zihinsel veya ruhsal bozukluk nedeniyle kusur yeteneği düzenlemelerinde yer verilen psikopatolojik bulguların (TCK m. 32’ de “akıl hastalığı” kavramı kullanılmıştır), geniş kavramlar tercih edilmesi durumunda kıyas işleminin anlamsız olacağını belirtmektedir. Nitekim kanun düzenlemelerinde “akıl hastalığı yanında “şuur bozuklukları”, “ruhsal anormallik” gibi elastik kavramların kullanılması durumunda zaten kıyasa ihtiyaç duyulmayacaktır. Bkz. *Jakobs*, AT, s. 523.

⁶⁸³ Roxin, AT I, § 20 A, s. 889.

Günümüz modern ceza hukuku sistemleri içinde “psikolojik” olarak ifade edilen yõteme İsviçre Ceza Kanunu (*ChStGB*) madde 19’ da yer verildiği görölmektedir. Bu düzenlemenin ilk fıkrasına göre, “*Fail, eylem anında eyleminin haksızlığını algılamaya ya da bu algıya uygun davranmaya yetenekli değilse, cezalandırılmaz.*”⁶⁸⁴ Dikkat edilecek olursa burada failin söz konusu yeteneklerinin hangi gerekçe ile ortadan kalkacağına yasa metninde yer verilmemiştir.

B. İki Aşamalı Yöntem (Karma Yöntem)

Günümüzde çoğu yasa tarafından tercih edilen *karma* veya *kombine* (biyolojik-psikolojik) yöntem⁶⁸⁵, adından da anlaşılacağı üzere “biyolojik” ve “psikolojik” sistemlerin içermiş olduğu unsurları barındırmaktadır⁶⁸⁶. Bir başka deyişle, karma yöntemde kusur yeteneğinin tanımlanmasına yönelik olan ve yukarıda açıklanmış her iki yöntemin bir kombinasyonu söz konusudur. Bu yöntemin temelinde, öncelikle failde belirli organik⁶⁸⁷ (“biyolojik”) bulguların tespit edilmesi gerektiği, akabinde ise “psikolojik” olarak kabul edilen algılama veya davranışlarını engelleme/frenleme yeteneklerinin⁶⁸⁸ buna bağlı olarak bulunmadığının tespit edilmesi gerektiği düşüncesi yatmaktadır⁶⁸⁹.

⁶⁸⁴ “*War der Täter zur Zeit der Tat nicht fähig, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder gemäß dieser Einsicht zu handeln, so ist er nicht strafbar.*” Bkz. Günter Stratenwerth / Wolfgang Wohlers, **Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar**, 3. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2013, s. 42.

⁶⁸⁵ Erem/Danışman/Artuk bu yöntem için, “ortalama usul”, “karma sistem” ve “biyopsikolojik sistem” ifadelerini kullanmaktadır. Bkz. Erem/Danışman/Artuk, s. 516.

⁶⁸⁶ Söz konusu bu “iki katlı” yapı çoğu kez “biyolojik-psikolojik” yöntem olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Lackner/ Kühl, § 20, kn. 1; Schreiber/ Rosenau, s. 95. Ancak bu adlandırma yoğun bir şekilde eleştiriye maruz kalmaktadır. Sonraki başlıklarda bu tartışmalara değinilecektir.

⁶⁸⁷ Adlandırmada “biyolojik” ifadesi kullanılması nedeniyle burada “organik” bulgulardan söz edilmiştir. Normalde ilk aşamada psikopatolojik bulguların söz konusu olduğu söylenmelidir.

⁶⁸⁸ Alm. “*Einsichts- oder Hemmungsfähigkeit*”

⁶⁸⁹ Roxin, AT I, § 20 A, s. 886; Ebert, burada kusur yeteneği yokluğunun birbirinden ayrı ve ardışık olarak belirlenmesi gereken koşullara bağlandığını belirtmektedir. Bkz. Udo Ebert, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1994, (AT), s. 87. Fischer ise, iki aşamalı bir modelden söz etmeyi uygun görmemektedir. Bu görüşe göre, Alman Ceza Yasası’nda da olduğu savunulan ve iki aşamalı olduğu belirtilen model, gerçekte iki aşama arasında açıkça anlaşılır bir sınırlamayı içermemektedir. Bkz. Thomas Fischer, **Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen**, 63. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2016, § 20, kn. 5.

Failde yer alan belirli psikopatolojik bulguları failin algılama ve davranışlarını frenleme yeteneği hakkındaki devam eden bir sorgulamanın temeli haline getiren “karma yöntem”, yasa koyucu tarafından diğer iki metoda göre tercih edilmiştir. Çünkü tek aşamalı sistemlerde kusur yeteneğinin varlığı ya da yokluğu konusunda, ya sadece belirli ruhsal bozukluklar esas alınacaktır, ya da failin anormal durumuna işaret eden somut bağlantı noktalarından vazgeçilerek sadece failin algılama ya da davranışlarını yönlendirme yeteneği esas alınacaktır. Belirtilen ilk yöntem (“biyolojik yöntem”), kusur yeteneğinin soyut anlamda belirli bir bulgu temelinde değil, sadece somut eylem ışığında tespit edilebilecek olması nedeniyle elverişli görülmemektedir. Hastalıklı ruhsal bozukluk durumu, failin her davranışı açısından kusur yeteneğinin yokluğuna neden olmayı gerektirmemektedir. “*Aynı insan belirli zamanlarda belirli eylemler için kusur yeteneğine sahip olmayabilir, fakat başka zamanlarda başka eylemler için kusur yeteneğine sahip olabilir.*”⁶⁹⁰ Bir başka deyişle failde bulunan akıl hastalığı failin gerçekleştirmiş olduğu her eylem açısından kusur yeteneğini kaldırmayabilecektir. Bu nedenle sadece eylem anında failde akıl hastalığının tespit edilmesi ile yetinilmesi yanlış olacaktır.

“Psikolojik” olarak adlandırılan aşamada yapılması gereken, belirtilen türde failde mevcut olan bir psikopatolojik durumun, eylem sırasında failin “eyleminin haksızlığını algılamasına veya bu algıya göre eylemde bulunmasına” engel olup olmadığıdır. Yani somut durumda zihinsel anormal durum nedeniyle failin algı yetisinin veya davranışlarını kontrol yetisinin eksik olup olmadığını kesinleştirmektir. Bu iki katlı yapının başlıca özelliği, eylem sırasında failde tespit edilen önem arz eden bir “biyolojik” bozukluğa rağmen, bunu takip eden seviye olan “psikolojik” katta, failin normatif özelliğe sahip yeteneklerinin değerlendirilmesinde tam kusur yeteneğinin bulunabilecek olmasıdır⁶⁹¹. Bir başka anlatımla akıl hastası olduğu belirlenen failin de, birtakım eylemler nedeniyle kusur yeteneğine sahip olabileceğidir.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, yasa öncelikle ayrıntılı olarak, failin normal dışı durumunu açıklayan kusur yeteneğinin yokluğuna neden olabilecek “biyolojik” nedenleri saymalıdır. Fakat bu nedenler kusur yeteneği değerlendirmesi

⁶⁹⁰ Roxin, AT I, § 20 A, s. 888.

⁶⁹¹ Streng, Strafrechtliche Sanktionen, s. 417-418.

için belirli bir ölçüye kadar yalnızca “giriş kapıları” olarak işlev görür⁶⁹². Bu nedenlerin içinden geçildikten sonra, bu “biyolojik faktörlerin” suç fiilinin işlendiği anda algılama ve irade yeteneği üzerinde ne gibi etkilerde bulunduğu biçimindeki ikinci (“psikolojik” nitelikteki) sorunun incelenmesi gerekir. Sadece failde tespit edilmiş olan “biyolojik” nedenlerden dolayı, insanın iradesini yansıtmak konusunda önemli olan algılama ve davranışlar üzerinde kontrol yeteneklerinin herhangi birisinin ortadan kalkması durumunda, failin kusur yeteneğinin bulunmadığı söylenebilecektir. Böylelikle karma yöntem bir yandan, faildeki “biyolojik bulgudan” kusur yeteneğinin olmadığı yönünde doğrudan bir anlamın çıkarılmasının önüne geçmekte, diğer yandan da özü ve etki biçimi psikiyatri ve psikoloji tarafından belirli ölçüde araştırılmış zihinsel bozukluklarla kurulan bağlantı sayesinde, kendisini salt psikolojik yöntemin yol açabileceği hukuki açıdan güvensiz bir durumdan korumaktadır⁶⁹³.

Maurach/Zipf e göre, biyolojik yöntem kusur kavramının *rölativitesini*⁶⁹⁴ ve kusur yeteneği için somut olay açısından bir değerlendirmenin yapılması gerekliliğini gözden kaçırmaktadır. Bu nedenle bu yöntem sadece çocuklar hakkındaki (yaş küçüklüğü sebebiyle) kusur yeteneğinin belirlenmesinde uygulanabilir⁶⁹⁵. Aynı şekilde sebep belirtilmeksizin hukuk açısından önem arz eden etkilerle sınırlı kalan⁶⁹⁶, tümüyle psikolojik (veya normatif) nitelikteki yöntem de kullanışlı değildir. Bu nedenle çoğu kanunda karma yöntem tercih edilmektedir. Kanun, ayrıntılı bir şekilde akıl noksanlığının nedenlerini göstermektedir, fakat bunlara sadece failin yeteneklerine kanunda şart koşulan etki derecesine ulaştıkları boyutta önem vermektedir (algılama ve davranışları kontrol yeteneğinin olmaması)⁶⁹⁷.

⁶⁹² Lenckner, “Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit”, s. 93.

⁶⁹³ Lenckner, “Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit”, s. 93.

⁶⁹⁴ Burada kusur rölativitesi (göreceliliği) ile anlatılmak istenen husus, aynı hastalığa sahip olan kişilerin değişik durumlarda kusurluluk anlamında farklı ele alınabilmesi durumudur. Mevcut akıl hastalığının aynı olması nedeniyle, her durumda farklı failer hakkında kusur yeteneği konusunda aynı karar verilemez. Kusur yeteneği hakkında akıl hastalığı teşhisine göre değil, somut olayda bu hastalığın etkileri esas alınarak karar verilmektedir.

⁶⁹⁵ Nitekim TCK m. 31/1’ de failde hangi yeteneklerin etkilendiği belirtilmeksizin on iki yaşını doldurmamış herkesin kusursuz sayılacağı düzenlenmiştir.

⁶⁹⁶ Kanun metninde herhangi bir neden gösterilmeksizin, sadece failin algılama ya da davranışlarını yönlendirme yeteneğinin etkisinin düzenlendiği yasal metinler kastedilmektedir. Bir başka deyişle “psikolojik” olarak adlandırılan yönetime yer verilen yasal metinlere vurgu yapılmaktadır.

⁶⁹⁷ Maurach/Zipf, § 36 II, kn. 25, s. 490-491.

Mayer' e göre, karma yöntemde akıl bozukluğunun “sebebi (kaynağı)” ve “etkisi” önem arz etmektedir. Yani bu yöntemde aklın bulanıklık durumunun, hastalığının veya bozulmasının irade üzerinde hangi etki yaptığı önemlidir. Bu yöntem, “biyolojik” ya da “psikolojik” olarak adlandırılan diğer iki yöntemden üstündür. Çünkü karma yöntem, değerlendirmenin tek taraflılığı yerine, motivasyonun iki tarafını da kapsayan bir değerlendirme getirerek failin sadece hasta veya sağlıklı olarak nitelendirilmesinden, failin fiille olan ilişkisinin dinamik olarak karakterize edilmesine geçmektedir (örneğin hastalığın karar ve fiilin icrası üzerinde kuvvetli etkisi)⁶⁹⁸.

Karma yöntem, psikiyatri ve psikoloji temsilcilerinin arasında egemen olan yaygın görüşe göre, ceza yargısı uygulamasının görece en iyi çözümü sunduğunu sistem olarak belirtilmektedir⁶⁹⁹. Gerek 765 sayılı TCK döneminde⁷⁰⁰ gerekse 5237 sayılı TCK döneminde karma yöntemin benimsendiği görülmektedir. 5237 sayılı TCK m. 32’ de yer alan düzenlemeye bakıldığında kanun koyucu, “akıl hastalığı” kavramına yer vererek kusursuzluk açısından bir taraftan bireylerde hukuki güven sağlayacak zihinsel anormal durumlar için akla uygun bir kategori yaratmakta, diğer taraftan bu anormal durumun fiil anında failin hangi yeteneklerine etki etmesi konusunda düzenlemeye yer vererek, kusur yeteneği değerlendirmesinin salt bir medikal (tıbbî) karara indirgenmesinin önüne geçmektedir.

C. Öğretideki Bu Yöntemlere İlişkin Görüşler

1. Birinci Aşamamın “*Biyolojik-Psikolojik*”, İkinci Aşamamın “*Psikolojik-Normatif*” Şeklinde İfade Edildiği Görüş

Streng' e göre, yukarıda kullanılan ve “biyolojik” ile “psikolojik” olarak yapılan ayırım kavram itibarıyla yanıltıcıdır. Bu ayırımlar günümüzdeki psikiyatrik gelişmeleri göz ardı eden, *Kurt Schneider* tarafından geliştirilen psikiyatrik okulun somatik (bedensel) ya da biyolojik odaklı hastalık kavramından etkilenme sonucu

⁶⁹⁸ Mayer, s. 208-209.

⁶⁹⁹ Lenckner, “Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit”, s. 93.

⁷⁰⁰ Gülşen, s. 129.

oluşturulmuştur. Münferit olaylarda somatik (bedensel) olarak temellendirilemeyen yüksek derecedeki duygulanım (Affekt) hali veya cinsel hatalı gelişimler (cinsel sapkınlık) durumları da kusur yeteneği açısından önem arz eden bozukluklar olarak kabul edilebilmektedir. Bu nedenle somatik (biyolojik) hastalık kavramından vazgeçilerek “**hukuki hastalık kavramı**” oluşturulmalıdır⁷⁰¹.

Psikiyatri biliminde yakın geçmişte psişik anormal durumun nedenini inceleyen “etiyojik” hastalık tanısı yerine, psişik bozukluğu tarif eden bir biçimde, “betimleyici” tanı koyma şeklinde bir gelişme yaşanmıştır. Bu şekilde zihinsel bozuklukların sınıflandırılmasında, zihinsel bozukluğun sebebinin araştırılması yolu terk edilerek, biyolojik (somatik) konsept sınırlandırılmıştır. Bu gelişim, özellikle yargısal değerlendirmelerde yaygın biçimde uygulanan, uluslararası kabul gören sınıflandırma sistemleri olan DSM ve ICD sistemlerinde kendini göstermektedir⁷⁰².

Zihinsel veya ruhsal anormallikler nedeniyle yapılacak olan kusur yeteneği değerlendirmesi iki aşamayı barındırmaktadır. Birinci aşamada failde tespit edilecek olan psikopatolojik özellikle ilgili aslında “hukuki-nitel soru⁷⁰³” söz konusudur. İkinci aşamada ise, failde söz konusu olan zihinsel bozukluğun etki derecesi ile ilgili olarak “hukuki-nicel (*kantitatif*) soru⁷⁰⁴” ön plandadır. Yasanın henüz birinci aşamada “derinlemesine”, “ağır” veya “ciddi” gibi ruhsal anormalliğin derecesine ilişkin tanı talep etmesi durumunda, yani nicel değerlendirme beklentisi içinde olması durumunda bu **nitel/nicel yapılandırma arasındaki sınır da ortadan kalkmış olacaktır**. Kaldı ki ikinci aşama hukuki manada aslında bir niceleme değil, esas itibarıyla normatif bir değerlendirmedir. Yani nitel/nicel bölümlmeyi sonuç itibarıyla gerçekleştirmek mümkün değildir. Bu şekilde önem arz eden hususları yeterince belirginleştirme olasılığı da kalmamaktadır⁷⁰⁵.

⁷⁰¹ BGHSt 11, 20 vd.; BGHSt 14, 30 vd.; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, s. 418; Schöch, LK, § 20, kn. 55.

⁷⁰² Rasch/Konrad, s. 47; Nedopil, s. 99 vd.; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, s. 418.

⁷⁰³ Çalışmanın önceki açıklamalarında da vurgulandığı üzere, bir kişi ya akıl hastasıdır, ya da akıl hastası değildir. Bu sorunun cevabı nitel bir yol ile cevaplanabilir. Az akıl hastası ya da çok akıl hastası şeklinde bir niteleme yapılamaz. Akıl hastası olma özelliği nitel bir önem arz eder. Nicelik itibarıyla azalan ya da çoğalan sadece bu hastalığın etkileri olabilir.

⁷⁰⁴ Burada failde tespit edilen zihinsel bozukluğun, somut olayda failin fiilinin haksızlığını algılama ya da davranışlarını bu algı çerçevesinde yönlendirme yeteneklerine ne ölçüde olumsuz etki ettiği sorusu sorgulanmaktadır.

⁷⁰⁵ Streng, Strafrechtliche Sanktionen, s. 418.

TCK m. 32' de yer alan “akıl hastalığı” kavramı nedeniyle kusur yeteneği değerlendirmesi için, psikiyatrik-psikolojik bilirkişi değerlendirmesi ile hukuki (*normatif*) değerlendirmenin profesyonel biçimde iç içe girdirilerek ele alınması zorunludur⁷⁰⁶. Kusur yeteneği değerlendirmesi açısından “giriş özelliği” olduğu belirtilebilecek olan “akıl hastalığı” kavramının, hukuki zemine uygun hale getirilmesi ve kusur yeteneğinin *normatif* olarak gerekçelendirilmesinde önemli bir unsur olarak ele alınması gerekmektedir. Daha önce belirtildiği gibi günümüzde artık yargı sistemi, kusur yeteneği değerlendirmesinde “genel değerlendirme” prensibini esas almaktadır; bu nedenle sıkça biyolojik-psikolojik ve psikolojik-*normatif* değerlendirmeden bahsedilmektedir⁷⁰⁷.

Kusur yeteneği değerlendirmesinin içinde barındırdığı iki aşamaya ilişkin birinci aşamanın **biyolojik-psikolojik** olarak, ikinci aşamanın ise **psikolojik-normatif**⁷⁰⁸ olarak belirtildiği görüş, göreceli olarak en uygun adlandırma gibi görünmektedir⁷⁰⁹. *Ebert*' e göre de, öncelikle belirtilen ruhsal bozukluklardan birinin var olduğuna dair ampirik tespitte bulunulması gerekmektedir (kusur yeteneği yokluğunun **biyolojik-psikolojik** bileşeni). Akabinde ise tümüyle ampirik nitelikte olmayıp, aynı zamanda hukuken değerlendirici karakterde gerçekleştirilmesi gereken, söz konusu bozukluk neticesinde failin algılama veya davranışlarını kontrol yeteneğinin bulunmadığının tespitinin yapılması gereklidir (kusur yeteneği yokluğunun **psikolojik-normatif** bileşeni)⁷¹⁰. Fakat bu kategorik ayırmada da net bir biçimde sınırlanabilen boyutlar söz konusu olmadığı, kusur yeteneği konusunda merkezi olarak genel bir değerlendirme söz konusu olduğu söylenmektedir. Yani kusur yeteneği konusundaki kararda, bireyin davranışı hakkında hukuki düzenin

⁷⁰⁶ Zabel, s. 151.

⁷⁰⁷ Zabel, s. 151.

⁷⁰⁸ *Schreiber*, zihinsel bozukluk nedeniyle yapılacak kusur yeteneği değerlendirmesinde ikinci aşamanın, “psikolojik/normatif” olarak adlandırılmasının daha doğru olacağını belirtmektedir. Bkz. *Schreiber*, “Was heißt heute strafrechtliche Schuld und wie kann der Psychiater bei ihrer Feststellung mitwirken?”, s. 246-247.

⁷⁰⁹ *Streng*, *Strafrechtliche Sanktionen*, s. 418.

⁷¹⁰ *Ebert*, AT, s. 87; *Schreiber/Rosenau*' ya göre, algılama ve davranışlarını yönlendirme (kontrol) yetenekleri, ne tamamen psikiyatri ve psikoloji yardımıyla tarif edilebilen gerçek psikişik durumlardır, ne de sadece hâkimin tasarrufunda bulunan sorumluluk yükleme amacıyla oluşturulmuş *normatif* yapılarıdır. Bkz. *Schreiber/Rosenau*, s. 107.

gereksinimleri açısından psikiyatrik-psikolojik bulguların genel değerlendirmesi olduğu unutulmamalıdır⁷¹¹.

2. Her İki Aşamamın Da “Psikolojik-Normatif” Olarak İfade Edildiği Görüş

Roxin' e göre, karma yöntemde yer alan “biyolojik” ve “psikolojik” olarak belirtilen aşamalar doğru adlandırılmamaktadır. Çünkü birçok şuur bozukluğu⁷¹² fiziksel-organik (“biyolojik”) arızalarla kendini göstermez⁷¹³. Aynı şekilde normatif kusur anlayışında yer alan farklı eylemde bulunabilme yeteneğinin tespiti de tümüyle psikolojik bir unsur olmayıp, önemli derecede normatif koşullara dayanmaktadır. Bu nedenle ceza hukuku öğretisinde yer alan kaynaklarda sıkça “psişik normatif”⁷¹⁴ veya “psikolojik normatif”⁷¹⁵ yöntemden bahsedilmektedir⁷¹⁶. Öte yandan norma tepki verebilirlik, yani norma tepki verme yeteneği için önemli kriter kabul edilen algılama ve davranışlarını frenleme yeteneği de burada savunulan görüşlere göre tümüyle normatif bir özelliğe dayanmamakta, aynı zamanda ampirik psikolojik bir temele sahip olmaktadır. Yani her iki “aşama” için de bir nevi “psikolojik-normatif” işlem ve değerlendirme gerekmede olup, iki aşama için farklı metodolojik bir adlandırmadan vazgeçilmesi daha doğru olacaktır⁷¹⁷.

⁷¹¹ BGHSt 43, 66 vd.; BGH, StV 2000, s. 18 vd. (Streng, Strafrechtliche Sanktionen, s. 418); Maurach/Zipf, § 36, kn. 24, s. 490.

⁷¹² Örneğin yüksek derecedeki duygulanım (*Affekt*), normal kabul edilebilecek psikolojik akıl zayıflığı ve özellikle psikopati, nevroz ve dürtü anomalisi gibi durumları da kapsayan ciddi ruhsal anormallikler.

⁷¹³ Roxin, AT I, § 20 A, s. 886.

⁷¹⁴ Jescheck/ Weigend, § 40, s. 437.

⁷¹⁵ Jakobs, AT, s. 522.

⁷¹⁶ *Roxin* bu önerilerin daha yerinde olmakla beraber yine de tam bir çözüm olmadığını belirtmektedir. Çünkü aynı şekilde Alman Ceza Kanunu § 20' de yer verilen psikolojik defekt durumlarında da değerlendirici (*wertend*) (normatif) faktörlere ve ifadelere yer verildiğini belirtmektedir. *Roxin*, Alman Ceza Kanunu § 20' de şuur bozukluklarının “esaslı (*tiefgreifend*)” olması gerektiği ve diğer ruhî anormalliklerin ise “ağır (*schwer*)” olması gerektiği düzenlemesinden hareketle bu ifadelerin değerlendirici (normatif) ifadeler olduğunu belirtmektedir. Bkz. Roxin, AT I, § 20 A, s. 886. 5237 sayılı TCK' da ise failde bulunması gerekli psikopatolojik bulguları işaret etme bakımından salt “akıl hastalığı” kavramı kullanılarak bu tarz (ağır, ciddi vb. gibi) normatif ifadelere yer verilmemiştir.

⁷¹⁷ Roxin, AT I, § 20 A, s. 886-887.

Birinci aşamada yer alan zihinsel veya ruhsal anormallikleri belirtmek için “psikolojik” ifadesi yanında “normatif” ifadesinin de kullanılmasının gerekçesi, kanunlarda anormalliklerin nitelendirilmesinde kullanılan sıfatlara bağlanmaktadır. Örneğin, Alman Ceza Kanunu (StGB) § 20’ de, birinci aşama kendisini yalnızca psişik durumların belirtilmesiyle sınırlamamakta; belirgin olarak zaten normatif nitelikte olan “marazî (hastalıklı-*krankhaft*)”, “esaslı (*tiefgreifend*)” ve “ciddi (*schwere*)” gibi sözcüklerle esasen değerlendirci unsurları da ihtiva etmektedir⁷¹⁸. Birinci aşamanın özellikleri içinde de, tespiti ve uygulaması sonuçta mahkemenin yetki alanı içinde bulunan hukuki kavramlar söz konusudur. Bunlar doğrudan psikolojik veya psikiyatrik bir sistemle açıklanmamalı, yaklaşık olarak belirli bir psikiyatrik hastalık kavramıyla ortaya konmalı ya da böylesi bir düşünce sistemine aktarılmalıdır⁷¹⁹. TCK m. 32 açısından bakıldığında ise, kanunda yer verilen “akıl hastalığı” kavramının nasıl olması gerektiğine ilişkin “esaslı”, “ciddi”, “ağır” şeklinde sıfatlara yer verilmediği görülmektedir. Bu nedenle TCK m. 32 özelinde kusur yeteneği düzenlemesindeki ilk aşama olan failde bir “akıl hastalığı” bulunduğunun tespit edilmesi aşaması için “normatif” adlandırması yapılamayacaktır. Bu nedenle TCK m. 32 açısından failde fiili gerçekleştirdiği anda “akıl hastalığı”nın bulunması koşulunun incelenmesinde mahkeme ya da hâkimin bir normatif değerlendirmesi bulunmamaktadır. Bu aşama görevlendirilen adli psikiyatri bilirkişisinin görev alanına girmektedir.

⁷¹⁸ Fischer, § 20, kn. 5; *Schreiber/ Rosenau*’ ya göre, ilk aşamada kullanılacak “hastalıklı”, “derinlemesine” ya da “ağır” gibi sıfatlar, sadece betimleyici değil aynı zamanda normatif karaktere sahiptir. Bu nedenle hastalığın ya da ruhsal anormalliğin niteliğini belirleyen bu sıfatların yasa metninde kullanılması durumunda, normatif değerlendirmeye dayanan özellikler söz konusudur. Bkz. *Schreiber/ Rosenau*, s. 108. Yasa metninde yer verilen söz konusu zihinsel bozuklukların derecesini işaret eden bu ifadelerin, failin algılama ya da davranışlarını yönlendirme yeteneğinin irdelendiği ikinci aşamada da esas alınmasına “Çifte Niceleme (*doppelte Quantifizierung*)” denilmektedir. Bu sıfatların kullanılmasındaki amaç ise, yasa metninde kullanılan hastalık dışındaki “diğer ruhsal anormallikler” gibi geniş kavramların sınırlandırılması olduğu belirtilebilir. Burada kusur yeteneğine etki bakımından “Çifte Nicelemenin Bariyer Etkisi (*Sperreffekt der doppelten Quantifizierung*)” söz konusudur. Bkz. Ulrich Venzlaff, “Die Mitwirkung des psychiatrischen Sachverständigen bei der Beurteilung der Schuldfähigkeit”, **Justiz und Recht: FS aus Anlass des 10Jährigen Bestehens der deutschen Richterakademie in Trier**, Heidelberg, 1983, s. 291.

⁷¹⁹ Wilfried Rasch, “Die Zuordnung der psychiatrisch-psychologischen Diagnosen vier psychischen Merkmalen der §§ 20/21 StGB”, **Strafverteidiger (StV)**, 1984, s. 264.

3. Birinci Aşamamın “Pşik”, İkinci Aşamamın “Normatif” Şeklinde İfade Edildiği Görüş

Jescheck/Weigend’ e göre, zihinsel ya da ruhsal anormallikler nedeniyle iki aşamalı (karma) kusur yeteneği düzenlemesinde, aşamaların “biyolojik-psikolojik” olarak belirtilmesi⁷²⁰ yanlıştır⁷²¹. Bu ifade yerine söz konusu aşamaların, birinci aşama “pşik” ve ikinci aşama “normatif” olacak şekilde belirtilmesi daha iyi olacaktır⁷²². Çünkü pşik bulguların failin normatif olarak anlaşılan algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneği üzerindeki etkileri söz konusudur⁷²³.

Alman Ceza Kanunu (StGB) § 20’ de belirtilen hastalıklı ruhsal bozukluk, derinlemesine şuur bozukluğu, akıl zayıflığı ve ciddi diğer ruhsal anormallik gibi psikolojik faktörlerden bir tanesinin tespitinden sonra failin bundan dolayı “*eylemin izin verilmemiş olduğunu (haksızlığını) algılayamadığı veya bu algıya göre hareket edemediği*” kontrol edilmelidir (“normatif” özellikler)⁷²⁴. Kusur yeteneğinin bulunmadığının kabul edilebilmesi için, hâkimin her iki özellik grubundan pozitif tespitlerde bulunabilmesini şart koştadır. İlk olarak kanunda belirtilen ruhsal bozukluklardan birinin var olması gerekmektedir, ikinci sırada ise bu bozukluğun, insanın irade oluşumu için önem arz eden iki yeteneğinden birini esaslı bir şekilde olumsuz etkilemiş olması gerekmektedir. Adli psikiyatride de kabul görmüş olan karma yöntem, “biyolojik” olarak adlandırılan yöntem karşın, ruhsal bozukluğun ciddiyet derecesinin ve somut olarak eylem için öneminin kontrol edilebilir olması avantajına sahiptir⁷²⁵. “Psikolojik” olarak adlandırılan yöntem karşın avantajı ise, yasal olarak tanımlanmış olan ruhsal bozuklukların ortaya çıkma ve etki şekillerinin

⁷²⁰ Bu şekilde ayırma giden yazarlar için bkz. Lackner/ Kühl, § 20, kn. 1.

⁷²¹ Nitekim ne birinci katta yer alan unsurlarda biyolojik, ne de ikinci kattaki unsurlarda psikolojik özellikler söz konusudur. Bkz. Schreiber/ Rosenau, s. 95.

⁷²² Jescheck/ Weigend, § 40, s. 437, dp. 19; aynı yönde Rasch, “Die Zuordnung der psychiatrisch-psychologischen Diagnosen vier psychischen Merkmalen der §§ 20/21 StGB”, s. 265. *Rudolphi*, “biyolojik-normatif” metottan söz etmektedir. Bkz. Rudolphi, SK, § 20, kn. 3.

⁷²³ Rasch, “Die Zuordnung der psychiatrisch-psychologischen Diagnosen vier psychischen Merkmalen der §§ 20/21 StGB”, s. 265.

⁷²⁴ Jescheck/ Weigend, § 40, s. 437.

⁷²⁵ Jescheck/ Weigend, § 40, s. 437.

psikiyatri ve psikoloji disiplinlerince araştırılmış olması ve bu nedenle gerekli hukuki güveni sağlamasıdır⁷²⁶.

Schreiber de, psişik-normatif yöntemden bahsetmektedir. Çünkü önemli olan, psişik bulguların failin normatif kabul edilen algı ve davranışlarını kontrol yeteneği üzerindeki etkilerdir. Bu açıdan kusur yeteneğinin belirlenmesinde, kusur kavramı içinde yer alan ampirik (deneysel) ve normatif yönlerin kombinasyonunun en keskin biçimde uygulandığını belirtmektedir. Ancak bu görüş birinci seviyede tümüyle ampirik bulguların söz konusu olmaması ve ikinci seviyede yer alan algılama ile davranışlarını kontrol yeteneğinde, birincil olarak normatif özellikler söz konusu olsa da tamamıyla normatif olarak belirtilememesi nedeniyle eleştirilmektedir⁷²⁷. Kuşkusuz bu kavramlar, yasa koyucunun getirdiği psişik veriler çerçevesinde psikiyatr ve psikologlarla sıkı işbirliği içinde geliştirilmelidir. Bu karakteristik özellikler psikiyatrik/psikolojik tanımlarla ilişkilidir ve bu nedenle keyfi olarak salt normatif biçimde yorumlanamazlar⁷²⁸.

4. Birinci Aşamamın “Tarif Edici/ Betimleyici (*Deskriptif*)”, İkinci Aşamamın “Değer Biçici (*Normatif*)” Şeklinde İfade Edildiği Görüş

Mezger/Blei e göre, “şuur bozukluğunun”, “aklî faaliyetin” hastalıklı bozukluğunun ve “akıl zayıflığının” biyolojik özellikleri, aslında tümüyle fiziksel-biyolojik özellikler değildir. Aksine gerçekte bunlar “psikolojik” özelliklerdir. İkinci aşamada ise, bu anormal durumların bir sonucu olarak vurgulanan “fiilin yasaklanmışlığını (haksızlığını) algılamak veya bu algıya göre hareket etmek” yönündeki yeteneksizlik hali söz konusudur. Bu yönüyle ikinci aşamada tümüyle psikolojik değil, sosyolojik anlamda değer biçen bir özellik bulunmaktadır⁷²⁹. Burada esasında doğru olarak belirtilmesi gereken, bir taraftan tarif eden (betimleyici/deskriptif) özelliklerin, diğer taraftan değer biçen (normatif) özelliklerin olduğudur⁷³⁰. Kanunkoyucu birinci aşamada failin ruhsal anormal durumunu tarif

⁷²⁶ Jescheck/ Weigend, § 40, s. 437.

⁷²⁷ Maurach/Zipf, § 36 II, kn. 24, s. 490.

⁷²⁸ Schreiber/ Rosenau, s. 95.

⁷²⁹ Mezger/Blei, s. 174.

⁷³⁰ Mezger/Blei, s. 174.

eden kavramlara yer vermektedir. İkinci aşamada ise, bu ruhsal anormal durumun etkilerinin sosyal anlamda değere sahip kusur kavramı çerçevesinde değerlendirilmesi, yani normatif olarak ele alınması söz konusudur.

Karma yöntemin avantajı, failin kusur yeteneği hakkındaki kararın, betimleyici olarak bazı psikolojik durumlara (esaslara) bağlandığını, fakat aynı zamanda ve daima, bu durumların değer biçen bir değerlendirmesinin de gerekli olduğunu göstermesidir. Bu değerlendirme neticede daima hukuki bir değerlendirme olduğundan, nihaî kararın sadece uzman doktorların ve hâkimin işbirliğiyle ortaya çıkabileceği, dolayısıyla tek taraflı şekilde taraflardan sadece birinin kararıyla verilemeyeceği vurgulanmaktadır⁷³¹.

5. Değerlendirme ve Görüşümüz

Failin fiilini, kendisinde bulunan bir zihinsel anormalliğin etkisi ile gerçekleştirmesi durumunda ceza sorumluluğunun ortadan kalkması ya da azaltılmış bir ceza sorumluluğu ile karşı karşıya kalması, ceza hukukunda kusur yeteneği konusuna işaret etmektedir. Ceza kanunları bu kişilerin gerçekleştirmiş olduğu fiillerde, fiillerinin bizzat kendilerini yansıtmaması nedeniyle kusur yeteneğinin bulunmamasına ilişkin düzenlemelere yer vermektedir. Tüm modern sistemlerde benimsendiği üzere, kanun koyucular zihinsel anormallik gibi, istisna durumların olmaması halinde kural olarak bireylerin hukuk düzeni içinde fiillerinin sorumluluğunu taşıyan bir süje olarak davrandıkları ve mevcut ceza hukuku normları ile etkileşim içinde davranışlarını düzenleyebildikleri çıkış noktasından hareket etmektedir. Bu yöndeki anlayış salt kanun koyucu açısından geçerli kabul edilen bir anlayış değildir. Toplumu oluşturan bireyler de bu gibi istisna durumlar haricinde kendisinin ve toplumu oluşturan diğer bireylerin davranışlarının sorumluluğu bilincinde hareket ettikleri algısına sahiptir. Bu bakımdan kanun koyucunun görevi, davranışların bu şekilde gerçekleştirilmediği “istisnai” durum kategorileri yaratarak, bireylerin kusursuz sayıldıkları ya da azaltılmış şekilde kusurlu sayıldıkları durumları düzenlemektir. Bu görevin yerine getirilmesi, bireylere bir güvence tesis etmektedir. Zira birey kendisinin bu gibi bir istisnai durum kategorisinde yer alması durumunda,

⁷³¹ Mezger/Blei, s. 175.

yani davranışlarını zihinsel anormal bir durumun etkisi ile gerçekleştirmesi durumunda ceza yaptırımına maruz kalmayacağı güvencesi ile hareket etmekte ve yaşamını sürdürmektedir. Bir zihinsel anormal durum nedeniyle davranışını gerçekleştiren kişi, değerler sistemi olan hukuk düzeninde cezadan uzak kalacak şekilde davranışlarını yönlendirememektedir. Hukuk devletinin temelinde yer alan bu husus, bireylere bir hak tanımaktadır. Bu hakkın, ceza yaptırımından uzak kalacak şekilde yaşamını sürdürme hakkı olduğu söylenebilecektir. Bu hakkın kullanılmasını engelleyen durumlar ise, failin fiilinin haksızlığını algılayamadığı ya da davranışlarını bu algı çerçevesinde yönlendiremediği durumlardır. Bu durumların başında failin zihinsel anormallik arz eden psişik hastalık durumu yer almaktadır.

Bireylerdeki belirtilen istisna kategorilere dahil olduğunda cezalandırılmayacağı algısı, kişiler açısından bir hukuki güvenlik sağlamaktadır. Bu nedenle kanun koyucuların “akıl hastalığı”, “yaş küçüklüğü” gibi mantığa uygun istisnai durumlara kanun metninde yer vermesi yerindedir. Bu, bireylerde hukuki güvenlik ve istikrar algısının güçlendirilmesine katkı sağlamaktadır. Kanun metninde bu istisna kategoriler oluşturulmaksızın genel olarak “*İşlediği fiilin haksızlığını algılayamayan ya da davranışlarını bu algı çerçevesinde yönlendiremeyen kişi kusursuzdur.*” gibi bir düzenlemeye yer verilmesi, hem hukuk uygulaması hem de toplum bilincinin kuvvetlendirilmesi bakımından eksik kalacaktır.

Bu nedenle ceza kanunlarında failin zihinsel anormal olduğu durumların kusur düzenlemeleri arasında ayrıca belirtilmesi yerinde olacaktır. Ancak bu psikopatolojik durumun belirtilmesi de tek başına yeterli görülmemelidir. Zira bir kişinin zihinsel bozukluğa sahip olduğunun tespiti otomatik olarak onun kusursuz olduğu anlamına gelmemektedir. Bu noktada zihinsel bozukluğun esasen kusurluluğun unsurları olan failin haksızlık algısı ya da irade yeteneğine ne ölçüde etki ettiğinin de araştırılması gerekmektedir. Nihayetinde bu değerlendirme faaliyetinde, normatif özellikte olan ceza sorumluluğu için önem arz eden hususlar yer almaktadır. Bu hususlar kusur ceza hukuku anlayışının getirmiş olduğu kusur, kusur yeteneği, haksızlık algısı, davranışlarını ceza normunun emri doğrultusunda yönlendirebilme gibi, hukuki nitelikte incelemeye ihtiyaç duyan kavramlardır. Bir başka deyişle failin ceza sorumluluğuna sahip olup olmadığı, salt bir medikal (tıbbî) kararla belirlenmemektedir.

Kanımızca kusur yeteneğinin değerlendirilmesinde her iki aşamanın da yer aldığı bir sistem en uygun olan sistemdir. Bu nedenle bizce de karma sistem olarak adlandırılan iki aşamalı sistem göreceli olarak tek aşamalı sistemlere nazaran daha gelişmiş bir sistemdir. Öğretideki tartışmaların konusunu bu iki aşamanın nasıl adlandırılacağı oluşturmaktadır. Çalışmanın ileri ki başlıklarında kusur yeteneğini oluşturan “bileşen”ler olarak belirtilecek bu iki aşama, kusur yeteneği değerlendirmesinin teorik ve pratik kurgulanmasını, hâkim ile psikiyatrik bilirkişi arasında rol dağılımını belirtmesi açısından büyük öneme sahiptir. Bu nedenle bu aşamaların doğru nitelendirilmeleri gerekecektir. Kanımızca failin fiilini gerçekleştirdiği sırada sahip olduğu zihinsel anormal durumu işaret eden bileşen “biyolojik-psikolojik” bileşen olarak adlandırılmalıdır. Zira bu durumlara işaret eden durumlar ne tamamen biyolojik temelli, ne de tamamen psikolojik temellidir. Bu bileşenin “biyolojik” olarak adlandırılması günümüzde psikiyatri biliminin geldiği aşama dikkate alındığında yanlış olacaktır. Nitekim günümüz psikiyatrisinde somatik (bedensel) bir şekilde temellendirilemeyen, bir başka deyişle biyolojik temelli olmayan zihinsel bozuklukların da bulunduğu belirtilmektedir. Bu bozukluklar da failin kusur yeteneğine etki edebilmektedir. Bu durumlara psikopati, nevroz ya da dürtü bozuklukları durumları örnek verilebilecektir. Kusur yeteneği değerlendirmesinin söz konusu ilk aşamasında bir psikopatolojik bulgunun söz konusu olması gerektiği de açıktır. Bu nedenle bu ilk aşamaya “biyolojik-psikolojik” bileşen denilebileceği gibi, “psikopatolojik bileşen” adı da verilebilecektir.

TCK m. 32 açısından bakıldığında, kanun metninde “akıl hastalığı” kavramının kullanıldığı görülmektedir. Kanunda kullanılan bu kavramın salt somatik olarak temellendirilebilen ruhsal bozukluklara işaret eden bir kavram olarak anlaşılması yerinde olmayan bir yaklaşım olacaktır. Bunun yerine failin davranışlarına ilişkin kararların ya da davranışların gerçekleştirilmesinde önem arz eden zihinsel mekanizmaların işleminde etkili olan süreçlere herhangi bir şekilde etki eden her türlü psişik bozukluk olarak anlaşılması gerekmektedir. Bir başka deyişle zihinsel anormal durumların hepsini kapsayıcı bir kavramın kanun metninde kullanılması zorunludur. Failde eylemi işlediği anda mevcut bulunması gerekli söz konusu zihinsel anormallikler biyolojik (somatik) temelli bozukluklar olabileceği gibi, biyolojik olarak temellendirilemeyen psişik bozukluklar da olabilecektir. Bu

nedenle kanun düzenlemelerinde yer alan “akıl hastalığı”, “ruhsal ya da zihinsel bozukluk” gibi ifadelerin salt “biyolojik” olarak ya da salt “psikolojik” olarak adlandırılması hatalıdır. Burada söz konusu olan biyolojik olarak temellendirilmesine bakılmaksızın, psikopatolojik bulgulardır. Bu bulguların kaynağı organik (somatik) nedenler ya da salt psişik nedenler olabilecektir. Bu nedenle kusur yeteneği değerlendirmesinin ilk aşaması olan failin zihinsel anormal durumunu yansıtan durumları işaret eden ilk aşamanın “biyolojik-psikolojik” , yani “psikopatolojik” olarak adlandırılması kanımızca daha doğrudur.

Kusur yeteneğinin ikinci aşaması olan, failde tespit edilen zihinsel bozukluğun somut durumda davranışına ne şekilde etki ettiğinin değerlendirildiği aşamanın kusur ceza hukuku anlayışının yansıması olması gerekmektedir. Kuşkusuz bu aşama, ilgili ceza kanununun benimsediği kusur anlayışını da yansıtacaktır. Burada nihayetinde normatif olarak oluşturulmuş yetenekler söz konusudur. Failin fiilinin haksızlığını algılama yeteneği ya da bu algı çerçevesinde davranışlarını yönlendirme yeteneği, bir kişinin kusurlu sayılabilmesi açısından hukuk düzenince oluşturulmuş yeteneklerdir. Burada failin fiilinin haksızlığını algılama yeteneği, ceza hukukunda haksızlık bilincine (haksızlık algısı), davranışlarını bu algı çerçevesinde yönlendirebilme yeteneği ise irade yeteneğine işaret etmektedir. Kuşkusuz algılama yeteneği ve özerk davranabilme yeteneği⁷³² (irade yeteneği) salt hukuki birer tasarımdan ibaret beceriler değildir. Bu yetenekler aynı zamanda adli psikiyatrik incelemenin de konusunu oluşturan ampirik olarak incelenmesi gereken yeteneklerdir. Adli psikiyatrik inceleme sonucu tıbbi olarak tespit edilen bir zihinsel bozukluğun kişinin algılama yeteneğini ya da irade yeteneğini etkilediği konusundaki tespitler, hâkim tarafından normatif düzleme aktarılacaktır. Bu nedenle kusur yeteneği değerlendirmesinin ikinci aşaması da salt normatif özellik arz etmemektedir. İçinde tıbbi tespitleri de barındırmaktadır. Bu nedenle kanımızca kusur yeteneği değerlendirmesinin ikinci aşaması olan bileşenine “psikolojik-normatif” bileşen adının verilmesi yerinde olacaktır. Esasen bu bileşende ceza sorumluluğu ve fail hakkındaki kusur yargısı değerlendirici bir bakış açısıyla sorgulanmakta olduğundan, bu bileşene “değerlendirici bileşen” adı da verilebilecektir.

⁷³² Bu yetenek “otokontrollü davranabilme yeteneği” olarak da ifade edilebilecektir.

Kusur yeteneği hakkında verilecek karar için ikinci aşamayı belirten, failin “failinin haksızlığını algılama” ya da “davranışlarını haksızlık algısına göre yönlendirme” yetenekleri hem normatif yönü, hem de tıbbi yönü olan yetenekler olduğundan, çalışmanın ilerleyen başlıklarında bu iki yetenekle ilgili başlıklandırma bu ayırım esas alınmıştır. Örneğin “Algılama Yeteneğinin Normatif Yönü” ve “Algılama Yeteneğinin Tıbbi Yönü” gibi.

Yukarıda sebepleri açıklandığı üzere, çalışmanın devam eden başlıklarında kusur yeteneği düzenlemesi, iki bileşen üzerinden açıklanmaya çalışılacaktır. Bunlar şu şekilde belirtilebilir:

- 1) Biyolojik- Psikolojik Bileşen (Psikopatolojik Bileşen)
- 2) Psikolojik- Normatif Bileşen (Değerlendirici Bileşen)

II. AKIL HASTALIĞI DURUMUNA İLİŞKİN KUSUR YETENEĞİ DÜZENLEMESİNİN BİLEŞENLERİ

A. Biyolojik-Psikolojik Bileşen (*Psikopatolojik Bileşen*)

1. Genel Olarak

Ceza hukuku ve adli psikiyatri tarihinde bir kişinin zihinsel anormal durumun etkisi ile gerçekleştirdiği eylem nedeniyle kınanıp kınanamayacağı, kınanacaksa bunun kapsamı konusunda yoğun tartışmalar yaşanmıştır. Bu tartışmaların sonuca ulaşamamasının nedeni, problemin anlaşılmasını zorlaştıran “somatik”, “psişik”, “hasta” ve “sağlıklı” gibi anlamları tatmin edici bir şekilde ortaya koyulamayan kavramların problemin merkezinde yer almasıdır⁷³³. Nitekim bu kavramlara verilen anlam kusur yeteneği düzenlemelerinin kapsamını da belirlemektedir.

Ceza hukukunda TCK m. 32 benzeri normlar kusur, hastalık ve kusur yeteneği yokluğu gibi kategoriler açısından gösterge niteliğindedir. Özellikle bu normların hukuk güvenliği, ceza indirimi ve ceza sorumluluğunun kalkması gibi suç ve ceza politikasına ait unsurların ne şekilde belirlenmiş olduğunu göstermesi

⁷³³ Zabel, s. 144.

bakımından önem arz etmektedir. Bu normların kurgulanmasında özellikle “akıl hastalığı” gibi disiplinler arası özellik taşıyan kavramlarda ceza hukukunun tek taraflı olarak ve tamamen adli psikiyatri ya da tıp bilimi ile çelişecek tarzda belirlemelere gitmemesi, yapılacak olan kusur yeteneği değerlendirmelerinin isabet oranını arttıracaktır. Nitekim kusur yeteneğine ilişkin verilecek nihaî hüküm, her ne kadar nihayetinde normatif değerlendirme ile verilecek ise de, bu hüküm psikopatolojik bulgular ve bu bulguların failin fiili icrasındaki etkileri esas alınarak verilecektir.

Kusur yeteneği düzenlemelerinin kurgulanmasındaki zorluklar ilk olarak bilimsel hipotezlerin, eğilimlerin veya insanî yeteneklerin mutlak olarak belirlenmesi ya da bunların basitleştirici bir anlayışla ele alınması zorunluluğu nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Bu basitleştirme sonucu oluşan tablonun hukuk düzeninde bilinç ve sorumluluk konsepti olarak kurgulanması halinde, başka türlü zorluklar ortaya çıkmaktadır. Bu noktada insan olmanın somatik (bedensel) ve psişik yönleri arasındaki ilişki, beden ve ruh arasındaki gerilim, sorunları da beraberinde getirmektedir⁷³⁴.

Hastalığın sadece somatik (bedensel) olarak temellendirilebilen bir durum olarak ele alınması durumunda, ruhun kendini ifade şekilleri olan arzular, duygular ve motifler, her ne kadar tamamen bilimsel olarak önemsiz birer metafizik olgu olarak düşünülmeseler de, ikinci plana atılmaktadır. Böylece ruh veya zihin, kusur yeteneği değerlendirmesi konusundaki *bağımsız* önemini yitirmektedir. *Olaf Breidbach* tarafından formüle edildiği gibi, ruhun natürelleşmesi -“*benliğin maddeleşmesi*”- sırasında meydana gelen vücudun değerinin ön plana çıkması, normatif değerlendirmenin ve adli ağırlıkların değişmesine neden olmuştur. Ruhsal hastalık durumunun varlığı ya da yokluğunun tespiti, özellikle beynin işlev yeteneğine göre sorgulanmış ve bedeni işlev yeteneğine göre gerçekleştirilmiştir⁷³⁵. Bu nedenle ruhsal hastalık durumunun problemleri vücudun, bilhassa beynin işlevselliği olarak ele alınmış ve halen de alınmaktadır. Bunun bir sonucu olarak beyin veya beyinsel süreçler, ruhsal ve bilinçli (şuurlu) yaşamın temeli (özü) kabul edilmektedir. Bu noktada sürekli olarak “sosyal veya amaca yönelik sistem”,

⁷³⁴ Zabel, s. 144.

⁷³⁵ Zabel, s. 144.

“özgürlüğün organı⁷³⁶” vs. gibi kavramlardan bahsedilmekte olup, burada beyin, “bireye benzer bir aktör (süje/fail benzeri aktör)” rolünü üstlenmektedir⁷³⁷.

Hastalık kavramı konusunda, yasa koyucunun katî-bedensel temelli ve bedensel temelli olmayan hastalık kavramları arasında bir uzlaşma formülünü yansıtması gerekmektedir⁷³⁸. Türk öğretisinde ise, akıl hastalığının ortaya çıkış sebebinin önemli olmadığını, örneğin bir travma sonucu ortaya çıkabileceği söylenmektedir⁷³⁹. Ancak burada da iradenin oluşmasında rol oynayan beyinde somatik bir bulgunun aranıp aranmayacağı kati olarak belirtilmemektedir. Özellikle somatik hastalık anlayışının sonucu olarak, hastalık kabul edilmeyen diğer “ciddi ruhsal anormallik” durumlarının da kusur yeteneği değerlendirilmesi sistemi içine alınması zorunlu olarak görülmektedir. Çünkü hastalıklı ruhsal bozukluğun yanı sıra, hastalıklı kabul edilmeyen diğer “ciddi ruhsal anormallik” durumlarında da kusurun kalkabileceği söylenmektedir. Burada kişilik bozuklukları (psikopatiler), nevrozlar, dürtü bozuklukları ve uyum bozuklukları kastedilmektedir⁷⁴⁰. Burada tıbbi ve hukuki ortak tasarım sonucu oluşturulan, *hibrid* (çifte işleve sahip) bir hastalık ve kusur yeteneği konsepti söz konusu olmaktadır⁷⁴¹.

Bu konuda öğretilerde “etiyojik- somatik”, “sosyo- patolojik/psikolojik” ve “sınıflandırıcı” hastalık öğretilerine yer verilmektedir. Etiyojik-somatik, sosyo-patolojik/psikolojik ve sınıflandırıcı hastalık konseptleri arasında özellikle, genel ve somut bakış açıları arasındaki ilişkinin nasıl olması gerektiği, hangi bakış açısının karar verici olduğu ve -teorik tıp açısından- değerlendirildiğinde, nozoloji⁷⁴² üzerinde hangi görüşün etkisinin olduğu konusunda yoğun tartışmalar yaşanmaktadır. Ancak bu konularda henüz görüş birliğinin olmadığı söylenebilir⁷⁴³. *Thomas Schramme* isabetli bir şekilde, her bir perspektifin de ortadan kalkmayacağını belirtmiştir. Yani ön planda olan hususun genel hastalık tablosunun veya hastalık gidişatının kuralları

⁷³⁶ Alm. “*Organ der Freiheit*”

⁷³⁷ Zabel, s. 144-145.

⁷³⁸ Zabel, s. 151.

⁷³⁹ Ünver, Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s. 113.

⁷⁴⁰ Zabel, s. 151; Schild, NK, § 20, kn. 33 vd.

⁷⁴¹ Zabel, s. 152.

⁷⁴² Hastalıkların tasnifi ve sınıflandırılmasını konu olan bilim dalı.

⁷⁴³ Zabel, s. 148.

mı, yoksa bireysel gelişmelerle tedavideki uygulamalı-terapötik kullanımın mı olması gerektiği önem arz etmemektedir⁷⁴⁴.

Beden-ruh probleminin ele alınmasında olduğu gibi, somatik (bedensel) ile psişik hastalığın ilişkisi de aynı şekilde tartışmalıdır. Bu noktada *Descartes* tarafından ortaya konulan ve değişik bilim dallarında da yoğun olarak benimsenen, vücudun (*res extansa*) ve ruhun (*res cogitans*) tümüyle birbirinden bağımsız iki varlık olarak düşünülmesi gerektiği, *vücut-ruh-dualizminin* çok büyük etkisi vardır⁷⁴⁵. Bu konsept günümüzde çok değişik yönlerden eleştirilmektedir. Bu yaklaşımın karşıtı olarak ise, vücut-ruh tekliğini savunan bütünlükçü (*holizm*) yaklaşım bulunmaktadır.

Bu görüşlerin hangisi benimsenirse benimsensin, algılama veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin eylemin icrası anında olmayışı, doğrudan doğruya failde zihinsel bozukluğun varlığı bilgisi sonrasında çıkarılmaktadır. Bu nedenle ruhsal hasarın türü ve boyutu, bu hasarın psişik etkilerinin değerlendirilmesi için önemli ampirik çıkış noktasıdır⁷⁴⁶. Öte yandan akıl zayıflığı olanlarda veya yaşlılığa bağlı erkeklerin cinsel suçlarında olduğu gibi daha küçük cinsel suçlar, mülkiyete karşı işlenen suçlar ve kundaklama suçları gibi “psişik bozukluğa özgü tipik” suçlar da vardır. Genel olarak kabul edilen husus, psişik bozukluğun şiddetinin tespit edilmesinin, kesin tanıdan daha önemli olmasıdır⁷⁴⁷.

Yasa koyucular, yasa metninde kullanılacak terminoloji konusunda psikiyatri ve psikoloji alanındaki değişken moda akımlarına ayak uydurma imkânına sahip değildir. Esasen bu akımlara uyma zorunluluğu da bulunmamaktadır. Ancak kullanılan terminolojide hukuk uygulaması bakımından hâkim ve bilirkişiler açısından açık, anlaşılır ve uygun terminolojiyi kullanmak durumundadır⁷⁴⁸. TCK m. 32’ de yer verilen kavram, “akıl hastalığı” kavramıdır⁷⁴⁹. Bu kavramdan ne

⁷⁴⁴ Bu noktada somatik ve psişik hastalık kavramları arasındaki bağlantı önem arz etmektedir. Bu bağlantı için bkz. Schramme, s. 25-27.

⁷⁴⁵ Zabel, s. 148.

⁷⁴⁶ Schöch, LK, § 20, kn. 74.

⁷⁴⁷ Schöch, LK, § 20, kn. 74.

⁷⁴⁸ Ehrhardt, s. 230.

⁷⁴⁹ Karşılaştırmalı hukukta değişik kavramlara yer verildiği görülmektedir. Örneğin Fransız Ceza Kanunu’nda “*ruhi veya nöropsişik teşevvüs*” ifadesini kullandığı belirtilmektedir. Bkz. Onur Özcan, “Fransız Ceza Hukukunda Akıl Bozukluğunun Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, **Yeditepe**

anlaşılması gerektiği, hangi durumların bu madde kapsamında incelenmesi gerektiğini belirleyecektir. Bu nedenle kavramın yakından incelenerek çerçevesinin belirlenmesi bir zorunluluktur.

“*Kusur yeteneğinin yokluğu ve azalan kusur yeteneği ile ilgili hükümler, kusur prensibine olan güvenilirlik ve inandırıcılık için bir ölçek teşkil ettiğinden, bu konuda çok itiraz edilemeyen bir düzenlemeye*” ihtiyaç olduğu savunulmaktadır⁷⁵⁰. Bu nedenle kanunlarda kullanılan “akıl hastalığı”, “zihinsel bozukluk”, “akıl zayıflığı” gibi ifadelerin ne anlama geldikleri, kusur yeteneği değerlendirmesi için yapılacak adli psikiyatrik incelemede ve normatif (hukukî) değerlendirmede nasıl ele alınacakları önem arz etmektedir. Bu kavramlara somatik temelli anlam verilmesi ya da psikopatolojik bakış açısıyla değerlendirilmesi durumunda ulaşılan sonuçlar farklı olacaktır. Bu nedenle aşağıda psikiyatrik hastalık kavramına ait değişik bakış açıları ele alınmaya çalışılacaktır. Bu değişik görüşlerden herhangi birinin tercih edilmesi durumunda kanunlarda geçen “akıl hastalığı”, “hastalıklı ruhsal bozukluk” gibi ifadelerin içeriğine giren durumların kapsamı da farklı olacaktır.

2. Psikiyatrik Hastalık Kavramı

a. Etiyolojik-Somatik Hastalık Kavramı

Kanunlarda geçen “akıl hastalığı”, “hastalıklı (*marazî*) ruhsal bozukluk” ya da “akıl faaliyetinde hastalıklı (*marazî*) bozukluk” gibi ifadelerin içerik kapsamının nasıl belirleneceği, esasen “hastalık” kavramının nasıl anlaşılması gerektiğine bağlıdır. TCK m. 32’ de “akıl hastalığı” kavramı, Alman ceza kanunu § 20’ de ise ilk olarak “hastalıklı (*marazî*) ruhsal bozukluk” kavramlarına yer verilmiştir. Eğer yalnızca objektif olarak sözcüğün lafz’ından ve olası sözcük anlamından yola çıkılırsa, hangi oluşumu kapsarsa kapsasın bu kavramdan psişik durumun her türlü patolojik değişiklikleri anlaşılabilir⁷⁵¹. Fakat kanun koyucular bu kavramların aşırı geniş anlaşılması durumunda, eylem nedeniyle cezasız kalma durumlarının artacağı

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), C. V, S. 2, 2008, s. 204. Alman Ceza Kanunu (StGB) ise, “ruhi bozukluk” kavramını kullanmıştır.

⁷⁵⁰ Roxin, AT I, § 20 A, s. 888.

⁷⁵¹ Schreiber/ Rosenau, s. 96.

endişesi ile “hastalık” ya da “hastalıklı (*marazî*)” sözcüklerini farklı ve daha dar anlamıyla anlamıştır. Bu durum kanun metninde tamamlayıcı işlev gören “diğer ciddi ruhsal anormallik” gibi “hastalıklı” olarak sayılmayan ruhsal bozukluklara yer verilmesi sonucunu doğurmuştur. Hastalıklılığın (*marazîliğin*) geniş olarak anlaşılmasının söz konusu olması durumunda ise bu yola hiç ihtiyaç duyulmamış olacaktır⁷⁵².

Zihinsel (ruhsal) bozukluk teşkil eden durumlar üst başlığı altında “hastalık” kavramı ile hangi durumların işaret edildiğine ilişkin ilk olarak etiyolojik-somatik hastalık kavramına yer verilmektedir. Bu anlayışa göre, “hastalıklı (*marazî*) ruhsal bozukluk” kavramından, ruhsal bağlantının, bu bağlantıya yabancı olan⁷⁵³ bedensel bir hastalık süreci nedeniyle bozulmuş görüldüğü psişik durumların anlaşılması hedeflenmektedir⁷⁵⁴. Bu tanım psikiyatr *Kurt Schneider* tarafından geliştirilmiş “psikiyatrik hastalık” olarak adlandırılan somatik (bedensel) temelli hastalık anlayışına dayanmaktadır. Bu tanım ikinci dünya savaşı sonrası adli psikiyatriyi, hukuk bilimini ve uygulamasını önemli derecede etkisi altına almış ve günümüzde de etkisini halen sürdürmekte olan bir tanımdır⁷⁵⁵.

Kurt Schneider ruhsal anormallikleri sadece bedensel organ süreçlerine dayanması durumunda hastalıklı (*marazî-krankhaft*) olarak tanımlamaktaydı. *Schneider* ve bir dizi başka adli bilimci, tüm psişik veya benzer ruhsal defektlerin temelinde somatik (bedensel) bir neden olduğunu varsayıyorlardı. Bu yazarlar, *Emil Kraepelins* veya *Eugen Bleulers* gibi güçlü natüralist⁷⁵⁶ özellikteki yaklaşımlara ve *Jaspers'* in agnostik⁷⁵⁷ psikopatolojisine atıfta bulunarak, psikiyatrik ve temelde hukuki anlamda klinik olarak sadece somut, fiziksel değişikliklere dayanan olguların hastalık olarak tanınabileceği kanaatindeydiler⁷⁵⁸. Esasen bu hastalık kavramına

⁷⁵² Schreiber/ Rosenau, s. 96.

⁷⁵³ Psişik hastalık durumunun yabancılaşma (*Entfremdung*) ile ilişkisi için bkz. Heinz, s. 73 vd., 221 vd.

⁷⁵⁴ Schöch, LK, § 20, kn. 59.

⁷⁵⁵ Schreiber/ Rosenau, s. 96.

⁷⁵⁶ Çalışmanın ilk bölümünde yer verildiği üzere, “Doğal Tasarım” olarak da adlandırılabilir olan natüralist hastalık anlayışında sağlık, “organizmanın doğal tasarımıyla uyum içerisinde çalışmasıdır. Eğer bireyin hayatta kalması ve üremesi için gerekli fizyolojik durumların bütünlüğü bozulmamışsa birey sağlıklıdır.” Bkz. Aktürk, s. 8.

⁷⁵⁷ “Bilinemezlik”

⁷⁵⁸ Zabel, s. 142-143.

etiyojik (*etiyojik*)- somatik hastalık⁷⁵⁹ kavramı adının verilmesi de bu sebeptir. Etiyojik- somatik hastalık anlayışında, ruhsal anormalliklerin hastalık olarak belirtilmesi için etiyojik olarak, yani ortaya çıkma sebebi olarak bedensel (somatik) bir bulguya ihtiyaç duyulması gerekmektedir. *Schneider*, organik esaslı olmayan anormal davranış ve tepki şekillerini, hastalık karakteri olmayan insanî varoluşun değişimleri⁷⁶⁰ olarak görmekteydi⁷⁶¹. Bu görüşte yalnızca kanıtlanabilir veya en azından koyut olarak ortaya konmuş (postulat olarak kabul edilmiş) organik süreçlere dayanan psikişik bozukluklar hastalıktır/marazîdir⁷⁶². Bu şekilde zihinsel anormal durumlar, “niteliksel” anlamda “hastalık ya da hastalıklı” olarak belirtilmiş olmaktadır. Hastalık nitelmesi yapılmasıyla birlikte, her ne kadar etkileri şiddetli olsa da diğer psikişik anormal durumlar ve “ruhsal yapının değişimleri”, “hastalık” kavramından ayrılmış olmaktadır.

Schneider’ e göre hastalıklı durumlar, bedensel olarak gerekçelendirilemeyen psikişik durumlardan ve “ruhsal yapının değişimlerinden⁷⁶³ ayrılmalıdır⁷⁶⁴. Bir başka deyişle bireysel davranışların sağlıklı ve patolojik olarak ayrılması, belirtilen organik bulgu esasına dayandırılmıştır. Bu bağlamda *Kurt Schneider* bir “agnostik (bilinemezci)” olarak, kusur yeteneği değerlendirmesinin ikinci aşaması olan algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneği hakkında ampirik-bilimsel olarak gerekçelendirilebilir ifadelerde bulunmanın mümkün olmadığından yola çıkmıştır. Çünkü bu yeteneklerin aporetik⁷⁶⁵ olarak, kusur yeteneği hakkında karar vermede etkili olmayan irade özgürlüğü problemiyle ilişkili olduğunu belirtmektedir⁷⁶⁶. Bu

⁷⁵⁹ Etiyojik-Somatik hastalık kavramı, paradigmatik olarak üç pozisyondan biri olarak gösterilmektedir. Bu pozisyonlar öğretilerde, 1. Etiyojik-somatik hastalık kavramı, 2. Sosyal bilimsel-psikolojik hastalık kavramı ve 3. Sınıflandırıcı (*Operasyonel*) hastalık kavramı olarak belirtilmektedir. Bkz. Hoff / Sass, ss. 2-5; Nedopil/ Müller, s. 27 vd.; Adrian Schmidt-Recla, **Theorien zur Schuldfähigkeit: Psychowissenschaftliche Konzepte zur Beurteilung strafrechtlicher Verantwortlichkeit im 19. 20. Jahrhundert. Eine Anleitung zur juristischen Verwertbarkeit**, Leipziger Universitätsverlag, Leipzig, 2000, s. 147 vd.; Zabel, s. 142.

⁷⁶⁰ Alm. “*Variante menschlichen Seins*”

⁷⁶¹ Werner Mende, “Die ‘tiefgreifende Bewußtseinsstörung’ in der forensisch-psychiatrischen Diagnostik”, **FS für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag**, München, 1979, s. 312.

⁷⁶² Kurt Schneider, **Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit**, 2. Auflage, Georg Thieme Verlag, 1953, Stuttgart, ss. 6-13.

⁷⁶³ Alm. “*Spielarten seelischen Wesens*”

⁷⁶⁴ Schneider, s. 12.

⁷⁶⁵ Bir tartışmanın herhangi bir sorundan dolayı sonuca varamaması durumu.

⁷⁶⁶ Schneider, s. 27-28.

nedenle kusur yeteneği sorununun daha birinci aşamada pratik olarak, mazaretin belirli, tıbbi olarak çerçevesi belirlenebilir hastalık durumlarıyla sınırlanmış olması hedeflenmiştir. Bunlar esasen dar anlamıyla akıl hastalıkları, ekzojen (dışsal) ve endojen (içsel) psikozlar olmuştur. Buna karşın insanî yapının (= özün, varlığın) anormal değişimleri ve normal olanla kıyaslandığında açıkça anlaşılır biçimde niceliksel sapmaları temsil eden diğer tüm psişik bozukluklar, özellikle psikopatiler, nevrozlar ve dürtü bozuklukları bu anlamda hastalık olarak görülmemiştir⁷⁶⁷. Bu görüşe göre, dürtü anormallikleri ve psikopatilerin yanı sıra, ortalamanın altında kalan akıl performansı ile nevrozlar “(ruhsal yaşamın) değişimi” olarak kabul edilmişlerdir⁷⁶⁸. Böylece, “hastalıklı” ruhsal bozukluk olarak tarif edilen bozukluklar, genel olarak *organik* bir nedeni tespit edilebilen tüm *psişik* sapmalar olacaktır. Buna göre psikoz denildiğinde, fiziksel kaynağa dayandığı ispatlanabilir olan (eksojen⁷⁶⁹) veya her halükârda bedensel (*somatik*) esaslı postulat edilebilir olarak ortaya çıkan (endojen⁷⁷⁰), hastalık değerine sahip psişik sapmalar anlaşılmaktadır⁷⁷¹. Somatik hastalık anlayışında hastalık kavramının bedensel olarak yorumlanması, büyük psikoz gruplarının yani şizofreni, epilepsi ve manik-depresif gibi durumların “somatozlar (Alm. *Somatosen*)” olarak açıklanmasına, yani postulat olarak bedensel hastalık sayılmalarına neden olmuştur. Böylece bu durumların ekzojen (gerçek tespit edilebilir bedensel hastalıklar) ile eş tutulmaları sağlanmıştır⁷⁷².

Somatik (bedensel) hastalık görüşüne göre, prensip olarak bir psikoz tespitiyle, kişilik yapısının kapsamlı olarak sarsılması işaret edilmektedir. Öyle ki, failin normal algılama ve motivasyon yeteneği doğrudan devre dışı bırakılmış görünüyor olmalıdır⁷⁷³. O halde psikiyatrik hastalık kavramı olarak adlandırılan

⁷⁶⁷ Schöch, LK, § 20, kn. 52 vd.

⁷⁶⁸ Schneider, s. 12; Zabel, s. 143.

⁷⁶⁹ Dış kaynaklı maddelerin kullanılmasının yaratmış olduğu psişik bozukluklar.

⁷⁷⁰ İç kaynaklı psişik bozukluklar.

⁷⁷¹ Lackner/ Kühl, § 20, kn. 3-5 ; Schönke/ Schröder, § 20, kn. 6 vd.; Schild, NK, § 20, kn. 73 vd. ; Streng, MK, § 20 kn. 31 vd.

⁷⁷² Martin Gschwind/ Franz Petersohn/ Erardo Cristoforo Rautenberg, **Die Beurteilung psychiatrischer Gutachten im Strafprozeß**, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1982, s. 64.

⁷⁷³ Justus Krümpelmann, “Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das zweite Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)**, (88)1976, (“Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit”), s. 17.

kavram, esasen salt tıbbi-psikiyatrik bir kavramdan tümüyle farklı bir şeydir; daha ziyade spesifik hukuki amaçlar için tıbbi kategoriler kullanılarak oluşturulmuştur⁷⁷⁴.

“Etiyolojik- Somatik” hastalık öğretisi, hem psikiyatri literatüründe hem de hukuki literatürde “tarihî yanlışlık” olarak tarif edilmektedir⁷⁷⁵. Söz konusu bu hastalık tasnifi, zamanın önemli psikiyatristleri tarafından (*Ernst Kretschmer, Manfred Bleuler, Hans Bürger-Prinz, J. H. Schultz*) kabul edilmemiştir. Bu dar anlamdaki hastalık kavramının kabul edilmemesinin temelinde ise, kavramın kliniksel gerçeklikle bağdaşmaması ve günümüz psikopatolojik araştırmaları hesaba katmamış olması bulunmaktadır⁷⁷⁶. Zira aslında söz konusu dar psikiyatrik hastalık tanımı içine girmeyen, ancak benzer biçimde ciddi sosyal ve kişisel etkilere sahip olabilecek durumlar, örneğin, endojen (içsel) psikozlar ya da organik psikosendromlar gibi birçok sayıda psişik rahatsızlıklar bulunmaktadır. Bu rahatsızlıklar da kişinin kendisine ya da bir başkasına zarar verme tehlikesi nedeniyle, bir sağlık kurumunun kapalı hasta bölümlerinde tedaviyi gerektirebilecektir⁷⁷⁷. Doğru olan, “insani varoluşun değişimleri” olarak adlandırılmış durumların, psişik normallığe düzgün geçişlere sahip olmasıdır. Şayet bu durumlar kişide güçlü sıkıntıya neden olmaktaysa, tedavi gerektiriyorsa, sosyal kaymalara⁷⁷⁸ ya da hastaneye yatırılma zorunluluğuna sebebiyet veriyorsa, bu tarzdaki psişik rahatsızlık durumlarının hastalık karakterinde artık bulgu ya da belirti derecesinden şüphe duyulmamalıdır⁷⁷⁹. Ayrıca örneğin şizofreninin temelinde bedensel işlev bozukluğu olmayan hastalıklı ruhsal bir bozukluk olduğu, bununla

⁷⁷⁴ Schreiber/ Rosenau, s. 96.

⁷⁷⁵ Mende, s. 312; bazı yazarlara göre, bu tür etiyolojik bir paradigma ve buna göre oluşturulmuş hastalık kavramı, günümüzde kabul görmese bile psikiyatri uzmanları, hukukçular ve hukuk bilimi üzerindeki kalıcı etkiler bırakmıştır. Bu etki küçümsenmemelidir. Bu anlayışın içermiş olduğu özellikle hastalıklı psikoz ve sağlıklı bilinç bozukluğu arasındaki (sözde) kategorilendirme, bilirkişiler ile hukukçular arasındaki net yetki dağılımına neden olmuştur. Bu olumlu etkiye bir de kriminal ve politik süreçteki olumlu etki eklenmiştir. Çünkü eşit bir şekilde etiyolojik ve somatik hastalık anlayışı dayanak gösterildiği yerde, ceza hukukunun aklayacağı kişi sayısı belirli sınırlarda tutulabilmiştir. Bkz. Zabel, s. 143.

⁷⁷⁶ Mende, s. 312-313.

⁷⁷⁷ Mende, s. 313. Tedaviye ihtiyaç duyan bir rahatsızlık olarak ve yine kusuru ortadan kaldıran veya azaltan bir olgu olarak hastalık, nevrozlar alanında ve insani varlığın diğer farklı biçimleri alanında da vardır. Bkz. Schöch, LK, § 20, kn. 54.

⁷⁷⁸ Sosyal katılım bozukluğu ve psişik hastalık ilişkisi için bkz. Heinz, s. 157 vd.

⁷⁷⁹ Mende, s. 313.

birlikte somatik hastalık kavramının kabul edilmesi durumunda hastalığın mazereti kaldırmaması gerektiği de savunulabilecektir⁷⁸⁰. Bu sonuç ise kusur yeteneği hakkındaki kararlarda mantıklı ve adil bir sonuca neden olmayacaktır.

Schneider' e kadar uzanan "etiyojik- somatik" tıbbi hastalık tanımı ilk planda psişik anormallikleri sınıflandırma bakımından hukuken haklı bir kavramdır⁷⁸¹. Bunun yanı sıra kavram, psişik bozuklukların içindeki patolojik olmayan sapmaların değerlendirilmesinde bir karşılaştırma ölçütü sunabildiği için, pratikte bir değere sahiptir⁷⁸². Eğer hastalıklı olmayan bir alışılmamış durumun failin kişilik yapısı üzerindeki etkileri ağırlık bakımından bir hastalığın etkilerine eşitse, başka bir deyişle "hastalık değeri (*Krankheitswert*)" taşıyorsa, o zaman kusursuz sayılma bakımından bir mazeretin söz konusu olacağı söylenmektedir⁷⁸³. Bu karşılaştırma sonucunda "hastalıklı olmayan ruhsal anormallikler" için etki derecesine göre, "hastalık değeri" ölçütü kullanılmıştır. Böylelikle "hastalık" sayılmamakla birlikte etki derecesinin şiddeti nedeniyle "hastalık değerinde" sayılan diğer zihinsel bozuklukların da kusur yeteneğine etki edebilecekleri belirtilmiş olmaktadır.

Ancak ruhsal hastalık durumunun şiddeti, ağırlığı ya da önemi, ona neden olan ya da ona eşlik eden bedensel bulguların mevcudiyetinde ölçülemez. Bunun yerine yalnızca psikopatolojik bakış açılarıyla belirlenebilir⁷⁸⁴. Şimdiye kadar önemli psişik hastalıklar için, bu hastalıkları açıklayabilen bedensel bir bulgu keşfedilmemiştir. Tanı, bu hastalıklarda bedensel semptomlara göre değil, bunun yerine psikopatolojik bulguya göre konur⁷⁸⁵. Psikiyatride, bedensel olarak gerekçelendirilmiş ve endojen (içsel) psikozlar olarak adlandırılan psikozlar dışında, kişilik ve davranış üzerinde, belirtilen psikozlardan kısmen çok daha yoğun etkisi

⁷⁸⁰ Zabel, s. 144.

⁷⁸¹ Ulrich Venzlaff, "Ist die Restaurierung eines 'engen' Krankheitsbegriffs erforderlich, um kriminalpolitische Gefahren abzuwenden?", **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)**, (88)1976, s. 60.

⁷⁸² Schöch, LK, § 20, kn. 54.

⁷⁸³ BGHSt 34, 22, 24 vd. (Schöch, LK, § 20, kn. 54)

⁷⁸⁴ Werner Janzarik, "Forschungsrichtungen und Lehrmeinungen in der Psychiatrie: Geschichte, Gegenwart, forensische Bedeutung", **Handbuch der forensischen Psychiatrie I** (Hrsg.: H. Göppinger/ H. Witter), Springer Verlag, Berlin-Heidelberg-New York, 1972, s. 647.

⁷⁸⁵ Rasch, "Die Zuordnung der psychiatrisch-psychologischen Diagnosen vier psychischen Merkmalen der §§ 20/21 StGB", s. 265; Schreiber/ Rosenau, s. 97.

olan çok sayıda hastalık durumu vardır⁷⁸⁶. Öte yandan bir çok bedensel olarak gerekçelendirilmiş semptom, hastalık oluşumu ve gelişimi (*Patogenez*⁷⁸⁷) içinde genellikle yalnızca az oranda bir ağırlığa sahiptir⁷⁸⁸. Somatik bakımdan gerekçelendirilmiş psikozların bir insanın davranışı üzerinde, bir nevrozdan veya bir duygulanımdan (afektten) daha güçlü bir etkiye sahip olduğuna dair, yaklaşık olarak dahi kabul edilebilecek bir bilimsel kanıt yoktur. Kusur yeteneği bakımından psikiyatrik hastalık kavramının oluşturulmasına yol açan normatif bakış açısı, başka bir deyişle bir hastalık sürecinin kişinin kaderi olduğu ve bu sürecin insan tarafından etkilenememesi durumu, bedensel hastalık kavramı ile yapılan bir sınırlamayı haklı göstermemektedir. Ceza hukuku kapsamındaki sorumluluğun değerlendirilmesi için önem arz eden durum, bir psişik davranış bozukluğunun kanıtlanmış veya varsayımsal (*hipotetik*) olarak kabul edilmiş bedensel nedenine bağlı olmayabilir. Failin sosyal normlar aracılığıyla normal motivasyon ilişkisi içinde olarak konumunu davranışlarıyla belirleyebilme yeteneğinin bir psişik bozuklukla ne kadar zarar görmüş olduğu, yalnızca normatif temelli pragmatik sosyal kusur kavramı temelinde ölçülebilir⁷⁸⁹. Psikiyatrik-bedensel hastalık kavramı, bu nedenle yalnızca kusur yeteneği açısından önemli olan zihinsel anormallikler içinde, hastalıklı (marazi) bozukluklarla örtüşebilir⁷⁹⁰. Ancak kusur yeteneğine etki eden tüm psişik bozuklukları karşılamaya yeterli bir kavram değildir. Bu nedenle psikiyatrik-somatik (bedensel) hastalık kavramı tek başına hukuk uygulaması için kullanılabilir bir kavram değildir. Kavram, kusur yeteneği değerlendirmesinde yer alan failin algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneği değerlendirilmesi aşamasında amaçlanan yardımı mahkemeye sunmaya elverişli değildir⁷⁹¹. Kanunda kullanılacak kavramın failde anormal olarak değerlendirilebilecek olan ve failin fiilinin haksızlığını algılama ya da davranışlarını yönlendirme yeteneği üzerinde etki yaratabilecek her

⁷⁸⁶ Venzlaff, “Ist die Restaurierung eines ‘engen’ Krankheitsbegriffs erforderlich, um kriminalpolitische Gefahren abzuwenden?”, s. 58.

⁷⁸⁷ *Patogenez* bir hastalığın kaynağı ve gelişmesi sırasında organizmada meydana gelen değişiklikler bütünü. Hastalık anlamındaki pato ve gelişmek/oluşmak anlamına gelen genesis kelimelerinin birleşiminden oluşmaktadır. Bkz. <https://tr.wikipedia.org/wiki/Patogenez>

⁷⁸⁸ Schreiber/ Rosenau, s. 97.

⁷⁸⁹ Schreiber/ Rosenau, s. 97.

⁷⁹⁰ Schöch, LK, § 20, kn. 53 vd.

⁷⁹¹ Krümpelmann, “Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit”, s. 16 vd.

bir psişik bozukluğu kapsamı gerekmektedir. Adli psikiyatrik bilirkişinin kusur yeteneği hakkındaki karar konusunda mahkemeye yardımcı olurken, sadece somatik hastalık kavramına başvurması yerinde değildir. Buna göre, eskiden kalma ve “psikiyatrik hastalık kavramı” olarak adlandırılan kavramın, kusur yeteneği için ölçüt olarak kullanılmaz nitelikte ve eskimiş olduğu tespitini yapmak gerekir⁷⁹².

b. Sosyal-Psikolojik Hastalık Kavramı (Yapısal-Sosyal Hastalık Kavramı)

Somatik psikiyatrik hastalık kavramının kabul edilmesi ile bedensel bulgulara dayanmamakla birlikte, psikopatolojik olarak failin ruhsal mekanizmalarını etkileyen diğer hallerin belirtilmesi ihtiyacı doğmuştur. Somatik psikiyatrik hastalık kavramının kabul edilmesi sonucu kanunlarda kullanılan “akıl hastalığı”, “hastalıklı ruhsal bozukluk” gibi ifadelerin belirtilen durumları karşılamaması, kanun metninde tamamlayıcı ifadelerle yer verilmesini de zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle somatik psikiyatrik hastalık kavramını işaret eden “akıl hastalığı”, “hastalıklı ruhsal bozukluk” gibi ifadelerin yanında, kanun metninde “başkaca ciddi ruhsal anormallikler” şeklinde ifadelerle de yer verilmiştir. Örneğin, Alman Ceza Kanunu § 20’ de “*başka bir anormal ağır ruhî durum*⁷⁹³” ifadesine yer verilmiştir. Bu şekilde adlandırılan durumlar, failin kusur yeteneğinin tam olarak ortadan kalkmasına nadiren ve istisnai olarak neden olan, ancak genellikle azalmış kusur yeteneğinin tartışılmasını gündeme getiren durumlardır. Bu hallerin somatik hastalık kavramından en çok uzaklaştığı haller oldukları belirtilmektedir⁷⁹⁴. Burada dereceleri hastalıklı ruhsal bozukluk ile benzer olan veya benzer olması beklenen anormallikler ve sapmalar söz konusudur. Özellikle psikopatilerin, nevrozların veya dürtü bozukluklarının tanılandığı durumlarda, yapısal-sosyal değerlendirme ön plana çıkmaktadır. Bunun dışında örneğin Borderline-Sendromu veya reaktif depresyon durumları gibi kişilik veya sosyalizasyon eksikliklerinin bu özellik kapsamına girip girmediği, öğretilerde tartışma konusudur⁷⁹⁵.

⁷⁹² Schreiber/ Rosenau, s. 97.

⁷⁹³ Yenisey/ Plagemann, s. 19.

⁷⁹⁴ Zabel, s. 142.

⁷⁹⁵ Schiemann, Unbestimmte Schuldfähigkeitsfeststellungen, s. 272 vd.; Zabel, s. 142; Lackner/ Kühl, § 20, kn. 11.

Somatik temelli hastalık anlayışı, genel olarak tartışmalara ve ihtilaflara konu olmuştur. Bu nedenle sosyal-psikolojik temelli, yapısal analiz gerçekleştiren bir hastalık kavramına ihtiyaç duyulmuştur. Bu şekilde sosyal-yapısal analiz çerçevesinde ve psiko-analitik anlamda “psişik” kavramının alt bileşenlerine işaret edilmesi sağlanmaya çalışılmıştır. Psikolojik-psikiyatrik bilirkişilik uygulaması için, bu çerçevede özel gereksinimlere uygun bir model önerilmiştir. Bu model **yapısal sosyal hastalık** kavramıdır⁷⁹⁶. Yapısal sosyal hastalık kavramının temelinde, kusur yeteneği üzerinde etkiye sahip olabilecek, durumun hastalık yapısına sahip olup olmadığına ve kişiliğin genel sosyal yeterliliğine zarar verip vermediğine bağlı olan bir hastalık kavramı kabulü yer almaktadır⁷⁹⁷. Yapısal-sosyal hastalık kavramı ilk olarak insanı ölçmeye yarayan, bireyselleştirmeyi ortadan kaldıran, tipleştirici yeni bir model yaratmaktadır⁷⁹⁸.

Rasch tarafından geliştirilmiş *yapısal-sosyal hastalık kavramı* yaygın bir kabul görmüştür. Belirtildiği üzere, bu kavramda kişiliğin genel sosyal yeterliliği, onun bireysellikten arındırıcı, tipikleştirici özelliği ön plandadır⁷⁹⁹. Adli bakımdan öneme sahip hastalığın tanınması “ *değerlendirilmesi gereken durumun hastalık yapısına sahip olup olmadığına ve durumun kişiliğin genel sosyal yeterliliğine zarar verip vermediğine*” bağlıdır⁸⁰⁰. Sosyal yeterliliğin değerlendirilmesinde dikkate alınan boyutlar ise şu şekilde açıklanmaktadır: Yaşam tarzında kısıtlama, iş göremezlik, temasların kesilmesi veya kaybedilmesi, gerçekliği bozuk

⁷⁹⁶ Rasch / Konrad, s. 51.

⁷⁹⁷ Rasch/ Konrad, s. 51.

⁷⁹⁸ Rasch/ Konrad, s. 52.

⁷⁹⁹ W. Rasch, “Schuldfähigkeit und Krankheitsdefinition”, **Rechtsprobleme in der Psychiatrie** (Hrsg.: Hans Lauter/ Hans-Ludwig Schreiber), Rheinland-Verlag, Köln, 1978, s. 41; Schöch, LK, § 20, kn. 55.

⁸⁰⁰ Rasch/Konrad, s. 51.

değerlendirme, stereotipik davranış⁸⁰¹ ve belirli davranış kalıplarına saplanma, ceza hukuku bakımından önem taşımasa da sosyal çatışmaların sıklığı⁸⁰².

Fakat ruhsal-zihinsel bileşenin alt belirlemeleri hakkındaki itirazlar nedeniyle, bedenselliğin (somatikliğin) marjinalleştirilmesi düşünülmemelidir. *Rasch, Janzarik* veya *Luthe* gibi psikiyatrlar tarafından geliştirilen sosyal-psikolojik hastalık konseptleri, farklı bir ağırlık uygulamasıyla da olsa, somut yaşam koşulları, motivasyona ilişkin durumlar ve toplumsal bağlamlar gibi bireysel hatalı davranışların bilimsel olarak "ölçülemez" faktörlerini, kusur yeteneğinin uzman değerlendirmesine dâhil etmeyi denemektedirler⁸⁰³. Sosyal-psikolojik hastalık kavramında somatik hastalık belirtileri bireyin sosyal yaşantısı çerçevesinde somutlaştırılmaya çalışılmaktadır. Bu somutlaştırma için kullanılan hususlar ise; bireyin ruhsal ve zihinsel durumuna, bireysel karar verme yeteneğine⁸⁰⁴, çatışmaya bağlı olarak durumdan kaynaklanan dürtü ve motiflere göre hareket edememe becerisi veya entegrasyon ve ayırdına varma eksikliği gibi hususlardır⁸⁰⁵.

Yapısal sosyal hastalık kavramını savunanlar, özgürlük sorunu bakımından isabetli olarak, hiçbir hukukçunun psikiyatrik bilirkişiden, irade özgürlüğünün bir kurmaca olduğu; bunun ne kanıtlanabilir ne de reddedilebilir bir şey olduğu yanıtını talep etmediğinden yola çıkmaktadırlar⁸⁰⁶. Bilirkişi, yapısal koşulları analiz ederken, failin kişiliğinde eylemin güncel hale getirildiği ve ona ceza hukuku kapsamındaki anlamı ile ilişkili olarak başkaca ölçütlerin de konulmasına izin veren bir olanak yaratmaktadır. Buna göre psikolojik-psikiyatrik bilirkişilik faaliyetinin özü, bir sanıkta mevcut bulunan eyleme hazır olma durumunu ve bu durumun nasıl gelişmiş

⁸⁰¹ Yineleyici, tekrarlanan davranış olarak tanımlanan stereotipi, farklı gelişimsel yetersizlik türlerinde görülmekle beraber, yaygın olarak otistik bozukluk gösteren bireylerde de gözlenmekte ve otistik bozukluğun ayırıcı tanı ölçütlerinden birini oluşturmaktadır. Bkz. Özlem Toper Korkmaz / İbrahim H. Diken, "Stereotipik Davranışların Azaltılmasında Kullanılan Yöntemlerin Etkililiği: Betimsel ve Meta Analizi", **Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Özel Eğitim Dergisi**, 2010, 11(2), s. 1 vd.

⁸⁰² Rasch/Konrad, s. 52.

⁸⁰³ Zabel, s. 145.

⁸⁰⁴ *Rasch* bu konuda "düşünülebilir bireysel karar verme hareket alanı (*denkbare individuelle Entscheidungsspielraum*)" ifadesini kullanmaktadır. Bkz. Rasch, "Schuldfähigkeit und Krankheitsdefinition", s. 39.

⁸⁰⁵ Zabel, s. 145.

⁸⁰⁶ Schmidt-Recla, s. 208.

olduğunu açıklamak, başka bir deyişle, hangi eylem eğilimlerinin (dispozisyonlarının) suçun işlendiği zamanda etkili olduğunu ortaya koymak ve bu eğilimlerin (dispozisyonların) biyografik olarak sebebini bulmak olmalıdır⁸⁰⁷.

Öte yandan *Freud*' un psiko-analiz anlayışının sonrasında, suçlayıcı bir kusur yeteneği değerlendirmesi için, *holistik (bütüncül) bir kişilik analizi* beklenmekteydi. Bu bağlamda *Moser*' e göre psiko-analitik bilirkişinin tek isteği, "*ruhsal yapı üzerinde gittikçe daha da hassasiyet kazanan bir araştırmayla cezanın bir çağrı olarak halen mantıklı kabul edildiği koşulları belirlemek ve cezanın algılanamadığı, büyük ölçüde sadece olumsuz etkilere sahip olduğu koşulları tespit etmektir.*"⁸⁰⁸ Bu alternatif konseptler, antropolojik ve sistemik bakış açıları ilave edilerek bütünleştirilmektedir. Bir başka deyişle zihinsel anormalliğin bireyin davranışları üzerindeki biyografik ve psiko-sosyal etkileriyle birlikte değerlendirilmektedir⁸⁰⁹.

Etiyolojik-bedensel ve kısmen de olsa psikopatolojik teori tasarımının tamamlanmasına katkıda bulunan, bir dizi temel varsayımlar günümüzde kabul görmüşse de, kusur yeteneğinin adli değerlendirilmesinde başkaca hususlar da önem arz etmektedir. Kusur yeteneğinin adli olarak değerlendirilmesi açısından, güncel "algılama ve davranışlarını kontrol yeteneği" ile ilgili *genel olarak anlaşılabilir* tespitlerin eşit derecede *eylem anında belirlenmesi gerektiği* de gözden uzak tutulmamalıdır. Buna göre hastalık kavramının amaca uygunluğu ve kapsayabilme kabiliyeti, patolojik semptomların objektif işaretlerinin (*Disease*), toplumsal katılım bozukluklarının (*Sickness*) ve bireysel sıkıntı şekillerinin (*illness*), bir paradigmada birleştirilebilmesi temeline dayanmaktadır⁸¹⁰. ICD-kodları (Dünya Sağlık Örgütü'nün (WHO) Uluslararası Hastalıklar Sınıflaması), DSM V kodları (Amerikan Psikiyatri Örgütü' nün psikişik bozukluklarının teşhis ve istatistiksel el kitabı) gibi, psikiyatrik-psikolojik kuralların, psikopatolojik olguların tiplerini özetleyen belgelerin veya

⁸⁰⁷ Schmidt-Recla, s. 208.

⁸⁰⁸ Zabel, s. 145.

⁸⁰⁹ Antropolojik psikiyatri, psikozu sadece noksanlık teşkil eden bir varlık şekli olarak görmeyen, aksine spesifik, insani olarak psikişik hasta olma durumu olarak görmektedir. Herşeyden önce antropolojik psikiyatride de ampirik-sosyal bilimsel bir bakış açısı söz konudur. Bireyin psikişik hasta olma durumu hakkında kişinin aile, iş yaşantısı ve boş zamanlarındaki genel psiko sosyal ilişkileri çerçevesinde bir sonuca ulaşmanın mümkün olduğu belirtilmektedir. Bkz. Hoff/ Sass, s. 11.

⁸¹⁰ Zabel, s. 146.

diğer standart tanı kodlarının uygulanması ve profesyonelleştirilmesi bu amaca yöneliktir⁸¹¹.

Nihayetinde sosyal psikolojik hastalık kavramı biyolojik etmenleri de göz ardı etmeyen ancak sosyal ve psikolojik diğer unsurların da rol oynayabileceği bir yapı önermektedir. Psikiyatri ve psikoterapide kullanılan hastalık kavramı, günümüzde biyolojik-psiko-sosyal bir kavram olmaktadır. Yani psişik bozuklukların oluşumunda biyolojik, psikolojik ve sosyal anlamda etkin faktörler, sabit ve ayrılmaz bir biçimde birbirleriyle bağlantılıdır. Psişik bozukluğun tanısı ve terapisi için bu üç faktörün hepsinin eşit ağırlıkta dâhil edilmesi gerekmektedir. Bu durum irade, kusur ve kontrol becerisi değerlendirmeleri için aynen geçerlidir. Burada da biyolojik, psikolojik ve sosyal yönler karşılıklı bir rol oynamaktadır⁸¹².

c. Sınıflandırıcı (*Operasyonel*) Hastalık Kavramı

Sınıflandırıcı (*Operasyonel*) sistemde *tasarımsal düzenlemenin* ilginç olduğu söylenmektedir⁸¹³. Çünkü öncesinde belirtilen yaklaşımlara nazaran sınıflandırma sistemlerinin başlıca özelliği, büyük ölçüde psikopatolojide etiyojiden (sebebinden) ve buna bağlı olarak bir gerekçelendirme şemasından feragat etmesidir⁸¹⁴. Bir başka deyişle zihinsel bozukluk teşkil eden durumların semptomlarını, ortaya çıkış sebeplerinden bağımsız olarak ele alarak tarif etmesidir. Bu sayede tanının merkezine, daha çok başka unsurlar gelmektedir. Bu unsurlar operasyonel tanı koyma unsurlarıdır.

Bu bakımdan operasyonel psikiyatrik tanının temel özellikleri şu şekilde sayılmaktadır⁸¹⁵:

- Tarif edici yöntem,
- Açık anlaşılır kriterler, özellikle her tanı için kriter bağlantıları,

⁸¹¹ Zabel, s. 146.

⁸¹² Deister, s. 156.

⁸¹³ Zabel, s. 147.

⁸¹⁴ Nedopil, s. 98-99; Rasch/ Konrad, s. 52.

⁸¹⁵ Bu kavramlar ve detaylı açıklamaları için bkz. Hoff/ Sass, s. 16 vd.; bu unsurları ayrıca belirten Zabel, s. 147.

- Psikiyatrik tanının nominalist anlayış,
- Komorbidite prensibi,
- Çok yönlülük (çok eksenlilik),
- Ağırlık derecesinde ağırlık merkezine uygun odaklanma (niceliksel ulaşım bağlantısı).
- Etiyolojik nötrallik (tarafsızlık)- “Teori özgürlüğü”.

Uygulamada psikopatolojik semptomlar, semptom demetleri (sendromlar) altında toplanmaktadır. Örneğin içerisinde moralsizliğin, uyku bozukluklarının, düşünme engellerinin vs. bulunduğu depresif sendrom, söz konusu semptom demetlerinden oluşabilmektedir⁸¹⁶. Bir (psişik) hastalığın olup olmadığı sorusunda ise, tespit edilebilir özellikler nicelleştirilerek ve özgüleştirilerek yanıt aranır. Bu bağlamda depresif bir sendrom, bir şizofreninin, kişilik bozukluğunun, bağımlılık hastalığının veya epilepsinin habercisi olabilir⁸¹⁷. Psikoloji ve psikiyatri alanındaki yazarlarca bu sınıflandırmanın ilk etapta adli tıp analizinin desteklenmesi için geliştirilmemiş olduğu ve ilk amacının, tıbbi ve psikolojik tanı ve terapiye hizmet etmek olduğu vurgulanmaktadır. Yine de bu sınıflandırmanın özellikle formel ve tipikleştiren özelliğinin bilirkişi raporlarının “bağlantı yeteneğini” ve buna bağlı olarak algılama ve davranışlarını kontrol yeteneğinin hukuki değerlendirmesi için oldukça cazip bir karaktere sahip olduğu da bir gerçektir⁸¹⁸.

Tıbbi olarak zihinsel bozukluklarının sınıflandırıldığı ve tanı kriterlerinin belirtilmiş olduğu uluslar arası kabul görmüş iki temel kaynak bulunmaktadır. Bunlar, Dünya Sağlık Örgütü’ nün çıkarmış olduğu “Uluslar arası İstatistiksel Hastalıklar ve Hastalık Bağlantılı Sağlık Problemleri Sınıflandırması(ICD-10)” ve Amerikan Psikiyatri Örgütü’ nün çıkarmış olduğu Zihinsel Bozuklukların Tanı ve İstatistiksel El Kitabı (DSM V)” olarak belirtilebilir. Ülkemizde sağlık bakanlığı ve devlet kurumlarının bu kaynaklardan ICD-10’ u kullanmakta olduğu belirtilmektedir. Üniversitelerde ise DSM’ nin kullanıldığı söylenmektedir. Bu iki kaynağın birbiriyle büyük ölçüde örtüştüğü de ayrıca söylenmiştir⁸¹⁹.

⁸¹⁶ Zabel, s. 147.

⁸¹⁷ Zabel, s. 147.

⁸¹⁸ Zabel, s. 147.

⁸¹⁹ Özakkaş, s. 16.

Öte yandan zihinsel bozuklukların sınıflandırılması yoluyla tanı koyma yöntemi, ceza hukukunda hastalık kavramının açıklanması ve kusur yeteneği değerlendirmesi açısından pragmatik bir önem kazanmaktadır. Özellikle sınıflandırma modelinin, zihinsel bozuklukların nedenini gerekçelendirme ihtiyacı duymaması, esnek bir prosedüre imkân tanıyarak somatik temelli ve somatik temelli olmayan psişik durumları kapsayan hibrit hastalık modeline olanak tanımaktadır⁸²⁰. Psikolojik ve psikiyatrik açıdan, sadece ilgili tanıdan yola çıkılarak doğrudan kusur yeteneği ile ilgili bir sonuç çıkarılamayacağı açıktır. Hatta klinik psikiyatrinin tanı ve sınıflama sistemiyle adli psikiyatrinin tanı ve sınıflama sisteminin aynı amaca yönelik olmadığı belirtilmektedir⁸²¹. Ancak yine de dikkat edilmesi gerekir ki, sınıflandırma modelinin tanımlayıcı (tarif edici) ve niceleyici metodu *çok boyutlu* bir yapı teşkil etmekte, yani psikopatolojik analizin çeşitli faktörlerinin alternatif veya kümülatif olarak esas alınabilmesine olanak sağlamaktadır⁸²². Özellikle bilirkişi değerlendirmesi büyük ölçüde etiyolojik analizden bağımsız olacağı için, “*sendromun endojen, uyuşturucu kaynaklı veya daha başka ekzojen kaynaklı olup olmadığı... önemli bir rol oynamamaktadır...*”⁸²³. Nihayetinde adli psikiyatri bilirkişisi, değerlendirmesini sadece elinde mevcut olan bilgiler ışığında ve bu bilgileri kişinin hayat hikâyesine yerleştirerek yapabilecektir. Özellikle bu şekilde ilgilinin kişilik gelişimini ve değer yargısını kabul edilebilir bir şekilde gerekçelendirebilecektir⁸²⁴.

3. İşlevsel Hukuki Kavram Olarak “Adli Hastalık” Kavramı

a. Genel Olarak

Hukuki hastalık kavramı, önceki başlıklarda belirtilen hastalık kavramlarının eksiklikleri ve kusur değerlendirmesi için elverişli olmaması nedeniyle ortaya çıkmış

⁸²⁰ Zabel, s. 152.

⁸²¹ Numan Konuk / Zekeriya Kökrek / Hasan Karadeniz, “Adli Psikiyatrik Uygulamalarda Tanı Geçerliliği Kavramı”, *Türkiye Klinikleri J Psikiyatri-Special Topics*, 2011, 4(1), s. 58-59.

⁸²² Zabel, s. 152.

⁸²³ Zabel, s. 152.

⁸²⁴ Zabel, s. 152; Hoff/ Sass, s. 30.

bir kavramdır. *Kurt Schneider*' in etkisi ile savunulan somatik hastalık kavramında ancak zihinsel arıza belirtilerinin fiziksel-organik kaynaklara dayandığı durumlarda hastalığın söz konusu olması ve ayrıca endojen psikozlarda ise bu olgunun varsayılabılır olarak görülmesi⁸²⁵ kusur yeteneği değerlendirmeleri açısından farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Zira somatik psikiyatrideki hastalık kavramında, temelinde fiziksel arızalar olmayan psikopatiler, nevrozlar ve dürtü anomalileri “insan olmanın farklı (değişik) şekilleri⁸²⁶” olarak kabul edilmekteydi. Hukuk uygulaması ise bu dar çaplı psikiyatrik hastalık kavramına bağlı kalmaksızın organik türden olmayan psikopatolojik defektleri de “akli dengenin hastalıklı bozukluğu” olarak kabul etmişti. Böylece sadece klinik-psikiyatrik manadaki akıl hastalıkları değil, insanda mevcut olan, irade oluşumuna temel olan düşünce ve hisleri olumsuz etkileyen, akli eylemin, isteklerin, hislerin ve dürtülerin her türlü bozuklukları da hastalık kavramına dâhil edilmiştir. Aynı şekilde maruz kalan şahsın kendisinin sahip olduğu tüm irade güçlerini yetersiz kılan, ileri derecedeki cinsel dürtüsellik durumunun da geniş anlamda hastalık kavramına dahil olduğu kabul edilmiştir⁸²⁷. Bu uygulamalar ve kabullerle birlikte kapsamına giren durumların geniş olarak anlaşılması sonucu ile işlevsel anlamda kullanılabilir bir hukuki hastalık kavramı oluşmuştur.

Bu konuda ceza hukuku öğretisinde de her türlü zihinsel olağandışılığı kapsamak bakımından geniş tanımlamalara başvurulmaktadır. *Dönmezer/ Erman*' a göre, akıl hastalığı, psikiyatri bilimi gereğince anlama ve isteme yeteneğine etkisi kabul edilen, patolojik, yani sürekli bir hal gösteren akli melekelerde her türlü bozukluğa verilen addır⁸²⁸. Yazarlara göre, kanunda yer verilen “akıl” deyiminin geniş şekilde anlaşılması gerekmektedir. Bu nedenle zekâ veya iradeyi ilgilendiren bütün patolojik halleri kapsamına alacak şekilde yorumlamak gerekmektedir. Bu patolojik haller tümör, travma, ateşli hastalık gibi fiziki sebeplerden ileri gelebileceği

⁸²⁵ Bu “biyolojik” hastalık kavramının psikiyatride de kesinlikle genel olarak kabul görmediği hakkında bkz. Venzlaff, “Ist die Restaurierung eines ‘engen’ Krankheitsbegriffs erforderlich, um kriminalpolitische Gefahren abzuwenden?”, s. 57 vd.

⁸²⁶ Alm. “*Spielarten menschlichen Seins*”

⁸²⁷ BGHSt 14, 32 (Roxin, AT I, § 20 A, s. 887)

⁸²⁸ Dönmezer/ Erman, C.II, s. 170; tanımı aynen benimseyen görüş için bkz. Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 356.

gibi, erken bunamada görüldüğü üzere, psişik hallerden de doğabilecektir⁸²⁹. Aynı şekilde *Hafizoğulları/ Özen*' e göre de, kişinin anlama ve isteme yeteneği üzerinde etkili olan patolojik, psişik, psikolojik her türlü sapkınlık akıl hastalığıdır. Hastalık kalıcı veya geçici olabilir; iyileşir veya iyileşmez nitelik taşıyabilir. Kanun akıl hastalığını, “akıl hastalığı nedeni” ifadesini kullanarak geniş anlamda algılamaktadır⁸³⁰.

Hukuk uygulaması tartışmalı hastalık kavramlarının işlevsel olarak hukuk düzeninde kullanılabilmesi için, söz konusu dar “psikiyatrik” hastalık kavramından vazgeçerek kendine özgü “hukuki” hastalık kavramını geliştirmiştir. Hukuki hastalık kavramı yalnızca klinik, psikiyatrik anlamdaki akıl hastalıklarını değil, aynı zamanda her türlü akıl faaliyet bozukluklarını⁸³¹ ve yine normal ve akli bakımdan olgun bir insanda mevcut olan ve iradeyi oluşturmaya muktedir tasavvur/düşünce ve duygulara zarar veren, iradi, duygusal veya dürtüsel yaşam bozukluklarını da kapsamaktadır⁸³². Bu tanımla birlikte esasında burada daha önce belirtilen somatik, sosyal-psikolojik hastalık kavramlarının birlikte kapsandığı bir çerçeve çizilmektedir.

Mevcut hukuki hastalık kavramının geliştirilmesi ile yasal metinlerde yer verilen, dar anlamdaki psikiyatrik hastalık kavramını karşılar şekilde kullanılan “akıl hastalığı” ya da “hastalıklı (*marazî*) ruhsal bozukluklar” gibi ifadeler, kusur yeteneği yokluğu durumlarının sadece bir bölümünü oluşturacak şekilde anlaşılmıştır. Böylece “hastalıklı (*marazî*) ruhsal bozukluk” durumu yalnızca, bedensel hastalık semptomlarının eşlik ettiği durumlar için geçerlidir⁸³³. Bu kapsama girmeyen ruhsal bozukluk halleri için ise başkaca tamamlayıcı ifadeler kullanılma gerekliliği doğmuştur. Örneğin, Alman Ceza Kanunu § 20’ de “*hastalıklı (marazî) ruhsal bozukluk*” dışında “*diğer ciddi ruhsal anormallikler*” ifadesi kullanılmıştır. Fakat bu durumların ilkesel olarak sadece azalmış kusur yeteneğine yol açabileceği de ileri sürülmektedir. Özellikle psikopatilerin ve nevrozların, kusur yeteneği yokluğuna yol

⁸²⁹ Dönmezer/ Erman, C.II, s. 170.

⁸³⁰ Hafizoğulları/ Özen, s. 417.

⁸³¹ Alm. “*Störungen der Verstandestätigkeit*”. “*Verstand*” kavramı çalışmada Almanca-Türkçe Tıp Sözlüğündeki karşılığı “*akıl*” kavramı esas alınarak çevirilmiştir. Bkz. Hüseyin Kavala, **Medizinisches Wörterbuch: Deutsch-Türkisch, Türkisch-Deutsch**, Springer Verlag, Heidelberg, 2005, s. 91.

⁸³² BGHSt 14, 32, 23,176 (Schreiber/ Rosenau, s. 96)

⁸³³ Schreiber/ Rosenau, s. 96.

açmaması gerektiği ve bunların cezasız kalmayı sonuçlayabileceği şeklindeki risklere de dikkat çekilmiştir⁸³⁴.

Bahsedilen risklerin de önüne geçmek bakımından hastalıklı olarak sayılmayan ruhsal bozukluk durumlarının çok istisnai durumlarda⁸³⁵ tamamen cezasızlığa yol açabileceği durumlar için “hastalık değeri (*Krankheitswert*)” kavramı geliştirilmiştir. Bu kavram hastalıklı (*marazî*) olmayan, normal psikolojik bozukluklar olarak adlandırılan bozuklukların şiddeti (ağırlığı) için gerekli bir değerlendirme ölçütüne sahip olmak için kullanılmaktadır⁸³⁶. Fakat kavramın kullanılabilirliği, kavramın belirli hastalık semptomlarının farklı türden başka bozukluklarla kıyaslanmasına yol açması nedeniyle kuşkulu görülmektedir. “Hastalık değeri” kavramı, bozukluğun yalnızca ağırlığını ifade eden ve fakat bozukluğun türünü ifade etmeyen salt bir ölçü kavramı olarak anlaşılabilir, bu kavramın kullanılmaması gerektiği söylenmektedir⁸³⁷. Çünkü “hastalık değeri” kavramı, üzerinden diğer bozuklukların ölçülebileceği, tarif edilebilir ölçüye sahip “hastalık” kavramını şart koşmaktadır⁸³⁸. Böyle bir hastalık kavramı mevcut olmadığından geçerli bir ölçüt olamayacaktır.

Hastalıklı olarak sayılmamakla birlikte hukuki hastalık kapsamı içerisinde değerlendirilen diğer durumlar ise bilinç bozukluğu halleridir. İlgili kişinin normal algılama ve idrak etme yeteneğinin ya da ruhsal yapısının merkezi olarak olumsuz etkilendiği durumlarda ise, derinlemesine bir bilinç bozukluğunun var olduğu kabul edilmektedir. Somatik hastalık kavramı anlamındaki hastalıklı ruhsal bozukluk kategorisinden farklı olarak burada, kusur yeteneğini kaldıran *hastalıklı olmayan* bozukluk durumu söz konusudur. Yüksek dereceli uyarılma (coşku) ve afekt (duygulanım, heyecan) durumlarının yanı sıra bitkinlik ve aşırı yorgunluk durumlarının da bu gruba dâhil olduğu söylenmektedir⁸³⁹. Ancak belirtilen durumlar her ne kadar ruhsal bozukluklara sebebiyet verseler de, TCK bakımından m. 32’ de

⁸³⁴ Schreiber/ Rosenau, s. 96.

⁸³⁵ Mahkemede dinlenen bilirkişilerin görüşüne göre, bedensel olmayan az sayıdaki psişik anormallik vakalarında - bu noktada yaklaşık % 2’den söz edilmektedir.- tamamen kusur yeteneği yokluğu durumunun da dikkate alınabileceği belirtilmiştir. Bkz. Schreiber/ Rosenau, s. 97.

⁸³⁶ BGHSt 37, 397 (Schreiber/ Rosenau, s. 97); Schöch, LK, § 20, kn. 43 vd.

⁸³⁷ Schreiber/ Rosenau, s. 97.

⁸³⁸ Schöch, LK, § 20, kn. 64.

⁸³⁹ Zabel, s. 141; Lackner/ Kühl, § 20, kn. 6-8.

yer alan akıl hastalığı kapsamında değil, TCK m. 34' te yer alan geçici neden kapsamında ele alınmaktadır.

Hukuki hastalık kavramı açısından ele alınması gerekli bir başka durum ise failde bulunan akıl zayıflığı durumunun hastalık olarak kabul edilip edilemeyeceğidir. Burada akıl zayıflığı halleri doğuştan gelen zekâ zayıflığı halleri ve patolojik zekâ geriliği halleri şeklinde ayırma tabi tutulmaktadır. Bu nedenle ceza kanunu metinlerinde “akıl hastalığı” kavramının yanında ayrıca “akıl zayıflığı” kavramına da yer verildiği görülmektedir. Kanunda geçen akıl zayıflığı ifadesi ile sadece *doğuştan zeka zayıflığı (bariz akıl geriliği)* vakaları kastedilmektedir. Buna örnek olarak debilité (zeka geriliği), embesillik ve idiyotluk sayılabilir. *Patolojik zekâ geriliği* vakaları ise bu kapsamda sayılmamaktadır. Çünkü patolojik akıl zayıflığı halleri, zaten “akıl hastalığı” ya da “hastalıklı ruhsal bozukluk” olarak ifade edilen kavramlar içine girmektedir⁸⁴⁰.

Belirtilen tartışmalar sonucunda aslında adli psikiyatri bilirkişisinin raporları da etkilenmektedir. Bilirkişi etiyolojik ve patogenetik bir analiz tekniğinden uzaklaştığı ölçüde, aslında hastalık kavramını da “bozukluk” kavramı lehine terk etmektedir⁸⁴¹. (Adli) psikiyatri ve psikopatoloji için durumun, “hastalık (İng. *disease*)” iken “bozukluk (İng. *disorder*)” olması, doğru bir netice ve sisteme uygun olarak kabul edilebilir. Özellikle belirtmek gerekir ki semptomların ve sendromların belirgin bir şekilde tespit edilmesi gerekliliği, tanısız ifadelerin *güvenirliliği* konusunda olumlu bir etkiye yol açmıştır.

Güncel suç politikası ve ceza hukuku için, hastalık kavramındaki değişimin küçümsenmemesi gereken bir olgu olduğu belirtilebilir⁸⁴². Çünkü hukuki hastalık kavramı üzerinden meşru, yerinde ve işlevsel olacak şekilde ceza hukuku uygulaması sağlanmaya çalışılmaktadır. Hukuki hastalık kavramı, esasen farklı uzmanlık alanları oluşturan, psikiyatri ve hukuk bilimi alanları arasındaki bilgi ve dil aktarımının sağlanmasına hizmet etmektedir. Böylelikle “uzmanlık alanına yabancı” olan araştırma sonuçlarını anlamak da kolay hale gelmektedir⁸⁴³. Nihayetinde kusur

⁸⁴⁰ Schönke/Schröder, § 20, kn. 18; Zabel, s. 141; Schieman, Unbestimmte Schuldfähigkeitsfeststellungen, s. 266 vd.; Schönke/ Schröder, § 20, kn. 18.

⁸⁴¹ Zabel, s. 153.

⁸⁴² Zabel, s. 153.

⁸⁴³ Nedopil/Müller, s. 27 vd.

yeteneği değerlendirmesi salt medikal (tıbbî) bir karara indirgenemeyecek olan normatif bir değerlendirmedir. Bu nedenle normatif değerlendirme yapacak olan mercinin taleplerinin bilirkişi tarafından açık bir şekilde anlaşılması, rapor hakkındaki değerlendirmeye olumlu şekilde yansıyacaktır. Bu bağlamda, suç politikasının ve ceza hukuku disiplininin hukuki terminolojiyi kusur yeteneğinin değişen ihtiyaçlarına göre açık tutma çabasında oldukları söylenebilir. Bir başka deyişle kusur yeteneği konusunda ceza hukukunun geleneksel bir hastalık kavramında takılı kalmayarak, psikiyatrinin bozukluk kavramına yakın bir ifadeyi aradığı anlaşılmaktadır⁸⁴⁴. *Schreiber*' e göre, *aslında hastalık kavramı çok da önemli değildir*. Problemin daha çok kişiyi cezadan uzak tutan, cezasız kalmayı sonuçlayan anormalliklerin sınırlandırılmasında olduğu söylenmelidir. Bu noktada – tıpkı bilinç bozukluklarında olduğu gibi – dikkate alınabilecek tek kriter, bozukluğun ağırlığı ve ciddiyetidir. Bu ağırlık ve ciddiyet neticede failin eylemindeki haksızlığı algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğine etki ettiği ölçüde önem kazanmaktadır. Hastalık değerine ve böylece dar kapsamdaki hastalık kavramına dayanmaya çalışmak, çok da yararlı olmayacaktır. Neticede bozukluğun ilgili durumdaki genel görüntüsünün dikkate alınması gereklidir⁸⁴⁵.

Ceza hukuku dogmatığı ile yargının “ihtilafa göre makul genel deęerlendirmeye⁸⁴⁶” geçme kararı ve bununla birlikte hastalık kavramını *işlev ilişkili* olarak yorumlamasının bir ikilem olduğu savunulmaktadır⁸⁴⁷. Somut yasal düzenlemelerin sonuçlarının hukuk tarafından dikkate alınması gerektiği, tartışmasızdır. Aksi yöndeki görüş, hukukun kontrol ve düzenleme karakterini inkâr etmiş olacaktır⁸⁴⁸. Bu nedenle kusur yeteneğini etkileyen hal olarak failin anormal psişik durumunu, yasal düzenlemeye yansıtarken kullanılan kavramların sonuçlarının da dikkate alınması gerekmektedir.

Hukuki psişik hastalık kavramının daha çok “ruhsal bozukluk” eksenine kayması sonucunda, her türlü ruhsal anormalliğin cezasız kalmayı sonuçlayabileceği endişesi, ceza hukukunda sorunun merkezinde yer alan asıl meseledir. Bu konuda

⁸⁴⁴ Zabel, s. 153.

⁸⁴⁵ Zabel, s. 154.

⁸⁴⁶ Alm. “*konfliktangemessene Gesamtbewertung*”

⁸⁴⁷ Zabel, s. 154.

⁸⁴⁸ Zabel, s. 154.

hastalıklı olarak sayılmayan diğere ciddi ruhsal anormalliklerin cezasız kalmayı sonuçladığı yerde, iyileştirme ve güvenliği sağlayan akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri kuralları yardımıyla bu sonuçların sınırlanmasının gerektiği savunulmaktadır⁸⁴⁹. Buna gerekçe olarak da, kusurun ceza boyutunu tayin ettiği, ancak kusur yeteneğinin bulunmaması halinde hukuki sonucun şekillendirilmesinde *önleme* fikrinin ön planda olduğu belirtilmektedir. Kusur yeteneğinin bulunmamasının tespiti halinde özellikle iyileştirme ve güvenlik sağlamayı hedefleyen güvenlik tedbiri kuralları büyük öneme sahiptir. Ceza, kusur prensibiyle sınırlansa da, *“konulan güvenlik tedbirinin hedefinde, kısmen terapötik tedavi uygulamasıyla veya psikolojik etkiyle failin iyileştirilmesi, kısmen de izolasyon veya uzaklaştırma yoluyla... toplumun failden korunmasını sağlamak yer almaktadır. Buna göre de, psiko bilimlerin de desteği alınarak faille ilgili öngörülerin geniş kapsamlı değerlendirilmesi gereksinimi doğmaktadır”*⁸⁵⁰. **Kanımızca** bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira ruhsal bozukluğa sahip olan fail hakkında güvenlik tedbiri uygulanmasının sebebi failin “tehlikeliliği” nedeniyle toplumun korunmasıdır. İyileştirme ve medikal tedavi araçlarının amacı bu tehlikeliliğin ortadan kaldırılması ve failin tıpkı diğere bireyler gibi toplum düzenini belirleyen ceza normları ile etkileşim içinde olarak beklendiği gibi davranışlarını hukuka uygun olarak kumanda edebilmesidir. Böylece failin tekrar sosyal yaşantısına dönmesi sağlanarak cezanın önleme amacı yeniden bu kişiler için de işlevsel hale gelecektir. Akıl hastası olmasına rağmen, kusur yeteneği tamamen ortadan kalkmamış olan kişi normalde ceza sorumluluğuna sahip olan bir kişidir. Bu kişiler hakkında ceza verilmemesi yerine tamamen güvenlik tedbiri ile “önleme” amacının gerçekleştirilmeye çalışılması kusur ceza hukuku anlayışına, dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırı olacaktır. Burada fail hakkında toplumdan *“izolasyon ve uzaklaştırma”* onun ruhsal bozukluğunun sona ermesi ile son bulmalıdır. Sırf önleyici nedenlerle sağlıklı bir kişinin “önleyici” gerekçelerle psikiyatri kurumunda tutulması mümkün değildir.

⁸⁴⁹ Zabel, s. 154.

⁸⁵⁰ Renzikowski, s. 2910.

b. Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Akıl Hastalığı Olup Olmadığı Tartışmalı Durumlar

Akıl hastalığı kavramı esasen tıp biliminin konusunu oluşturmakla birlikte, ceza hukukunda bu kavrama bağlanan sonuçların önem arz etmesi nedeniyle, bu kavramın kapsamının belirlenmesi önem arz etmektedir. Bu kapsamın belirlenmesi sırasında failin gerçeklikle bağının koptuğu psikotik durumlarla ilgili herhangi bir tereddüte imkân yokken, bazı durumlar açısından tartışmalara rastlanmaktadır. Öğretide bu tartışmalar özellikle ihtiras halleri, epilepsi (Sara), saplantı, psikopati, uyurgezerlik gibi durumlar üzerinde yoğunlaşmaktadır⁸⁵¹.

İhtiras halleri, ne kadar şiddetli olursa olsunlar, akıl hastalığının bir çeşidi sayılmak suretiyle kusur yeteneğini etkilemezler. Normal sayılan bir kişinin ihtiraslarına karşı koyması zorunludur. Birçok suçta saik olarak kin, intikam, hırs, zengin olma ve tamah gibi durumlar bulunabilmektedir. Ancak akıl hastalığı klinik gözlemlerle tespit edilen fiziki veya psikişik bir hastalığı belirttiği için, ihtirasların irade üzerinde etkisi ne olursa olsun⁸⁵², akıl hastalığı teorisine alınmasına imkân yoktur⁸⁵³. Ancak bu hallerin akıl hastalığı teşhisi altında semptomları oluşturabilmesi mümkündür. Bir kişinin akıl hastası olması dolayısıyla sebepsiz bir şekilde bir başkasına şiddetli kin duyması halinde, ihtiras halinin akıl hastalığı kapsamında ele alınması mümkün olmalıdır. Bu nedenle akıl hastası bir kişi de ihtiras saiki ile hareket edebilecektir. Bir akıl hastası kıskançlık saiki ile suç işleyebilecektir⁸⁵⁴. Ayrıca ihtiras halinin “fikri sabit” yani bir “mani” halini alarak, bir çeşit akıl hastalığına yol açabileceği söylenmektedir. Fakat bu durumda kusur yeteneğini etkileyen durumun ihtiras hali değil, bu halin sebep olduğu akıl hastalığı olduğu belirtilebilir⁸⁵⁵.

⁸⁵¹ Öğretide ahlaki delilik, kıskançlık, sabit fikir halini almış ihtiraslar ve arzû sebepler gibi patolojik olmayan nedenlerle failin fiilin haksızlığını algılama yeteneğinin ya da davranışlarını yönlendirme yeteneğinin kalkmış olması durumunda akıl hastalığına ilişkin hükmün uygulanmayacağı belirtilmektedir. Bkz. Ünver, Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s. 113-114.

⁸⁵² Erem/ Danışman/ Artuk, s. 522.

⁸⁵³ Dönmezer/ Erman, C.II, s. 174; Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 358.

⁸⁵⁴ Erem/ Danışman/ Artuk, s. 522.

⁸⁵⁵ Dönmezer/ Erman, C.II, s. 174-175.

*Epilepsi*⁸⁵⁶ hastalığı⁸⁵⁷ esasen nörolojik bir rahatsızlık olmakla birlikte son yıllarda psikiyatrinin ve nörolojinin iştirak alanlarının birbirinden ayrılamayacak derecede yakınlaşması, yeni bir alan olarak görülen nöropsikiyatri alanını ortaya çıkarmıştır. Epilepsinin bir zihinsel bozukluk olduğu tartışmasız olarak kabul edilmekle birlikte, akıl hastalığı olup olmadığı tartışmalıdır. Ceza hukuku öğretisinde epileptik nöbetler⁸⁵⁸ esnasında gerçekleştirilen fiiller ile ilgili olarak, TCK m. 34' ün uygulanması gerektiği savunulmaktadır. *Mahmutoğlu*' na göre, epilepsinin bir akıl hastalığı olmadığını düşündüren sebep, nöbetlerin kısa süreli (gelip geçici) olmasıdır. Tıbbi veriler esas alındığında epilepsinin akıl hastalığı olmadığı söylenmelidir. Bu nedenle yazara göre, nöbet sırasında işlenen bir suç söz konusu ise TCK m. 34' teki "geçici neden" hükmü, epilepsinin yanı sıra bir akıl hastalığı söz konusu olduğunda ise TCK m. 32' deki "akıl hastalığı" hükmü uygulanmalıdır⁸⁵⁹. Daha önce de belirtildiği üzere kanımızca, epilepsi nöbetleri esnasında gerçekleştirilen beden hareketleri ceza hukukunda hareket vasfına sahip değildir. Kriz anında kişinin bedeni üzerinde merkezi bir kontrolünün bulunmaması, bilinç yokluğu gibi hallerde, ceza hukukunda bir insan davranışını "hareket" olarak kabul etmek için gerekli olan "irade taşıma" niteliği bulunmamaktadır. Bunun dışında epilepsi hastası olan kişinin, krizler dışındaki fiillerinden cezai sorumluluğunun nasıl belirleneceği önem arz etmektedir. Bu durumda öğretilerde epilepsi hastası olmanın nöbetler dışında kusur yeteneğine etki etmediği savunulmaktadır⁸⁶⁰. Ancak adli psikiyatrik olarak epileptik kişilerin nöbetten sonra ve daha ender olarak nöbetten önce bir konfüzyon⁸⁶¹ durumu ve bir tür alacakaranlık durumu sergiledikleri belirtilmektedir⁸⁶². Bu durum birkaç dakikadan birkaç güne kadar sürebilir. Psikiyatride konfüzyon hali denilen bu

⁸⁵⁶ Epilepsi hastalığı hakkında adli psikiyatrik değerlendirme ve ceza sorumluluğunun belirlenmesi hakkında açıklamalar için bkz. Serdar Yolcu / Özge Canberk / Cem İncesu / Niyazi Uygur, "Epilepsi, Suç ve Ceza Ehliyeti", **Düşünen Adam**, 1999, 12(4), s. 34 vd.

⁸⁵⁷ Epilepsi beyinde anormal elektriksel deşarjlar sonucu ortaya çıkan, geçici ve tekrarlayan nitelikte nöbetlerle karakterize bir hastalıktır. Bkz. Yanık/ Dokgöz/ Savrun, s. 96 vd.

⁸⁵⁸ Nöbet (*seizure*), nöronların kendiliğinden aşırı boşalımı ile ortaya çıkanserebral fonksiyonlarda geçici paroksizmal fizyopatolojik bir bozukluktur. Bkz. Özden, s. 220.

⁸⁵⁹ Mahmutoğlu, "Türk Ceza Mevzuatındaki Temel Düzenlemelere Psikiyatristlerin Fail ve Uzman Sıfatı Kapsamında Genel Bakış", s. 152; Mahmutoğlu, "Ceza Hukuku Boyutuyla Epilepsi ve Demans", s. 14-16.

⁸⁶⁰ Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 359.

⁸⁶¹ "Zihin bulanıklığı hali"

⁸⁶² Özden, s. 228.

durumda kişi, çevresi ve hatta kendisi hakkında bilgisini kaybeder. Yani, kendi şahsı, çevresi, zaman ve mekân hakkındaki bilgilerin önemli bir kısmını kaybetmiş kişiye konfüzyon halinde denilmektedir⁸⁶³. Epileptikler suçların büyük bölümünü bu sırada işlerler. Bu durumlarda da bu kişilerin ceza sorumluluklarının olmadıkları belirtilmektedir⁸⁶⁴. Zira kişi değil yapılanın ne olduğunu, ne yaptığını dahi bilmemektedir. Bir sara konfüzyonu içinde bulunan kimse o sırada en yakınlarını gayet hunharca öldürebilir ve konfüzyondan çıktıktan sonra bu yaptığını kesinlikle hatırlamaz⁸⁶⁵. Bunun dışında epilepsi hastalığına psikoz, depresyon, kişilik değişiklikleri ve demans gibi psikiyatrik bozukluklar da eşlik edebilmektedir. Bu birden çok bozukluğun eşzamanlı söz konusu olduğu komorbidite halinin ceza sorumluluğunu değişik şekillerde etkileyebileceği belirtilmektedir⁸⁶⁶. Bu durumda TCK m. 32 her durumda gündeme gelecektir. Kanımızca epilepsinin bir akıl hastalığı olup olmadığı tartışması kusur ceza hukuku açısından önem arz etmemektedir. Zira belirtilen durumlarda failin kusurunun olmadığı ve gerçekleştirmiş oldukları fiiller nedeniyle kınanamayacakları açıktır. Ancak epilepsinin akıl hastalığı sayılmasının pratikte ve hukuk uygulamasında önemli bir sonucu bulunmaktadır. Nitekim TCK bakımından sadece TCK m. 32 kapsamına giren “akıl hastalığı” kabul edilen durumlarda, TCK m. 57’ de yer alan yüksek güvenlikli sağlık kurumlarına yerleştirme güvenlik tedbiri uygulanabilecektir. TCK m. 34’ de düzenlenen “Geçici neden” kabul edilen haller için bu yol benimsenmemiştir. Kanımızca TCK m. 32’ de yer alan “akıl hastalığı” kavramı “zihinsel bozukluk” üst başlığı altında yer almalı ve bu kavrama “bilinç bozukluğu” ile “akıl zayıflığı” kategorileri eklenerek, tüm zihinsel bozukluk hallerinin kapsanması sağlanmalıdır. Böylece epilepsi hallerinin de TCK m. 32 kapsamına girmesinde bir tereddüt oluşmayacaktır.

Saplantı, kişilerdeki öldürölmek korkusu, temizlik gibi bazı saplantıların anormal dereceye ulaşmasının akıl hastalığı kapsamına gireceği savunulmaktadır. Ancak bu durumun kusur yeteneğini etkilemesi için, saplantılı kişinin saplantısı ile

⁸⁶³ Songar, “Psikiyatri Açısından Ceza Ehliyeti”, s. 1051.

⁸⁶⁴ Özden, s. 228.

⁸⁶⁵ Songar, “Psikiyatri Açısından Ceza Ehliyeti”, s. 1051.

⁸⁶⁶ Bu konudaki inceleme için bkz. Feray Karaali Savrun, “Epilepsiye Eşlik Eden Nöropsikiyatrik Bozuklukların Adli Tıptaki Yeri”, **Türkiye Klinikleri J Psychiatry-Special Topics**, 2011, 4(1), s. 46 vd.

ilgili bir suçu işlemesi gerekeceği belirtilmektedir. Bu saplantı ile ilişkisi olmayan suçların işlenmesinde ceza sorumluluk etkilenmeyecektir⁸⁶⁷.

Psikopati bozukluğuna sahip olan failerin suç teşkil eden eylemlerindeki kusur yeteneği değerlendirmesinde tartışmalar bulunmaktadır. Antisosyal kişilik bozukluğu için 1835’ te ilk defa Prichard ahlaki sapma (*normal insanity*) 1863’ te Koch psikopat terimini kullanmıştır. Anglosakson literatüründe sosyopati olarak geçen bu hastalık Kraepelin ve Kohl tarafından kişisel özelliklerine göre sınıflandırılmıştır⁸⁶⁸. Bu kişiler belirli hareketlerin kanunlara aykırı olduğunu ya da sosyal normlara ters olduğunu anlayabilir, ancak yasal veya ahlaki aykırılıklar hakkında doğru kanılara varma yetileri olsa da duygusal hisleri yoktur. Bu kişiler engele dayanma eşiği düşük, empatik becerisi gelişmemiş, kontrolsüz, sosyal ilişkilerini devam ettiremeyen ve sorumsuz davranan kişiler olarak tanımlanır⁸⁶⁹. Bu bozukluğa sahip olan kişilerin kusur yeteneğinin somut olayda bulunduğu tespiti yapılsa dahi, “normal” oldukları söylenemeyecektir. Ancak her normal olmayan zihinsel durumun akıl hastalığı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Psikopati, akıl hastalığı değil⁸⁷⁰, bir zihinsel bozukluktur. Ancak sırf “hastalık” olarak sayılamaması nedeniyle TCK m. 32 kapsamında bulunmaması düşünülemez. Kanımızca akıl hastalığı sayılmamakla birlikte, zihinsel bozukluk olarak davranışlarda hastalıkla aynı derecede etki yaratan psikopati ya da dürtü kontrol bozukluklarının da TCK m. 32 kapsamında ele alınması gerekmektedir. Nitekim psikopati failin kusur yeteneğini etkileyebilecek bir zihinsel bozukluktur. Antisosyal kişilik bozukluğu (psikopati) olan olaylarda beyinde organik bozukluk bulunduğu; kişiler dürtüsel (impulsiv) davrandıkları, gerçekçi bir takım tasarıları olmaksızın işi bırakma, evden veya okuldan kaçma davranışlarında buldukları, sürekli sosyal ilişki kuramadıkları ve suçtan vicdan azabı çekmeyip cezadan yarar görmedikleri söylenmektedir. Bu nedenle psikopati gibi daimi kişilik bozukluğu olan

⁸⁶⁷ Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 359.

⁸⁶⁸ Kendi/ Bogenç/ Bilge/ Acar/ Tunalı, s. 163.

⁸⁶⁹ Kendi/ Bogenç/ Bilge/ Acar/ Tunalı, s. 163.

⁸⁷⁰ “Bazı anlayışlarda psikopatinin ruhsal defekt gösteren bir hastalık olarak sayılmasına karşılık günümüzün psikiyatri çevrelerinde olsun, yansıdığı psikiyatri-hukuk ilişkilerinde olsun, ruhsal bir hastalık değil de bir kişilik bozukluğu olduğu biçimindedir.” Bkz. Nejat Akgün, **Adli Psikiyatri**, Ankara, 1987, s. 137.

olaylarda ceza sorumluluğunun azalması gerektiği belirtilmektedir⁸⁷¹. Bu bakımdan TCK m. 32’ de yer verilen “akıl hastalığı” kavramı, tıbbi bir kavramdan öte failin kognitif ya da irade faaliyetlerine etki eden her türlü psişik bozukluğu kapsar şekilde anlaşılması gereken bir kavrama işaret etmelidir.

Ulutürk haklı olarak, 5275 sayılı CGTİHK m. 18’ deki, akıl hastalığı dışında ruhsal rahatsızlığı olan hükümlülerin infazı hakkındaki düzenlemeden bahsetmektedir⁸⁷². Bu düzenlemeye göre, “*Hapsedilme ve diğer nedenlerden kaynaklanan akıl hastalığı dışında ruhsal rahatsızlıkları bulunup da ruh ve sinir hastalıkları hastanelerinde tutulmaları gerekli görülmemeyerek infaz kurumlarına geri gönderilenlerin cezaları, belirlenen infaz kurumlarının mahsus bölümlerinde infaz edilir.*” Bu hüküm psikopat hükümlüler hakkında uygulama alanı bulabilecektir. *Demirbaş*, psikopatlara özgü sosyal terapi kurumlarının kurulması gerektiğini belirtmektedir. Yazara göre, ceza infaz kurumlarında huzurun sağlanabilmesi ve yeniden sosyalleştirmenin bu hükümlüler açısından da gerçekleştirilebilmesi, uzman personelle donatılmış bu tür kurumların oluşturulmasına bağlıdır⁸⁷³.

Uyurgezerlik de esasen uyku bozuklukları kapsamında ele alınan bir zihinsel bozukluk halidir. Bu halin bir nevi akıl hastalığı olduğu⁸⁷⁴ ve kusur yeteneğine etki derecesine göre, diğer akıl hastalıklarının tabi olduğu rejime bağlı olduğu söylenmektedir⁸⁷⁵. Kanımızca uyurgezerlik durumunda da ceza hukukunda hareket sayılabilecek bir hal yoktur. Bu nedenle bu halde kusur yeteneği değerlendirmesi yapılamaz. Ancak uyurgezerlik halini bilmesine rağmen gerekli tedbirleri almayan kişinin, söz konusu davranışları hareket sayılabilecektir. Uyku bozuklukları hakkında ilk bölümde hareket kavramı ile ilişkili yapılan açıklamalar uyurgezerlik hali için de geçerlidir. Fransız ceza hukuku uygulaması açısından da, uyurgezerin uyku konumundayken, bilincinde olmadığı ve karşı koyamadığı içgüdüler altında işlediği suçtan dolayı sorumluluğu yoktur⁸⁷⁶.

⁸⁷¹ Kendi/ Bogenç/ Bilge/ Acar/ Tunalı, s. 167-168.

⁸⁷² *Ulutürk*, s. 115.

⁸⁷³ Timur Demirbaş, “Güvenlik Altında Tutma ve Sosyal Terapi Kurumları”, **Uğur Alacakaptan’ a Armağan**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, C. 1, İstanbul, 2008, s. 206-207.

⁸⁷⁴ *Bayındır* da bu hali akıl hastalıklarının sınıflandırılması başlığı altında incelemektedir. Bkz. *Bayındır*, s. 56-57.

⁸⁷⁵ Dönmezer/ Erman, C.II, s. 172.

⁸⁷⁶ Özcan, s. 212.

4. Kanun Metninde Kullanılması Gerekli Kavrama İlişkin Görüşümüz

TCK m. 32' ye bakıldığında kanun koyucunun failin içinde bulunduğu zihinsel anormallik halini belirtmek için “akıl hastalığı” kavramını tercih ettiği görülmektedir. “Akıl hastalığı” kavramı aynı akıl, zihin, ruh, psişik, defekt, hastalık, bozukluk kavramları gibi ceza hukukuna ait bir kavram değildir. Bu kavram daha çok psikiyatri özelinde tıp bilimine ait bir kavramdır. Çalışmanın önceki bölümlerinde de vurgulandığı üzere, kanun koyucu kusur yeteneği ile ilgili düzenlemelerinde her erişkin ve ruhsal yönden sağlıklı olan bireyin, davranışları nedeniyle kusurlu olabileceği ve bu nedenle ceza sorumluluğuna sahip olduğu ön kabulünden hareket etmektedir. Bu durumun istisnasını oluşturan fail grupları yaratılarak, davranışlarını sorumluluk taşıyacak şekilde gerçekleştiremeyen kişilerin ceza yaptırımına maruz kalması önlenmektedir. İşte davranışlarını zihinsel anormalliklerin etkisi altında gerçekleştiren kişiler de bu şekilde oluşturulmuş istisnaî bir kategori olmak zorundadır. Kusur ceza hukukunda esasen bir failin kusursuz sayılması için, hangi gerekçe ile fiilinin haksızlığını algılayamadığı ya da davranışlarını yönlendiremediği önem arz etmemektedir. Ancak bu sonuca neden olan sebebin, yaptırım hukuku ve özellikle güvenlik tedbirleri hukuku açısından önemli sonuçları olabilecektir. Bu nedenle hem hukuki güvenliğin sağlanmasında, hem de kusur ceza hukuku anlayışının güçlendirilmesinde, mantığa uygun olan zihinsel anormallik arz eden istisna fail grubunun kanun metninde ayrıca düzenlenmesi yerindedir.

Zihinsel anormalliklere ilişkin kusur yeteneği düzenlemesi yapılırken ceza hukukuna ait olmayan, esasen psikiyatrik tartışmaların odağı haline gelmiş “akıl”, “ruh”, “hastalık”, “bozukluk” gibi kavramların hangisinin seçileceği önem arz etmektedir. Nitekim bu kavramların hangisinin kullanılacağı, madde kapsamına giren halleri de belirleyecektir. Önceki başlıklarda kapsamlı şekilde tartışıldığı üzere, “somatik psikiyatrik hastalık kavramı” ya da “yapısal-sosyal hastalık kavramı” gibi aslında adli psikiyatri biliminde yer alan tartışmalara dayanan görüşlerin kanun koyucu tarafından dikkate alınması, kanunda kullanılacak kavramın açıkça psikiyatri bilimi ile çelişmemesine yarayacaktır. Psikiyatri bilimindeki kavramlar ile hukuki

düzenlemelerde ve uygulamasında kullanılan kavramların yeknesaklığının sağlanması, kusur yeteneği düzenlemeleri kapsamında yapılacak değerlendirmenin de isabetli şekilde gerçekleşmesine yarayacaktır. Bu konuda ortak bir dil oluşturulması yargılamadaki bilirkişi ve hâkim dayanışmasını kuvvetlendirecek ve adli bakımdan daha doğru karar verilmesini sağlayacaktır.

Belirtildiği üzere kusur ceza hukuku anlayışı açısından önemli olan failin fiilinin haksızlığını algılamasına engel olan ya da davranışlarını haksızlık algısı çerçevesinde yönlendirmesine engel olan psikopatolojik durumlardır. Bu durumların hastalık sayılıp sayılmayacağı, somatik temelli bir bulguyu gerektirip gerektirmediği, geçici ya da sürekli olması gibi hususlar ceza hukuku açısından önem arz etmemektedir. Bu alandaki tartışmalar, sorunu kusur ceza hukukunun dışına taşımaktadır. Bu nedenle kusur yeteneği düzenlemelerinde mümkün olduğu ölçüde psikiyatri ve hukuk alanlarında uzlaşmayı ve anlaşmayı kolaylaştırıcı yöntemlere başvurulmalıdır. Ancak ne yazık ki, TCK’ da yer alan kusur yeteneğine ilişkin düzenlemelere bakıldığında bu anlayışın benimsenmediği görülmektedir. Zira TCK m. 32’ de “akıl hastalığı” kavramı kullanılmışken, TCK m. 34’ de geçici neden şeklinde ayrı bir kusur yeteneğini etkileyen hale yer verilmiştir. Özellikle TCK m. 34’ ün madde gerekçesine bakıldığında geçici neden adı verilen halin akıl hastalığı kapsamına girmeyen, örneğin yeni doğum yapmış bir kadının psikolojik durumunda olduğu gibi diğer hallere işaret ettiği vurgulanmıştır. Yine aynı gerekçede TCK m. 34’ ün kapsamına sistemik hastalıklar olarak belirtilen hastalıkların da gireceği söylenmiştir. Kanımızca yeni doğum yapan kadının hormonal durumu ya da örneğin şeker hastası olan bir kişinin kan şekerinin düşmesi durumları her ne kadar akıl hastalığı sayılmayacaksa da, bu durumlar da kişinin davranışlarında belirleyici etki yapan zihinsel mekanizmalara etki etmektedir. Bir başka deyişle bu durumlar da, kişinin davranışının oluşmasında etkili olan zihinsel mekanizmalarda bozulmalar yaratmaktadır. Ceza kanununda failin zihinsel anormal durumunu düzenleyen bir hüküm varken, belirtilen durumların neden “geçici neden” kategorisi altında ayrı bir düzenleme kapsamına alındığı anlaşılammaktadır. Nitekim bu durumlar da, aynı akıl hastalığı gibi failin davranışlarında etkili olan bilişsel ve ruhsal faaliyetlerin işleyişinde bozulmalar yaratmaktadır. Nitekim burada kusurluluk konusunda oluşturulması gereken istisnai kategori, zihinsel anormalliğe sahip olan fail grubudur.

Diğer taraftan TCK m. 32’ de kullanılan “akıl hastalığı” kavramının kapsamına hangi durumların girdiği, hangi durumların TCK m. 34 kapsamına girdiği konuları, esasen tıbbi bir tartışma konusuna indirgenmiştir. Zira kusur ceza hukukunun görevi, neyin hastalık olduğu ya da olmadığını tartışmak ya da hangi hastalığın “akıl hastalığı” hangisinin “sistemik bir hastalık” olduğunu tartışmak değil, mümkün olduğu ölçüde tüm zihinsel sapmaları kusurun bulunmadığı ya da kusurun azalmış olduğu kategoriye dahil etmektir. Kanunda bunun için oluşturulmuş bir kanun maddesi varken, benzer durumlar için ayrı hükümler oluşturmak yerinde bir yaklaşım olmayacaktır. Örneğin, bir zihinsel bozukluk durumu, hem akıl hastalığı niteliğinde değilse, hem de geçici nitelikte değilse yani sürekli bir bozukluk teşkil ediyorsa, TCK m. 32 ve 34 kapsamında değerlendirilemeyecektir. Bu sonuç ise kusur yeteneği düzenlemeleri ile ulaşılmak istenen hedefe aykırılık teşkil edecektir.

Kanımızca TCK’ da, psikiyatri biliminde kabul görmüş ya da en azından bu bilim dalı ile çelişmeyen mümkün olan en geniş kavramın tercih edilmesi gerekmektedir. Burada TCK m. 32’ de zihinsel anormallikleri ifade eden bir kategori oluşturulmaktadır. Bu nedenle hastalık olarak sayılsın ya da sayılmasın, geçici olsun ya da olmasın failin bir davranışı gerçekleştirmesi ya da gerçekleştirmemesi açısından etkili olan bedensel ya da ruhsal faktörleri, yani zihinsel cereyan içindeki süreçleri olumsuz yönde etkileyen her durum TCK m. 32 kapsamına alınmalıdır. Burada akıl hastalığı ve geçici neden şeklinde bir ayırıma gitmeye gerek bulunmamaktadır. Zihinsel cereyan süreçlerine etki eden her durumu kapsar nitelikte bir kavram da esasen psikiyatri biliminde kullanılmaktadır. Bu kavram İngilizce “*mental disorder*”, Almanca “*geistige Störung*”, Türkçe ise “*zihinsel bozukluk*”tur. Uluslararası geçerliliği olan ICD-10 ve DSM-5 gibi dökümanlar “hastalık” kavramının tartışmalı yapısı gereği, “bozukluk” kavramını tercih etmişlerdir. Kanımızca TCK m. 32’ de “zihinsel bozukluk” kavramı kullanılarak etiolojisinden bağımsız olarak, bir başka deyişle sebebine bakılmaksızın failin zihinsel (*kognitif*) mekanizmalarında bozulmalar yaratan herhangi bir hal, TCK m. 32 kapsamında değerlendirilmelidir. Bu açıdan somatik (bedensel) bulgu gerektirme zorunluluğu ya da geçici olup olmama gibi ek araştırma gerekliliği bulunmamalıdır. Failin davranışlarına etki edebilecek bedensel, duygusal, dürtüsel bir başka deyişle zihinsel alandaki tüm bozulmalar bu kapsamda değerlendirilmelidir. Ayrıca kanımızca

“ruhsal” kavramı yerine, “zihinsel” kavramı tercih edilmelidir. Zira kastedilen alan salt metafizik bir olguya işaret etmemektedir. Ancak literatürde “zihinsel” ve “ruhsal” kavramlarının eşanlamı olarak kullanıldığı da görülmektedir.

Benzer şekilde öğretilerde akıl hastalıklarının psikiyatrik anlamda akılla ilgili olan nörolojik bozuklukları ifade ettiği, oysa ki akılla ilgili olmayan birçok ruhsal bozuklukların da kişinin algılama ve irade yeteneğini önemli ölçüde etkileyebileceği savunulmaktadır. Bu görüşe göre, TCK m. 32’ nin başlığı ruhsal bozukluk olarak değiştirilmelidir⁸⁷⁷. Bu yaklaşımdaki akıl hastalığının nörolojik bozuklukları ifade ettiği şeklindeki gerekçeye katılmamamıza rağmen, ulaşılan sonuç itibarıyla bu görüşlerin haklılık payının bulunduğu söylenebilir.

B. Psikolojik-Normatif Bileşen (*Değerlendirici Bileşen*)

1. Genel Olarak

Kusur yeteneği değerlendirmesinin ikinci aşamasında, failin eylem anında ilk aşamada bahsedilen psikopatolojik bulgu gözlemlenen özellikler (zihinsel bozukluk) nedeniyle eylemin haksızlığını algılayacak ya da bu algıya göre davranacak durumda olup olmadığının değerlendirilmesi söz konusudur⁸⁷⁸. Bu aşamada, tespit edilen psikopatolojik durumların failin algılama ve davranışlarını yönlendirme (kontrol) yeteneği üzerindeki etkileri araştırılıp değerlendirildiğinden bu aşamaya “zihinsel bozukluğun somut eyleme etki değerlendirmesi” aşaması da denilebilir. Öğretilerde failin kınanabilmesi için gerekli olan söz konusu bu yeteneklerden algılama yeteneği için, kusur yeteneğinin “entelektüel” bileşeni, davranışlarını yönlendirme yeteneği için ise kusur yeteneğinin “istek (voluntatif)” bileşeni nitelenmesi yapılmaktadır⁸⁷⁹. Failin kusurlu sayılabilmesi, bu iki yeteneğin bulunmasına bağlı olmaktadır. Bu yeteneklerden herhangi birisinin TCK m. 32’ de gösterilen derecede akıl hastalığı

⁸⁷⁷ Bayındır, s. 87; Meraklı, s. 366.

⁸⁷⁸ Müstakil duruma göre ampirik gerekçeli tespit tıpkı failin eylem anında “başka türlü davranabilme” yeteneğinin tespit edilmesinde olduğu gibi imkansız olduğundan, burada sadece karşılaştırmalı bir ifade söz konusu olmaktadır. Bkz. Witter, “Wissen und Werten bei der Beurteilung der strafrechtlichen Schuldfähigkeit”, s. 447 vd.; Jescheck/ Weigend, § 40, s. 441, dp. 40.

⁸⁷⁹ Schönke/ Schröder, § 20, kn. 25.

nedeniyle etkilenmesi durumunda fail davranışı nedeniyle kusurlu sayılamayacak, bir başka deyişle kınanamayacaktır.

Çoğu ülke ceza hukuku sistemleri kusur yeteneği kavramını yasal olarak pozitif tanımlamaktan kaçınmıştır. Bu sistem yerine pratik olarak kusur yeteneğini ortadan kaldıran ya da azaltan hallerin unsurlarını düzenleme yoluna gitmişlerdir⁸⁸⁰. Bu çerçevede ülkemiz açısından da bu yöneme başvurulduğu görülmektedir. TCK m. 32’ de yer alan düzenlemeye bakıldığında failde fiilini gerçekleştirirken bulunması gerekli yeteneklerin ortadan kalkıp kalkmadığı ya da azalmış olup olmadığı araştırılmaktadır. Bir başka deyişle toplumu oluşturan tüm bireylerin kural olarak eylemlerini bu yeteneklere sahip olarak gerçekleştirdiği varsayılmaktadır. Bu yeteneklerin zaten yok olduğundan hareketle, eylem anında bu yeteneklerin varlığı araştırılmamaktadır.

Ceza hukukunda kusurlu sayılabilmek için failde aranan nitelikler kusur yeteneği olarak adlandırılırken, özel hukukta özellikle hukuki işlemlerde aranan fiil ehliyeti için önem arz eden husus, kişinin “ayırt etme gücü”dür. Ayırt etme gücü, Türk Medeni Kanunu’ nun 13. maddesinde fiil ehliyetinin bir şartı olarak düzenlenmiştir⁸⁸¹. Bu düzenlemeye göre, “Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir.” Dikkat edilecek olursa ayırt etme gücü bakımından kanun, “akla uygun davranma yeteneği” kavramından bahsetmektedir. Kuşkusuz bu yetenek ayırt etme gücünü yansıtmaktadır. Bir kişiyi ayırtma gücüne sahip olabilmesi için ise, psikolojik ve fizyolojik unsurların bir arada olması gerekmektedir⁸⁸². Ceza hukukunda kusur yeteneği değerlendirmesi açısından olduğu gibi, akıl hastalığı durumu TMK m. 13’ e göre, ayırt etme gücünü ortadan kaldıran hal olarak özel hukukta da önem arz etmektedir.

5237 sayılı TCK m. 32’ ye bakıldığında, daha önce de belirtildiği üzere, akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneğinin bulunmaması düzenlemesinin pozitif olarak değil, negatif olarak düzenlendiği görülmektedir. Fiil işlendiği anda mevcut bulunan

⁸⁸⁰ Ehrhardt, s. 229.

⁸⁸¹ Serdar Nart, **Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukuki Sorumluluğu (Hakkaniyet Sorumluluğu)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 19.

⁸⁸² Bu unsurlar hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Nart, s. 19 vd.

akıl hastalığının failin algılama ya da davranışlarını yönlendirme yeteneklerine etki ettiği durumlarda failin kusur yeteneğine sahip olmadığı, dolayısıyla faile ceza verilemeyeceği düzenlenmiştir. Ceza hukuku sisteminin bu noktada normal durumlarda yetişkin insanların kusur yeteneğine sahip olmasını, bir başka deyişle normallik ve bununla birlikte sorumluluk hususlarını esas kural olarak kabul ettiği söylenebilir⁸⁸³. Burada ceza hukuku düzeninin “sosyal normlar aracılığıyla davranışların normal belirlenebilirliği” esasına dayanan pragmatik kusur kavramının üzerine inşa edildiğini göstermektedir⁸⁸⁴. Bu tercih, mahkemelerin kuşkuya yol açacak bir neden olmadığı sürece, normal bir vaka olarak failin sorumluluğundan yola çıkabilmeleri anlamına gelir. Eğer failin durumu bu türden kuşkulara yol açıyorsa, kusur yeteneği prensip olarak bir bilirkişi yardımıyla ayrıntılı olarak incelenmelidir⁸⁸⁵.

Yasaya göre akıl sağlığı yerinde olan, normal kapasitedeki bir insan, olağan durumlarda ve genelde kusur yeteneğine sahiptir. Bu çıkış noktası çerçevesinde, failin genel olarak kabul edilen “normal insan tablosuna” uygun olmadığı istisna durumlar için, karşılaştırma yapılması yöntemi de zorunlu hale gelmektedir. Bu öncelikle bir ampirik (deneysel) görevdir. İlk olarak faildeki psikişik bozukluğun boyutunun ve eyleme olan etkisinin belirlenmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Daha sonra ise failin kişiliğinin genel incelenmesi temelinde, failin sosyal uyum kapasitesi üzerindeki etkinin araştırılması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Bu görevler ise bilirkişi tarafından yerine getirilmesi gerekmektedir⁸⁸⁶.

Ceza hukukunda kınanabilmenin gerçekleşebilmesi için, eylem anında failde bulunması gerekli yetenekler kanun düzenlemelerinde alternatif⁸⁸⁷ olarak belirtilmektedir⁸⁸⁸. Bu nedenle bunlardan bir tanesinin olmaması, kusur yeteneğinin

⁸⁸³ Schreiber/ Rosenau, s. 94.

⁸⁸⁴ Schreiber/ Rosenau, s. 94.

⁸⁸⁵ BGH, NStZ 1989, 190 (Schreiber/ Rosenau, s. 95)

⁸⁸⁶ Algılama ve davranışları kontrol yeteneklerini sadece normatif birer kriter olarak kabul eden ve bu nedenle yukarıda yer verilen önerilerde, bilirkişi tarafından yetkinin aşıldığı iddiasında bulunan *Eisenberg*' in görüşü için bkz. Ulrich Eisenberg, “Anmerkungen zu dem Beitrag ‘Mindestanforderungen für Schuldfähigkeitsgutachten’”, **Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)**, 2005, s. 305; Schöch, LK, § 20, kn. 45, dp. 37.

⁸⁸⁷ Schöch, LK, kn. 80.

⁸⁸⁸ 5237 sayılı TCK m. 32/1’ de, kınanabilmenin gerçekleşebilmesi için eylem anında failde, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını “algılama” yeteneği veya bu fiil ile ilgili “davranışlarını

olmadığının tespiti için yeterlidir⁸⁸⁹. Bu durum TCK m. 32’ de “*fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama*” ile “*fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme*” yetenekleri arasında kullanılan “veya” bağlacından da anlaşılacaktır⁸⁹⁰. Öğretide TCK m. 31 açısından yapılan yorumda, kanunda “ve” bağlacının kullanılması gerektiği savunulmaktadır⁸⁹¹. Biz bu görüşe katılmamaktayız. **Kanımızca** TCK m. 32’ nin uygulanması, failin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama veya davranışlarını yönlendirme kapasitesinin eşzamanlı eksikliğine dayandırılmaz⁸⁹². Ancak dikkat edilmelidir ki, algılama ve davranışlarını yönlendirme (davranışsal kontrol⁸⁹³) çoğu zaman ayrılması fiilen mümkün olmayacak şekilde psişik olarak birbiriyle bağlıdır⁸⁹⁴. Bir başka deyişle, algılama ve davranışlarını kontrol yetenekleri, psişik yürütmede (icrada) birbiriyle kompleks bir şekilde bağlı olduğundan, her ikisi arasındaki kavramsal fark münferit durumlarda bazen çok teorik kalabilir⁸⁹⁵. Her halükârda zihinsel bir anormalliğin, haksızlık bilincinin var olduğu durumlarda da, yani algılama yeteneğinin mevcut olduğu durumlarda da,

yönlendirme” yeteneğinin bulunması ya da “*davranışlarını yönlendirme*” yeteneği açısından bakıldığında bu yeteneğin **en azından** “önemli derecede” etkilenmemiş olması aranmaktadır.

⁸⁸⁹ TCK m. 32’de olduğu gibi Alm. CK m. 20’ de de, failin “*algılama*” yeteneği ve “*davranışlarını yönlendirme*” yetenekleri, kullanılan “veya” bağlacı ile seçimlik düzenlenmiştir. Bu yeteneklerin her ikisinin birlikte bulunmaması aranmamaktadır.

⁸⁹⁰ Öğretide kanunda bu yetenekler arasında “veya” bağlacının kullanılmasının yerinde olmadığı savunulmuştur. Bu görüşe göre, “veya” bağlacı bu yeteneklerin birbirinden ayrı olarak değerlendirilebileceği algısı yaratmaktadır. Bkz. Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Genel Hükümler, s. 340. Biz bu görüşe katılmamaktayız. Zira bu yetenekler zaten birbirinden ayrı olarak değerlendirilecektir. Kanunda sadece failin “algılama yeteneği” olsa dahi, “davranışlarını yönlendirme yeteneği”nin etkilenmiş olabileceği ve böylece kusurlu kabul edilmeyebileceği vurgulanmak için iki yeteneğe yer verilmiştir. Bu yeteneklerin seçimlik olarak düzenlenmesinin sonucu olarak da “veya” bağlacı kullanılmıştır.

⁸⁹¹ Yazarlara göre, kanundaki düzenlemenin doğrusu failin “işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilir olmaması ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmiş olmaması halinde” isnat yeteneği yoktur biçiminde olması gerekir. Bkz. Hafizoğulları/ Özen, s. 407.

⁸⁹² Aynı yönde bkz. BGH 21 27, NStZ 82, 201, 91, 529 (Schönke/ Schröder, § 20, kn. 25); Schöch, LK, kn. 80.

⁸⁹³ Alm. “*Verhaltenssteuerung*”

⁸⁹⁴ J. Schwarz / R. Wille, “§ 51 StGB- gestern, heute, morgen”, **Neue Juristische Wochenschrift (NJW)**, 1971, s. 1064; Schreiber/ Rosenau, s. 106; Schöch, LK, kn. 80.

⁸⁹⁵ Eberhard Foth, “Einige Bemerkungen zur verminderten Schuldfähigkeit bei alkoholisierten Straftätern”, **FS für Hannskarl Salger zum Abschied aus dem Amt als Vizepräsident des Bundesgerichtshofes**, Köln, 1995, s. 35; W. Janzarik, “Grundlagen der Einsicht und das Verhältnis von Einsicht und Steuerung”, **Nervenarzt**, 1991(62), s. 423; Schönke/ Schröder, § 20, kn. 25; Schwarz/Wille, s. 1664; Jakobs, AT, s. 534.

kusur yeteneğinin yokluğuna neden olabileceği kesindir. Kişilik bozuklukları, nevrozlar ve dürtüsel bozukluklar bu duruma örnek gösterilebilir⁸⁹⁶. Bu hallerde kişi eyleminin haksızlık olduğu bilincine sahiptir. Ancak bu haksızlık algısı ya da bilinci zihinsel bozukluk nedeniyle, onun davranışlarını hukuka uygun şekilde yönlendirmesine yeterli olmamaktadır.

Somut eylem açısından "biyolojik" defekt (hastalık, bozukluk) ile "psikolojik" etkileri arasında nedensel bir bağ olmak zorundadır⁸⁹⁷. Bir başka deyişle, bozukluk işlenmiş haksız fiil üzerinde etkide bulunmuş olmalı ve kusur yeteneği üzerindeki etkilenme, bozukluk ile fiil arasındaki bu ilişkiye dayandırılmalıdır⁸⁹⁸. Aynı biçimde tek başına bozukluğun doğrudan sonuçları önemli değildir. Eğer bir uyuşturucu bağımlısının yağma suçu işlemesi yeni uyuşturucu madde satın almak için para temin etmek amacına yönelik değilse, sadece genel anlamda maddi menfaat temini amacına yönelikse, o zaman bağımlılığa bağlı olarak davranışlarını kontrol yeteneğindeki bir azalma ile suç arasında bir ilişki yoktur⁸⁹⁹.

Bozukluk ile suç arasındaki ilişki, "bozukluk olmasaydı kesinlikle suç da olmazdı" şeklindeki bir anlayışla saptanamaz. Bir başka deyişle psişik konularda *Conditio-sine-qua-non* (olmazsa olmaz) formülü başarısız bir yöntemdir⁹⁰⁰. Bozukluğun failin iradesinin oluşmasına katılarak etkide bulunması yeterlidir⁹⁰¹. Öte yandan bozukluk somut olarak gerçekleştirilmiş haksızlık ile ilişkili olmak zorundadır. "Tek başına" bozukluğun tespiti ile bir kusur yeteneği bulunmaması sonucu söz konusu olamaz. Bu nedenle kendisinde zihinsel bozukluk tespit edilen fail, aynı fiil söz konusu olduğunda bir hukuk ihlalden tamamen sorumlu olabilirken, başka bir hukuk ihlalden sorumlu olmayabilir⁹⁰².

⁸⁹⁶ Schönke/ Schröder, § 20, kn. 25.

⁸⁹⁷ BGH, NStZ 91, 527 (Schönke/ Schröder, § 20, kn. 25)

⁸⁹⁸ Schöch, LK, § 20, kn. 77; "...*sanığa ceza verilemiyor olması, hakkında bir güvenlik tedbirine hükmolunmasına engel değildir. O halde akıl hastası sanığın tedavi ve muhafazasına karar verilebilmesi için, açılan davada isnat yeteneği ile 'fiil-fail-akıl hastalığı' arasındaki ilişkinin belirlenebilmesi için bir yargılama faaliyetine ihtiyaç vardır...*" YCGK, E. 2013/8-119, K. 2014/448, T. 30.10.2014 (YKD., C. 41, S. 4, Nisan 2015, s. 806)

⁸⁹⁹ Schöch, LK, § 20, kn. 77.

⁹⁰⁰ BGHSt 27, 246, 249 (Schöch, LK, § 20, kn. 78)

⁹⁰¹ BGH, StV 1986, 14 (Schöch, LK, § 20, kn. 78)

⁹⁰² BGHSt 14, 114; BGH, NStZ 1990, 231 (Schöch, LK, § 20, kn. 78)

Zihinsel bozukluğun fiil anında mevcut olması tek başına kusur yeteneğine etki bakımından bir önem arz etmeyebilecektir. Fiil anında kişide ceza sorumluluğunu etkilemeyen zihinsel bozukluklar da saptanabilecektir. Bu bozukluklara örnek olarak, önceleri psikonevroz veya nörotik bozukluk olarak da isimlendirilen anksiyete bozuklukları ve somatoform bozukluklar ya da kişilik bozuklukları gösterilmektedir⁹⁰³. Ancak kusur yeteneğine etkisi bakımından zihinsel bozukluklar arasında kesin kategorilerin olmadığı, daha çok somut olayda semptomların failin haksızlığı algılama ya da davranışlarını yönlendirme yeteneğine nasıl etki ettiğinin araştırılması gerektiği söylenmelidir.

Akıl hastalığı nedeniyle failin eyleminin haksızlığını algılama veya davranışlarını bu algıya göre yönlendirme yeteneklerinin olumsuz etkilenip etkilenmediği her bir olgu için özel olarak incelenmelidir. İstisnasız bir şekilde bu yetenekleri her durumda ortadan kaldıran ya da her durumda bu yeteneklere etki etmeyecek olan zihinsel bozukluk türlerinden bahsedilemez. Örneğin, şizofreni hastasının ceza sorumluluğunun hiçbir şekilde bulunmadığı ya da sadece kişilik bozuklukları bulunan kişilerin ceza sorumluluğunun tam olduğu anlayışı gerçeği yansıtmamaktadır⁹⁰⁴. Bir kişide saptanmış olan belirli bir hastalık, belirli bir suç işlendiğinde ceza sorumluluğunun bulunmadığı sonucuna varmak için dayanak oluştururken, aynı hasta bir başka suçu işlediğinde ceza sorumluluğunun etkilenmediği sonucuna varılması olanaklıdır. Örneğin, “kleptomani” hastası bir kişi değersiz, parlak nesnelere çalmak suçundan yargılanıyorsa ceza sorumluluğu bulunmadığı söylenebilir. Aynı kişi “mücevher çalıp satma” suçu olduğunda sorumlu sayılacaktır⁹⁰⁵.

Davranışlarını kontrol edebilme sorusu ancak, failin haksızlığı algılayabilecek kapasiteye sahip olduğu açıklığa kavuşturulduktan sonra incelenecek olan bir sorudur. Çünkü haksızlığı algılayabilecek kapasitenin eksik olduğu yerde, failin (eksik olan) bu kapasiteye göre davranıp davranamayacağı sorusu da bir önem arz

⁹⁰³ Özkan/ Hakeri, s. 94.

⁹⁰⁴ Fatih Öncü / Mustafa Sercan, “Ceza Hukukunda Adli Psikiyatri”, **Adli Psikiyatri Uygulama Klavuzu** (Edit: Mustafa Sercan), 1. Baskı, Türkiye Psikiyatri Derneği Yayınları, Ankara, 2007, (1. Baskı-2007), s. 48.

⁹⁰⁵ Öncü/Sercan, 1. Baskı-2007, s. 48.

ediyor olamaz⁹⁰⁶. Bu nedenle gerçekleştirilen eylemde failin fiilin haksızlığını algılama yeteneği bulunmuyorsa, olmayan bu algılamaya dayanan her türlü eylemde de, failin davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunmadığı sonucuna varılmalıdır. Zira yanlış algıya dayanan eylemde, failin gerçek iradesi ortaya çıkmamaktadır.

Algılama ve davranışlarını yönlendirme (kontrol) yetenekleri, ne tamamen psikiyatri ve psikoloji yardımıyla tarif edilebilen gerçek psişik durumlardır, ne de sadece hâkimin tasarrufunda bulunan sorumluluk yükleme amacıyla oluşturulmuş normatif yapılarıdır⁹⁰⁷. Bu nedenle bu yeteneklerin hem normatif yönünün, hem de tıbbî yönünün bulunduğu söylenmelidir. Çalışmanın ilerleyen başlıklarında da bu yöntem esas alınarak başlıklandırmaya gidilmiştir. Ancak algılama ve davranışlarını kontrol yeteneklerinin önemli derecede azalma derecesini gösteren veya bu yeteneklerin olmadığını gösteren ölçüt, neticede normatif niteliktedir⁹⁰⁸. Bu ölçüt sosyal gereksinim açısı üzerinden hukukun etkinleştirdiği, faile anormal durumlarda kusur atfetmeme bakış açısı üzerinden belirlenmektedir⁹⁰⁹. Elbette bu değerlendirmede normatif bir değerlendirme sahası bulunmaktadır. Ancak bu değerlendirme diğer hukuki kavramlarda söz konusu olandan başka bir şey değildir. Bu konudaki normatif değerlendirmede de hâkimin kanaati önemlidir. Bilirkişinin bunu göz ardı ederek hâkim yerine geçmesi söz konusu olamaz⁹¹⁰. Bu nedenle kusur yeteneğine ilişkin değerlendirmede psiko-bilimsel bulgular ile normatif değerlendirmelerin mutlaka ayrı tutulması gerekmektedir⁹¹¹.

⁹⁰⁶ Schönke/ Schröder, § 20, kn. 25; Rudolphi., SK, kn. 21; Schild, NK, kn. 44.

⁹⁰⁷ Schreiber/ Rosenau, s. 107; Gropp, AT, kn. 87, s. 285.

⁹⁰⁸ "Biyolojik" durumların, yani akıl hastalığı ya da zihinsel bozukluk halinin faili, eylemin haksızlığını algılamada veya bu algıya göre eylemde bulunmada engelleyip engellemediği sorusu, ampirik olarak hiç veya sadece sınırlı bir şekilde cevaplanabileceğinden, bu konularda hukuki anlamda bir değerlendirme işlemi söz konusu olup, kusur yeteneğinin kişide "varlığına" veya "yokluğuna" ancak hukuken karar verilebilmektedir. Bkz. Schönke/ Schröder, § 20, kn. 26; Fransız ceza hukuku öğretisinden bazı yazarlara göre, algılama yeteneği veya hareketlerini yönlendirme yeteneğinin tamamen ortadan kalkması çok istisnai bir durumdur. Akıl bozukluğuna sahip bir kişide her zaman az da olsa bir anlama yeteneği veya isteme yeteneği bulunacaktır. Bu yüzden kanun koyucu anlama veya hareketlerini yönlendirme yeteneğinin tamamen ortadan kalkmasını değil, önemli derecede ve ağır biçimde bozulduğunu aramaktadır. Bkz. Özcan, s. 206.

⁹⁰⁹ Schreiber/ Rosenau, s. 107.

⁹¹⁰ BGHSt 7, 238 vd.; 8, 113 vd. (Roxin, AT I, § 20 A, s. 900)

⁹¹¹ Çünkü "kusur" kişinin psişik- ampirik özelliği değil, sorumluluğun değerlendirici bakış açısıyla yüklenimidir. Bkz. Fischer, § 20, kn. 45a; aynı yönde Schöch, LK, kn. 33; benzer şekilde psikiyatri açısından bakış için bkz. Siegfried Haddenbrock, "'Strafrechtlich schuld(un)fähig':

Zihinsel bozukluğun failin entelektüel kabul edilen algılama yetenekleri üzerinde mi, yoksa davranışlarını kontrol kapasitesi üzerinde mi daha fazla etki yarattığına bağlı olarak, algılama yeteneğinin veyahut davranışları kontrol yeteneğinin eksik olduğu kabul edilmektedir. Bu karşılaştırma öncelikle ampirik bir görevdir⁹¹². Bu görev ise bilirkişi tarafından yerine getirilmektedir. Ancak kusur yeteneğinin varlığı ya da yokluğu yani "normal" ve "anormal" arasındaki sınırların nerede bulunduğu, nihayetinde hukukî (yasal)-normatif bir sorundur. Çünkü bu sınırlar hukuk düzeninde bireylerden norma uygun davranış konusunda hangi taleplerin ileri sürülebileceğini belirlemektedir⁹¹³. Kanunda ortalama yeteneklere sahip “normal diğer kişi” için genel olarak belirlenmiş olan bu yetenekler, hakkında kusur yargısının yapılacağı fail açısından, “normal diğer kişi” ile kıyaslama yöntemi ile somut olay özelinde sorgulanmaktadır. Bir bakıma kusurluluk konusunda referans alınan ölçüt ortalama yeteneklere sahip “normal diğer kişi” olmaktadır. Bu sorgulama işlemi hâkim ve bilirkişi işbirliğinde, ilgili psikişik bozukluk ve somut olay özelinde netleştirilmeli, bir bakıma somutlaştırılmalıdır⁹¹⁴.

Kanunda belirtilen “yeteneklerin” normatif bir yapıda olduğu da savunulmaktadır⁹¹⁵. Bu görüşe göre, “yetenek” kavramı ile failin sahip olduğu veya olmadığı bir özellik kastedilmemektedir. Ayrıca yeteneğin psikiyatrinin veya psikolojinin tespit ettiği bir özellik olduğu gibi bir algı da yanlış olacaktır. Yetenek daha ziyade, tıpkı kusurun kendisi gibi, bir yüklemidir, yani normatif kontrollü meydana gelmektedir⁹¹⁶. Kusur yeteneği değerlendirmesi yapmak, ceza hukukuna ilişkin kusurla neyin ifade edildiğine bağlıdır. Çünkü kusura ilişkin yetenek, yalnızca

psychowissenschaftlicher Befund oder normative Bewertung?”, **Juristische Rundschau (JR)**, 1991, Heft 6, s. 226; Witter, “Wissen und Werten bei der Beurteilung der strafrechtlichen Schuldähigkeit”, s. 445 vd.

⁹¹² Bilirkişiye failin kişiliğinin genel değerlendirmesi kapsamında, psikişik bozukluğun boyutu ve eyleme etkisini belirleme ve failin sosyal uyum yeteneğine bozukluğun etkisinin araştırılması görevi düşmektedir. Bkz. Schöch, LK, kn. 45.

⁹¹³ Schönke/ Schröder, § 20, kn. 26.

⁹¹⁴ Schreiber, “Was heißt heute strafrechtliche Schuld und wie kann der Psychiater bei ihrer Feststellung mitwirken?”, s. 246.

⁹¹⁵ Jakobs, AT, s. 522.

⁹¹⁶ Bir psikiyatri uzmanının meşhur bir sözüne göre ceza hukuku, kusurun var olduğunu, kusurun tespit edilebilir olduğunu ve –belirli ölçülerde- ölçülebilir olduğunu şart koşması gerekmektedir”. Bkz. Ehrhardt / Villinger, s. 206. Bu görüş normatif kusur kavramına aykırılık teşkil edecektir; ceza hukuku, “var olan” bir kusuru ele almamaktadır; aksine kusuru kendisi tasarlamaktadır. Bkz. Jakobs, AT, s. 534, dp. 71.

bu kusura ilişkin bakış açısı nazarında saptanabilir⁹¹⁷. Ancak yine de kişinin eylem anındaki psikiyatrik-psikolojik tespit edilebilen psişik bulguları, psişik koşulların şekli önem arz etmektedir⁹¹⁸.

Sorumluluk konusunda, failin fiili gerçekleştirdiği esnadaki elinde mevcut eylem alternatiflerinin bulunmamasına veya azalmasına göre, bir mazeret durumu yaratılmaktadır. Hukukî değerlendirme, kusur yeteneğinin değer bakış açısı altında, yani failin motivasyon yeteneği ya da eylem yetisi çerçevesinde belirlenmektedir. Bu bakımdan kusur yeteneği değerlendirmesi, suç politikası anlamında bireylere sorumluluk yüklenimi için bir boşluk bırakmayan, psişik olgulardan yola çıkmaktadır. Bu noktada kusur yeteneği bir nitelik olarak değil, daha çok hukuki bir görev ya da sorumluluk yüklenimi olarak algılanmaktadır⁹¹⁹. Ancak bu görüş de psişik bulgunun kuvvetine, sağlamlığına, derinliğine ve bozukluğun ölçüsüne dayandığında kusur yeteneğinin sadece hukuki bir yapıda olmadığı görüşüne yakın bir görüş sergilemektedir⁹²⁰.

Öğretideki bir görüşe göre, kusur yeteneğine ilişkin sorunun formüle edilmemesi gerektiği şekil şu şekilde olmaktadır: Fail başka bir şekilde davranabilir miydi veya davranamaz mıydı? Bu sorunun daha çok şöyle olması gerekmektedir: Fail, bu şekilde davranmaktan ve farklı türde davranmamaktan sorumlu mudur? (işlenmiş fiil failin sorumluluk alanında mı?)⁹²¹. Ancak bu şekilde gerçekleştirilecek sorgulama ile geçmiş dönemde işlenmiş bir fiilin irade özgürlüğüne sahip bir şekilde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği probleminden uzaklaşılacaktır. Nitekim determinizm-indeterminizm tartışmaları da dikkate alındığında bir kişinin geçmiş bir zamanda irade özgürlüğüne sahip olup olmadığı sorusu, bilimsel tespite kapalıdır. Bu konuda ne bilirkişi ne de hâkim kesin bir ifadeye bulunamaz. Bizim de kabul ettiğimiz pragmatik sosyal kusur teorisi de benzer sonuca ulaşmaktadır. Kusur

⁹¹⁷ Hans-Ludwig Schreiber, “Hukuksal ve Psikiyatrik Kategoriler Arasında Adli Rapor”, Çev. Yener Ünver, **Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 2: Tıp ve Ceza Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 12.

⁹¹⁸ Schreiber/ Rosenau, s. 107.

⁹¹⁹ Jakobs, AT, s. 527, 535.

⁹²⁰ Schreiber/ Rosenau, s. 107.

⁹²¹ Jakobs, AT, s. 535; *Schreiber*’ e göre, her halükârda bilinç bozukluklarında ve anormalliklerde, “karar ve motivasyon serbestliği hususunun bilimsel olarak yeterince netleştirilmesi” mümkün olmaktadır. Bkz. Jakobs, AT, s. 535, dp. 72.

yeteneği değerlendirmesinde önemli olan, geğmiş bir zaman diliminde failin başka türlü davranabilip davranamayacağının ortaya çıkarılması değildir. Nitekim bu soru, bilimsel tespite kapalı bir sorudur. Önemli olan, sorumluluk bilinciyle hareket etmekle yükümlü olan ortalama yeteneklere sahip bir kişinin, failin içsel ve dışsal durumunda olması halinde başka türlü hareket edebilip edemeyeceğidir. Bir başka deyişle ceza normuna uygun davranma beklentisinin, ortalama yeteneklere sahip kişi açısından (failin yerinde bulunsaydı) halen geçerli olup olmadığıdır. Zihinsel bozukluk bu beklentiyi ortadan kaldırmaktaysa, failin kusur yeteneğinin olmadığına karar verilecektir. şayet zihinsel bozukluk ceza normuna uyma beklentisini ortadan kaldırmamakla birlikte, ceza normuna uymada önemli derecede zorlanmaya sebep olmuşsa azalmış kusur yeteneğine hükmedilecektir.

Açık ve genel kabul görmüş bir psikiyatrik hastalık kavramı olsaydı dahi, kusur yeteneği değerlendirmesinde psişik bozukluğun değişik özelliklerinden kaynaklanan değerlendirmedeki takdir payı hiçbir şekilde ortadan kaldırılamayacaktır⁹²². Kusur yeteneği tanımlanabilir ya da fen bilimleri yöntemi ile anlaşılabilir bir tıbbi bulgu değildir. Aksine bünyesinde barındırdığı şüpheli görülen alanların netleştirilmesi açısından psikopatolojik, psikodinamik ve sosyobiyografik tespitler ve yorumlamalar aracılığıyla incelenmesi gereken bir kavramdır⁹²³. Bu nedenle kusur yeteneğinin tıbbî esaslara dayanılarak oluşturulmuş normatif yapıda bir kavram olduğu söylenmelidir.

Özellikle akut aşamalar ve hafif şekilleri bir kenara bırakılırsa, gerçek psikozlarda genel olarak algılama ve davranışları kontrol yeteneğinin olmadığı kabul edilebilir⁹²⁴. Fakat burada mahkeme tarafından münferit durumda, bozukluğun somut eylem durumunu nasıl etkilediğinin tespit edilmesi gerekmektedir⁹²⁵. şüphe halinde, başlangıç evreleri ve post-psikotik defektler (arızalar) için de söz konusu tespit zorunluluğu geçerlidir. Kusur yeteneğinin varlığının önemli bir belirtisi de, failin

⁹²² Venzlaff, “Ist die Restaurierung eines ‘engen’ Krankheitsbegriffs erforderlich, um kriminalpolitische Gefahren abzuwenden?”, s. 64.

⁹²³ Venzlaff, “Ist die Restaurierung eines ‘engen’ Krankheitsbegriffs erforderlich, um kriminalpolitische Gefahren abzuwenden?”, s. 64.

⁹²⁴ Schönke/ Schröder, § 20, kn. 26.

⁹²⁵ BGH, NSZ-RR, 08, 39; BGH, NJW, 11, 3249 (Schönke/ Schröder, § 20, kn. 26)

akla uygun, normal bir insan için anlaşılabilir (makul) bir motivasyon ilişkisi içinde hareket etmiş olmasıdır⁹²⁶.

Zihinsel bozukluk nedeniyle kusur yeteneği değerlendirmesi, daha önce de belirtildiği üzere, psikolojik-psikiyatrik (psikopatolojik) bulgulardan hareketle gerçekleştirilen bir normatif değerlendirmedir. TCK m. 32 bu değerlendirmenin ilk aşamasında sadece “akıl hastalığı” kavramına yer vererek, normatif değerlendirmeyi esasen ikinci aşamaya bırakmıştır. Yasa yapma tekniği açısından karşılaştırmalı hukukta her iki aşamada da normatif kavramlara yer verildiği görülmektedir. Örneğin, Alman Ceza Kanunu § 20’ de ilk biyolojik-psişik aşamada normatif unsurlara yer verilmiştir. Bu düzenlemede ruhsal bozukluk, şuur bozukluğu, diğer ruhsal durum gibi olguların nasıl olması gerektiğine ilişkin “hastalıklı”, “derinlemesine”, “ağır”, “anormal” gibi normatif değerlendirmeyi zorunlu kılan sıfatların getirildiği görülmektedir. Böylece hâkimin de örneğin, bir “şuur bozukluğu” durumunda, bu şuur bozukluğunun “derinlemesine” olup olmadığını incelemesi zorunlu olmaktadır. Bu kavramlar, sadece betimleyici bir nitelik taşımayan, aynı zamanda normatif karaktere de sahip olan kavramlardır. İsbetli olarak *Venzlaff*, burada kusur yeteneği değerlendirmesi açısından ilk ve ikinci aşamadaki kontrolde yapılması gereken bir “çifte niceleme” yönteminden bahsetmiştir⁹²⁷. Bir başka deyişle söz konusu zihinsel anormalliklerin ağırlığı normatif değerlendirmenin konusunu teşkil etmektedir⁹²⁸. *Roxin*’ e göre, birinci

⁹²⁶ Fischer, § 20, kn. 46a; Lackner/ Kühl, § 20, kn. 17; Schönke/ Schröder, § 20, kn. 26; Haddenbrock, “Psychiatrisches Krankheitsparadigma und strafrechtliche Schuldfähigkeit”, s. 42.

⁹²⁷ Venzlaff, “Die Mitwirkung des psychiatrischen Sachverständigen bei der Beurteilung der Schuldfähigkeit”, s. 291; Failin psikolojik durumunun, klinik deneyimden bilinen psikolojik bozukluk tablolarına dayanılarak tahmin edilmesi, burada belirli bir değerlendirme sahası bırakmaktadır. Bu sırada ilk aşamadaki normatif unsurlar (hastalıklı, derinlemesine, ağır), ikinci aşamadaki değerlendirmeye ışık tutmaktadır. Bu nedenle yazarlar, birinci aşamadaki psişik bulguların ağırlığını ve ikinci aşamadaki algılama ve davranışları kontrol eksikliğiyle ilgili olarak tek adımda karar vermeyi önermektedirler. Bkz. Gropp, AT, kn. 87, s. 286.

⁹²⁸ Her iki aşamadaki bu niceleme, muhtemelen ayrı olarak ele alınamayacaktır. Örneğin bilinç bozukluğunun “derinlemesine” karakteri ile bir anormalliğin “ağırlığı”, algılama ve davranışları kontrol yeteneği üzerindeki olumsuz etkilerden ayrılamaz, çünkü hepsi için aynı faktörler önem arz etmektedir. Bu nedenle örneğin anormalliğin ağırlığı ve bunun etkisiyle ortaya çıkan, davranışları kontrol yeteneğindeki etkilenme hakkında tek adımda karar verilmesi doğru olacaktır. Bu sırada aynı zamanda bozukluk derecesinin, kusur yeteneğinin yok olduğu veya azalmış olduğunun kabul edilebileceği bir oranda olup olmadığının kararı da verilmektedir. Bu üç değerlendirme adımını birbirinden ayırmak gerekir; fakat bağlamda birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bkz. Schreiber/ Rosenau, s. 108.

aşamadaki psikiyatrik bulguların tespitinin de hâkim için anlaşılabilir olması gerekmektedir. Bu psikopatolojik bulgular hâkim tarafından gözü kapalı şekilde kabul edilmemelidir; zira “derinlemesine” ve “ağır” gibi özellikler önemli derecede normatif etkiye sahiptir⁹²⁹. TCK m. 32’ de ise, yerinde olarak kullanılan “akıl hastalığı” kavramının şiddetine ilişkin bir ifade kullanılmamıştır. Zira bu psikopatolojik durumların şiddeti, sadece failin fiilinin haksızlığını algılama ya da davranışlarını bu algı çerçevesinde yönlendirme yeteneğine etki aşamasında önem arz etmektedir. “Ağır” olarak kabul edilemeyen “akıl hastalığı” zaten failin söz konusu yeteneklerine de önemli ölçüde etki edemeyecektir. Bu hususun hukuki olarak araştırılması, sadece failin kusur yeteneğine etki edip etmediğinin belirlenmesi aşamasında söz konusu olmaktadır.

Failin algılama ve davranışlarını yönlendirme (kontrol) yeteneğinin sorgulanmasında izlenecek yol, akıl hastalığı olmayan kişilerle aynı şekilde gerçekleşmemelidir. Her iki yetenek de amaca uygun şekilde davranma ile, daha doğrusu kasıtlı davranma ile eşit tutulmamalıdır⁹³⁰. Çünkü bu yetenekler, dış olay seyirlerini tecrübe kurallarına göre kontrol etme kabiliyetiyle özdeş değillerdir⁹³¹. Bir başka deyişle akıl hastası olan bir kişi de, kendi içinde tutarlı ve kendi hayat tecrübesine göre davranabilir⁹³². Ancak bu durum her durumda onun davranışı nedeniyle sorumlu tutulacağı anlamına gelmemektedir.

Kusur yeteneği yokluğu, ancak hukuki anlamda bir “hareketin” var olduğuna karar verilmişse kontrol edilmelidir. Bu noktada hareket yeteneğinin yokluğu ile kusur yeteneği arasındaki sınırın belirlenmesi problemi doğmaktadır. Ayrım, bilhassa yüksek derecedeki afekt (duygulanım, heyecan) durumlarında, doğum kaynaklı ağrı durumlarında, kendini kaybetme derecesinde sarhoşlukta ve aynı zamanda hipnotik veya post-hipnotik (hipnoz sonrası) durumlarda kolay gerçekleştirilememektedir. Bu sorun hangi hareket kavramının veya hareket teorisinin esas alındığına da bağlı

⁹²⁹ Roxin, AT I, § 20 A, s. 900.

⁹³⁰ BGHSt 1, 364 (Schreiber/ Rosenau, s. 108).

⁹³¹ Rudolphi, SK, 2003, § 20, kn. 19.

⁹³² Şizofrenlerin işlemiş oldukları suçlarda ceza sorumluluğunun etkilenebilmesi için eylemin kesin olarak dürtüsel olması gerekmektedir. Şizofrenler de pekâlâ tasarlayarak adam öldürmeye kadar giden suçları işleyebilir. Bkz. Akgün, s. 91. Bu açıklamadan da anlaşılacağı üzere, şizofren fail de tasarlama kastı ile hareket edebilecektir. Ancak, kastının yoğunluğu ve gerçekleştirmiş olduğu fiilin ağırlığı akıl hastalığına dayandığından ceza sorumluluğu bulunmamaktadır.

olmaktadır⁹³³. Öğretide savunulan ve insanın “hareketini” bir nevi “kişiliğin ifadesi/kişilik açıklaması⁹³⁴” olarak kabul eden teoriye göre belirtilen durumlarda genelde hareket yeteneğinin olmadığına değil, önce kusur yeteneğinin olmadığına karar verilmektedir⁹³⁵. Bu konuda çalışmanın ilk bölümünde yer verilen hareket kavramı ile ilgili açıklamaların olduğu başlığa bakılmalıdır.

Her münferit durumda ilgili somut eylem için algılama ve davranışlarını kontrol yeteneğinin kontrol edilmesi gerekmektedir. Algılama ve davranışlarını kontrol yeteneğinin *genel anlamda* ortadan kalkıp kalkmadığı veya hukuken önemli derecede sınırlanmış olup olmadığı önemli değildir. Esas olan sadece fiilin icrası anındaki durumdur⁹³⁶. Bu nedenle algılama ve davranışlarını kontrol yeteneğinin *somut fiille* ilişkili olması gerekmektedir. Genel anlamda bir kusur yeteneği yokluğu durumu söz konusu değildir⁹³⁷. Kusur yeteneği değerlendirmesindeki failin algılama ve davranışlarını kontrol yeteneği bulunup bulunmadığı kararı, hâkim tarafından bilirkişi yardımıyla somut eylem ışığında yapılan işbirliği sonucunda karara bağlanacaktır. Bu bağlamda sabit (belirli) ölçütler bulunmamaktadır⁹³⁸. Bu nedenle bozukluğun türü, gücü, haksız eylem ile ihlal edilen hukuki değer üzerinde ölçülmelidir⁹³⁹.

Yasaklılık yanılığısındaki haksızlık bilinci gibi, kusur yeteneği de “bölünebilir” niteliktedir. Birden fazla suçun aynı fiil ile işlenmesi durumunda da fail, sadece bir tanesiyle ilgili olarak kusur yeteneğine sahip olmayabilir⁹⁴⁰. Bu nedenle belirli suçlar için kısmen kusur yeteneği yokluğu hali, kısmen kusur yeteneğinin bulunması hali mümkün olabilecektir. Örneğin zihinsel hastalığı bulunan

⁹³³ Roxin, AT I, § 20 A, s. 901.

⁹³⁴ Alm. “*Persönlichkeitsäußerung*”

⁹³⁵ Roxin, AT I, § 20 A, s. 901.

⁹³⁶ Schöch, LK, § 20, kn. 42.

⁹³⁷ Lenckner, s. 107; Schreiber/ Rosenau, s. 108; Algılama ve kendini frenleyebilme yeteneği, soyut olarak değil, aksine daima somut olayın gerçekleşmesi ışığında tespit edilmelidir. Bkz. Roxin, AT I, § 20 A, s. 901; Genel anlamda kusur yeteneğinin olmaması söz konusu değildir, çünkü hem algılama yeteneği hem de davranışlarını kontrol yeteneği bir fiille ilgili varken başka bir fiilde olmayabilir. Örneğin, cinsel suç ve akabinde öldürme fiilleri. Bkz. Schöch, LK, § 20, kn. 78; Schöne/ Schröder, § 20, kn. 31; Jescheck/ Weigend, § 40, s. 442; Jakobs, AT, s. 535.

⁹³⁸ Gropp, AT, kn. 87, s. 285.

⁹³⁹ Schöch, LK, § 20, kn. 78; BGHSt 49, 45 [53] (Schreiber/ Rosenau, s. 108).

⁹⁴⁰ BGHSt 14, 116; Rudolphi, SK, § 20, kn. 22; Schreiber/ Rosenau, s. 108.

bir şahısta hastalığının etkisi altında işlenmeyen fiiller için durum böyledir⁹⁴¹. Aynı şekilde örneğin, failde ruhsal bir bozukluğun var olmasına rağmen fail kusur yeteneğine sahip olarak değerlendirilebilir. Çünkü eylem, örneğin zamansal olarak akut bir nöbet dışında gerçekleşebilir veya işlenen eylem, eylem türüne göre bozukluğun etki ettiği alana girmeyebilir⁹⁴². Akıl hastalığı nedeniyle fail hakkında daha önceden kısıtlılık kararı verilmiş olması da, TCK m. 32 bağlamında bir önem arz etmemektedir⁹⁴³. Daha önce gerçekleştirilen fiillerin yargılamasında bilirkişinin akıl hastalığı teşhisinde bulunması⁹⁴⁴ ya da halihazırda bir psikiyatrik tedavi görülmesi de doğrudan bir etkiye sahip değildir. Mutlaka failin somut eylemi ile bağlantı kurulmalıdır.

Örneğin, cinsel dürtülerini kontrol edemeyecek dereceye gelmiş ve sarhoşlukla tecavüze yeltenen bir kişi hırsızlık saiki söz konusu olduğunda kendini frenleyebilecek kapasiteye sahip olabilir. Aynı şekilde sarhoşluğu sonucunda kusursuz olarak hakarete bulunan bir kimse de, tehlikeli bir yaralama suçundan halen sorumlu tutulabilir⁹⁴⁵. Bu nedenle failin algılama kabiliyetinin her durumda incelenmesi özenle gerçekleştirilmelidir. Buna göre hafif derecede akıl zayıflığına sahip olduğu kabul edilen bir kimsenin komplike ekonomik ve çevrenin korunmasına karşı suçları nedeniyle algılama yeteneği eksik olsa da, yağma ve hırsızlık gibi suçların haksızlığını kavrayabilecek yeteneği bulunmaktadır. Buna karşın, belirli bir suç tipi ile ilgili olarak kusuru kaldıran ruhsal bir bozukluğun var olması durumuna rağmen, failin fiilini “berrak aralıklar (*lucida intervalla*⁹⁴⁶)” olarak ifade edilen dönemde işlemesi durumu önem arz etmektedir. Bu durumda fail tarafından

⁹⁴¹ Schönke/ Schröder, § 20, kn. 31; Schreiber/ Rosenau, s. 108.

⁹⁴² Jescheck/ Weigend, § 40, s. 441.

⁹⁴³ Schönke/ Schröder, § 20, kn. 31.

⁹⁴⁴ “Sanığın, 04.04.2011 havale tarihli temyiz dilekçesinde, akıl hastası olduğunu ve ceza ehliyetinin bulunmadığını belirtmesi, başka bir dava nedeniyle hakkında tanzim edilen 25.12.2009 tarihli Adli Tıp Kurumuna ait şizofreni hastası olduğuna ilişkin raporu dosyaya ibraz etmesi karşısında, Adli Tıp Kurumu veya yetkili sağlık kuruluşundan sanığın suç tarihinde işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunup bulunmadığı konusunda rapor alındıktan sonra sonucuna göre hukuki durumun tayin ve takdirinde zorunluluk bulunması,...Bozmayı gerektirmiş...” **Yargıtay, 15. CD., E. 2013/11357, K. 2015/25071, T. 07.05.2015** (YKD., C. 41, S. 7, Temmuz 2015, s. 1520)

⁹⁴⁵ BGHSt 14, 114 [116], (Roxin, AT I, § 20 A, s. 901)

⁹⁴⁶ Hastalıkta belirti göstermeyen sessiz dönem. Örneğin, beyin kanaması olan hastada, hastanın klinik olarak normal, bilincinin açık ve iyi olduğu dönem *lucid interval* dönemi olarak belirtilir.

gerçekleştirilen eylemin, kendisinde tespit edilen hastalığın dış semptomlarının geçici olarak gerilediği bir zamanda işlenmiş olması durumunda da kusursuz sayılması gerektiği kabul edilmektedir⁹⁴⁷. Bu duruma kusur yeteneğinin aranacağı zaman başlığında ayrıca yer verilecektir.

Kusur yeteneğine ilişkin yapılacak bir değer yargısını, “normlar aracılığıyla normal motive olabilirlik” kavramı ile açıklayan “sosyal” kusur teorisi de, insanın karar verme özgürlüğünden yola çıkılan motivasyon kapasitesinin ölçülmesinde, sadece *karşılaştırmalı bir yöntem* ile gerçekleşebileceğini kabul etmektedir. Bu bakımdan kanunda yer verilen fiilin haksızlığını algılama ve bu algıya uygun şekilde hareket edebilme yetenekleri, ölçüt olarak kabul edilen toplumda yer alan bireylerin “ortalama yeteneklerine” göre kıyaslanacaktır. Zira ancak failin somut durumdaki bireysel anlamda başka türlü davranabilmesi yerine, “ortalama” bir bireyin başka türlü davranabilmesi ölçütü kullanıldığında, kusur değerlendirmesi irade özgürlüğünün ampirik gerçekliğinden ayrılacaktır⁹⁴⁸. Bu tür sosyal ve sosyal-kıyaslamacı kusur teorisi, eylemi gerçekleştiren fail yerine “ölçüye uygun bir insanı⁹⁴⁹” koyarak ve onun yeteneklerini, “kıyaslamacı bir muhakeme” yardımıyla eylemi gerçekleştiren failin yetenekleriyle kıyaslamakta ve adlî olarak ölçülebilir bir şekle dönüştürmektedir⁹⁵⁰. Eylemi gerçekleştiren fail, standartlaştırılan söz konusu ortalama insan ile yapılan karşılaştırmada örtüşme sağlarsa, kusur yeteneğinin koşulları yerine getirilmiş sayılır. Fail başka türlü davranabilirdi, çünkü bilişsel, duygusal ve motivasyon açısından, normal bir vatandaşın ortalama yeteneklerini sağlamaktadır. Bir başka deyişle fail bu nedenle haklı ve haksızlıktan yana kararını verebilecek durumdadır⁹⁵¹.

Failin genel olarak hukuka sadakat eksikliği içeren tutuma sahip olduğu, bulunduğu eylem aracılığıyla ispatlanmaktadır. Ancak failin haksız eylemden kaçınması için gerekli güce sahip olup olmadığı ve bu gücü sarf edemediği,

⁹⁴⁷ Roxin, AT I, § 20 A, s. 901.

⁹⁴⁸ Belirtilen tarzda sosyal karşılaştırmalı kusur yargısı için bkz. Jescheck/ Weigend, § 37, s. 411; Lackner, “Prävention und Schuldunfähigkeit: Zur Verknüpfung von Schuld und Prävention bei der Konstituierung des Begriffs Schuldunfähigkeit”, s. 245 vd.; Bröckers, s. 55- 59; Krauß, s. 427; Kohlrausch, s. 24 vd.

⁹⁴⁹ Alm.: “maßgerechter Mensch”.

⁹⁵⁰ Streng, MK, § 20, kn. 20, s. 755; Bröckers, s. 55.

⁹⁵¹ Bröckers, s. 55.

ancak dolaylı olarak ortaya çıkarılmaktadır⁹⁵². Bu konuda ölçüt belirtildiği üzere “ortalama yeteneklere sahip” kabul edilen birey olmaktadır. Bu konuda faildeki zihinsel bozukluğun belirti derecesi ve bu belirtilerin failin sosyal uyum yeteneği üzerindeki etkisi, onun “ortalama yeteneklere sahip” kabul edilen bireyden ne ölçüde uzaklaştığını belirleyici niteliktedir.

Sadece eylem anında etkili olmayan, devamlı bozukluklardaki ağırlık değerlendirmesi, özellikle değerlendirilecek suçun dışında failin gündelik hayattaki mesleki ve sosyal eylemde bulunma kabiliyetinde herhangi bir sınırlama olup olmadığına bağlıdır⁹⁵³. Bu anlamda geçici olmayan zihinsel bozuklukların somut eyleme etki derecesi hakkında karar verilirken failin gündelik yaşamındaki bu yeteneklerin kısıtlanmış olup olmadığı da irdelenmelidir.

Algılama ve davranışlarını kontrol yeteneğinin değerlendirilmesinde hukuken kabul edilebilir neticelere varabilmek için bazı yollara dikkat çekilmiştir. Bu yollardan bir tanesi gerçek akıl hastalıklarının akut bir döneminde failin genelde tam mazeretli olduğu, ancak diğer zihinsel bozukluklarda ise genellikle tam mazeretin olmadığı şeklindeki anlayıştır⁹⁵⁴. Bu konuda sadece bozukluğun şiddetine dayanan⁹⁵⁵ veya bu bozukluğun bilincin kontrol ve kumanda işlevinin ciddi derecede bozulmasında⁹⁵⁶ tipik olup olmadığı sorusuna dayanan anlayışlar, duruma göre geçerli olabilmektedir. Ancak bu anlayış karar için nihaî belirleyici bir etkiye sahip olmadığından tek başına bir kriter özelliğine sahip değildir⁹⁵⁷. Bir başka deyişle bozukluğun teşhis edilmesi durumunda, bu bozukluğun genel anlamda insanın davranışlarını kumanda etmesine engel oluyor olması yeterli değildir, mutlaka somut eylem üzerinde teşhisin anlamlandırılması ve değerlendirilmesi gerekmektedir.

⁹⁵² Schöch, LK, § 20, kn. 42; Jescheck/ Weigend, § 37, s. 411; Lackner/ Kühl, § 20, kn. 13; Lenckner, “Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit”, s. 97; Venzlaff, “Ist die Restaurierung eines ‘engen’ Krankheitsbegriffs erforderlich, um kriminalpolitische Gefahren abzuwenden?”, s. 64.

⁹⁵³ Schöch, LK, § 20, kn. 42.

⁹⁵⁴ Heinz Lefrenz, “Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das zweite Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 88(1976), s. 41; Schöch, LK, § 20, kn. 43.

⁹⁵⁵ Jakobs, AT, s. 534-535.

⁹⁵⁶ Lackner/ Kühl, § 20, kn. 13.

⁹⁵⁷ Schöch, LK, § 20, kn. 43.

Sorumluluk yeteneği kavramını kullanan ve asıl önemli olanın failin cezaya duyarlılığı olduğunu savunan görüş⁹⁵⁸ ise, kusur yeteneği düzenlemelerinden farklı olarak fiilin işlendiği ana odaklanmamaktadır⁹⁵⁹. Bu görüş, sadece failin değerlendirildiği andaki durumuna ilişkin deliller sunabilir⁹⁶⁰.

Ceza sorumluluğu açısından zihinsel bozukluğun meydana gelmesindeki koşullar da önem arz edebilir. Bozukluk durumunun meydana gelmesinde sorumlu olan bir kimse, bozukluğun oluşmasında hiçbir katkısı olmayan bir kimseye göre bozukluk sonucu oluşabilecek zarar verici neticelerin engellenmesi için (bu neticelerden kaçınmak için) daha büyük çabalar sarf etmesi gerekmektedir⁹⁶¹. Zihinsel anormal durumun başkalarından kaynaklandığı durumlarda fail, zorunluluk haline benzer koşullarda hareket etmektedir. Buna karşın failin kendine hükmetmesi muhtemelen failden beklenemeyecektir. Genel olarak bozukluğun oluşmasındaki eski kusurların ne derecede önem arz ettiği, büyük ölçüde belirsizdir⁹⁶².

Sonuç olarak, esasen kusur yeteneği ya da isnat yeteneği olarak belirtilen hususta bir tespit işlemi gerçekleştirilmemektedir. Burada asıl olan bir tespitten çok değerlendirme işlemidir. Bu nedenle kusur yeteneğinin varlığı ya da yokluğu tespit edilmemekte, sadece değerlendirme işlemi içinde bir sonuca varılmaktadır⁹⁶³. Nitekim geçmiş bir zaman diliminde failin irade özgürlüğüne sahip olup olmadığının tespit edilmesi, ampirik anlamda bilimsel tespite kapalı bir işlemdir. Öğretide bu husus tartışmaların da odak noktasını teşkil etmektedir.

2. Önsorun: Failin Geçmiş Yetenekleri Hakkında Bilimsel Tespit Yapılabilme Olanağı Tartışması

Özgürlük sorusu kusur yeteneği değerlendirmesinin ön alanı (*Vorfeld*) içinde önemli role sahip iken, normal ya da anormal olma, sağlıklı ya da hasta gibi

⁹⁵⁸ Haddenbrock, *Soziale oder forensische Schuldfähigkeit (Zurechnungsfähigkeit)*, s. 252.

⁹⁵⁹ Schöch, LK, § 20, kn. 43.

⁹⁶⁰ Schöch, LK, § 20, kn. 43.

⁹⁶¹ Schöch, LK, § 20, kn. 49.

⁹⁶² Schöch, LK, § 20, kn. 49.

⁹⁶³ Bkz. Hermann Witter, *Grundriß der gerichtlichen Psychologie und Psychiatrie*, Springer Verlag, Berlin, 1970, s. 181; Paul Bresser, "Probleme bei der Schuldfähigkeits- und Schuldbeurteilung", *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1978, Heft 24, s. 1188.

kavramların anlamlarının ne olduğu sorusu, bu değerlendirmenin merkezine gidilmesini sağlamaktadır⁹⁶⁴. Kusur yeteneği kavramı içeriğinde barındırmış olduğu, geçmiş bir zaman diliminde failin davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunup bulunmadığı sorusu nedeniyle, failin bu anda özgür kabul edilip edilmeyeceği sorusu ile de bağlantılı görülmüştür. Nitekim çalışmanın önceki başlıklarında vurgulandığı üzere fail, işlemiş olduğu haksızlıktan ancak başka türlü davranabilmesi mümkünse sorumlu tutulabilir. Başka türlü davranma olanağını ortadan kaldıran zihinsel bozukluk gibi hallerde ise sorumluluğun bulunmadığı kabul edilecektir. İşte failde geçmiş zamanda gerçekleştirmiş olduğu bir haksızlığın, zihinsel bozukluğun etkisi ile gerçekleşip gerçekleşmediği, failin başka türlü davranmak konusunda özgür olup olmadığı gibi sorunun merkezinde yer alan sorular, bu konuda bilimsel bir ifade imkânının bulunup bulunmadığı konusunda tartışmaları da beraberinde getirmektedir.

Failin davranışına ilişkin algılama ve davranışlarını yönlendirme (kontrol) “yeteneği” ile ilgili olarak bilimsel gerekçelerle ifade edilmesinin mümkün olup olmadığı tartışmalı bir husustur. Özellikle psikiyatristler tarafından, failin “failin haksızlığını algılama veya bu algıya göre hareket etme” yeteneğinin olup olmadığı sorusunun ampirik (deneysel) olarak “cevaplanamaz” olduğu görüşü dile getirilmektedir⁹⁶⁵. Aynı şekilde psikiyatrik bilirkişilerin veya sadece hâkimin bunun için yetkin olup olmadığı konusunda da tartışmaların bulunduğu söylenebilir⁹⁶⁶. Bu tartışma, kusur değerlendirmesinde bilirkişi ile hâkim arasında görev dağılımına neden olmaktadır. Bilirkişi, biyolojik-psikolojik (psikopatolojik) bağlantı bulgularını tespit ederken, hâkim değerlendirici bir süreçle bundan failin algılama ya da davranışları frenleme yeteneği⁹⁶⁷ için sonuçlar çıkarmaktadır⁹⁶⁸. Hâkim bilirkişiye,

⁹⁶⁴ Ehrhardt, s. 239.

⁹⁶⁵ Roxin, AT I, § 20 A, s. 899; bu nedenle günümüzde pozitif hukuk düzenlemeleri, kusur yeteneği kavramını, eylemin haksızlığını algılama ve bu algıya göre davranma yeteneği olarak tanımlamaktadırlar. Bu tanımla ceza kanunlarındaki failin **özgür irade belirlemesi** kavramının yerine, normatif kavramlar kullanarak, aslında bilgi kuramı teorisinden elde edilen nedenlere göre tespiti mümkün olmayan, insanın irade özgürlüğünün tespitinin gerekmediği bir düzenleme getirme çabasındadırlar. Bkz. Frister, AT, s. 249.

⁹⁶⁶ Schreiber/ Rosenau, s. 106.

⁹⁶⁷ Alm. “Hemmungsfähigkeit”

⁹⁶⁸ Roxin, AT I, § 20 A, s. 900; Aynı şekilde Frister de sorumluluk konsepti bazında şu ayrımı yapmaktadır: “Bilirkişi, failin faili işlediği sırada farklı yapıya sahip bir irade oluşumunda ne ölçüde bulunup bulunmadığı sorusuna ilişkin raporunu düzenlerken, hâkim bu raporu öncelikle

“iradenin indeterminist biçimde anlaşılabilir özgürlüğü”⁹⁶⁹ sorusunu yöneltemez. Zira bu soru psikiyatrlar tarafından cevaplanabilecek bir soru değildir⁹⁷⁰.

"Agnostik"⁹⁷¹ olarak adlandırılan akım, bu konudaki bilimsel görüşlerin olabileceğini kabul etmemektedir. Determinizm yanlıları insanın özgürlüğünü reddetme eğilimdeyken, indeterminizm yanlıları irade özgürlüğünün geçerliliğini kabul etmektedirler. Buna karşın agnostik yanlıları bu çelişki açısından özgürlük sorusunun cevaplanamaz olduğunu kabul etmektedirler⁹⁷². Bu bağlamda agnostikler algılama ve davranışlarını yönlendirme ile ilgili soruların "aslında cevaplanamaz" olduğunu savunan *Kurt Schneider*' e katılmaktadırlar⁹⁷³. Literatürde geniş bir akım yakın geçmişe kadar failin eylem anında davrandığından farklı bir şekilde davranıp davranamayacağı sorusunun hiçbir bilirkişi ya da uzman tarafından cevaplandırılmayacağı görüşünü savunmuşlardır⁹⁷⁴. Öğretideki geniş bir akım, “varoluşun bilinmezliği” eğilimi diye adlandırılan görüşü izleyerek “fail başka türlü davranabilir miydi, davranamaz mıydı” sorusunun bilirkişi tarafından

gerçek açıdan değerlendirir ve akabinde sorumluluğu tamamen kendisine ait olmak üzere, failin ulaşan ayırıştırma seviyesinin sosyal interaksyonlarda (etkileşimlerde) uygulanan ölçütlere göre (halktaki kusur ve kusursuz şeklindeki güncel görüşe göre) isnat yeteneğinin varsayılabilmesi için yeterli olup olmadığının kararını vermektedir.” Bkz. Frister, *Die Struktur des “voluntativen Schuldelements”*, s. 180-181.

⁹⁶⁹ İndeterminizm savunucuları, nedensel işlemlerin doğayla alakalı olduğunu, irade özgürlüğünün ise doğayla ilişkili olmayan, insani şekillendirmenin bir ifadesi olduğunu savunmaktadırlar. Bkz. Gropp, AT, § 6, kn. 53, s. 277; İndeterminizm savunucuları, her insan için nedensellik bağlantısının dışında kalan serbest bir alanın bulunduğunu ve bu alan içerisinde insanın iradesini önceden belirlenmiş olana aykırı bir doğrultuda kullanabileceğini söylemektedirler. Bkz. Aral, s. 253.

⁹⁷⁰ Schreiber, “Hukuksal ve Psikiyatrik Kategoriler Arasında Adli Rapor”, s. 16.

⁹⁷¹ Agnostisizm (*Bilinemezcilik*), tarihsel olarak, bilimin denetimden yoksun insan düşüncesinin düştüğü büyük yanlışlara bir tepki olarak belirmiştir. Kavram hakkındaki düşünürlerin yaklaşımları için bkz. Hançerlioğlu, *Felsefe Ansiklopedisi*, Cilt 1, s. 176.

⁹⁷² *Laplace* de aslında insan zihninin her şeyi belirlemeye gücünün olmadığını belirtmektedir. Bu da dolaylı yoldan agnostisizmi işaret etmektedir: “*Belirli bir anda, doğayı yöneten tüm güçleri ve onu oluşturan varlıkların birbirine göre karşılıklı durumunu bilen bir zekâ olsaydı ve bu zekâ, öte yandan, tüm bu verileri çözümlenebilecek kadar geniş olsaydı, evrenin en büyük cisimlerinin hareketleri ile en hafif atomlarının hareketini aynı bir formül içinde toplayabilirdi; onun için hiçbir şey belirsiz olmaz, geçmiş kadar geleceği de bilirdi. İnsan zihninin hakikati araştırma yönündeki tüm çabası, onu, tasarladığımız bu zekâyâ sürekli yaklaştırmaya yöneliktir.*” Moles, s. 30.

⁹⁷³ Schneider, *Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit*, s. 17.

⁹⁷⁴ Hermann Witter, “Die Bedeutung des psychiatrischen Krankheitsbegriffs für das Strafrecht”, **FS für Richard Lange zum 70. Geburtstag**, Berlin, 1976, s. 729; Langelüddeke/ Bresser, s. 268-269; Schreiber/ Rosenau, s. 106.

cevaplandırılmayacağı bakış açısını savunmuştur. Çünkü bu yeteneğe ilişkin soru, insanın özgürlüğü sorusuna ilişkindir⁹⁷⁵. Bunun aksini savunanlarsa bilimsel ifade olanağını algılama ve davranışlarını kontrol yeteneğinin bulunmamasını psikiyatrik-psikolojik koşulları temelinde onaylayan, "gnostik" pozisyonudur⁹⁷⁶.

Agnostizm, indeterministik anlamda anlaşılan irade özgürlüğüne dayanan kusur ve kusur yeteneğine karşı haklı olabilecektir. Bilimsel yollarla, bireysel vakalarda insanın bu şekilde bir irade özgürlüğünün ne ölçüde olup olmadığı sorusu için herhangi bir şey söylenemez⁹⁷⁷. Fakat "gnostik savunucuları" olarak adlandırılan kişiler de, zaten insanın determinist özgürlük derecesi hakkında bir yargıda bulunabileceklerini iddia etmemektedir. Witter tarafından yanlış bir şekilde iddia edildiği üzere⁹⁷⁸, "irade özgürlüğünün kısıtlamalarını, kısıtlama olmadığına kanaat getirinceye kadar bilimsel olarak belirleyebilme" iddiaları yoktur. Günümüzde yaygın bir bakış açısına uygun olarak geliştirilen kusur kavramına göre, ceza hukukunda sorgulanan kusur yeteneğinde önem arz eden, ahlakî seçim özgürlüğü değildir. Aksine tek önem arz eden, sosyal normlar aracılığıyla failin normal motive edilebilirliğidir. Yani hukuk normunun failin psikik durumu karşısında failin motivasyon sürecinde etkili olma imkânına sahip olup olmadığı sorusudur⁹⁷⁹. Ceza hukukundaki kusur, bilimsel olarak ulaşılabilen tecrübe temelinde, normal koşullar altında vatandaştan beklenen davranış ölçüsünün gerisinde kalma anlamına gelmektedir⁹⁸⁰.

⁹⁷⁵ Schreiber, "Hukuksal ve Psikiyatrik Kategoriler Arasında Adli Rapor", s. 21.

⁹⁷⁶ Ehrhardt, failin eylem anında algılama ya da bu algıya uygun hareket edebilme yeteneğinin fen bilimleri anlamında objektif ve genel bağlayıcı olarak tespit edilmediğini belirtmektedir. Bu sorunun cevabının zaten ne bilirkişi ne de hakim tarafından ampirik olarak cevaplanamayacağına işaret etmektedir. Ancak bu sorunun tamamen cevaplanamayacağı dogmasının klinik, psikopatolojik ve psikolojik tecrübeye aykırı olacağını ifade etmektedir. Görüşüne gerekçe olarak tıbbi olarak akıl zayıflığı ya da organik demans halleri ile bazı endojen (içsel) psikoz durumlarında algılama yeteneğinin bulunmadığının ispatlanabilmesini göstermektedir. Bkz. Ehrhardt, s. 255; diğer yazarlar için bkz. Schreiber/ Rosenau, s. 106.

⁹⁷⁷ Schreiber/ Rosenau, s. 106.

⁹⁷⁸ Hermann Witter, "Wissen und Werten bei der Beurteilung der strafrechtlichen Schuldfähigkeit", **Kriminologie-Psychiatrie-Strafrecht: FS für Heinz Lefrenz zum 70. Geburtstag**, Heidelberg, 1983, s. 444.

⁹⁷⁹ Krümpelmann, "Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das zweite Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969", s. 12.

⁹⁸⁰ Schreiber/ Rosenau, s. 107.

Bu şekilde dizayn edilen kusur ve kusur yeteneği kavramına karşı agnostisizm savunması haklı değildir⁹⁸¹. Kusur yeteneği değerlendirilmesinde ilgili failin gerçek, güncel ve somut algısı önemli değildir. Aksine önemli olan, algılama yeteneği ve algılama yeteneğine uygun eylemde bulunma yeteneği için ampirik olarak belirlenebilen şartlardır⁹⁸². Bu nedenle kusur yeteneği değerlendirmesinde failin neden başka türlü davranmadığı ya da böyle bir davranış için yetenekli olup olmadığı (özgür olup-olmadığı) araştırılmamakta, sosyal ortalama yeteneklere sahip kişi çerçevesinde hukuka uygun davranışta bulunma beklentisinin fail için geçerli olup olmadığı sorgulanmaktadır⁹⁸³.

Roxin' e göre, bilirkişinin geçmiş bir zaman diliminde failin algılama ve kendini frenleme yeteneği hakkında bir yargıda bulunamayacağı görüşü yerinde değildir. Bu görüş büyük ölçüde bilirkişiden kusur yeteneği hakkında failin irade özgürlüğünün bulunup bulunmadığı veya somut durumda farklı şekilde davranıp davranamayacağına ilişkin bir ifade talep edildiği yönündeki yanlış anlaşılmaya dayanmaktadır⁹⁸⁴. Ancak gerçekte önemli olan bu hususlar değildir. Gerçekte önemli olan, failin fiili işlerken norma tepki verebilir olup olmadığı ve bunun ne ölçüde gerçekleştiği hakkında bir karar vermektir; yani “*hukuk normunun failin motivasyon sürecinde etkin (etkili) role sahip olma imkânının olup olmadığıdır. Bilirkişinin görevi, failin ruhsal durumunu ele alarak onun anlama kapasitesi yerinde bir norm alıcısı (muhatapı) olup olmadığını tespit etmektir.*”⁹⁸⁵ Bu, modern psikiyatri ve psikolojinin de yorumda bulunabileceği⁹⁸⁶, temel ampirik bir sorundur⁹⁸⁷.

⁹⁸¹ Schreiber/ Rosenau, s. 107.

⁹⁸² Ehrhardt/ Villinger, s. 181 vd.

⁹⁸³ Schreiber/ Rosenau, s. 107.

⁹⁸⁴ *Roxin* eylem anındaki “bireysel başka türlü davranabilme” olgusunun tespit edilebilir olmadığını belirtmektedir. *Roxin'* e göre, eylem anında failin gerçekleştirmiş olduğu eylemden başka bir eylemi gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceği konusu, hiçbir psikolojik ya da psikiyatrik bilirkişi tarafından ampirik araçlarla ispatlanamaz. Bu durumda kusur konusunun ampirik bulgu koşuluna bağlanması durumunda ise, her durumda “in dubio pro reo (şüpheden sanık yararlanır)” ilkesinin gündeme geleceği ve bu durumun beraat sonucuna yol açacağı söylenmelidir. Bkz. Claus Roxin, “Zur Problematik des Schuldstrafrechts”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)**, 96(1984), Heft 3, s. 643.

⁹⁸⁵ Hans-Ludwig Schreiber, “Bedeutung und Auswirkungen der neugefassten Bestimmungen über die Schuldfähigkeit”, **Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)**, 1981, s. 46; Roxin, AT I, § 20 A, s. 900.

⁹⁸⁶ Bu yorumlama sırasında da esasen hukuki normlardan ya da hastalık kavramına ilişkin düşünce farklılıklarından oluşmayan, özel olarak psikiş seyirler hakkındaki bilimsel bilgi imkânlarının

Failde fiilin haksızlığını algılama ya da davranışlarını bu algı çerçevesinde yönlendirme yeteneği, faildeki psikopatolojik bulgunun ağırlığı ve türüne göre değerlendirileceğinden, bilirkişinin sadece bulgu hakkında ve bulgunun özellikleri için görüş bildirmesi zorunludur. Zira söz konusu yetenekler kusur, sorumluluk yüklenimi gibi normatif karakterli oluşumlardır⁹⁸⁸. Fiilin haksızlığını algılama ya da davranışlarını bu algı çerçevesinde yönlendirme yetenekleri, hatalı olarak fail tarafından introspektif (içgörüsöl) ve psikolojik şekilde kazanılan, davranış alternatifleri arasında seçim yapabilme psişik durumu olarak görülmüştür. Bu hatalı yaklaşım agnostik ve gnostik yaklaşımlar açısından düşünce farklılığına yol açmıştır⁹⁸⁹. Failin haksız fiil için seçim özgürlüğü⁹⁹⁰ konusunda bilimsel veya ampirik gerekçeli bir ifade bulunabilme olanakları, agnostik pozisyon tarafından inkâr edilirken, gnostik pozisyon bu türdeki ifadelerin mümkün olduğunu savunmaktadır. Söz konusu bu düşünce farklılığı, irade özgürlüğü hakkındaki ceza hukuku tartışmasının psikiyatrik-psikolojik yanını teşkil etmektedir. Burada sosyal yönü bulunan kusur kavramına, sadece agnostik pozisyon uygundur⁹⁹¹.

Psikiyatri ve psikoloji dalları, çözülemeyen determinizm-indeterminizm alternatifi altında failin kişiliğinin, motivasyonunun ve eylem belirleyicilerinin, duruma bağlı olguların ve biyografik gelişmenin analiziyle, failin eylemi konusunda kendi tasarrufunun kısıtlanma derecesi hakkında yargıya varabilirler⁹⁹². Klinik tecrübelerden bilinen hastalık tabloları ile failin psişik durumunun karşılaştırılması aracılığıyla, yaklaşık olarak sosyal davranış yeterliliğinin azalması veya kaybı tahmin edilebilir ya da değerlendirilebilir⁹⁹³. Bu sırada birçok tıbbi ve psikolojik

sınırları konusunda “ciddi katlanılır şüphe” kaldığı belirtilmektedir. Bkz. Leferenz, s. 41; Venzlaff, “Ist die Restaurierung eines ‘engen’ Krankheitsbegriffs erforderlich, um kriminalpolitische Gefahren abzuwenden?”, s. 63.

⁹⁸⁷ Roxin, AT I, § 20 A, s. 900.

⁹⁸⁸ Jakobs, AT, s. 535.

⁹⁸⁹ Jakobs, AT, s. 535.

⁹⁹⁰ Şartların ve yeteneğin hukuki yönünü belirlemesi gerekenin bizzat bilirkişinin olmadığı herhalde şüphesizdir. Bkz. BGH 8, s. 118 (Jakobs, AT, s. 535, dp. 75)

⁹⁹¹ Jakobs, AT, s. 536.

⁹⁹² Ulrich Venzlaff, “Aktuelle Probleme der forensischen Psychiatrie”, **Psychiatrie der Gegenwart Bd. III**, 2. Auflage, Springer Verlag, Berlin, 1975, s. 906.

⁹⁹³ Rasch, “Die Zuordnung der psychiatrisch-psychologischen Diagnosen vier psychischen Merkmalen der §§ 20/21 StGB”, s. 267; Mende, s. 321; Venzlaff, “Die Mitwirkung des

tanıya özgü olan, “belirsiz bölgeler (*Unsicherheitszone*)”⁹⁹⁴ ve bir subjektif değerlendirme sahası kalmaktadır⁹⁹⁵. Yine de hukuk ile psikiyatri literatüründe, insanın irade özgürlüğünü şart koşan etik indeterminizmin ağır bastığı kusur görüşünün mevcut olduğu da savunulmaktadır⁹⁹⁶.

Agnostik pozisyonun haklılığı istikrarlı şekilde savunulamamaktadır. *Kurt Schneider*, algılama ve davranışları kontrol yeteneğiyle ilgili sorunun cevaplandırılmayacağı tezini psikiyatrik bilirkişiyle sınırlamamış, aksine bu sorunun hiç kimse tarafından, hatta hâkim tarafından bile bilimsel yollarla cevaplanamayacağını varsaymıştır. Bu durumda zihinsel bozukluk nedeniyle kusur yeteneği değerlendirmesinde birinci psişik aşamadan ikinci normatif aşamaya bir yol olmayacaktır. Kanun düzenlemeleri, herhangi bir istisnaya yer vermeden, algılama ve davranışları kontrol yeteneğinin sorgulanmasını emretmektedir. Bu nedenle sadece belirli bir hastalıktan veya bozukluktan yola çıkılarak kusur yeteneğinin olmadığına karar verilmesi yasaklanmaktadır⁹⁹⁷.

Haklı olarak *Venzlaff*, agnostik görüşü, kendi savunduğu hastalık şeması çerçevesinde bile bilirkişi ifadesine izin vermemekle suçlamaktadır⁹⁹⁸. Agnostizm “hastalıklı ruhsal bozukluk” için geçerli olamadığı, buna karşın diğer anormallik durumlarında algılama ve davranışları kontrol yeteneğinin olumsuz etki derecesi hakkında bilimsel ifadenin mümkün olmadığını savunmaktadır. Ancak bu ayırımın hatalı olduğu, iki durum arasındaki farkın hiçbir yerde ortaya konulmadığı söylenmektedir⁹⁹⁹. Agnostik pozisyon, esaslı olarak irdelendiğinde, suç politikası açısından zihinsel anormallikler nedeniyle kusursuz sayılmaya ilişkin mazereti sınırlama ihtiyacına dayanmaktadır. Çünkü aksi durumda bir sınır bulunamayacağı ve bir “set yıkılması” yaşanılacağı savunulmaktadır¹⁰⁰⁰. Bu şekilde hastalık

psychiatrischen Sachverständigen bei der Beurteilung der Schuldfähigkeit”, s. 289 vd.; Schreiber/Rosenau, s. 107.

⁹⁹⁴ Mende, s. 321; Venzlaff, “Ist die Restaurierung eines ‘engen’ Krankheitsbegriffs erforderlich, um kriminalpolitische Gefahren abzuwenden?”, s.64.

⁹⁹⁵ Schreiber/Rosenau, s. 107.

⁹⁹⁶ Schreiber, “Hukuksal ve Psikiyatrik Kategoriler Arasında Adli Rapor”, s. 13.

⁹⁹⁷ Venzlaff, “Die Mitwirkung des psychiatrischen Sachverständigen bei der Beurteilung der Schuldfähigkeit”, s. 285.

⁹⁹⁸ Schreiber/Rosenau, s. 107.

⁹⁹⁹ Schreiber/Rosenau, s. 107.

¹⁰⁰⁰ Schreiber/Rosenau, s. 107.

sayılamayan herhangi bir bozukluk halinde dahi fail kusursuz sayılacak ve hakkında ceza yaptırımını uygulanamaz hale gelecektir.

Gerçekte agnostizm ile, medikal-psikiyatrik olarak açıklanan, kriminal-politik bir teori söz konusudur. Bu teori, hastalık teşkil etmeyen anomalilerin büyük ölçüde cezasız kalmayı sonuçlamaması ve psişik bozuklar alanında “hastalıklı ruhsal bozukluk” sınırıyla kusursuz sayılmak için bir bariyer etkisi sağlamaktır¹⁰⁰¹.

Adli uygulama için agnostik konsept ve ona bağlanan sözde psikiyatrik hastalık kavramı kullanılamaz niteliktedir¹⁰⁰². Bu tercih süregelen uygulamada mahkemeler ve bilirkişiler arasındaki işbirliğini imkânsız kılacaktır. İsbetli olarak *Janzarik*, “anormallik” ifadesinin yasal metinlere eklenmesiyle algılama ve davranışları kontrol yeteneğinin değerlendirilmesinde agnostik çekinceyi gidermeye yönelik, fazla mazerete (cezasız kalmayı sonuçlamaya) karşı bir teminat yaratıldığını savunmaktadır. Kusur yeteneğinin olup olmadığı veya azalıp azalmadığı sorusu, belirli hastalık şekillerinin referans gösterilmesiyle cevaplanamaz. Bunun için daha ziyade, anormal psişik durumlarda failin normal motivasyon yetisinin ne derecede olumsuz etkilendiğinin araştırılması gerekmektedir¹⁰⁰³.

Frister' e göre, irade özgürlüğü probleminden kaçmak için oluşturulmuş formül, özgürlük probleminden daha az sorun ortaya çıkarmamaktadır. Failin eylemin haksızlığını algılama ve davranışlarını bu algı çerçevesinde yönlendirme yeteneği şeklinde formüle edilen düzenleme ile, sosyal düzende kişilerin kendi kaderini davranışları ile tayin etme yeteneğinin ifade edildiği söylenebilir. Ancak kusur yeteneği kavramının **algılama ve davranışlarını kontrol yeteneği** şeklinde tarif edilmesi, neticede özgür iradenin belirlenmesi sorunundan daha az problemi beraberinde getirmemektedir¹⁰⁰⁴.

Günümüzde büyük ölçüde ampirik-karşılaştırmalı bir değerlendirme¹⁰⁰⁵ esas alınmaktadır¹⁰⁰⁶. Ortalama bir insanın, özenle araştırılmış failin iç ve dış durumunda nasıl davranırdı diye soru sorulmaktadır. Bu "kıyaslamacı muhakeme" neticesinde

¹⁰⁰¹ Schreiber/ Rosenau, s. 107.

¹⁰⁰² Schreiber/ Rosenau, s. 107.

¹⁰⁰³ Schreiber/ Rosenau, s. 108.

¹⁰⁰⁴ Frister, AT, s. 249.

¹⁰⁰⁵ Alm. “*empirisch-vergleichende Einschätzung*”

¹⁰⁰⁶ Schöch, LK, § 20, kn. 44.

diğerlerinin aynı durumda fiilden kaçındığı ortaya çıkarsa, failin de aslında bunu yapabilecek durumda olduğu sonucuna varılmaktadır¹⁰⁰⁷. Buna göre fail, fiilini kusurlu işlemiş olmalıdır. Daha kesin bir ifadeyle, bilirkişi ve hâkim, bir insanın normal tipini oluşturarak, kusur yargısı için bu tipi failin yetenekleri ile kıyaslamaktadır. Böylece ölçüt teşkil eden, ortalama yetenekleri sağlayan bir yapı kurularak, failin kınanıp kınanmayacağı sonucuna varılmaktadır¹⁰⁰⁸. Bu yöntem ile ilgili olarak kusur isnadının esasını failin yetenekleri değil de, başkalarının yeteneklerinin oluşturduğu¹⁰⁰⁹ ve failin durumunda ortalama bir insanın olmadığı yönündeki itirazlar geçersizdir¹⁰¹⁰. Kusura ampirik bir temel sağlayan hiçbir maddi kusur anlayışı, neticede bu tür bir karşılaştırma olmaksızın neticeye varamayacaktır. Çünkü psişik bozukluk, sadece normaline göre bir farklılık (sapma) olarak belirlenebilmektedir. Bunun dışında kusur yeteneğini hukuk teorisi açısından failden norma uygun davranışın beklenebilirliği¹⁰¹¹ olarak anlayan, hukuk toplumunun kendini koruma adına bu durumda genel olarak bireyden ne şekilde bir beklentide olduğunu dayanak gösteren anlayışlar, bu itirazlara cevap vermeye çalışmaktadır. Bu anlayışa göre, kaçınılmaz yasaklılık yanılığında olduğu gibi, failin algılama yeteneği ile davranışları kontrol yeteneğinin de failden hukuka uygun davranışın beklenebilirliğine göre değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁰¹².

Sonuç olarak, “*İnsan, kusurlu olmaya ve kendi kusurunu aydınlatmaya yetenekli bir varlıktır.*”¹⁰¹³ Salt ampirik bulguya indirgenemeyecek olan ve sosyal yönü bulunan kusur, kusur yeteneği, ceza sorumluluğu gibi olguların yasal

¹⁰⁰⁷ Schöch, LK, § 20, kn. 44; Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, s. 27; Jescheck/ Weigend, § 39, s. 427-428; Schreiber, “Was heißt heute strafrechtliche Schuld und wie kann der Psychiater bei ihrer Feststellung mitwirken?”, s. 245.

¹⁰⁰⁸ BGH, NJW, 1983, 350 (Schöch, LK, § 20, kn. 44)

¹⁰⁰⁹ Peter-Alexis Albrecht, “Unsicherheitszonen des Schuldstrafrechts: »Bewußtseinsstörung« und »Abartigkeit« zwischen normativen Setzungen und empirischer Psychologie”, **Goldammer’s Archiv für Strafrecht (GA)**, Jahrgang 1983, s. 214-215; Schöch, LK, § 20, kn. 44.

¹⁰¹⁰ Schöch, LK, § 20, kn. 44.

¹⁰¹¹ Alm. “*Zumutbarkeit normgemäßen Handelns*”; Hafizoğulları bu kavramı “istenemezlik (*Nichtzumutbarkeit*)” olarak kullanmaktadır. Yazar’ a göre kavram, kişiden içinde bulunduğu durumda yaptığı davranıştan başka bir davranışta bulunmasının istenememesi veya beklenememesini ifade eder. Bkz. Zeki Hafizoğulları, “Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi (Nichtzumutbarkeit/ L’ mesgıbilta), **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)**, Y. 2008, C. 57, S. 3, s. 338 vd.

¹⁰¹² Schöch, LK, § 20, kn. 44.

¹⁰¹³ Martin Buber (Schuld und Schuldgefühle, 1958)’ den aktaran Ehrhardt, s. 234.

metinlerde kurgulanmasında, baştan bir sonuca ulaşamayacağı belli olan determinizm-indeterminizm tartışmalarının esas alınması yerinde olmayacaktır.

3. Algılama ve Davranışlarını Yönlendirme Yeteneği

a. Algılama Yeteneği

(1) Algılama Yeteneğinin Normatif Yönü

TCK m. 32' de fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinden bahsetmekle birlikte, bundan ne anlaşılması gerektiği kanun metninde düzenlenmemiştir. Aynı kavrama kusur yeteneğini etkileyen diğer haller kapsamında, özellikle TCK m. 31/2' de ve TCK m. 34/1' de yer verildiği görülmektedir. Kanun metninde yer verilmemekle birlikte TCK m. 31' in gerekçesinde, “*Kişinin, fiziksel gelişimine paralel olarak, toplumun değer yargılarını, bunların anlam ve içeriğini algılama yeteneği gelişmektedir. Yine bu gelişim sürecinde algılama yeteneğinin yanı sıra, ayrıca toplumdaki ölçü davranış kurallarının gerekleri doğrultusunda hareketlerini yönlendirebilme (irade) yeteneği de gelişmektedir.*” açıklamasına yer verilerek, algılama yeteneğine dolaylı yoldan atıf yapıldığı görülmektedir. Ancak bu açıklamadan da failin fiilinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin ne anlama geldiği değil, sadece yaşa bağlı olarak gelişebilen bir kavram olduğu anlaşılmaktadır. Yine aynı madde gerekçesinde “*Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş ve fakat henüz onsekiz yaşını tamamlamamış gençler, normal koşullarda, gerçekleştirdikleri davranışların hukukî anlam ve sonuçlarını kavrama yeteneğine sahip olmakla birlikte; bu kişilerin, davranışlarını yönlendirme yetenekleri yeterince gelişmemiş olabilmektedir.*” şeklinde açıklamaya yer verilmiştir. Burada kavrama yeteneği ile algılama yeteneğinin eşdeğer kavramlar olarak kullanıldığı görülmektedir. Belirtilen açıklamalar da dikkate alındığında “*fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama*” yeteneğinden ne anlaşılması gerektiği, benzer kavramlardan nasıl ayrılacağı gibi hususlar, doğrudan kusur yeteneği değerlendirmesini etkileyeceğinden önem arz etmektedir. Dikkat edilmelidir ki, bir insanın algılama, kavrayış, idrak, anlamlandırma gibi yetenekleri salt normatif

karakterdeki yetenekler değildir. Bu kavramların tıbbi boyutu da bulunmaktadır. Bu nedenle burada ilk olarak normatif açıdan bu kavramların nasıl anlaşılması gerektiği üzerinde durulacaktır.

TCK m. 32’ de yer alan “algılama yeteği” kavramının, kişinin eylemini ve sonuçlarını “anlama yeteneği” olduğu söylenmektedir¹⁰¹⁴. TCK’ nın değişik maddelerinde de yer verilen “algılama yeteneği” kavramının değişik anlamlara geldiği belirtilmektedir. Örneğin, TCK m. 94’ te yer alan işkence suçunda kullanılan algılama yeteneği kavramı, kusur yeteneği düzenlemelerindekinden farklı olarak ruh sağlığı anlamına gelmektedir¹⁰¹⁵.

TCK m. 32 anlamında algılama yeteneğinin “kavrama yeteneği”, bir başka deyişle “idrak yeteneği” olduğu söylenmelidir¹⁰¹⁶. Algılama (*perception*) faaliyetinin, uyarıların duyu organları ile beyne iletilmesi işlemi olduğu, TCK m. 32’ de yer verilen algılama yeteneği ile aslında idrak yeteneğinin kastedildiği belirtilmektedir. Bu görüşe göre, bir kimsenin her algıladığı şeyi idrak etmesi söz konusu olmamaktadır. Böylece algılama yeteneğinin ortadan kalkmasının failin beş duyu organının işlevini yitirmesi veya zarar görmesi anlamına geldiği, bunun ise akıl hastalığı ile ilgisinin olmadığı savunulmaktadır¹⁰¹⁷. **Kanımızca** algılama ile idrakin birbirinden kesin olarak ayrılması söz konusu olamayacaktır. Nitekim algılama kavramı sözlükte “*algılamak işi, idrak, idrak etme*”, algılamak ise “*Bir olayı veya bir nesnenin varlığını duyu organlarıyla algılamak, idrak etmek*” olarak tanımlanmaktadır¹⁰¹⁸. Bu ayırım esasen özellikle tıp alanında ve nörobilimciler tarafından kognitif bilimler temelinde tartışılabilir ise de, normatif bir yetenek olan “işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği” içinde yer alan “algılama” kavramı ile esasen iki hususa işaret edilmek istendiği söylenebilecektir. Bunlar:

¹⁰¹⁴ Erdem Özkara / Hakan Hakeri / Özgür Can / Halis Ulaş, “Tıp ve Hukuk Boyutuyla Türk Ceza Yasasına Göre Algılama Yeteneği Kavramı”, **Adli Psikiyatri Dergisi**, C. 4, S. 4, Ekim 2007, s. 13.

¹⁰¹⁵ Özkara/ Hakeri/ Can/ Ulaş, s. 13.

¹⁰¹⁶ Özkara/ Hakeri/ Can/ Ulaş, s. 13; Bayındır, s. 9.

¹⁰¹⁷ Bayındır, s. 9.

¹⁰¹⁸ Büyük Türkçe Sözlük, bkz. www.tdk.gov.tr

1. Bir ceza normunun varlığı, geçerliliği, içerik itibariyle davranış beklentisi konusunda bir sonuca varmaya yarayan bilişsel (*kognitif*) faaliyetler (**Failin ceza normu ile etkileşim ilişkisi**),

2. Kişinin kendi gerçekleştirdiği fiili anlamlandırabilme ve sonuçları konusunda bir yargıya ulaşabilmeye ilişkin bilişsel (*kognitif*) faaliyetler (**Failin somut fiil ile iletişim ya da bağlantı ilişkisi**), olarak belirtilebilecektir.

Esasen bu iki unsurda da salt beş duyu organlarının uyarınları beyne iletmesi işlemi değil, daha çok bu işlemler sonucundaki bilgilerin haksızlık bilinci olarak normatif açıdan anlamlandırılması işlemi yer almaktadır¹⁰¹⁹.

Bilişsel (*kognitif*) işlevlerin, davranışın haksızlığını algılamayı mümkün kılmaya yeterli olmadığı durumlarda, algılama yeteneksizliği söz konusudur. Bu, ciddi entelektüel (zihni) hasarlarda söz konusu olduğu gibi, “psikotik derecede gerçeği yanlış değerlendirme” durumunda da söz konusu olabilmektedir¹⁰²⁰.

Öğretide *Merkel*, kişinin ceza yaptırımına muhatap olabilmesi için sahip olması gerekli özellikleri açıklarken, ilk olarak “hukuki farkına varabilme yeteneği (*ayırt etme yeteneği*¹⁰²¹) kavramından bahsetmektedir. Yani failin söz konusu fiillerinin dikkate alınması gereken özelliklerini, yani zararlılığını veya tehlikesini ve devletin geçerli normlarıyla olan çelişmesini fark etme yeteneğidir. Hukuki anlamda kusur, değerlendirilmesi istenilen somut fiille ilgili olarak hukuki (ve de ahlaki) farkına varabilme yeteneğini şart koşmaktadır¹⁰²². Bu kavramla birlikte yazarın esasen failin fiilinin haksızlık teşkil ettiği algısına sahip olması gerektiğini belirttiği söylenebilecektir.

İşlediği fiilden dolayı bir kişinin kınanabilmesi için, bu kişinin söz konusu fiilin bir haksızlık teşkil ettiğinin, bir başka deyişle hukuk normlarıyla bağdaşmadığının, bunlara muhalefet teşkil ettiğinin bilincinde olması gerekir¹⁰²³. Bu

¹⁰¹⁹ *Koca/Üzülmez* de algılama yeteneğinin insanın zihni gelişiminin yanı sıra içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevrenin şartlarına bağlı olarak gelişmekte olduğunu belirtmektedir. Bkz. *Koca/Üzülmez*, s. 292. Bu görüş de esasen algılama yeteneğinde salt beş duyu organının gerçekleştiği bir faaliyetin söz konusu olmadığı görüşünü destekler niteliktedir.

¹⁰²⁰ Gropp, AT, kn. 89, s. 286.

¹⁰²¹ Alm. “*Unterscheidungsfähigkeit*”

¹⁰²² *Merkel*, Die Lehre von Verbrechen und Strafe, s. 66.

¹⁰²³ Özgenç, “Kusur Yargısı ve Yaş Küçüklüğü”, s. 254. Buradaki önem arz eden konu, doğru ile yanlış arasındaki farkın bilinip bilinmemesi değildir. Yapılan fiilin doğası ve anlamının farkında

bilinç, kusurlu sayılabilmenin şartları arasında gösterilen haksızlık algısı, yani haksızlık bilincidir. Kişilerde var olan haksızlık bilinci, onların davranışlarını hukuka uygun olacak şekilde düzene sokmasına yaramaktadır. Ceza normunun muhtevasını bilen, anlayan ve bundan sonuçlar çıkararak kişi, hangi davranışların bu normu ihlal edeceğini, hangi davranışların ise hukuk düzenince izin verilmiş olduğunu, sahip olduğu haksızlık bilinci aracılığıyla çıkarımda bulunabilecektir. TCK m. 32' ye göre, akıl hastalığı nedeniyle işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan kişiye ceza verilmez. Bu düzenlemede esasen failin psikopatolojik durumu sebebiyle, gerçekleştirmiş olduğu fiilin haksızlık olduğu konusundaki algılama eksikliğinden söz edilmektedir. Öğretide söz konusu algılama eksikliği durumunun, kusurluluğu kaldıran hal olan yasaklılık yanılması (*Verbotsirrtum*) durumundaki¹⁰²⁴ failin fiilinin haksızlık olduğu konusundaki kaçınılmaz hatası nedeniyle algılama yeteneğinin bulunmaması hali ile aynı anlamda olduğu belirtilmektedir¹⁰²⁵. Bu nedenle aslında kusur yeteneğindeki failde algılama yeteneğinin bulunmaması, sadece kapsamlı yasaklılık yanılmasının özel bir uygulaması olarak kabul edilmektedir¹⁰²⁶. Bu görüşe göre, zihinsel bozukluk nedeniyle kusur yeteneği incelemesindeki algılama yeteneği, yasaklılık yanılmasından bağımsız bir konu teşkil etmemekte, çünkü psikopatolojik durumlar sebebiyle failin algılama yeteneğinin olmamasında daima kaçınılmaz bir yasaklılık yanılmasının da bulunduğu söylenmektedir¹⁰²⁷.

olunup olunmadığı ve failin fiil ile ilgili olarak doğru ile yanlış arasındaki bilip bilmediğidir. Bkz. Özden, s. 79.

¹⁰²⁴ TCK m. 30/3: “Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.”

TCK m. 30/4: “İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.”

¹⁰²⁵ Schönke/ Schröder, § 20, kn. 27.

¹⁰²⁶ BGH, MDR 1968, s. 854 (Schreiber/ Rosenau, s. 106); Lenckner, “Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit”, s. 108.

¹⁰²⁷ Schreiber/ Rosenau, s. 106. Bunların birlikte failin eylemin haksızlığını algılama yeteneğinin bulunmaması durumunda, bu eksikliğin zihinsel bir anormal duruma dayanıyor olması durumunda güvenlik tedbiri uygulanabilecektir. Bu bakımdan zihinsel bozukluk nedeniyle kusur yeteneğinin bulunmaması (algılama eksikliği nedeniyle) güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi açısından **ispaf kuralı** karakteri kazanmaktadır. Bkz. Jescheck/ Weigend, § 40, s. 442; Schönke/ Schröder bu hususta her ne kadar fail akıl hastalığı nedeniyle algılama yeteneğine sahip olmasa da, şayet algılama yeteneğine sahip olabilecek idiyse kusurlu sayılabileceğini belirtmektedir. Bu görüş bir anlamda kaçınılabilecek algılama eksikliği durumlarında failin kusurlu sayılması gerektiğini savunmaktadır. Schönke/ Schröder’ e göre, bu noktada failin davranışlarını kontrol yeteneğinin

Akıl hastalığı nedeniyle fiilin haksızlığını algılayamayan, bir başka deyişle kusur yeteneği bu nedenle bulunmayan failin, esasında akıl hastalığı gibi kaçınılmaz nitelikte bir neden dolayısıyla bir yasaklılık yanılıgına düşmüş olduğu görüşü *Frister* tarafından eleştirilmektedir. *Frister*' e göre, yukarıda belirtilen görüş, entelektüel yeteneklerin (algılama), kusur yeteneği için sadece haksızlık bilincinin elde edilebilmesi (yakalanabilmesi) için önem arz ettiği yönünde bir izlenime neden olmaktadır. Fakat yazara göre bu doğru değildir. Kusur yeteneği, kişinin kendi özerkliğine dayanarak bir norma görüş bildirme yeteneğidir. Normalde dört yaşındaki bir çocuğun aklına sahip olan insanlar da hırsızlığın yasak olduğunu bilirler. Fakat sırf bunu bilerek, anlaşılabilir bir türde ve şekilde bu yasak hakkında bir yargıya varabilme durumunda değildirler. Fakat bu beceri ya da yetenek eksik olduğu müddetçe, onların gerçekleştirmiş olduğu hırsızlık fiilinde, mevcut norm bilgisinden tamamen bağımsız olarak, norma uygunluk lehine veya aleyhine söz konusu olan özerk bir kararın sonucu bulunmamaktadır¹⁰²⁸. Benzer şekilde *Mahmutoğlu/ Karadeniz* de bu iki durumun farklı durumlar olduğunu belirtmektedir. Bu görüşe göre, kusur yeteneğini azaltan veya kaldıran nedenler, kişinin genel olarak haksız hareket etme bilincinde olup olmadığıyla, başka bir deyişle özgürce karar verme yeteneğinin varlığıyla ilişkili olan ve genel olarak biyolojik ve psikolojik temellere dayanan olgulardır¹⁰²⁹. Diğer taraftan kaçınılmaz yasak yanılıgı, kişinin gerçekleştirdiği somut fiilin hukuka aykırı niteliğini bilebilme olanağının kendisine objektif olarak verilmiş olup olmadığının saptanması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla yasak yanılıgı bakımından önemli olan failin objektif koşullar altında yanılıgısını ortadan kaldırabilme imkânının bulunup bulunmadığıdır; yoksa bu imkânı somut anlamda kullanabilme yeteneğinin, yani özgürlüğünün bulunup bulunmadığı gibi bir araştırma yapılmaz¹⁰³⁰. TCK' da "işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği" ifadesine yer verilmesiyle, bu davranışların "fiille ilgili olarak" yönlendirilmesine vurguda

olup olmadığı tespit edilmelidir. BGH, NJW, 86, 2894: "affekt (duygulanım) eşliğinde ağır reaktif depresyon" (Schönke/ Schröder, § 20, kn. 27)

¹⁰²⁸ Frister, AT, s. 249-250.

¹⁰²⁹ Mahmutoğlu/ Karadeniz, s. 720.

¹⁰³⁰ Mahmutoğlu/ Karadeniz, s. 720.

bulunulmuştur. Böylece haksızlık bilinci alanının bu maddenin kapsamı dışında bırakıldığı savunulmaktadır¹⁰³¹.

Çalışmanın ilk bölümünde vurgulandığı üzere kanımızca, TCK m. 32/1' de yer verilen failin akıl hastalığı nedeniyle “*fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması*” durumu, aslında failin akıl hastalığı nedeniyle haksızlık bilincine sahip olmaması ile eş anlamlı bir durumdur¹⁰³². Bu nedenle, bu durumda aslında failin fiilini gerçekleştirdiği esnada haksızlık bilincine sahip olup olmadığı araştırılmaktadır. Normatif özellikteki failin haksızlık bilincine sahip olup olmaması hususu, TCK m. 32' de yer verilen “davranışlarını yönlendirme” yeteneğinin aksine, azalıp çoğalabilen yani nicelik itibariyle derecelendirilebilen bir husus değildir¹⁰³³. Somut olayda ya vardır, ya da yoktur. Azalmış bir haksızlık bilincinden söz edilemez¹⁰³⁴. Buna karşın tıbbi açıdan failin “algılama yeteneği”, azalmış ya da

¹⁰³¹ Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s. 235; bu görüşü ayrıca belirten Mahmutoglu/ Karadeniz, s. 720.

¹⁰³² Algılama yeteneğine sahip olan failin kural olarak fiilin hukuken kabul edilemez bir fiil olduğunu da bildiği kabul edilmektedir. Yani algılama yeteneğine sahip kişi kural olarak haksızlık bilincine de sahiptir. Bkz. Berrin Akbulut, **CEZA HUKUKU GENEL HÜKÜMLER**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 485. *Meraklı* ise, isnad yeteneği ile haksızlık bilincinin farklı olduğunu savunmaktadır. Bkz. Meraklı, s. 368.

¹⁰³³ Bu durumun eleştirisi için bkz. Hafızoğulları/ Özen, s. 419. Öğretide Meraklı da, kanun koyucunun maddeyi hatalı olarak kaleme aldığını, algılama yeteneğinin de pekâlâ azalabileceğini belirtmektedir. Bu nedenle yazara göre her iki yeteneğin de azalması öngörülerek düzenlemeye gidilmesi gerekmektedir. Bkz. Meraklı, s. 369. Kanımızca yazar TCK m. 32/1' de yer alan failin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılaması ya da algılayamaması yeteneklerinin normatif bir konstrüksiyon olduğunu gözden kaçırmaktadır. Burada tıbbi anlamdaki bir algılama söz konusu değildir. Algılanacak olan şey “fiilin hukuki anlam ve sonuçları”dır. Bu ise haksızlık bilinci yani haksızlık algısına karşılık gelmektedir. Genel bir algılama yeteneği tıbben azalabilecek nitelikte olsa da, normatif nitelikteki haksızlık algısı somut fiilde ya vardır ya da yoktur. Tıbbi anlamda algılama yeteneğinin azalması söz konusu olmasına rağmen failin haksızlık algısının var olduğu mahkeme tarafından değerlendirilirse, bu durum ancak ikinci sorgulama aşaması olan failin “davranışlarını yönlendirme yeteneği” aşamasında göz önüne alınacaktır.

¹⁰³⁴ Ancak hukuk uygulamamızda hatalı olarak failin fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği, adli psikiyatri bilirkişisine sorulduğundan, bilirkişiler tarafından bu yeteneğin azalmış olduğu yönünde rapor düzenlenmektedir. “*Sanık hakkında A...Devlet Hastanesi Psikiyatri Polikliniğince düzenlenen sağlık kurulu raporunda sanığın TCK' nın 32. maddesi kapsamında işlemiş olduğu iddia edilen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin azalmış olduğu ve bu fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalmış olduğu belirtilmesine göre, sanık hakkında TCK' nın 32/1 maddesi uygulanması gerekirken yazılı şekilde TCK' nın 32/2 maddesinin uygulanmış olması,...Bozmayı gerektirmiş,...*” **Yargıtay, 13. CD., E. 2015/577, K. 2016/4468, T. 16.03.2016** (YKD., C. 42, S. 5, Mayıs 2016, s. 1261) Kanımızca bilirkişi failin haksızlık algısının somut durumda bulunup bulunmadığını belirtme yetkisi yoktur. Burada hukuki bir kavram söz konusudur. Ayrıca failin haksızlık bilinci ya da algısı azalabilen bir

zayıflamış olarak kabul edilebilmektedir. Somut olayda fiilini gerçekleştirdiği esnada failin algılama yeteneğinin azalmış olduğu adli psikiyatrik bilirkişi tarafından tespit edilmişse, bu durumun failin haksızlık bilincini kaldırıp kaldırmadığı normatif bakış açısı ile hâkim tarafından değerlendirilmelidir. Şayet akıl hastalığı nedeniyle failin haksızlık bilincinin ortadan kalktığı anlaşılıyorsa, failin “*fiilinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması*” hali söz konusu olduğundan, TCK m. 32/1 gereği, failin ceza sorumluluğu bulunmamaktadır¹⁰³⁵. Bu kişiler hakkında TCK m. 57’ de yer verilen akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri uygulanacaktır. Ancak tıbbî anlamdaki algılama yeteneğinin azalmasına rağmen failin haksızlık bilincine sahip olduğu söylenebiliyorsa, kusur yeteneğinin mutlak anlamda etkilenmediği sonucuna ulaşılmamalıdır. Tıbbi anlamda algılama yeteneğinin azalması durumu, failin davranışlarını yönlendirme yeteneğini etkileyebilecektir. Bu durumda sorgulama bu yetenek üzerinden gerçekleştirilecektir. Alman Yüksek Mahkemesi’ nin de bu yönde kararlar verdiği görülmektedir. Buna göre, failin haksızlık bilinci ile davrandığı durumlarda, azalmış algılama yeteneği nedeniyle ceza indirimi imkânı bulunmamaktadır¹⁰³⁶. Yine Alman Yüksek Mahkemesi bir başka kararında bu durumu şu şekilde açıklamıştır: Fail eğer ciddi oranda azalmış algılama yeteneğine rağmen haksızlığı gerçekten de kavramışsa (görebilmişse), failin kusuru indirilmemektedir¹⁰³⁷. Öğretide, bazı yazarlar bu durumu failin “davranışlarını yönlendirme yeteneği” için de geçerli kılmaktadır. Bu konudaki hâkim görüşe göre,

kavram da değildir. Ancak Yargıtay kararlarında bilirkişi tarafından bu yeteneğin azalmış olduğu yönünde rapor düzenlendiği görülmektedir. Bu kararda ifade edilen algılama yeteneğinin, tıbbî nitelikteki failin algılama yeteneği olduğu söylenmelidir. Kararda belirtilen yeteneğin, TCK m. 32’ de ifade edilen, “fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama” yeteneği olabilmesi mümkün değildir. Zira normatif (hukuki) nitelikteki bu yeteneğin azalması söz konusu olamaz.

¹⁰³⁵ Akbulut da aynı yönde görüş bildirmektedir. Yazara göre, akıl hastalığı veya geçici bir neden failde haksızlığı algılama yeteneğini ortadan kaldırıyorsa, haksızlık bilincinin oluşmasını engelliyorsa kusursuz kabul edilmekte ve cezalandırılmamaktadır. Bkz. Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 485. Öğretide bazı yazarlar ise “fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama” yeteneğini tıpkı medikal alanda olduğu gibi azalıp çoğalabilen ya da tam-kısmi olabilecek bir yapıda kabul etmektedir. Bu nedenle bu yeteneğin yer aldığı düzenlemenin şu şekilde olması gerektiği yazarlar tarafından savunulmaktadır: “*Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını tam algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğini tamamen kaybetmiş olan kişiye ceza verilemez.*” Bkz. Hafızoğulları/ Özen, s. 418-419.

¹⁰³⁶ Bkz. BGHSt 21, 27 (28); BGH, NJW 2014, 2738 bkz. Frister, AT, s. 252; BGHSt 21, 27; 34, 22 (25); BGH, NSZ 1985, 309; 1986, 264 (Roxin, AT I, § 20 A, s. 905)

¹⁰³⁷ BGH 2, StR 529/65; BGHSt 21, 27/28 (Gropp, AT, kn. 96, s. 288, dp. 126)

önemli ölçüde algılama ve davranışları kontrol yeteneğinin azalmış olmasına rağmen fail, gerçekte uygun haksızlık algısına ve gerekli kontrol kabiliyetine sahip idiyse, azalmış kusur yeteneği düzenlemesi uygulanmamaktadır¹⁰³⁸. Tersine formüle etmek gerekirse: hâkim görüşe göre, kusur yeteneğinin azalmış olduğunun kabulü için, eylem esnasında failde gerçekte haksızlık algısının ve/veya kontrol kabiliyetinin olmaması gerekmektedir¹⁰³⁹. Örneğin, hafif derecede akıl zayıflığı bulunan failin algılama yeteneğinin azalmış olduğunun değerlendirilmesi yapılsa bile, şayet fail eylemindeki haksızlığı görmüş ise, bir başka deyişle haksızlık bilinci ile hareket etmişse artık azalmış kusur yeteneğinden söz edilemez.

Belirtildiği üzere öğretide baskın görüş olarak, failde eylem anında algılama yeteneğinin bulunmaması durumu, yasaklılık yanılığının özel bir durumu olarak kabul edilmektedir¹⁰⁴⁰. Herkes için bağlayıcı olan ve hukuk düzeninin odak noktasındaki ceza normları hakkındaki yasaklılık yanılığı durumunda da aslında bir “bulgu”ya işaret edilmektedir. Bu bulgu failin ciddi boyuttaki sosyalleşme eksikliğidir¹⁰⁴¹. Bu nedenle yasaklılık yanılığı uyarınca kabul edilen failin kusursuzluğu, tıpkı failin zihinsel bozukluk nedeniyle kusursuz sayılması ile aynı gerekçeye sahiptir¹⁰⁴²: Failin farklı türdeki motivasyonu nedeniyle, ceza normunun geçerliliğini reddetme (inkâr etme) yeteneği bulunmamaktadır¹⁰⁴³.

“Fiilin haksızlığını algılayabilme” yeteneği ve “bu algıya göre hareket edebilme” yeteneği, çoğu zaman birbirine geçmekte ve bu durumda net bir şekilde ayırım yapılamamaktadır¹⁰⁴⁴. Neticede haksızlık algısının eksikliği durumunda, hep davranışlarını kontrol yeteneği de gerektiği gibi olmamaktadır. Fakat mevcut haksızlık algısına rağmen, başka durumlara dayanan davranışları kontrol yeteneğinin

¹⁰³⁸ Gropp, AT, kn. 95, s. 288; Nedopil/Müller, s. 42; Lackner/ Kühl, § 21, kn. 1; Frister, AT, s. 252.

¹⁰³⁹ Gropp, AT, kn. 95, s. 288; Hâkim olan görüşe göre, failin haksızlık algısının bulunduğu durumda (haksızlığı kavrayabilecek algının olması durumunda), kusur yeteneğinin etkilenmesi hali, algılama yeteneğinin azalmış olmasına dayandırılmaz. Bkz. Streng, Strafrechtliche Sanktionen, s. 456.

¹⁰⁴⁰ Armin Kaufmann, s. 323; Lenckner, “Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit”, s. 107-108; Jakobs, AT, s. 534; Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, s. 166-169.

¹⁰⁴¹ Alm. “Sozialisationsdefizit des Täters” Bkz. Jakobs, AT, s. 534.

¹⁰⁴² Bunun aksine Frister, algılama yeteneğini ve potansiyel haksızlık bilincini, “birbirinden bağımsız iki kusur şartı” olarak nitelemektedir. Bkz. Frister, Die Struktur des “voluntativen Schuldelements”, s. 203-204.

¹⁰⁴³ Jakobs, AT, s. 534.

¹⁰⁴⁴ Roxin, AT I, § 20 A, s. 900.

bulunmaması hali de söz konusu olabilmektedir. Kleptomani gibi dürtü bozuklukları bu durumlara örnek olarak verilebilir.

Jakobs, yasal düzenlemeleri standartlaştırmanın ve tekdüze hale getirmenin fazla fayda sağlamadığını vurgulamaktadır¹⁰⁴⁵. Bu açıdan zihinsel bozukluklar nedeniyle algılama yeteneğinin ortadan kalkmasına ilişkin düzenlemelerin, kanunlarda özel olarak yer almasının yerinde olduğu söylenebilir. Zira bu düzenlemeler bir yandan failin algılama yeteneğinin olmaması tespiti için akla yatkın sebepleri (=zihinsel bozukluk) belirtmektedir¹⁰⁴⁶, diğer yandan ise yasaklılık hakkındaki algılama eksikliği durumunda değil, sadece zihinsel bozukluk nedeniyle algılama yeteneği eksikliği durumunda TCK m. 57’ de öngörülen tedbirlerin uygulanabileceğini göstermektedir¹⁰⁴⁷.

Failin kasten hareket etmesi, failin algılama yeteneğinin bulunduğunu göstermez¹⁰⁴⁸. Tersine, örneğin alkol kaynaklı bir defekte (arızaya) rağmen, algılama yeteneğinin halen bulunuyor olduğu kabul edilebilir. Ancak fail, eyleminin arz ettiği tehlikenin bilincinde olmayabilir¹⁰⁴⁹. Failin mevcut olan daha sonraki hatırlama kapasitesi nedeniyle fiilin işlendiği anda algılama yeteneğinin varlığı iddia edilebilirse de, bundan tek başına eylem anında algılama yeteneğinin olduğu konusunda kesin sonuçlar çıkartılamaz¹⁰⁵⁰. Aynı şekilde, failin eylem öncesindeki bozulmamış gerçeklik ilişkisi, eylem sırasında ve sonrasındaki plana uygun ve mantıksal davranışları, genelde algılama yeteneğinin varlığını teyit eden koşullardır¹⁰⁵¹. Ancak burada da baştan algılama yeteneğinin eksik olup olmadığı

¹⁰⁴⁵ Jakobs, AT, s. 534.

¹⁰⁴⁶ Jescheck/ Weigend, § 40, s. 441.

¹⁰⁴⁷ Schreiber/ Rosenau, s. 106; Schöch, “Die Schuldfähigkeit”, s. 132; Gropp, AT, kn. 87, s. 286; *Frister* de bu hususa işaret etmektedir. Yasaklılık yanlıgısı düzenlemesinde hukuki sonuç sadece o duruma özgü olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle akıl hastalığına özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi için, algılama yeteneğinin bulunmaması konusunda, bu yeteneğin psikişik bozukluk sonucu ortadan kalktığını gösterir bir özel düzenlemeye ihtiyaç vardır. Bkz. *Frister*, AT, s. 249-250.

¹⁰⁴⁸ Schönke/ Schröder, § 20, kn. 28. Öğretide anlama ve isteme yeteneği olmayan kişilerin kasıtlı veya taksirli davranmalarının mümkün olmadığı görüşü de savunulmaktadır. Bkz. Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 345. Biz bu görüşe katılmamaktayız. Kanımızca kast ve taksir tipikliğin sübjektif tarafını oluşturan haksızlığın işleniş şekilleridir. Bu nedenle kusurluluktan önce varlıkları aranacaktır.

¹⁰⁴⁹ BGH, NStZ, 91, 126 (Schönke/ Schröder, § 20, kn. 28)

¹⁰⁵⁰ BGH, NJW, 88, 779 (Schönke/ Schröder, § 20, kn. 28)

¹⁰⁵¹ Schönke/ Schröder, § 20, kn. 28.

sorgulaması göz ardı edilemez. Faildeki kontrolsüz davranış ve şiddetli sınırlamalarla seyreden hatırlama boşlukları da, kesin bir gösterge niteliğinde olmamakla birlikte, en azından algılama veya davranışları kontrol yeteneğinin bulunmamasının bir işaretidir¹⁰⁵².

Failin algılama yeteneği, ne failin hatırlama yetisinden ne de eyleminin kasıtlılığından yeterli şekilde ve güvenilir olarak anlaşılabilir¹⁰⁵³. Failin hedefe odaklılığı (ne istediğini bilme, hedefe ulaşma çabası) ve tutarlı (mantıklı) davranışı gibi hususların, algılama yeteneği için sadece gösterge önemi olabilir¹⁰⁵⁴.

Failin algılama yeteneğinden yola çıkarak davranışlarını kontrol yeteneğiyle ilgili bir sonuca varmak mümkün değildir¹⁰⁵⁵. Eylem sırasında veya eylem öncesinde plana uygunluk ve akıllıca davranış ile eylem sonrası hatırlama yeteneği, en azından uyuşturucu suçlarında failin davranışlarını kontrol gücünün olup olmadığıyla ilgili bir karara götürmemelidir¹⁰⁵⁶.

TCK m. 32' deki düzenlemeye bakıldığında işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan kişiye ceza verilemeyeceği düzenlenmiştir. Burada esasen daha önce de vurgulandığı üzere, akıl hastalığı nedeniyle fiilinin haksızlığını algılayamayan kişiye işaret edildiği belirtilmelidir. Ancak bir kişinin gerçekleştirdiği fiilde haksızlık bilincine sahip olması demek, o fiilin cezalandırılabilir bir fiil olduğunu bilmesi anlamına gelmemektedir (*error iuris criminalis nocet*)¹⁰⁵⁷. Fiilinin hukuk düzenince yasaklanmış olduğunu, fiiline hukuken izin verilmediğini bilmesi yeterlidir. Ancak TCK m. 32' de yer verilen “fiilinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamama” ifadesi, failin fiilinin cezalandırılabilirliğini de bilmesi gerektiği şekilde yanlış anlaşılmaya neden olabilecektir. Nitekim bu ifade failin “fiilinin haksızlığını algılayamaması” ifadesinden daha geniş bir alanı kapsamaktadır. Fiilin hukuki anlam ve sonuçlarından biri de fiilin cezalandırılabilirliğidir. Bu yanlış anlaşılmanın giderilebilmesi bakımından “fiilin hukuki anlam ve sonuçları” ifadesi

¹⁰⁵² Schönke/ Schröder, § 20, kn. 28.

¹⁰⁵³ BGH, GA 1955; OLG Köln, DAR 1967, 139 (Schreiber/ Rosenau, s. 108).

¹⁰⁵⁴ RGSt 63, 48; BGH, GA 1971, 365 (Schreiber/ Rosenau, s. 108).

¹⁰⁵⁵ Schönke/ Schröder, § 20, kn. 30.

¹⁰⁵⁶ BGHSt 1, 384; BGH, NJW 1969, 151; BGH, NStZ 1981, 298; BGH, NJW 1982, 2009 (Schreiber/ Rosenau, s. 108).

¹⁰⁵⁷ BGHSt 2, 194 (202); Schönke/ Schröder, § 17, kn. 4; Roxin, AT I, § 21 B, s. 933; Frister, AT, s. 259; Özgenç, “Kusur Yargısı ve Yaş Küçüklüğü”, s. 254.

yerine, “fiilin haksızlığı” ifadesinin kullanılması daha yerinde bir tercih olacaktır. TCK m. 30/4’ de de, “fiilin haksızlığı” ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Aynı kavramın tercih edilmesi, hukuk istikrarının korunmasına ve bireylerdeki hukuki güvenlik bilincinin güçlendirilmesine hizmet edecektir.

(2) Algılama Yeteneğinin Tıbbi Yönü

Algılama yeteneği, kuşkusuz salt normatif karakterli bir kavram değildir. Algılama, şuur, bellek, idrak gibi kognitif (bilişsel) nitelikteki kavramlar özellikle nöroloji, psikiyatri gibi tıbbi alanların da iştiğal alanını oluşturmaktadır. Tıp alanındaki algılama yeteneği değerlendirmesi, TCK m. 32’ de yer alan “fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamama” durumunu doğrudan etkileyebilecektir. Zira gerçeklikle bağını tamamen yitirmiş, halüsinasyonlar gören, doğaüstü güçlerden emir alan bir kişinin normatif olarak kabul edilen fiilinin haksızlığını algılama yeteneğinin bulunmaması, büyük oranda tıbbi olarak algılama yeteneğinin yokluğu tespitine bağlıdır. Burada mahkemenin normatif değerlendirme alanı kısıtlı olmaktadır. Bu bakımdan algılama, şuur, idrak gibi bazı kavramların açıklanmasında yarar vardır. 765 sayılı TCK döneminde “*fiil işlendiği zaman şuurunun veya harekâtının serbestisini tamamen kaldıracak surette akıl hastalığına duçar olan kimseye ceza verilmez.*” düzenlemesi yer almaktaydı. Bu bakımdan “şuur” kavramı kusur yeteneği değerlendirmesi açısından önem arz etmekteydi.

Şuur (bilinç), kişinin kendisi ve çevresindekiler hakkında tam bilgi sahibi olması ve bu iki ortam arasında sağlıklı bir bağlantı kurabilmesi hali olarak açıklanmaktadır¹⁰⁵⁸. Öğretide, “şuur (bilinç)” kavramının üç aşamasının veya elemanının bulunduğu söylenmektedir. Bunlar şu şekilde dile getirilmektedir¹⁰⁵⁹:

1. Şuur için ilk şart “uyanıklık hali”dir¹⁰⁶⁰. Bir kişinin şuurlu olabilmesi için uyanık ve dikkatli olması gerekmektedir.

¹⁰⁵⁸ Vedat F. Belli, **Adli Psikiyatri**, Türkiye Klinikleri, Ankara, 1992, s. 5.

¹⁰⁵⁹ Songar, “Psikiyatri Açısından Ceza Ehliyeti”, s. 1050.

¹⁰⁶⁰ Bilinç uykuda fizyolojik olarak yoktur. Koma, senkop, epileptik durumlarda bilinçli durum söz konusu değildir. Ansefalitlere bağlı uyku halleri ile narkolepside, mental konfüzyon hallerinde bilinç yoktur. Bkz. Belli, s. 5.

2. Çevreden gelen haberleri, intiba ve mesajları almakla ilgili bulunan sinir sisteminin ve duyu organlarının sağlam olması gerekmektedir. Örneğin, gözleri olmayan bir kişinin, görme ile alakalı bir olaya karşı “şuurlu” olması mümkün değildir.

3. Uyanık ve dikkatli bir kişinin idrak ettiği intibaların kalitelerinin ayırt edilmesi, tanınması, bilinmesi ve haberdar olunması gerekmektedir. Şuur, bu noktada yüksek ruhi kapasiteleri, zekâ ve hafızayı, muhakemeyi de içine almaktadır.

Bazı kaynaklarda şuur (bilinç) için yukarıda yer verilen üç elemanın yanında oriyantasyona (yönelime) de karakteristik özellik olarak yer verilmektedir. Oriyantasyon (temporo-spatiale) zaman ve mekânın doğru olarak bilinmesi, tanınması durumudur¹⁰⁶¹.

765 sayılı TCK’ da yer alan şuur kavramının genel bir ifade olduğu ve sadece kişinin kendisinin ve çevresinin farkında olmasını sağlayan, açıklık derecesi tam uyanıklılıktan derin komaya kadar değişen ve uykuda fizyolojik olarak olmayan bir şuur kavramının kastedilmediği söylenmiştir¹⁰⁶². Ceza sorumluluğu olmayan ağır ruhsal bozukluklarda da bu anlamda bir şuur bozukluğu yoktur. Suç işleyen hastalar suç fiilini genellikle hezeyan, halüsinasyon, illüzyon, yargılama ve yorumlama hataları nedeniyle yapar ve yaptıkları fiili bilir, hatırlar, ancak bu fiilin suç olup olmadığını değerlendiremezler¹⁰⁶³.

Algı dar anlamıyla uyarıların duyu nöronları aracılığı ile beyne iletilmesi, değerlendirilmesi ve tanınması olarak tanımlanmaktadır. Daha geniş bir tanıma göre ise, kişinin kendi deneyimlerine, bilgisine, düşüncelerine ve duygularına göre değişebilen, belirli bir duysal uyarının öneminin ve anlamının farkında olunmasıdır¹⁰⁶⁴. Bir başka deyişle kişinin duyu organları ile aldığı uyarılarıyla dış dünya ve kendisi hakkında edindiği izlenimlerin tamamıdır¹⁰⁶⁵. Algı bilişsel yetilerin bir parçası olarak kabul edilmektedir. Bilişsel işlevler teşkil eden bilinç, dikkat, algı, bellek, yönelim, yargılama, gerçeği değerlendirme ve zekâ yetilerini içerir¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶¹ Belli, s. 5.

¹⁰⁶² Özkan/ Hakeri, s. 91.

¹⁰⁶³ Özkan/ Hakeri, s. 91; Ünver, Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s. 115.

¹⁰⁶⁴ Özkara/ Hakeri/ Can/ Ulaş, s. 15.

¹⁰⁶⁵ Belli, s. 5.

¹⁰⁶⁶ Özkara/ Hakeri/ Can/ Ulaş, s. 15.

Belirtilen yetilerdeki bozulmalar ise kognitif süreçleri, dolayısıyla algılama yeteneğini etkileyecektir.

Bellek de daha önce belirtilen şuur (bilinç) gibi algılama yeteneği açısından önem arz eden bir yetidir. Zira geçmişteki bilgi ve deneyimleri kaydetme, saklama ve hatırlama yetisi¹⁰⁶⁷ de, failin fiilinin haksızlığını algılama ya da davranışlarına yön verme yeteneğinde etkili olabilecektir. Özellikle Alzheimer tipi demanslarda olduğu gibi belleğin zayıflaması, bilişsel güçsüzlük ya da zayıflık gibi hallerin etkisi ile de kişiler suç işleyebilmektedir¹⁰⁶⁸. Bellek zayıflaması affektif bozukluklar gibi durumlarda olabileceği gibi, hafif kafa yaralanmaları sonucu da gerçekleşebilecektir¹⁰⁶⁹.

Hukuk toplumu içinde kişilerin yasal haklarını kullanabilmesi ve yasalar karşısında sorumlu bir birey olarak muhatap alınabilmesi için, kişinin davranışlarının farkında olması, çevre koşullarını gözetebilmesi, gerçeği değerlendirme ve yargılama yetilerine sahip olması, bilişsel işlevlerinde bozukluk olmaması, fiillerinin anlam ve sonuçlarını kavrayabilmesi, iradesinin akıl bozukluğu ile zedelenmeksizin özgür ve güçlü olması, telkine karşı koyabilmesi gerekmektedir¹⁰⁷⁰. Bir suç nedeniyle kusurlu ve sorumlu addedilebilmek için fiilin yapılmasını ya da yapılmamasını, yapılacaksa çerçevesini belirleyen bu bilişsel yetilerin herhangi bir müdahaleye maruz kalmamış olması gerekmektedir. Bu nedenle adli psikiyatrik değerlendirmede kişinin gerçeği değerlendirme, algılama, düşünme ve eyleme geçme sürecinin suç teşkil olayda ne şekilde nedensellik arz ettiğinin araştırılması gerekmektedir¹⁰⁷¹.

Karar verme süreçlerinde, uyarının algılanması, ilgisiz diğer uyarıların baskılanması, tepki seçeneklerinin “zihinde tutulması”, her seçeneğin

¹⁰⁶⁷ Okan Çalıyurt / Ercan Abay, “Psikiyatri’ de Bellek”, **Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi**, 12(1, 2, 3), 1995, s. 261.

¹⁰⁶⁸ Hastalığın başlangıç kısmı ile son aşaması arasında büyük fark bulunduğu için, demansla ilgili hukuki değerlendirmenin hastalığın derecesine göre yapılması gerektiği belirtilmektedir. Bu yüzden hastalığın ilk aşamaları açısından TCK m. 34/1’ deki hükmün uygulanması gerektiği, hastalığın son aşamaya ulaşması durumunda ise, TCK m. 32’ deki hükmün uygulanması gerektiği savunulmaktadır. Hastalığın hangi aşamada olduğu ise nörologlarca saptanacaktır. Bkz. Fatih Selami Mahmutoglu, “Nöroloji Uzmanlarının Bilirkişilik Sıfatıyla Adli Bilimler Bağlamındaki Roller”, **Türk Nöroloji Dergisi**, S. 18, 2012, s. 50.

¹⁰⁶⁹ Çalıyurt/ Abay, s. 263.

¹⁰⁷⁰ Elif Aktan Mutlu / Süheyla Ünal, “Sol Temporal Lob Atrofisi ve Yargılama Yetisi”, **Nöropsikiyatri Arşivi**, S. 49, 2012, s. 224.

¹⁰⁷¹ Mutlu/ Ünal, s. 224.

değerlendirilmesi, o durum için en uygun seçeneğe karar verilmesi, verilen karar sonucunda eylemin başlatılması, eylemin performansının izlenmesi, değişen koşullar doğrultusunda kararın yeniden gözden geçirilmesi gibi yönetsel bilişsel işlevler yer almaktadır¹⁰⁷². Bu süreçlerdeki akıl hastalığı ya da diğer zihinsel bozuklukların etkisi ile gerçekleşebilecek herhangi bir etki fail tarafından alınacak kararı ve bu karar kapsamında gerçekleştirilecek fiili etkileyecektir. Bu bakımdan adli psikiyatrik incelemede bu işlevlerin etkiye maruz kalıp kalmadıkları özellikle hastalık tabloları ve klinik tecrübeye dayalı olarak değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

Öğretide algı bozukluklarının birçok psikiyatrik hastalıkta saptanabileceği belirtilmekte ve 4 ana kategoride sınıflandırılabilen söylenmektedir. Bunlar¹⁰⁷³:

1. Varsanı (Halüsinasyon): Bir uyarın olmadığı halde algılamanın olmasıdır. İşitme, görme, tat, koku ve dokunma varsanıları olabilir. İşitme ve görme varsanıları en sık karşılaşılan varsanılardır. İşitme varsanıları daha çok şizofrenide, görme ve dokunma varsanıları ise daha çok deliriyumda olur. Ortamda olmadığı halde yanmış lastik, çürük yumurta gibi hoş olmayan bir kokunun algılanması (koku varsanısı) temporal lobe epilepside ortaya çıkabilir.

2. Yanılsama (İlüzyon): Uyarınların yanlış algılanması ve yorumlanmasıdır. Genellikle akut organik sendrom gibi bilinçlilik düzeyinin azaldığı durumlarda ortaya çıkar. Örneğin, deliriyumdaki bir hasta cansız nesnelere insanmış gibi algılayabilir.

3. Derealizasyon: Çevrenin değişmiş biçimde algılanmasıdır. Kişi çevresini bambaşka, tanımadık yabancı bir çevre imiş gibi algılar. Bir kişi daha önce hiç görmediği bir yeri sanki görmüş gibi (deja-vu), gördüğü bir yeri hiç görmemiş gibi (jamais-vu) algılayabilir.

4. Depersonalizasyon: Bireyin kendisini, bedenini değişmiş, farklı algılamasıdır. Beden algılamasında bozukluk bazen bedenin tümünü ya da bölümlerini büyüyor, küçülüyor, parçalanıyor ya da değişiyor biçiminde olabilir. Kişi aynaya bakınca sanki kendi yüzünü tanımyormuş, kendisinin değilmiş gibi algılayabilir. Bu belirti şizofrenide, organik beyin bozukluklarında, disosiyatif bozuklukta görülebilir.

¹⁰⁷² Mutlu/ Ünal, s. 226.

¹⁰⁷³ Özkara/ Hakeri/ Can/ Ulaş, s. 15.

Kusur yeteneğine etki bakımından failin gerçeklikle bağının kopmasına yol açan şizofreni gibi içsel kaynaklı psikozların yanı sıra, organik temelli beyin sendromlarının da aynı etkiye sahip olabileceği söylenmelidir. Bir başka deyişle beyin travması sonrası oluşan ya da beyin tümörünün neden olduğu bilişsel bozukluklar da failin algılama yeteneğine etkili olabilecektir. Konfüzyon mental, akut beyin sendromu, akut psiko-organik sendrom olarak da bilinen deliriumda birçok organik nedene bağlı olarak beynin bütünüyle kısa sürede etkilenmesine bağlı olarak, bilinç çeşitli derecede bozulur ve dalgalı bir seyir izler¹⁰⁷⁴. Bilincin tam yerinde olmadığı bilinç bulanıklığı durumunda oriyantasyon (yer, zaman, kişi ayırımı yapabilme yeteneği), dikkat, hafıza, yargılama, yorumlama bozulmuştur. Düşünce karmaşıktır ve yavaşlamıştır. Kişi olayları yanlış algılayabilir ve yanlış yorumlayabilir. Söz konusu bu yanlış yargılama ya da yorumlama hatalarının etkisi ile kendisine ya da başkasına zarar verebilir¹⁰⁷⁵.

Bu noktada bilişsel yetilerin sağlıklı işleminde yönetici işlevler açısından önemli rolü olan frontal lob ile temporal lobun önemine dikkat çekilmektedir¹⁰⁷⁶. Nedensellik ilişkisi kurma, bellek, planlama, duygusal düzenleme ve dürtü kontrolü sağlanmasını içeren “yürütücü işlevler” açısından odak noktası teşkil eden prefrontal korteks (kafatasında alın bölgesine denk gelen beynin ön bölgesi) beynin en son olgunlaşan bölümüdür¹⁰⁷⁷. Bu nedenle bu konu, çocukların ceza sorumluluğu açısından da dikkatle araştırılması gereken bir husustur.

Gerçekleşen bir olayda bir failin adına şirket kurulmuş ve şirket adına başka kişilere 400 bin Lira değerinde sahte çekler dağıtılmıştır. Fail Vergi Usul Kanunu kapsamında yargılanmaktadır. Failin aile üyeleri failin kandırılarak imzalarının alındığını, kendilerinin, açılan dava vesilesi ile olaydan haberdar olduklarını, failin bu işlemleri yapacak kapasitesinin bulunmadığını belirtmiştir. Olayda failin sol temporal lob atrofisi bulunması ve frontal lob sendromuna benzer klinik görünüm arz

¹⁰⁷⁴ Özkan/ Hakeri, s. 91.

¹⁰⁷⁵ Özkan/ Hakeri, s. 91.

¹⁰⁷⁶ Mutlu/ Ünal, s. 224. Frontal lob ve davranışın kompleks yönleri hakkında yönetici işlevler (executive functions) teorisi ve bu kavramlar arasındaki bağlantı için bkz. Derya Şahin Beyaztürk, “Yönetici İşlevler, Frontal Lob ve Demans”, **Beyin ve Nöropsikoloji** (Edit.: Prof. Dr. Sirel Karakaş/ Prof. Dr. Ceyla İrkeç/ Prof. Dr. Nevzat Yüksel), Çizgi Yayınevi, İstanbul, 2004, s. 123 vd.

¹⁰⁷⁷ Adalet Bakanlığı, Ceza Sorumluluğunun Değerlendirilmesi Rehberi, s. 64.

etmesi nedeniyle ceza sorumluluğunun bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Olayda karar verme yetisini önemli derecede kaybeden, özbakımı azalan, çocuksu görünüm ve davranışlar sergileyen, sosyal geri çekilme ve beceriksizlik gösteren, duygusal açıdan fakir olan, yaşamsal olayları sonuçlarıyla birlikte değerlendirip karar veremeyen ve içgörüye sahip olmayan failin sorumlu tutulamayacağını altı çizilmiştir¹⁰⁷⁸.

b. Davranışlarını Yönlendirme Yeteneği

(1). Davranışlarını Yönlendirme Yeteneğinin Normatif Yönü

Failin, fiilinin haksızlığını algılama kudretinin mevcut olduğu durumlarda¹⁰⁷⁹, belirtilen psikopatolojik haller sebebiyle failin haksızlık algısına uygun davranamaması durumlarında da kusur yeteneğinin olmadığı kabul edilir. Burada önemli olan, failin fiili işleme dürtülerini (eylemi harekete geçiren güdülerini) ve bu dürtülere karşı gelen frenleyici düşünceleri karşılaştırarak değerlendirmesi, bunları tartıp ölçüp biçerek norma uygun bir davranışa göre bir irade kararına varmasıdır¹⁰⁸⁰. Davranışlarını yönlendirme yeteneği bu yöndeki irade anlamındadır. İrade ise karar verme, değişik davranışlar arasında seçim yapma ve bu davranışların yöneldiği hedefleri bilme anlamına gelmektedir. Bu nitelikteki önemli kararlarda benlikteki hâkim değerler rol oynar¹⁰⁸¹. Öğretide kanunda yer alan “davranışlarını yönlendirme yeteneği” kavramının akıl hastalığına ilişkin sınırlayıcı bir tabir olduğu söylenmektedir. Zira davranışlarını yönlendirme yeteneğini haiz olmakla birlikte tam akıl hastası sayılan kişiler vardır, bu tür akıl hastalıkları mevcuttur¹⁰⁸². Her ne kadar kanun metninde genel geçer bir şekilde “davranışlarını yönlendirme yeteneği” kavramının kullanılması doğru sonuçlar ortaya çıkarmayabilecek olsa da, hangi

¹⁰⁷⁸ Mutlu/ Ünal, s. 226.

¹⁰⁷⁹ Failde haksızlık bilinci sağlam olsa dahi, psikişik bozukluklar kusur yeteneğini kaldırabilir. Bkz. Stratenwerth/ Kuhlen, s. 168.

¹⁰⁸⁰ Schönke/ Schröder, § 20, kn. 29.

¹⁰⁸¹ Özden, s. 78.

¹⁰⁸² Behiye Eker Kazancı, “Akıl Hastalarına Uygulanacak Güvenlik Tedbirleri”, **2. Ceza Hukuku Reformları Kongresi C. 1** (Edit.: Prof. Dr. Adem Sözüer), Oniki Levha Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 248.

kavram kullanılırsa kullanılsın bunun aksine durumların olabileceği söylenmektedir¹⁰⁸³. Ancak dikkat edilmelidir ki, TCK m. 32' de yer verilen "davranışlarını yönlendirme yeteneği" failde genel olarak aranacak bir yetenek olarak düzenlenmemiştir. Burada kanun metninde "bu fiille ilgili" nitelemesi yapılarak, failin "işlediği fiil" kastedilmiştir. Bu bakımdan akıl hastası olmakla beraber genel anlamda "davranışlarını yönlendirme yeteneği" bulunan failin, somut eylem durumunda bu yeteneği olmayabilir ya da bu yetenek önemli derecede azalmış olabilir. Genel anlamda var olan "davranışlarını yönlendirme yeteneği"nin, somut fiil açısından yapılacak değerlendirme açısından sadece bir gösterge ya da belirti niteliği olabilir. Bu sonuca kusurun somut eylem kusuru (*Einzeltatschuld*)¹⁰⁸⁴ olma özelliği ile de ulaşılabilecektir.

Davranışlarını yönlendirme yeteneği ya da davranışlar üzerinde kontrol yeteneği, ancak failin haksızlığı algılama yeteneğinin bulunduğu kanaat getirilirse kontrol edilmelidir¹⁰⁸⁵. Çünkü algılama yeteneğinin olmadığı durumlarda davranışlarını yönlendirme (kontrol) yeteneğinin de zorunlu olarak olmaması durumu ortaya çıkacaktır. Bu nedenle TCK 32/1' inci maddesinin uygulanması, bu özelliklerden her ikisinin birlikte bulunmamasına dayandırılmaz¹⁰⁸⁶.

"Davranışlarını yönlendirme yeteneği" esasen failin "haksızlık algısına uygun davranışta bulunma yeteneği" anlamına gelmektedir. "Haksızlık algısına uygun davranışta bulunma" yeteneğinin bulunmadığı ilk durum, failin haksızlık algısına

¹⁰⁸³ Eker Kazancı, "Akıl Hastalarına Uygulanacak Güvenlik Tedbirleri", s. 248.

¹⁰⁸⁴ Müller-Dietz burada fiille bağlantılı olmayan, faile ilişkin unsurların örneğini; karakter bağlantılı (karakter kusuru-*Charakterschuld*, kişilik kusuru-*Persönlichkeitsschuld*), durum bağlantılı (durum kusuru-*Dispositionsschuld* veya eğilim kusuru-*Hangschuld*) ya da psikolojik (sürdürülen yaşam tarzı kusuru-*Lebensführungsschuld* ya da yaşamını şekillendirme kusuru-*Lebensgestaltungsschuld*) gibi unsurların ceza hukukuna yabancı olduğunu belirtmektedir. Bkz. Müller-Dietz, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, s. 62.

¹⁰⁸⁵ "Sanığın 27.08.2007 tarihinde çocuk gelişim uzmanı ile yaptığı görüşmede verdiği ifadesinde cinsel istismarın yanlışlığını bildiğini ancak kendisine engel olamadığını bu yüzden tedavi olmak istediğini belirtmesi karşısında, çocuk gelişim uzmanının sanığın psikiyatri bölümünde tedavi olması gerektiği yönündeki kanaati de gözetilerek, fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış ya da önemli derecede azalmış olup olmadığına ilişkin Adli Tıp Kurumuna inceleme yaptırılıp rapor alındıktan sonra sanığın hukuki durumunun TCK' nin 32. maddesi hükümleri degözetilmek suretiyle belirlenmesi gerektiği gözetilmeden eksik soruşturmayla hüküm kurulması,...Kanuna aykırı,..." **Yargıtay, 14. CD., E. 2012/12198, K. 2012/12704, T. 10.12.2012** (YKD., C. 39, S. 2, Şubat 2013, s. 442-443)

¹⁰⁸⁶ Schönke/Schröder, § 20, kn. 25; Schöch, LK, § 20, kn. 80; Schreiber/ Rosenau, s. 106.

sahip olmadığı durumdur. Bu nedenle davranışlarını yönlendirme (kontrol) yeteneğinin eksik olup olmadığının kontrolü, ancak haksızlık algısının mevcudiyetinin teyit (tasdik) edilmesi durumunda yapılabilir. Davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunmaması hali, “norma uygun motivasyona” sahip olmaya ilişkin akla uygun değerlendirmeler (mülahalalar, düşünüp tartışmalar) yaparak tüm direnç gücünün kullanılmasına¹⁰⁸⁷ rağmen kendi iradesini belirleme yeteneksizliği durumu anlamına gelmektedir¹⁰⁸⁸. Bir başka deyişle algılamasına uygun olarak davranışlarını istediği doğrultuda yönlendirme iradesidir¹⁰⁸⁹. Öğretide “davranışlarını yönlendirme yeteneği” kavramı için, “akli (zihinsel) dispoziyon yeteneği¹⁰⁹⁰” kavramının da kullanıldığı görülmektedir. Akli dispoziyon yeteneği, akli bireyselliğimize göre tespitte bulunma ve tespitten edinilen eylem uyarısına karşı akli özelliklerimize ve bu özelliklerde yatan ilgilerimize uygun şekilde tepki verme yeteneğidir¹⁰⁹¹.

Davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunmaması halinin arka planını “genelde bir eylem tasarımına katkıda bulunan, istem yeteneklerinin neden olduğu hasarlar” oluşturmaktadır¹⁰⁹². Böylece psişik bozukluk, hedef tasavvurunun belirlenmesinde dahi, yani motivasyon oluşumu aşamasında bile etki edebilir¹⁰⁹³. Eylemin haksızlığını görece algının olması durumunda da, şayet fail ruhsal bozukluk nedeniyle bu algıya göre hareket edemeyecek durumdaysa kusur yeteneğinin olmadığı kabul edilir. Bu durum özellikle alkol kullanımına bağlı sarhoşlukta, psikopati, nevroz ve dürtüsel bozukluklarda söz konusu olmaktadır. Çünkü burada failde net (açık) haksızlık bilincine (haksızlık algısına) rağmen, istisnai olarak failin eylem dürtüleri o denli güç kazanırlar ki veya failin kendini frenleme becerisi o denli zayıflar ki, artık davranışın kontrolü mümkün değildir¹⁰⁹⁴.

¹⁰⁸⁷ Bu yönde tüm çabanın sarf edilmesine ve tüm direnç gücünün harcanmasına rağmen, kendi iradesini hukuka uygun davranıştan yana belirleyememesi halidir.

¹⁰⁸⁸ Schöch, “Die Schuldfähigkeit”, s. 133; Gropp, AT, kn. 91, s. 286; Lackner/ Kühl, § 20, kn. 3.

¹⁰⁸⁹ Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 486.

¹⁰⁹⁰ Alm. “geistige Dispositionsfähigkeit”

¹⁰⁹¹ Merkel, Die Lehre von Verbrechen und Strafe, s. 66.

¹⁰⁹² Nedopil/Müller, s. 42; Gropp, AT, kn. 91, s. 286-287.

¹⁰⁹³ Nedopil/Müller, s. 42; Gropp, AT, kn. 91, s. 286-287.

¹⁰⁹⁴ (BGH NJW 1952, 353; 1964, 2213); Belirli bir zamandan beri bilinen kromozom sapmalarıyla ciddi kriminal suçların kaynağının bulunduğu inanılmış olsa da, yapılan kromozom

Örneğin, zekâ geriliği bulunan bir kişinin kışkırtılma sonucu işlemiş olduğu bir şiddet suçunda dürtü denetimini sağlayamaması ya da açıkta bulunan bir malı alıp kullanmış olması durumunda davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunmaması nedeniyle ceza sorumluluğu bulunmamaktadır. Ancak bu kişinin ustalık gerektiren bir hırsızlık suçu için ceza sorumluluğunun bulunduğu değerlendirilebilir¹⁰⁹⁵.

İradenin oluşmasına esas olan ruhsal süreçler kan basıncı, solunum veya sindirim gibi doğal kurallara göre işlememekte; aksine kendine göre belirleyici yasaları bulunmaktadır¹⁰⁹⁶. Davranışı belirleme özelliği, insanın kendine etki eden dürtüleri kontrol etme yeteneğine ve anlam içeriklerine, değerlere ve normlara göre kararını düzenleme yeteneğine dayanmaktadır¹⁰⁹⁷. İnsanı diğer tüm canlılara göre öne çıkaran mükemmellik, davranışlarını kendisinin verdiği bir manayla yürütmesidir; oysa ki hayvan, daima içgüdüsel dünyasının mekanizması içinde hapsolmektedir¹⁰⁹⁸.

İrade, kişinin davranış ve fikirleri arasında tercih yapabilme, seçme kabiliyeti ve melekesidir. Bazı akıl hastalıklarında kişi kendi iradesiyle bu seçimi yapamaz, hezeyanlı fikirlerin, pralojik mantığının ve idrak yanılgılarının veya başka bir kişinin tesir ve baskısı altındadır. İşte bu kapsamda gerçekleştirilen fiillerin kişinin kendi iradesini yansıttığı söylenemez¹⁰⁹⁹. Birçok akıl hastalığı durumunda hastada görülen iç dürtüler, hezeyanlar kişinin iradesine tamamen egemen olmuştur. Hastaların davranış ve düşünceleri, ya tamamen ve doğrudan doğruya bu baskıların

araştırmalarında XYY anomalisinin kontrol yeteneğini olumsuz yönde etkilediğine dair bir tespit henüz olmamıştır. Bkz. Jescheck/ Weigend, § 40, s. 441, dp. 43.

¹⁰⁹⁵ Öncü/Sercan, 1. Baskı (2007), s. 48.

¹⁰⁹⁶ *Dönmezer*' e göre, irade mütemadiyen ve zaruri olarak en büyük olan saiklerin tesirine maruz kalıyorsa, kendiliğinden tayin edici (= *Auto-déterminant*) olur. Ve böylece isnat yeteneğinden bahsetmek mümkün olmaz. Bu durumda hareketlerin istikametini tayin eden insan değildir. Fakat bu istikameti saikler tayin eder; nasıl ki, bulutların istikametini tayin eden şey en kuvvetli olan rüzgarlardır. Saiksiz hiçbir insani faaliyet olamaz. Bununla beraber, bu saikleri hareketlerimizi tayin eden sebeplerle karıştırmamak gerekir. Saik temayül ettirilebilir. Fakat, icbar etmek manasında olarak tayin etmez. İrademiz saikleri tartmaya ve neticede birini veya diğerini tercih etmeye muktedirdir. Bir karar verildiği zaman daima bir saik tercih olunur. Fakat bu şekilde hareket ederken, başka bir şekilde hareket edilebileceği hiss olunur. Bkz. *Dönmezer*, "Cezai Sorumluluğun Esası Olarak Failin Normalliği Telâkkisi", s. 129.

¹⁰⁹⁷ Jescheck/ Weigend, § 37, s. 410.

¹⁰⁹⁸ Jescheck/ Weigend, § 37, s. 410.

¹⁰⁹⁹ Songar, "Psikiyatri Açısından Ceza Ehliyeti", s. 1056; Ünver, Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s. 116-117.

yönlendirdiği şekilde veya bu baskılar nedeniyle ve dolayısıyla belirli davranış şekilleri tarzında olmaktadır¹¹⁰⁰. Kişiler iradelerine hâkim olan bu hastalığın etkisiyle suç teşkil eden davranışı gerçekleştirmeye sürüklenmektedir. Bu şekilde davranışlarını yönlendirme yeteneğinin kalkmış olması halinde ise, failin başka türlü hareket edebilme olanağı ortadan kalkmış olduğu için, kusurluluktan da söz edilemeyecektir¹¹⁰¹. Örneğin, paranoid psikoz hastası bir fail, tüm yaşamında tek bir sanrıya saplanarak onun doğrultusunda gidebilir ve yargılama yetisindeki bu bozukluk nedeniyle karşısına aldığı kişilere her an kötü ya da tehlikeli bir davranış içine girebilir. Hak arama sanrısı gösteren bir hasta (*revandikatör*), aldatıldığı düşüncesine kapılarak birden hınçla öç almaya kalkabilir, haksızlığı gidermek bahanesiyle adam öldürebilir¹¹⁰². Aynı şekilde perseküsyon sanrısı gösterenler de, bir süre başkalarından kötülük göreceğini, kendisini izleyip yakalarlarsa öldüreceklerini düşünerek kötülük yapacaklarına inandığı kişileri öldürebilir¹¹⁰³.

Davranışlarını belirtilen hallerin etkisi altında gerçekleştirmeyen, tamamen kendisini yansıtan, hukuka uygun olan ile hukuka aykırı olan arasında özerk bir kararı temsil eden kendi iradesi kapsamında gerçekleştiren kişi kusur yeteneği etkilenmemiş kişidir. Ancak bu durumdaki iradeye sahip olan kişilerin gerçekleştirmiş oldukları fiiller hakkında kınama temelinde kusur yargısında bulunulabilecektir. Olduğundan farklı görünmesini sağlayan psikopatolojik hallerin etkisi altında fiilini gerçekleştiren kişinin, gerçekten de hukuk kurallarına sadık bir birey olup olmadığı anlaşılacaktır. Bu nedenle toplumsal anlamda ceza hukuku aracılığıyla kınanmaları söz konusu değildir.

“Fiilin haksızlığını algılayabilme” yeteneği ile “bu algıya göre hareket edebilme” yeteneği çoğu zaman birbirine geçmekte ve bu durumda net bir şekilde ayrıma tabi tutulamamaktadır. Neticede failin fiilin haksızlığını algılama yeteneğinin eksikliği, davranışlarını da yanlış yönde yönlendirmesine yol açmaktadır. Fakat fiilin haksızlığını algılama yeteneğinin bulunmaması haline dayanmayan başkaca sebeplerle oluşmuş davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunmadığı haller de söz

¹¹⁰⁰ Ünver, Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s. 117.

¹¹⁰¹ Ünver, Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s. 117.

¹¹⁰² Akgün, s. 144.

¹¹⁰³ Akgün, s. 144.

konusu olabilmektedir¹¹⁰⁴. Var olan algılama yeteneği ve hatta mevcut haksızlık algısı, kendini frenleme yeteneğine ilişkin bir sonuca (yargıya, çıkarsamaya) vardırmamaktadır. Sarhoşluk durumlarında çoğu zaman algılama yeteneğinden önce kendini frenleme yeteneğinin olmadığına karar verilir. Fakat beden bütünlüğüne ya da yaşam hakkına karşı işlenen suçlarda, “kandaki ciddi alkol miktarları” da genelde sağlıklı insanlarda kendini frenleme yeteneğini yok etmeye (kaldırmaya) yaramamaktadır¹¹⁰⁵.

Davranışlarını yönlendirme yeteneği, amaca uygun (rasyonel) eylemde bulunma yeteneği ile karıştırılmamalıdır¹¹⁰⁶. Davranışlarını yönlendirme yeteneği (davranışlarını engelleme yeteneği) ancak, fail tüm direnç kuvvetlerinin uygulanmasından sonra bile norma uygun bir motivasyona ulaşamadığında yok kabul edilir¹¹⁰⁷. Özellikle çok ciddi fiillerde genelde daha yüksek bir frenleme eşiği varsayıldığından (örneğin, cinsel suç sonrası öldürme gibi ya da bir öldürme olayında) bazı psişik yeteneklerin eksik olması durumunda bile davranışlarını engelleme kabiliyeti halen var sayılabilir¹¹⁰⁸.

Biyolojik-psikolojik bağlantı bulgularının davranışları kontrol yeteneği üzerindeki etkisiyle ilgili olarak sıkça savunulan görüş, biyolojik kaynakların (yani hastalıklı ruhsal bozuklukların) genelde kusur yeteneğini kaldırdığı; psikolojik bulguların (özellikle psikolojik anormalliklerin) ise sadece istisna olarak kusursuz sayılmayı sağladığı yönündedir¹¹⁰⁹. Duruma göre bu geçerli olsa da, bireysel durumlar için genel geçer bir sonuç çıkarılamamaktadır. *Meyer* örneğin, bozuklukların şiddetinin, tanısına oranla artan boyutta adli bir önem kazandığını ve örneğin “bunaklık temelli afallama durumunun veya akut şizofrenik psikoz durumunun” ve tanılarının neredeyse “otomatik” kusur yeteneğini kaldırdığını

¹¹⁰⁴ Roxin, AT I, § 20 A, s. 900.

¹¹⁰⁵ BGH, NStZ 1981, 298 vd. (Roxin, AT I, § 20 A, s. 901)

¹¹⁰⁶ Amaca uygun eylemde bulunma görece belirli çerçevede küçük çocuklarda da bulunmaktadır. Ayrıca amaca uygun davranma yeteneği psişik bozukluklar dolayısıyla doğrudan doğruya (derhal) kalkmamaktadır. Bkz. Stratenwerth/ Kuhlen, s. 168.

¹¹⁰⁷ Lackner/ Kühl, § 20, kn. 12; Rudolph, SK, § 20, kn. 21; Schöch, LK, § 20, kn. 79; Schönke/ Schröder, § 20, kn. 29.

¹¹⁰⁸ Schönke/ Schröder, § 20, kn. 29.

¹¹⁰⁹ Roxin, AT I, § 20 A, s. 902.

vurgulamaktadır¹¹¹⁰. *Venzlaff*, “erken çocukluk döneminden kaynaklanan beyin hasarlarının veya travmatik beyin hasarlarının neden olduğu bedensel bulguların özellikle hafif derecede akıl zayıflığı ile bağlantılı olduğu durumlarda” çok basit bir mazeret haline gelebildiğini, “oysa çocuk ve gençlerde suç işleme davranışının aslında hiç de bundan doğmadığını” ortaya koymaktadır¹¹¹¹. Öte yandan fiziksel kaynağı olmayan ruhsal anormalliklerin davranışları kontrol yeteneği üzerindeki etkileri, sıkça azımsanmaktadır¹¹¹². Bu nedenle norma uygun davranabilme ve davranışlar üzerinde kontrol sağlayabilme hükmünü, bozukluğun kaynağından çok bozukluğun ağırlığına göre vermek gerekir¹¹¹³.

Frister’ e göre, haksızlık algısına göre eylemde bulunma yeteneğinin aranması büyük problemler yaratmaktadır. Fiziksel hareket yeteneği, hâlihazırda tipikliğe dâhil olduğundan davranışlarını kontrol yeteneğinde, sadece haksızlık algısına uygun bir eylemde bulunmak için gerekli psişik beceri önemlidir. Yani haksızlık algısına uygun eylemde bulunma becerisiyle, aslında haksızlık algısına uygun bir irade oluşturma yeteneği kastedilmektedir. Hukuka aykırı eylemde bulunan failin irade oluşturma yeteneği, vermiş olduğu karardaki irade oluşturabilme yeteneğinden başka bir şey değildir. Tecrübeyle sabit teorik nedenlerden dolayı failin bu tür psişik yeteneğinin olması da imkânsız olduğundan, kontrol yeteneği, -tıpkı önceki özgür irade tayini özelliğinde olduğu gibi- tasarlanabilir psişik bir olguyu tarif etmemektedir. Aynı şekilde failin davranışlarını kontrol yeteneği de, kavramsal olarak belirlenmesi mümkün olmayan, insanın irade özgürlüğü fikrinin bir başka ifadesidir¹¹¹⁴.

Algılama yeteneğinden ya da gerçek anlamda haksızlık algısından, kişinin davranışlarını kontrol yeteneğiyle ilgili anlam çıkarmak mümkün değildir. Daha önce

¹¹¹⁰ Joachim-Ernst Meyer, “Psychiatrische Diagnosen und ihre Bedeutung für die Schuldfähigkeit im Sinne der §§ 20/21”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 88(1976), (“Psychiatrische Diagnosen und ihre Bedeutung für die Schuldfähigkeit”), s. 48.

¹¹¹¹ Venzlaff, “Ist die Restaurierung eines ‘engen’ Krankheitsbegriffs erforderlich, um kriminalpolitische Gefahren abzuwenden?”, s. 59; benzer şekilde Meyer, “Psychiatrische Diagnosen und ihre Bedeutung für die Schuldfähigkeit”, s. 49.

¹¹¹² Meyer, “Psychiatrische Diagnosen und ihre Bedeutung für die Schuldfähigkeit”, s. 49 vd.; Venzlaff, “Ist die Restaurierung eines ‘engen’ Krankheitsbegriffs erforderlich, um kriminalpolitische Gefahren abzuwenden?”, s. 60 vd.

¹¹¹³ Roxin, AT I, § 20 A, s. 902.

¹¹¹⁴ Frister, AT, s. 250; Frister, “Der Begriff der Schuldfähigkeit”, s. 316-317; Frister, “Überlegungen zu einem agnostischen Begriff der Schuldfähigkeit”, s. 536.

de belirtildiği üzere, özellikle sarhoşluk durumlarında davranışların kontrol edilebilirliği, genelde algılama kabiliyetinden daha önce yok olmaktadır¹¹¹⁵. Aynı şekilde, düzgün (sağlam) bir algılama yeteneğine rağmen yaş küçüklüğüne bağlı olarak davranışları engelleme kapasitesi bozulabilmektedir. Özellikle sarhoşluk kaynaklı suçlar için geliştirilmiş olan, fiil sırasında ve fiil sonrasında plana uygun ve mantıksal (tutarlı) bir davranışın ve hatırlama yeteneğinin davranışlarını yönlendirme yeteneğinin tam olarak var olduğuna ilişkin net bir sonuca izin vermediği belirtilmektedir. Ancak başka vakalarda tam tersi sonuca varılabilecektir. Örneğin ([yaşa bağlı arteriyoskleroza/yaşlılık damar sertleşmesine) dayalı cinsel suç], [ağır reaktif depresyon], [uyuşturucu bağımlısının uyuşturucu alması suçunda]) failin fiili sırasında ve fiil sonrasında plana uygun ve tutarlı davranması ve hatırlama yeteneğinin bulunması durumlarında, failin davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunduğu kabul edilebilecektir¹¹¹⁶.

Failin önceden, somut eylem anındaki kıyaslanabilir fiil dürtüsüne direnç göstermiş olduğundan yola çıkılarak, onun aslında somut eylem anında da (aktüel durumda) bunu yapabileceği sonucuna varılamaz. Bir başka deyişle, failin daha önceden fiilini kontrol edebilme gücü, değerlendirilmeye tabi tutulan güncel durumdaki eylemde doğrudan failin kontrol gücünün etkilenmediği yargısına yol açmaz. Bu durum özellikle failin daha önceden eyleminden vazgeçtiği durumlarda söz konusu olabilmektedir¹¹¹⁷. Failin daha önceden benzer durumlarda eyleminden vazgeçtiği olgusuna dayanılarak, doğrudan somut eylem anında da bunu yapabilecek nitelikte davranışlarını kontrol edebilecek durumda olduğu yargısına varılamaz. Somut eylem koşullarının ve akıl hastalığının failin kişiliğine bu andaki etki derecesinin araştırılması gerekmektedir.

Öte yandan davranışlarını yönlendirme yeteneğinin var olmasının önemli bir göstergesi fail tarafından, normal insan için akla uygun, mantıklı, makul ve anlaşılır

¹¹¹⁵ Schönke/ Schröder, § 20, kn. 30.

¹¹¹⁶ Schönke/ Schröder, § 20, kn. 30; Zira hedefe yönelmiş davranışlar, eylem kastının gerçekleştirilmesinden başka bir şey değildir. Aynı durum dolandırıcılık suçunda mantıki hareket etme açısından da geçerlidir. (BGH, StV, 1990, 302; Schöch, LK, § 20, kn. 187). Diğer taraftan kaza şoku sonrası kaçma eylemlerinde olduğu gibi planlı hareket etme azalmış kusur yeteneği ile bağdaşmaz. (Schöch, LK, § 20, kn. 187)

¹¹¹⁷ Schöch, LK, § 20, kn. 188.

bir motivasyon ilişkisinde eylemde bulunulmasıdır¹¹¹⁸. Bir dürtüsel anomalide, şekline göre dürtüsellüğün bir kerelik şaşması bile failin davranışlarını engelleme kapasitesinin olumsuz etkilendiğinin bir göstergesi olabilmektedir (anormal, sadistik, sübyancılığa “pedofiliye” dayanan öldürme dürtüsü)¹¹¹⁹. Bunun için de, söz konusu eylemin failin kişiliğine yabancı olması (*Persönlichkeitsfremdheit*)¹¹²⁰ durumunun elverişli bir kriter olup olmadığı, en azından şüphelidir¹¹²¹.

(2). Davranışlarını Yönlendirme Yeteneğinin Tıbbî Yönü

Davranışlarını yönlendirme yeteneği, aynı algılama yeteneğinde olduğu gibi hem normatif (hukuki) karaktere, hem de tıbbî karaktere sahiptir. Bu yetenek normatif (hukuki) yönde failin hukuka aykırı fiilden kaçınabilecek motivasyonu, kişiliğine yabancı içsel ya da dışsal bir etkiye maruz kalmadan oluşturabilmesi yeteneğidir. Bu yeteneğin tıbbî yönünde ise, kişinin otonom iradesini davranışları aracılığıyla sergileyebilme yetisi yer almaktadır. Başka bir deyişle, kişinin iradesine uygun hareket edebilme ve gerektiğinde iradesinin isteklerini engelleyebilme yeteneğine sahip olması, yani kişinin hareketlerini özerk olarak tayin edebilmesidir¹¹²². İrade ise, değişik şekillerde tarif edilebilir. Ancak her yol sonuçta kişinin bir şeyi yapması veya yapmaması konusunda karar verme ve bu son hükümde karar kılması sonucuna varmaktadır¹¹²³.

Adli psikiyatri literatüründe iradî bir fiilin dört aşamadan ibaret olduğu belirtilmektedir. Bunlar şu şekilde belirtilmektedir¹¹²⁴:

¹¹¹⁸ Haddenbrock, “Psychiatrisches Krankheitsparadigma und strafrechtliche Schuldfähigkeit”, s. 42; Lackner/ Kühl, § 20, kn. 17; Schönke/ Schröder, § 20, kn. 30.

¹¹¹⁹ BGH 23, 176 (Schönke/ Schröder, § 20, kn. 30)

¹¹²⁰ Kişiliğe yabancılık kavramına her ne kadar anlam yüklenmekteyse de, bu kavram ne güvenilir olarak tespit edilebilir ne de ifade etkinliğine sahiptir. Hukuka bağlı normal vatandaşlar için tüm kasten işlenen suçlar kişiliğe yabancıdır, ilgili eyleme eğilimi olmayan kişiler fail katiiyen olmayacaktır. Bu nedenle kusur yeteneği değerlendirmesi failin ruhsal durumundan izole edilmiş bir şekilde gerekçelendirilemez, aksine eylem somut ilişkileri içinde ele alınması gerekmektedir. Suçun icra şekline “sosyopati” sonucu çıkarılamaz. Bkz. Schöch, LK, § 20, kn. 186.

¹¹²¹ Schönke/ Schröder, § 20, kn. 30.

¹¹²² Fatih Öncü / Mustafa Sercan, “Ceza Hukukunda Adli Psikiyatri”, **Adli Psikiyatri Uygulama Klavuzu** (Edit.: Niyazi Uygur), 2. Baskı, Türkiye Psikiyatri Derneği Yayını, Ankara, 2014, s. 43.

¹¹²³ Belli, s. 10.

¹¹²⁴ Özden, s. 78.

1. *Tasarım* (Tasavvur): Yapılacak olan fiil, örneğin, bir toplantıya gitmek gibi, ilk önce şuurda yer alır.

2. *Ayıklama*: Yapılacak olan fiilin lehine ve aleyhine olan sebepler gözden geçirilmek suretiyle yapılan ayıklamadır.

3. *Karar verme*: Bu, kabulü veya reddi kesin olarak belirten mutlak karardır.

4. *Yapma*: Kararın hemen arkasından tasarlanan fiili yapmaktır.

Belirtmek gerekecektir ki, söz konusu bu dört aşama da suç yolu (iter criminis) açısından farklı aşamalara karşılık gelebilecektir. Özellikle tasarım, ayıklama, karar verme aşamaları suç fikrinin ortaya çıkması aşamasını ifade etmektedir. Yapma ise suçun icrasına başlanması yani suçun icra hareketlerine başlanması aşamasını ifade etmektedir. Ancak yapma aşamasının suç yolunda kural olarak cezalandırılmayan alanda yer alan hazırlık hareketlerini de ifade edebileceği söylenmelidir.

Bir fiili yapıp yapmamayı düşünen bir insan için, bu fiil biçiminin o kişi için daha önceden tanımlanmış olup olmadığı, çoğu zaman tamamen teorik bir problem olmaktadır. İnsan kararını, doğru bulduğu şekliyle verecektir. Bu süreci bilincinde yapacaktır; yani verdiği başka şekilde de karar verebilirdi¹¹²⁵. Böylece farklı yapabilme bilincinin, sübjektif kusur isnadının temel esasını oluşturduğu savunulmaktadır. Günümüzde kusur çoğunlukla “*norma tepki verebilme yeteneğine rağmen hukuka aykırı davranışın sübjektif isnadiyeti*” olarak tanımlanmaktadır. Bu nedenle zihinsel ve ruhsal durumu gereği norma uygun bir davranış sergileyebilecek herkes, yani otokontrol kabiliyeti zihinsel – ruhsal olumsuzluklar nedeniyle sınırlanmamış olan herkes, norma uygun davranacak kapasiteye sahiptir. Fail, işler durumdaki otokontrol kabiliyeti olması halinde ve bununla beraber norma uygun davranma kapasitesine sahip olması halinde, özgür olarak muamele görmektedir. Bu manada özgürlük varsayımı, sosyal oyun kuralı niteliğine sahip normatif bir kabuldür. Bu özgürlük varsayımının toplumsal değeri ise teorik tecrübeler ve fen bilimleri anlamındaki irade özgürlüğünden büyük ölçüde bağımsızdır¹¹²⁶.

Normatif düşünüş biçiminden ve çevre faktörlerinin kararlarımız üzerindeki etkisinin öneminden özgürlük kavramı için ilişkisel bir açı doğmaktadır. Buna göre

¹¹²⁵ Deister, s. 160.

¹¹²⁶ Deister, s. 160.

özgürlük, artık sadece beynimizin nöronal süreçlerinde aranmakla veya bu yerde konumlandırma ile kalmamaktadır. Özgürlük daha çok, organizma ile çevre arasındaki ilişkide var olmaktadır¹¹²⁷. Bu nedenle özgürlük süreçlerini nöronal süreç veya psişik süreç olarak tanımlamak mümkün değildir. Özgürlük süreçleri, organizma ile çevre arasındaki ilişkisel süreçlerdir. Özgür kararın görevi ise çevresel uyaranlar arasında bir seçim yapabilmektir ve çeşitli organizma-çevre-ilişkileri geliştirmektir. Bu ilişkisel süreçler, çok yönlü psişik bozukluklar nedeniyle o denli değiştirilmektedir ki artık kararlar, çevrenin uyaranlarına alternatif tepki vermek yönünde olmamakta; aksine bu reaksiyon şekilleri mevcut hastalık tarafından emredilmektedir ve yerine “iradenin” değiştirilmiş şekilleri geçmektedir¹¹²⁸.

Öğretide özgür olmayan iradenin tıbbi çerçevede çeşitli şekilleri tarif edilmeye çalışılmaktadır¹¹²⁹:

Dürtülü irade (Der getriebene Wille): Burada kararlar, izlenimler süzülmesizin (filtrelenmeden) cereyan neticesinde verilmektedir; adım adım düzenleyici ben-otoritesi kaybolmaktadır. Kendine olan mesafe eksiktir, istekler artık değerlendirilememektedir, çünkü onlara olan kritik mesafe artık yoktur. Kısıtlanmış iradenin bu türü örneğin, manik durumlarda ve organik beyin bozukluğuna bağlı psikosendromlarda söz konusudur.

Zorlanmış ya da baskı sonucu oluşmuş irade (Der zwanghafte Wille): Özgür olmayan iradenin bu şekilde davranış, kontrol edilemeyen ve yönlendirilemeyen bir irade tarafından belirlenmektedir. Zorlanmış irade, özellikle her türlü bağımlılıkta (madde kullanımına bağlı veya bağlı olmayan) söz konusudur; çünkü burada fizyolojik ve psişik nedenlerden ötürü bağımlılık yaratmış olan maddenin kullanımına ilişkin veya eylemin uygulanışı hakkındaki kararın tanımlamaya uygun şekilde verilmesi mümkün değildir (kontrol kaybı).

Hakim olunamayan irade (Der unbeherrschte Wille): Burada ise irade, çok aşırı güçlü şekilde ortaya çıkmaktadır. Kuvvetli ve sübjektif olarak hâkim olunamayan duygularla taşınmaktadır. Bundan doğan eylemler ise kuvvetli uyarımsal bir karaktere sahiptirler. Karar oluşumunun bu şekli afekt (duygulanım) suçlarında ve

¹¹²⁷ Deister, s. 160.

¹¹²⁸ Deister, s. 160-161.

¹¹²⁹ Deister, s. 161-162.

kişilik bozukluklarının bazı şekillerinde (örneğin sosyal kişilik bozukluk veya duygusal instabil kişilik bozuklukta) görülmektedir.

Zorunlu irade (Der erzwungene Wille): Buna maruz olan kişiler sanki kendinden geçmiş gibilerdir. Kendi kararlarını verecek imkânları artık bulunmamaktadır. Eylemin cezalandırılabilmesiyle ilgili kendi tecrübesinden bağımsız olarak, bir şeyi yapmak zorunda olmak gibi, olağandışı bir izlenim(algı) olmaktadır. Bu şekildeki irade özgürlüğü, gerçeklik kaybı ile kendini gösteren psikotik hastalıklar için tipiktir (örneğin şizofrenik bozukluklarda).

(3). Davranışlarını Yönlendirme Yeteneğinin Nicel Katmanlara Ayrılması (Yeteneğin Derecelendirilmesi)

5237 sayılı TCK m. 32/1’ de yer alan düzenlemeye bakıldığında failin kusursuz sayılabilmesi için, failin işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin mutlaka tamamen ortadan kalkması gerekmemektedir. Bu yeteneğinin somut olayda “önemli derecede” azalmış olması durumunda da failin kusursuz sayılacağı, yani faile ceza verilmeyeceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere, maddede yer alan failin fiilinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin aksine, fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği, kanun koyucunun esas aldığı ceza politikası çerçevesinde *nicel*¹¹³⁰ bir derecelendirmeye¹¹³¹ tabi tutulmuştur¹¹³². Bu derecelendirme kriteri olarak ise, bu

¹¹³⁰ Nicelik sözcüğü Güncel Türkçe Sözlük’ te, “1. Bir şeyin sayılabilen, ölçülebilen veya azalıp çoğalabilen durumu, kemiyet, miktar, kantite. 2. Bir şeyin eşit parçalara bölünebilen ve ölçülebilir olan yanları.” şeklinde tanımlanmıştır. Aynı şekilde nicelik sözcüğü, Felsefe Terimleri Sözlüğü’ nde, “Ölçülebilen, azalıp çoğalabilen büyüklük; nice, ne kadar, ne büyüklükte sorularının karşılığı.” şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. www.tdk.gov.tr (Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük)

¹¹³¹ Özgenç’ e göre, irade kabiliyeti bir derecelendirmeye tabi tutulabilecek mahiyettedir. İrade kabiliyetinin mevcudiyetine rağmen, önemli ölçüde azalmış olması halinde, kişinin kusurunda bir azalmanın varlığından bahsetmek gerekir. Bkz. Özgenç, “Kusur Yargısı ve Yaş Küçüklüğü”, s. 258.

¹¹³² Alman Ceza Kanunu (StGB) § 20 ve 21’ de bu derecelendirme, TCK m. 32’ de yer alan derecelendirmeden farklı ölçeklendirilmiştir. Bu düzenlemelerde failin zihinsel bozukluk nedeniyle sadece fiilin haksızlığını algılayamaması veya bu anlayışa göre hareket edememesi durumunda kusur yeteneği ortadan kalkmaktadır. TCK m. 32’ de olduğu gibi “davranışlarını yönlendirme yeteneği” önemli derecede azalmış olması durumu kusur yeteneğinin ortadan kalkması için yeterli görülmemiştir. Bu durum azalmış kusur yeteneği için aranacak şart olarak düzenlenmiştir. Alman Ceza Kanunu (StGB) § 21’ de azalmış kusur yeteneği durumu için, söz

yeteneğin “önemli derecede azalması” eşik değer olarak kullanılmıştır¹¹³³. Bu bakımdan somut olayda ilk olarak, fiil esnasında akıl hastalığının failin davranışlarını yönlendirme yeteneğini etkileyip etkilemediği tespit edilmesi gereken husustur. Bu etkinin mevcut olduğu belirlendikten sonra, söz konusu etkinin failin davranışlarını yönlendirme kabiliyeti üzerinde “önemli derecede” olup olmadığı araştırılacaktır. İlk aşama failin kusur yeteneğinin etkilenip etkilenmediği hakkındaki bir değerlendirme iken, ikinci aşama kusur yeteneğinin tamamen ortadan kalkması ya da kısmen bulunmasının tespitine yönelik bir değerlendirmedir. Böylece TCK m. 32’ de akıl hastalığı nedeniyle davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişinin, bunun belli bir dereceye ulaşması durumunda güvenlik tedbiri, belli bir dereceye ulaşmaması durumunda da ceza sorumluluğu vardır¹¹³⁴. Bu derece ise önce de vurgulandığı üzere “önemli derece” şeklinde öngörülmüştür. TCK m. 32 çerçevesinde bu derecelendirme ve sonuçlarının aşağıda belirtilen şekilde olduğu söylenebilir:

konusu failin yeteneklerinin “önemli derecede” azalması şartı aranmıştır. Yani Alman ceza hukuku bakımından zihinsel bozuklukların failin söz konusu yeteneklerine önemli derecede olmayan etkileri herhangi bir ceza indirimi imkânına yer vermemektedir. Bu kişilerin kusur yeteneği tam olarak kabul edilmiştir. Ancak yine de failin yeteneklerindeki “önemli derecede” olmayan etkilerin ya da kısıtlanmaların cezanın belirlenmesi ile ilişkili kalmaya devam edeceği öğretide savunulmaktadır. Bkz. Lackner/ Kühl, § 21, kn. 1.

¹¹³³ Bu değer hakkında klinik bir ölçü koymanın mümkün olmadığı belirtilmektedir. Bkz. Özkan/ Hakeri, s. 93. Bu değer esasen kanun koyucunun benimsediği ceza politikası ile ilişkilidir.

¹¹³⁴ Öztürk/ Erdem, s. 290.

Failin fiille ilgili,	Netice
1. Davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunmaması,	Kusur yeteneği bulunmamaktadır (Ceza sorumluluğu yoktur, zorunlu güvenlik tedbiri uygulanır)
2. Davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalmış olması,	Azalmış kusur yeteneği durumu (Bazı suçlarda ceza sorumluluğu indirilir, bazılarında ise indirilebilir. Ceza kısmen veya tamamen güvenlik tedbiri olarak uygulanabilir)
3. Davranışlarını yönlendirme yeteneğinin azalmış olması (önemli derecede olmayan),	Kusur yeteneği ve ceza sorumluluğu tamdır. Tehlikeli olsalar dahi TCK m. 57' deki tedbirler uygulanamaz.
4. Davranışlarını yönlendirme yeteneğinin etkilenmemiş olması. (davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunması).	

Kanundaki derecelendirme belirtildiği şekilde yapılırsa da, öğretide akıl yetilerinin, ölçüye gelmeyen, bölünmesi imkânsız bir bütün teşkil ettiği belirtilmiştir. Bilinç ve iradenin önemli biçimde azalmış olması hali ile tamamen yok olması hallerinin klinik bakımdan ayrılmasının zorluğuna dikkat çekilmiştir¹¹³⁵. Söz konusu görüş TCK m. 32' de yer alan yeteneklerin salt tıbbi yetenekler olarak kabulü halinde doğru kabul edilebilecektir. Ancak daha önce de vurgulandığı üzere, söz konusu yetenekler esasen ceza hukukunda kusur temelinde yaratılmış normatif yeteneklerdir. “Algılama” yeteneği yalnızca, failin tıbbi anlamdaki kognitif mekanizmalarının tam olması anlamına gelmemektedir. Bu mekanizmaların tam olması halinde dahi, kanunun aradığı “failin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamama” durumu oluşabilecektir. Davranışlarını yönlendirme yeteneği ise esasen, bir kişiden hangi koşullarda hukuka uygun olan davranışın beklenebileceği ile ilgili bir konudur. Bir başka deyişle davranışlarını yönlendirme yeteneğinin merkezinde normatif kusur

¹¹³⁵ Alacakaptan, Suçun Unsurları, s. 132.

kavramının temelini oluşturan, “kınanabilirlik”, “başka türlü davranabilme”, “ortalama yeteneklere sahip olma”, “ceza normları ile motivasyon ilişkisinde olma” ve “ceza sorumluluğunun üstlenilebilmesi” gibi normatif değerlendirmeye ihtiyaç duyan hukuki sorunlar bulunmaktadır. Bu yetenek değerlendirilirken toplumu oluşturan bireylerin hepsinde olması beklenen hukuka uygun fiilin gerçekleştirilmesine yönelik “ortalama yetenekler”in somut olayda akıl hastalığı nedeniyle ne ölçüde kullanılmadığı, yani failin normalden akıl hastalığı nedeniyle sapma gösterdiği tıbbî veriler ışığında hukukî açıdan irdelenmektedir. Nihayetinde kusur, kusur yeteneği, ceza sorumluluğu gibi hususlar ceza politikasının ne şekilde uygulanacağına dair birer gösterge niteliğindedir. Bu nedenle failin davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunmaması, bu yeteneğin önemli ölçüde azalmış olması ya da bu yeteneğin önemli derecede olmayan şekilde etkilenmesi gibi nicel derecelendirmelerde tıbbî bakış açısı ile oluşturulmuş eşik değerler söz konusu değildir. Bu derecelendirme tamamen normatif (hukukî) bakış açısı ile kurgulanmış eşik değerleri yansıtmaktadır.

TCK m. 32’ de yer verilen davranışlarını yönlendirme yeteneği açısından kusur yeteneğinin bulunmaması ile azalmış kusur yeteneği arasındaki eşik değer “önemli derecede azalma” etki derecesidir. Bu yeteneğin önemli derecede azalması durumunda kişinin kusur yeteneğinin bulunmadığı tespit edilecektir. Bu yeteneğin azalmasının tespiti ve fakat bu azalmanın önem derecede olmaması halinde ise azalmış kusur yeteneği hali söz konusudur. Hukuki sonuçlar açısından önemli sonuçları bulunması nedeniyle, davranışlarını yönlendirme yeteneğinin “önemli derecede azalması” eşik değerinin yakından incelenmesi gerekmektedir.

TCK m. 32’ de yer verilen bir psikişik bozulmanın, failin davranışlarını yönlendirme yeteneğini suçun işlendiği zamanda önemli miktarda azaltıp azaltmadığı sorusuna yanıt, hâkim tarafından onun kendi sorumluluğunda ve bir bilirkişinin açıklamalarına bağlı kalmaksızın verilmesi gerekir¹¹³⁶. Normalden sapmanın türü ve boyutu hakkındaki tıbbi-psikiyatrik saptamalar yasal bakımdan talep edilen ağırlık derecesinin tespiti için bağlantı noktası olarak faaliyet göstermektedir. Fakat değerlendirmenin içine normatif bakış açıları girer. Sonuçta hukuk düzeninin kişinin

¹¹³⁶ Enz, s. 358. Öğretide aksi görüşte olan yazarlara göre, hâkim akıl hastalığını araştırırken kanunun özel surette belirlediği bilirkişilik kurumuna gitmek zorundadır. Sonunda kararı kendi vermekle birlikte, kanunî bilirkişinin kanaatıyla bağlıdır. Bkz. Hafizoğulları/ Özen, s. 417.

kendi davranışı üzerinde hâkimiyet kurmasıyla ilişkili talepleri, ihlal edilen ceza normunun önemine bağlı olarak değişkenlik gösterir. Bu bakımdan hâkim özel olarak bir psişik bozukluk sonucu suç işleme halinde, suçlananın voluntatif (=istemeye bağlı) yeterliliklerinin, somut ceza normunun ihlali halinde uygulanacak yaptırım bakımından dikkate alınmasını gerektirecek biçimde azalmış olup olmayacağına karar vermek zorundadır¹¹³⁷. Failin bu yeterliliklerinin “önemli” miktarda azalıp azalmadığı değerlendirmesinde sadece ampirik olarak belirlenebilen tıbbi-psikolojik bir “bulgu” söz konusu değildir. “Önemli” derecedeki azalma durumundaki “önemlilik” kıstası hukuki bir kavramdır. Bu nedenle şartlarının mevcut olup olmadığı konusundaki soruya, kendi sorumluluğu dâhilinde hâkim tarafından karar verilecektir¹¹³⁸. Tespit edilen bir bozukluğun önemli derece etki edip etmediği hukuki sorunu hakkında bu nedenle şüpheden sanığın yararlanacağına ilişkin “in dubio pro reo” ilkesi kullanılamaz¹¹³⁹.

4. Komorbidite ve Kümülatif Bozukluk Faktörleri

Zihinsel bozukluk nedeniyle kusur yeteneği değerlendirilmesi işleminde kuşkusuz ilk aşama failin fiilini gerçekleştirdiği sırada akıl hastası olup olmadığı teşhisidir. Failin fiilini gerçekleştirdiği esnada hangi zihinsel bozukluğa sahip olduğu, dava dosyasının içeriğini oluşturan soruşturma ve kovuşturma aşamasında elde edilen deliller üzerinden, adli psikiyatrik tıbbî bakış açısı ile retrospektif (geçmişe dönük) bir değerlendirme ile ortaya koyulacaktır. Bu teşhisin konulabilmesi için kuşkusuz şartları oluştuğunda fail hakkında CMK m. 74¹¹⁴⁰ kapsamında gözlem

¹¹³⁷ Enz, s. 358.

¹¹³⁸ Fischer, § 21, kn. 7.

¹¹³⁹ Fischer, § 21, kn. 7.

¹¹⁴⁰ “ (1) Fiili işlediği yolunda kuvvetli şüpheler bulunan şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığını, akıl hastası ise ne zamandan beri hasta olduğunu ve bunun, kişinin davranışları üzerindeki etkilerini saptamak için; uzman hekimin önerisi üzerine, Cumhuriyet savcısının ve müdafinin dinlenmesinden sonra resmî bir sağlık kurumunda gözlem altına alınmasına, soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından karar verilebilir.

(2) Şüpheli veya sanığın müdafii yoksa hâkim veya mahkemenin istemi üzerine, baro tarafından bir müdafii görevlendirilir.

(3) Gözlem süresi üç haftayı geçemez. Bu sürenin yetmeyeceği anlaşılırsa resmî sağlık kurumunun istemi üzerine, her seferinde üç haftayı geçmemek üzere ek süreler verilebilir; ancak sürelerin toplamı üç ayı geçemez.

altına alınma kararı da verilebilecektir. Kusur yeteneği değerlendirilmesinde fiil anında failde hangi zihinsel bozukluk olduğu sorusu açık bırakılamaz¹¹⁴¹. Bu nedenle ortada kabul edilebilir psikiyatrik kesinlik niteliğine sahip geçerli bir bozukluk bulgusunun bulunması zorunludur.

Bazı durumlarda ise failin fiili sırasında algılama ya da davranışlarını yönlendirme yeteneğini etkileyen birden fazla zihinsel bozukluk bulunmaktadır. Bu bozukluk kümülasyonu durumu “*Komorbidite*¹¹⁴²” kavramı ile ifade edilmektedir. Komorbidite durumu yasal olarak düzenlenmemiştir¹¹⁴³. Bu durumda nasıl bir yol izleneceği, bu bozukluk türlerinin farklı şekillerde failin algılama ya da davranışlarını yönlendirme yeteneğine etki etmesi durumunda hangi sonuçlara ulaşılacağı önem arz eder. Özellikle bu bozukluklardan birisinin TCK m. 34’ de yer alan geçici neden teşkil eden bir durum olması durumunda hangi normun uygulanacağı problemi ortaya çıkmaktadır. Birden fazla zihinsel hasarın buluşması, her zaman bunların failin ruhsal yapısı üzerindeki etkileri hakkında özenli yapılması gereken bir genel değerlendirmeyi gerektirir¹¹⁴⁴.

Komorbidite durumu için birden fazla rahatsızlığın veya gelişim bozukluğunun eş zamanlı olup olmadığının¹¹⁴⁵, süreklilik arz eden bir defekte, konstelatif¹¹⁴⁶ faktör olarak adlandırılan bir faktörün veya durumsal (=situatif), geçici bir durumun¹¹⁴⁷ katılıp katılmadığının veya alkollü olarak duygulanıma (afekt) bağlı

(4) Gözlem altına alınma kararına karşı itiraz yoluna gidilebilir; itiraz, kararın yerine getirilmesini durdurur.

(5) Bu madde hükmü, 223 üncü maddenin sekizinci fıkrası gereğince yargılamanın durması kararı verilmesi gereken hâllerde de uygulanır.”

¹¹⁴¹ BGHSt 49, 347 vd.; BGH, NStZ-RR 2004, 38 vd. (Streng, Strafrechtliche Sanktionen, s. 417)

¹¹⁴² **Komorbidite** ya da komorbis (İngilizce: Co-morbid), tıpta bir veya daha fazla bozukluk veya hastalığın temel hastalığa veya bozukluğa ek olarak aynı zamanda görülmesi durumudur. Türkçe’deki karşılığı eşlik eden hastalıktır. Bkz. <https://tr.wikipedia.org/wiki/Komorbidite>. Bir başka deyişle komorbidite, eş zamanlı ek, yan yani ilave hastalık ya da bozukluk anlamına gelmektedir.

¹¹⁴³ Schöch, LK, § 20, kn. 180.

¹¹⁴⁴ BGHSt 34, 22, 26 (Schöch, LK, § 20, kn. 180)

¹¹⁴⁵ Örneğin akıl zayıflığı olan ve dürtülere bağlı suç işleyen failerde olduğu gibi.

¹¹⁴⁶ Konstelasyon, “*çeşitli faktörlerin, özel şartlarda bir araya gelmesiyle oluşan genel durum*” olarak açıklanmaktadır. Bkz. Thomas Mann, **Doktor Faustus**, Çev. Zehra Kurttekin, Can Yayınevi, İstanbul, 2014, Bölüm XXII.

¹¹⁴⁷ Örneğin, sarhoşluk veya duygulanım/Afekt gibi.

suç fiilinde olduğu gibi geçici atakların etki bakımından karşılıklı olarak güçlenip güçlenmediğinin bir önemi olmadığı belirtilmektedir¹¹⁴⁸.

Elbette psişik bir bozukluk durumunun daima standart/tekdüze bir durum olmadığını belirtmesi gerekir. Bu nedenle iki ayrı zihinsel bozukluk durumunun etkilerinin basit bir şekilde birbirine eklenmesinin veya toplanmasının mümkün olmadığına dikkat edilmesi gerekmektedir¹¹⁴⁹. Bu durum, ya en ağırlıklı arızanın (defektin) ön plana çıkartılmasına veya birden fazla zihinsel bozukluk türünün eşzamanlı olarak belirtilmesine neden olmaktadır¹¹⁵⁰.

Öncelikli olarak belirtilmesi gerekir ki, kusur ceza hukuku kapsamında failin fiilinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalmış olması sonucunu doğuran nedenlerin birden fazla olması önem arz etmemektedir. Zira normatif kusur anlayışında failin “kınanabilmesi” hali ön plandadır ve bu husus önem arz etmektedir. Bu nedenle failin kınanabilir durumda olmamasına yol açan etmenlerin çokluğu, türü, farklı hukuki sonuçlar doğurması gibi hususlar kanımızca önem arz etmemektedir. Kusur yeteneğinin bulunmaması ya da azalmış kusur yeteneğinin var sayılması için, TCK m. 32’ de yer verilen “akıl hastalığı” kapsamına giren, bozukluk tablolarından birinin veya birden fazlasının birleşmesinin failin algılama veya davranışlarını kontrol yeteneğini kaldırması ya da önemli miktarda azaltıp azaltmamasının bir önemi yoktur¹¹⁵¹. **Kanımızca** birden fazla zihinsel bozukluğun tek başına failin kusur yeteneğine etki etmeyecek derecede olmaları, ancak birleşmeleri durumunda kusur yeteneğini etkilemeleri durumu söz konusuysa, “kınanabilirlik” ortadan bu şekilde kalkıyorsa ya da “kınanma” şiddeti azalıyorsa, TCK m. 32/1 ve 2’ de yer alan şartlar oluşmuştur. Bu durumda tek bir zihinsel bozukluğa göre yapılacak incelemeden farklı bir uygulamaya gitme lüzumu yoktur. Ancak bu görüş kusurluluk temelli bir anlayışı esas almakta ve failin kusurlu sayılabilmesi için gerekli yetenekler etkilendikten sonra, buna neden olan durumun bir ya da daha fazla olmasının, bu

¹¹⁴⁸ BGH, StV 1987 341; BGH, StV 1994 13 (Schöch, LK, § 20, kn. 180)

¹¹⁴⁹ Streng, Strafrechtliche Sanktionen, s. 417, dp. 2981.

¹¹⁵⁰ Streng, Strafrechtliche Sanktionen, s. 417; Schöch, LK, § 20, kn. 180; Hans-Ludwig Kröber, “Schuldfähigkeit bei ‘Komorbidität’ durch mehrere psychische Störungen”, **FS für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag**, Berlin, 2010, s. 998 vd.

¹¹⁵¹ Claudia, Kieser “Schuldfähigkeit als Voraussetzung der Strafe”, **Jura**, Heft 6/2001, s. 378-379; Enz, s. 360.

hastalıkların tıbben önemli olup olmaması gibi hususların bir şey ifade etmemesi gerekeceğine dikkati çekmektedir. Fakat bu görüşe tıbbi bakış açıları temelli görüşlerden itirazlar gelmektedir. Bu görüşe göre, faildeki ruhsal hasarın “önemli” olarak değerlendirilebilmesi için, minimum bir adet bozukluğun, “doğrudan önemlilik eşiğinde bulunması” gerekir¹¹⁵². Benzer bir görüşe göre, bir psişik arıza durumunun “toplam ağırlığının” tespiti için çeşitli hafif arızaların sadece toplanması her halükârda kabul edilemez¹¹⁵³. Bizim savunduğumuz görüş, tıbbî açıdan savunulan görüşlere aykırılık oluşturmamaktadır. Biz burada failde bulunan birden fazla zihinsel bozukluğun, salt matematiksel olarak toplanmasını değil, birlikte bulunmaları halinde failin ruhsal yapısına farklı türde etki edebilecekleri olasılığının değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktayız.

Hafif beyin arızaları, akılda ve mizaçta minimum düzeyde sapmalar, hukuku ihlal edenlerin oluşturduğu grupta çok yaygındır. Bu durum ceza hukuku düzenimizde kendiliğinden bir mazerete neden olamaz. Normdan sapmalar daha ziyade ağırlıkları bakımından somut suç fiili için değerlendirilmelidir. Eğer sanık uluslararası düzeyde geçerli standartlara göre (ICD) ağır olarak sınıflandırılmış birden fazla kişilik bozukluğundan dolayı rahatsız ise, o zaman alkol kullanımı gibi harici etkilerin duruma dâhil olması, davranışlarını kontrol yeteneğinde bir azalmaya veya bu yeteneğin tamamen ortadan kalkmasına neden olabilir¹¹⁵⁴. Bu durumda genel olarak kabul edilmiş “bağlantı kurulacak kurallar” yoktur. Bu durumda ne “asıl tanıya” çok katı bir biçimde bağlanma, ne de daha hafif münferit hasarların basitçe bir araya toplanması psişik bozuklukların karmaşıklığı açısından adil olmayabilir¹¹⁵⁵.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi, birden fazla psişik bozukluğun birbiri içine geçmesi durumunda kusur yeteneği sorunu açısından en fazla önem arz eden tanının bu konudaki giriş özelliği kapsamında değerlendirilmesini ve diğer sapmaların ruhsal hasarın ağırlık derecesine göre dikkate alınması yönünde eğilim göstermektedir¹¹⁵⁶.

¹¹⁵² Kröber, “Schuldfähigkeit bei ‘Komorbidität’ durch mehrere psychische Störungen”, s. 1000.

¹¹⁵³ Schöch, LK, § 20, kn. 180; Enz, s. 362.

¹¹⁵⁴ BGH, StV, 477; NStZ-RR 2004, 162 (Schöch, LK, § 20, kn. 180)

¹¹⁵⁵ Schöch, LK, § 20, kn. 180.

¹¹⁵⁶ Enz, s. 360.

Kusur yeteneğinin etkilenmesi seyrek olmayan şekilde değişik psikişik bozuklukların birlikte etki etmesi sonucu ya da birleşmesi sonucunda oluşabilmektedir. Örneğin, affektif heyecan durumu ile birlikte failin karakterindeki anormallik durumunun birleşimi bu duruma işaret edebilir¹¹⁵⁷.

Komorbidite durumunda birden fazla zihinsel bozukluğun her zaman failin fiilinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ya da davranışlarını yönlendirme yeteneğini etkileme derecesini arttırmadığına dikkat çekilmelidir. Örneğin, failde bulunan akut depresif bir evre çerçevesinde isteksizlik (ilgisizlik) hali, disosyal kişilik bozukluğu olarak gerekçelendirilen acımasız tehlikeli eylemlere olan eğilimi engelleyebilir. Başka bir durumda ise, bir şizofrenik semptomatiğin dindirilmesi için esrara başvurulması, bir psikotik failin kusur yeteneği için önemsiz kalabilir¹¹⁵⁸. Öte yandan çeşitli psikotrop maddelerin eş zamanlı olarak alınmasıyla otomatik olarak etkinin artması sonucu çıkmaz. Örneğin, eğer uyarıcı ilaç bir sakinleştiriciyle kombine ediliyorsa, etki artışı meydana gelmez¹¹⁵⁹. Fischer bu bağlamda baştan bir şematik değerlendirmenin olamayacağı yönünde uyarıda bulunmaktadır. Yazara göre, beden fonksiyonlarını arttırıcı ve beden fonksiyonlarını düşürücü maddelerin ("Upper"/"Downer") bir birleşimi sayesinde kendinde olmama ya da sarhoşluk etkisinin ortadan kalkması yalnızca, maddelerin kontra etkisi için ampirik kanıtların bulunması koşuluyla kabul edilebilir. Bu görüşe göre, bu durum LSD (*lizerjik asit dietilamid*)¹¹⁶⁰ ve Valyum¹¹⁶¹ kombinasyonu bakımından geçerlidir, fakat eroin ve alkolde, kokain ve alkolde durum böyle değildir¹¹⁶².

¹¹⁵⁷ Rasch/Konrad, s. 67-68.

¹¹⁵⁸ Kröber, "Schuldfähigkeit bei 'Komorbidität' durch mehrere psychische Störungen", s. 995, 997; Enz, s. 360.

¹¹⁵⁹ Kröber, "Schuldfähigkeit bei 'Komorbidität' durch mehrere psychische Störungen", s. 1002.

¹¹⁶⁰ LSD, yasadışı halüsinojen bir uyuşturucudur. Kimyasal ismi D-Liserjik Asid Dietilamid olan bu madde genelde LSD veya LSD- 25 olarak anılır. Çavdar mahmuzu denilen bir çavdar mantarından sentezlenir. LSD bilinen en yoğun kafa-karıştırıcı maddelerdendir. 30 mikrogram kadar az dozların bile saatler süren etkileri mevcuttur. Kullananlar genelde halüsinasyonlar görür. Nadiren depresif durumlar da görülür. Ani duygu değişimleri yaşanır. Kahkahalarla güldükten sonra aniden ağlanabilir. Kullanıldığında kişiler eşyaların hareket ettiklerini görebilirler. Bkz. <http://www.amatem.org/maddeler/lsd/> (Erişim Tarihi: 18. 10. 2017)

¹¹⁶¹ Anti-depresan bir sakinleştirici ilaç çeşididir.

¹¹⁶² Fischer, § 20, kn. 23 a.

Her bir vakada daha ziyade olası etkileşimler kontrol edilmeli ve suçun işlenmesinde failin bireysel psikik karakterine genel bir bakış yapılmalıdır¹¹⁶³. Spesifik bozukluk tablolarının birlikte nasıl işbirliği yaptığı ve ilave etki faktörlerinin nasıl etkide bulunduğu gibi konular hakkında genel geçer ifadeler yoktur¹¹⁶⁴.

Sorunun pratikteki önemi, çeşitli ampirik araştırmaların gösterdiği gibi, görece büyüktür. Adli psikiyatri literatüründe her şeyden önce aşırı alkol alma ve alkol bağımlılığının diğer psikik rahatsızlıklarla, özellikle de disosyal kişilik bozukluğuyla sıklıkla buluşmasına dikkat çekilmektedir. Öte yandan (ayrılmak isteyen veya sadık olmayan) cinsel partnerin, alkol almış durumda ani duygulanıma (afekte/heyecana) bağlı olarak öldürülmesi özel bir öneme sahiptir¹¹⁶⁵. Çok nadir durumlarda ani duygulanım (afekt/heyecan) ile alkol etkisinde kontrol kaybının eşzamanlı devreye girmesiyle kusurun tam olarak kalkması söz konusu olur. Bu türden durumlarda olayda katkısı olan başka hususları dikkate almadan sadece alkollülük halinin derecesi veya ani duygulanım (afekt/heyecan) üzerinde durmak hatalıdır. Fakat bu bağlamda bir “çifte indirim” uygun olmayabilir. Bu yöntemden daha ziyade duygulanımın (afektin/ heyecanın) ve alkollülük halinin etkilerinin “olayın biçimlenmesine bağlı genel görüntüsünde” birlikte değerlendirilmesi söz konusu olmalıdır¹¹⁶⁶.

Komorbidite sorunu son yıllarda birçok yüksek mahkeme kararlarında ele alınmıştır. Bunlara aşağıda belirtilenler örnek olarak verilebilir: (kişilik bozukluğu + alkol bağımlılığı)¹¹⁶⁷; (psikoz + düşük miktarda alkol)¹¹⁶⁸; (pedofili + kişilik bozukluğu)¹¹⁶⁹; (alkol bağımlılığı + zeka geriliği+ disosyal, paranoid, şizoid ve impulsif özellikler içeren kombine kişilik bozukluğu)¹¹⁷⁰. Sorunun adli bakımdan ilk

¹¹⁶³ Enz, s. 361.

¹¹⁶⁴ Schöch, LK, § 20, kn. 180.

¹¹⁶⁵ Schöch, LK, § 20, kn. 181.

¹¹⁶⁶ Schöch, LK, § 20, kn. 181.

¹¹⁶⁷ BGHSt 44, 338, 344 (Schöch, LK, § 20, kn. 182)

¹¹⁶⁸ BGHSt 44, 369, 375 (Schöch, LK, § 20, kn. 182)

¹¹⁶⁹ BGH, NJW 1998, 2752 (Schöch, LK, § 20, kn. 182)

¹¹⁷⁰ BGH, NSStZ 2004, 197 (Schöch, LK, § 20, kn. 182)

kez ayrıntılı olarak müzakeresi alman ceza hukukçusu *Streng* tarafından yapılmıştır¹¹⁷¹.

Adli psikiyatrik değerlendirmede söz konusu kombinasyonlar uygulamada sıklıkla ortaya çıkmaktadır. Süreklilik ve hastalık arz eden bozukluk ve alkolizm ya da uyuşturucu kullanımı; derin bilinç bozukluğu ve alkolizm; alkol intoksikasyonu ve uyuşturucunun etkileri; kişilik bozukluğu ve alkolizm veya uyuşturucu kullanımı¹¹⁷². Fakat başkaca önemli kombinasyonlar da bulunmaktadır (diyabet + yüksek tansiyon + “sinirlere bağlı stres”¹¹⁷³ ; ilaç etkisi + akıl zayıflığı + depresyon¹¹⁷⁴).

Adli psikiyatri çalışmalarında bazı örnek durumlara işaret edilmektedir. Örneğin, herhangi bir ruhsal bozukluğu olan kişi alkol almış ve suç işlemiş ise, burada dikkate alınacak olanın o kişinin alkol almadan önceki ceza sorumluluğu derecesi olduğu belirtilmektedir¹¹⁷⁵. Psikiyatrik hastalarda şiddet ve suç davranışları özellikle hastalığın akut döneminde ve beraberinde alkol ve madde kötüye kullanımı ve bağımlılığında daha fazla görülmektedir¹¹⁷⁶.

Türk ceza hukuku öğretisi açısından birden fazla zihinsel bozukluk yaratan durumun birleşmesi, davranışa bu iki etkinin neden olması durumu ya da komorbidite durumu, henüz incelenmemiş bir konudur. Burada özellikle TCK m. 32, 34, ve 57’ nin uygulanması bakımından birçok sorunun gündeme gelebileceği söylenmelidir. Örneğin, kişilik bozukluğuna sahip olan bir failin, alkol kullanımı sonucunda cesaretlenerek ve zihinsel bozukluğunun da etkisiyle suç işlemesi durumunda TCK m. 32’ nin mi, yoksa TCK m. 34’ ün mü uygulanacağı tartışmalıdır. Burada fail iradi olarak alkol alırsa, TCK m. 34 gereği bu durum ceza sorumluluğuna etki etmeyecektir. Ancak alkol almaması durumunda her ne kadar kişilik bozukluğu olsa da, davranışlarını kontrol yeteneği tam olan failin, alkol nedeniyle bu yeteneği olumsuz etkilenmişse, TCK m. 32’ nin uygulanıp uygulanmayacağı sorun teşkil

¹¹⁷¹ Franz Streng , “ ‘Komorbidität’, Schuld(un)fähigkeit und Maßregelnordnung”, **Strafverteidiger (StV)**, 2004, ss. 614-620.

¹¹⁷² Schöch, LK, § 20, kn. 183.

¹¹⁷³ BGH, NStZ 2003, 363 vd. (Schöch, LK, § 20, kn. 183)

¹¹⁷⁴ BGHR § 21 StGB, . (Schöch, LK, § 20, kn. 183)

¹¹⁷⁵ Özsan, s. 90.

¹¹⁷⁶ Mustafa Özkan, “Suç İşleyen Psikiyatrik Hastalarda Zorunlu Tedavi Süreci”, **T Klin Psikiyatri**, S. 4, 2003, s. 92.

etmektedir. Aynı şekilde bir uyarıcı ilaç kullanan kişi, bu ilacı aldığı anda kendisinde var olan başkaca zihinsel bozukluk aktif oluyorsa ve bu bozukluk nedeniyle suç işlemişse, hangi sonuca ulaşılacağı tartışılabilir. Bu durumda failin zihinsel bozukluğunu aktif hale getirecek olan davranıştan kaçınma yükümlülüğünün olup olmadığı sorun olarak görülmektedir. Zira bu ilacın kullanılmamasına yönelik failden davranış sergilemesinin istenmesi ve bu yönde beklenti olması, hukuk düzeninde mümkün görünmemektedir.

Belirtilen tartışmalar sonucunda, ceza hukuku bu gibi durumlarda çaresizliğinin bir ifadesi olarak “failin kişiliğinin ve somut eylem durumunun genel değerlendirmesi” gibi bir formüle başvurmak zorunda kalmaktadır. Zira insanın psikik mekanizmaları gibi kompleks ve tam olarak belirlenebilme imkânı bulunmayan konularda ceza hukuku, nihayetinde hukuka uygun davranışta bulunmak konusunda, failin içinde bulunduğu durumda, toplum düzeninin gerektirdiği değerler çerçevesinde kabul edilen “ortalama yeteneğe” sahip model kişi için hangi ölçüde davranış beklentisinin geçerli olduğu değerlendirmesini yapmak zorunda kalmaktadır. Bu değerlendirme sonucunda failin somut olaydaki eylemi kıyaslanarak duruma göre fail kusurlu ya da kusursuz sayılacaktır.

Yargı kararlarına bakıldığında ise, birden çok bozukluk durumunun bulunduğu durumlarda TCK m. 32’ de yer verilen failin yeteneklerinin etkilenip etkilenmemesi konusunda rapor alınması gerektiği ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiği yönünde karar verilmektedir. Bu konu hakkında Yargıtay bir kararında şu şekilde karar vermiştir: “...Temyiz aşamasında sunulan Nazilli Sulh Hukuk Mahkemesinin kısıtlama kararının içeriğine göre, Nazilli Devlet Hastanesinin raporu ile, sanığa madde kötüye kullanımı+maddeye bağımlı psikoz+antisosyal kişilik bozukluğu+impuls kontrol bozukluğu teşhisi konulması sebebiyle, karar tarihinden önce sanığın vesayet altına alındığının anlaşılması karşısında, suç tarihi itibarıyla TCK'nun 32. maddesi uyarınca ‘akıl hastalığı nedeniyle, işlediği failin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayıp algılayamadığı veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalmış olup olmadığı’ konusunda CMK’nın 74. maddesine göre gözlem altında tutulup usulince sağlık kurulu raporu alınarak, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi,...Kanuna aykırı

ve...”¹¹⁷⁷ Dikkat edilecek olursa Yargıtay birden fazla bozukluklardan en az birinin akıl hastalığı olarak değerlendirilebilecek zihinsel bozukluk olması durumunda TCK m. 32’ ye göre değerlendirme yapmaktadır. Oysa kararda “madde kötüye kullanımı” bir bağımlılığa neden olmadığı sürece TCK m. 32 kapsamında değil, TCK m. 34 kapsamında değerlendirilmektedir. Benzer şekilde failde hem epilepsi hem de mental retarde durumunun söz konusu olduğu durumda da TCK m. 32 çerçevesinde bir inceleme yapılacağına karar verilmiştir¹¹⁷⁸. Epilepsinin akıl hastalığı olarak kabul edilmemesi durumunda, bu durum TCK m. 34 kapsamında ele alınacaktır. Bu halde ise TCK m. 32’ den farklı sonuçlara ulaşılabilecektir. Benzer şekilde epilepsi ve diğer psikiyatrik bozuklukların eşzamanlı bulunduğu durumlarda da Yargıtay TCK m. 32 kapsamında değerlendirmenin yapılacağını belirtmektedir. Söz konusu değişik ihtimallere bakıldığında bunların, “nevrotik depresyon+epilepsi+cervikal diskopati”¹¹⁷⁹, “remisyonda atipik psikoz+epilepsi”¹¹⁸⁰, “antisosyal kişilik bozukluğu+epilepsi”¹¹⁸¹, “epilepsi+manik depresif”¹¹⁸², “epilepsi+mizaç bozukluğu”¹¹⁸³, “hafif zekâ geriliği+şizofreni+epilepsi+organik olmayan psikotik bozukluk”¹¹⁸⁴. Yargıtay bir kararında ise, “madde bağımlılığı+orak hücre anemi hastalığı+antisosyal kişilik bozukluğu” kümülasyonu için TCK m. 32 ve TCK m. 34

¹¹⁷⁷ Yargıtay, 18. CD., E. 2015/38624, K. 2017/9795, T. 27.09.2017.

¹¹⁷⁸ “...Devlet Hastanesi'nin 04/03/2013 tarihli özürli sağlık kurulu raporunda sanığa ‘epilepsi ve hafif mental retarde’ teşhisinin konulduğu ve ‘özür durumunun % 60’ olduğunun anlaşılması karşısında; sanığın inceleme konusu 26.05.2013 tarihli suçları için; 5237 sayılı TCK'nun akıl hastalığını düzenleyen 32. maddesinde öngörülen kriterlere göre ”sanığın suç tarihinde işlediği eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinde tamamen ya da önemli derecede azalma olup olmadığı’ araştırılıp, ‘işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalıp-azalmadığı’ hususunda yöntemince raporla saptanılıp, sonucuna göre hukuki durumunun belirlenmesi gerektiği gözetilmeden, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması,... Bozmayı gerektirmiş...” Yargıtay, 17. CD., E. 2016/13033, K. 2017/10428, T. 25.09.2017; aynı yönde Yargıtay, 3. CD., E. 2016/5780, K. 2017/252, T. 18.01.2017.

¹¹⁷⁹ Yargıtay, 17. CD., E. 2015/30189, K. 2016/13727, T. 26.12.2016.

¹¹⁸⁰ Yargıtay, 17. CD., E. 2015/21706, K. 2017/10271, T. 20.09.2017.

¹¹⁸¹ Yargıtay, 3. CD., E. 2015/15538, K. 2015/29227, T. 21.10.2015.

¹¹⁸² Yargıtay, 18. CD., E. 2015/8818, K. 2015/5493, T. 16.09.2015.

¹¹⁸³ Yargıtay, 22. CD., E. 2015/7402, K. 2015/8962, T. 15.12.2015.

¹¹⁸⁴ Yargıtay, 14. CD., E. 2015/4504, K. 2015/10588, T. 16.11.2015.

kapsamında rapor aldırılması gerektiğine karar vermiştir. Ancak Yargıtay bu iki TCK maddesinin farklı hukuki sonuçları bakımından bir tartışmada bulunmamıştır¹¹⁸⁵.

Söz konusu bozuklukların toplamının ayrı bir etki yaratıp yaratmadığı ya da birbirlerine etki edip etmediği gibi hususlar, verilecek nihai kararda önem arz edecektir. TCK m. 57' de öngörülen tedbirlere hükmedilebilmesinin de sadece akıl hastalığı durumunda söz konusu olabileceği, bu tedbirlere TCK m. 34 kapsamına giren durumlarda hükmedilemeyeceği de bu noktada önem arz etmektedir.

5. Kusur Yeteneği Hakkında Verilecek Normatif Hükümün Özellikleri

a. Genel Olarak

Müstakil durumda failden hukuka uygun davranışın beklenebilir olup olmadığı hakkındaki normatif hüküm için aranacak kriterlere, henüz yeterince açıklık getirilmemiştir¹¹⁸⁶. Failin eylemden kaçınabileceği ve kaçınması gerektiği gerçeği, "normal" imgesi ile karakterize edilen bir örnek formüldür. Toplumun kendisini korumak için kullanması gerektiği önleyici tedbirlerin boyutu (hangi ölçütte olacağı), somut olarak tam belirlenememektedir¹¹⁸⁷. Failin kusurluluğu açısından "kendi durumunda olan" başkalarıyla karşılaştırılması, bireysel durumun özelliklerinin ne

¹¹⁸⁵ "Adana Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesinde 01.11.2006 - 13.11.2006 tarihleri arasında madde bağımlılığı tanısıyla yatarak tedavi gören, orak hücre anemi hastası olan ve antisosyal kişilik bozukluğu bulunan sanığın, hastalığı sebebiyle kullanmak zorunda olduğu ilaçları kullanamadığından dolayı ağrılarının arttığını ve ağrılarının etkisiyle suçu işlediğini ileri sürmesi karşısında; sanığın tedavi evrakları ve dava dosyasıyla birlikte İstanbul Adli Tıp Kurumu'na sevk edilerek, Gözlem İhtisas Dairesi'nde müşahade altına aldırılması, suçu işlediği tarihte ve halen akli durum ve cezai ehliyeti konusunda 5237 Sayılı T.C.K.nun 32 ve 34. maddeleri kapsamında 4. İhtisas Kurulu'ndan rapor aldırılması, Gözlem İhtisas Dairesi'nin raporu ile 4. İhtisas Kurulu'nun raporları arasında çelişki çıkması halinde, sanığın Adli Tıp Genel Kurulu'na gönderilerek, muayenesi yapıldıktan sonra Adli Tıp Genel Kurulu'ndan rapor aldırılması, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken, müşahade altına alınmaksızın muayene sonucu düzenlenen Adana Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesinin raporuna itibar edilerek, eksik inceleme sonucu hüküm kurulması,...Bozmayı gerektirmiş,..." **Yargıtay, 1. CD., E. 2011/3181, K. 2011/5977, T. 17.10.2011** (Kazancı İçtihat Programı)

¹¹⁸⁶ Schöch, LK, § 20, kn. 46.

¹¹⁸⁷ Schöch, LK, § 20, kn. 46.

ölçüde önem arz ettiği ya da önleyici nedenlerden ötürü bunların ihmal edilebilir olup olmadığı sorusunu gündeme getirmektedir¹¹⁸⁸.

Toplumdaki her bireyin yaşayabileceği cinnet durumları (*Zornaffekt*) veya çoğunun maruz kaldığı dürtü baskıları, genelde normaldir, çünkü “yaygındır/her yerde görülebilendir (*ubiquitär*)”¹¹⁸⁹. İnsani benlik, ancak mağdurun veya çevresinin bundan zarar gördüğü zaman, psikiyatri uzmanının ilgi alanına girmektedir. Hastalık olarak görülmeyen ciddi nitelikteki ruhsal anormallikler ancak ileri derecede kişilik bozukluğu gibi istisna durumlarda kusur yeteneği yokluğunu beraberinde getirmektedir¹¹⁹⁰. Aynı şekilde yargı kararlarında da, TCK m. 32 benzeri yasal düzenlemelerinin akıl sağlığı yerinde olan insanın normal durumda “cezalandırılabilir eğilimlerden ve/veya duygu patlamalarından kaçınabilecek güçte olduğu ve buna karşı durabileceği” varsayımını benimsediği daima vurgulanmıştır. Bu nedenle, fail eylem anında bu güçleri tümüyle kullanmaya yükümlüdür¹¹⁹¹. Bunun dışında hafif beyin arızaları (defektleri), asgari (minimal) düzeydeki zihin ve karakter sapmaları tüm failer içinde oldukça yaygındır. Bu sebeple, faildeki zihinsel bozukluğun türü ve boyutu (şiddeti) münferit olarak değerlendirilmeli ve her ikisinin de, eylem sonucu zarar gören hukuki değer üzerinde ölçülmesi gerekmektedir¹¹⁹².

Bilirkişinin görüşünü alan hâkimin, bu esasa dayanarak bir yandan failin fiili işlediği andaki içsel (psikolojik) durumunu titizlikle araştırması gerekirken, öte yandan failin durumunda olan insanların davranışı hakkındaki mevcut bilgi ve tecrübelerle başvurması ve bunları kullanması gerekmektedir¹¹⁹³. Hâkim bu görevi yerine getirirse, failin fiilden kaçınabilecek kapasitede olduğu ve aslında fiili engelleyebileceği yönündeki normatif hüküm¹¹⁹⁴ için, metodik açıdan sorunsuz (problem teşkil etmeyen) bir esas sağlanmış olacaktır¹¹⁹⁵. Burada dikkat edilmesi

¹¹⁸⁸ BGH, NJW, 1966, 1971 (Schöch, LK, § 20, kn. 46); Albrecht, “Unsicherheitszonen des Schuldstrafrechts”, s. 214; Lackner, “Prävention und Schuldunfähigkeit”, s. 256.

¹¹⁸⁹ Jakobs, AT, s. 534-535.

¹¹⁹⁰ Schöch, LK, § 20, kn. 47.

¹¹⁹¹ BGHSt, 14 30, 32; 23 176, 190; BGH, NJW, 1955, 1726 (Schöch, LK, § 20, kn. 47)

¹¹⁹² BGH, NJW, 1966, 1871 (Schöch, LK, § 20, kn. 47); Günter Blau, “Die Affekttat zwischen Empirie und normativer Bewertung”, **FS für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag**, Berlin, 1989, s. 118.

¹¹⁹³ BGH, StV, 1990, 302 (Schöch, LK, § 20, kn. 45)

¹¹⁹⁴ Lackner/ Kühl, § 20, kn. 13.

¹¹⁹⁵ Schöch, LK, § 20, kn. 45.

gereken bir diğ er unsur ise, “kiş ilik bozukluğ u” durumunun birçok suç failinde mevcut olduğ udur¹¹⁹⁶. Bu kiş ilik bozukluklarının sürekli olarak cezayı hafifletici olarak değ erlendirilmesi, kusura odaklı bir ceza hukukunun temelini sarsabilir¹¹⁹⁷. Yargısal uygulama, duyarlı davranarak bunu engellemenin yollarını bulmak zorundadır. Bu istenmeyen sonucun oluş maması için kusur yeteneğ i değ erlendirmesindeki hem fiili hem de normatif nitelikteki hususların, hâkim ve bilirkiş inin sıkı iş birliğ i çerçevesinde araştırılması zorunludur¹¹⁹⁸.

Genel olarak, fiil dü rtüsü ne kadar “normal” kabul edilebilirse, mazeretin o kadar uzak olduğ u ifadesi savunulmaktadır. Fakat bu görüş ün arkasında bir tecrübe ifadesi bulunmamaktadır¹¹⁹⁹. Esas alınan suç ne kadar ağır ve ciddiye, failden beklenecek fiilden kaçınma gereksinimleri o kadar yüksek olmaktadır¹²⁰⁰. Failin davranış larını engelleme gücünün normatif açıdan değ erlendirilmesi mahkemelere, bazı bilirkiş ilerın cömert aklama eğ ilimlerine karşı durma ve kusur yeteneğ inin bulunmadığ ı hallerin kabulü kapsamını, psiş ik bozuklukların ciddi şek illeriyle sınırlama imkânı vermektedir¹²⁰¹.

Kusur yeteneğ i değ erlendirmesinin ilk aş aması olan failde fiil anında bir “zihinsel bozukluk” bulunması özelliğ inde de, tespiti ve uygulaması sonuçta mahkemenin yetki alanı içinde bulunan hukuki kavramlar söz konusu olabilmektedir. Bunlar doğ rudan psikolojik veya psikiyatrik bir sistemle açıklanmamalı, yaklaşık olarak belirli bir psikiyatrik hastalık kavramıyla ortaya konmalı ya da böylesi bir düşünce sistemine aktarılmalıdır¹²⁰². Bunlar hukuk kavramları olarak yasa koyucunun psiş ik veriler çerçevesinde psikiyatr ve psikologlarla sıkı iş birliğ i içinde geliştirilmiş kavramlardır. Bu nedenle psikiyatrik/psikolojik tanılarla iliş kilidir ve

¹¹⁹⁶ Ruhsal bir bozukluğ un bulunması her zaman ceza sorumluluğ unun tamamen ortadan kalkmasına ya da kısmi bir ceza sorumluluğ una neden olmaz. Örneğ in, suçlu olgularda sıklıkla antisosyal kiş ilik bozukluğ unu ve/veya madde kötüye kullanımı görülmektedir. Ancak bunun adli psikiyatrik değ erlendirmede ceza sorumluluğ una etkisi bulunmamaktadır. Bkz. F. Süheyla Aliustaoğ lu, “Adli Olgularda Türk Hukuk Sisteminde Ruh Sağ lığ ı Değ erlendirmesi”, **Türkiye Klinikleri J Psychiatry-Special Topics**, 2011, 4(1), s. 4-5.

¹¹⁹⁷ Stratenwerth/ Kuhlen, s. 166.

¹¹⁹⁸ Schöch, LK, § 20, kn. 45.

¹¹⁹⁹ Schöch, LK, § 20, kn. 48.

¹²⁰⁰ BGH, NJW, 2006, 386 (Schöch, LK, § 20, kn. 48)

¹²⁰¹ Stratenwerth/ Kuhlen, s. 168.

¹²⁰² Rasch, “Die Zuordnung der psychiatrisch-psychologischen Diagnosen vier psychischen Merkmalen der §§ 20/21 StGB”, s. 264.

keyfi olarak salt normatif biçimde yorumlanamazlar¹²⁰³. Bu kavramlar yasal metinde yer alan failde bulunan psikopatolojik halin nasıl olması gerektiğine ilişkin kavramlardır. Örneğin ruhsal bozukluğun “ciddi” olması ya da şuur bozukluğunun “esaslı” olması gibi. Alman Ceza Kanunu (StGB) § 20’ de bu kavramlara yer verilmiştir. TCK m. 32’ de ise, akıl hastalığı kavramı yalın olarak kullanılmış, bu kavramın ne şiddette olması gerektiğine ilişkin bir nitelemeye kanun metninde yer verilmemiştir.

Bir psikopatolojik semptomatiğin tanısının konması tek başına henüz ilgili kişinin kusur yeteneği hakkında bir şey söylemez¹²⁰⁴. Daha ziyade mahkeme genel bir değerlendirme çerçevesinde, kurallara uygun bir davranışın gerçekleştirilmesinin fail için, onun psişik durumu nedeniyle ruhsal açıdan sağlıklı ortalama bir kişiyle kıyaslandığında açıkça anlaşılır biçimde daha zor olup olmadığını saptamak zorundadır¹²⁰⁵. Bu bağlamda duruşma hâkimi, bir vakanın bireysel ayırıcı özelliklerini (=hususiyetlerini) takdir etme ve gerekmesi halinde bilirkişinin değerlendirmesinden ayrılmayı ona mümkün kılan geniş bir değerlendirme sahasına sahiptir¹²⁰⁶.

b. Şüpheden Sanık Yarar İlkesinin (“*In Dubio Pro Reo*”) Uygulanma Sorunu

Kusur yeteneği değerlendirmesinde ilk olarak adli psikiyatrik bilirkişi incelemesi ile failin fiilini gerçekleştirirken akıl hastası olup olmadığı, şayet akıl hastası ise bu hastalığın fiiline ne şekilde etki ettiği ortaya çıkarılmaya çalışılacaktır. Bu husus ortaya çıkarıldıktan sonra, tanısı yapılan akıl hastalığının TCK m. 32’ de belirtilen esasen normatif karakterdeki “fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama” ya da “fiille ilgili davranışlarını yönlendirme” yetenekleri üzerinde ne şekilde etkide bulunduğu, bilirkişinin belirtmiş olduğu bilgiler ışığında hukuki olarak değerlendirilecektir. Bu işlemlerin gerçekleştirilmesi sırasında alınan kararlarda “şüpheden sanık yararlanır (in dubio pro reo)” ilkesinin geçerli olup olmadığı önem

¹²⁰³ Schreiber/ Rosenau, s. 95.

¹²⁰⁴ BGH, 2 StR, 367/04, 12.11.2004 (Enz, s. 358)

¹²⁰⁵ Fischer, § 21, kn. 7 a, 8; Enz, s. 358.

¹²⁰⁶ BGH, 1 StR, 406/03, 06.11.2003 (Enz, s. 358)

arz eden bir durumdur. Özgürlük konusunun metafizik anlamda ortaya çıkardığı sorunlardan tamamen bağımsız şekilde, failin fiil sırasındaki psişik durumu hakkında, örneğin, o zamanda geçirdiği ani ve şiddetli duygulanımın (afekt) yoğunluğu konusunda aydınlatılması zor, şüphe durumları söz konusu olabilir. Mahkemeyi aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmiş olmasına rağmen adli psikiyatri bilirkişisinin çabaları net bir bulguyu ortaya koymazsa, şüphe prensibinin (in dubio pro reo) uygulanıp uygulanmayacağı sorusu ortaya çıkar¹²⁰⁷.

Şüpheden sanık yararlanacağına ilişkin anlayış yasal metinlerde düzenlenmese de, ceza muhakemesi içinde genel karar verme süreçlerinde geçerli olan hukuk devleti ilkesinin yansıması olarak kabul edilmektedir¹²⁰⁸. Bu ilke, maddi hukukun uygulanmasında gerçeklik alanında tüm ispat araçlarının kullanılmasına rağmen giderilemeyen şüphenin, sadece sanığın lehine değerlendirilmek zorunda olmasını ifade etmektedir¹²⁰⁹. Şüpheden sanık yararlanır kuralı, delillerin değerlendirilmesi kuralı değil, aksine delil değerlendirmesi aşaması sona erdikten sonra uygulama alanı bulan bir ilkedir¹²¹⁰.

“In dubio pro reo” prensibinin kusur yeteneğine ilişkin karar ile ilgili olarak uygulanması hususu, nihayetinde kusur yeteneğinin yokluğuna ya da varlığına karar verilmesinin hâkimin değerlendirmesine dayalı bir inceleme olması nedeniyle tartışmalıdır¹²¹¹. Kusur yeteneği hakkındaki kuralların istisnai karakteri, kusur yeteneği yargılamasıyla ilişkili olarak sanığa kendisinin kusur yeteneğinin

¹²⁰⁷ Streng, Strafrechtliche Sanktionen, s. 466.

¹²⁰⁸ Ulrich Eisenberg, **Beweisrecht der StPO**, 9. Auflage, C. H. Beck, München, 2015, kn. 116. İlkenin hukuki niteliği ve geniş değerlendirilmesi için bkz. Koray Doğan, **Ceza Muhakemesinde Belirsizlik: Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi “in dubio pro reo”**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, (Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi), s. 97 vd.; Doğan Gedik / Mahir Topaloğlu, **Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 349 vd.

¹²⁰⁹ Eisenberg, Beweisrecht der StPO, kn. 116; “Ceza yargılamasının en önemli ilkelerinden biri olan ‘Şüpheden sanık yararlanır’ kuralı uyarınca, sanığın bir suçtan cezalandırılmasının temel koşulunun, suçun kuşkuya yer vermeyen bir kesinlikle ispat edilmesine bağlı olduğu, gerçekleşme şekli kuşkulu ve tam olarak aydınlatılmamış olan olaylar ve iddiaların, sanığın aleyhine yorumlanarak mahkumiyet hükmü kurulamayacağı, yüksek de olsa bir olasılığa dayanılarak sanığı cezalandırmanın, ceza yargılamasının en önemli amacı olan gerçeğe ulaşmadan, varsayıma dayalı olarak hüküm vermek anlamına geleceği gözetilmelidir.” **Yargıtay, 15. CD., E. 2013/27215, K. 2014/18132, T. 05.11.2014** (YKD., C. 40, S. 12, Aralık 2014, s. 2740)

¹²¹⁰ Eisenberg, Beweisrecht der StPO, kn. 118; Doğan, Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi, s. 170-171.

¹²¹¹ Streng, Strafrechtliche Sanktionen, s. 466.

olmadığını ispatlama borcunun yüklediği biçimindeki bir ispat kuralının mevcut olabileceğine yol açmamalıdır¹²¹².

Bir görüşe göre, eğer kusur yeteneği sorunu açıklığa kavuşturulamıyorsa ve kuşku devam ediyorsa, o zaman kusur yeteneğinin mevcut olmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir¹²¹³. Bu bakımdan “in dubio pro reo” ilkesi geçerlidir. Öte yandan TCK m. 57 uyarınca güvenlik tedbiri olarak yüksek güvenli bir sağlık kurumuna yerleştirme tedbirinin uygulanabilmesi açısından pozitif olarak kusur yeteneği yokluğunun veya kusur yeteneğinin azalmış olması durumunun tespit edilmesi gerekmektedir¹²¹⁴. Eğer en azından azalmış bir kusur yeteneğinin bulunup bulunmadığı konusu kuşku olarak kalıyorsa, TCK m. 57 kapsamında yüksek güvenli bir sağlık kurumuna yerleştirme mümkün değildir.

Öte yandan yukarıda belirtilen görüşün aksine, kusur yeteneği değerlendirilmesinde şüpheden sanığın yararlanacağına ilişkin ilkenin uygulanabilmesi açısından, bu değerlendirmedeki hususların ikiye ayrılarak incelenmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu hususlar gerçekliğe dayalı olgular ve hukuki değerlendirmeye dayalı olgular olarak ayrılabilir. Şüpheden sanık yararlanır prensibinin uygulanma alanı hukuki sorular değil, suçun sübutunu ilgilendiren gerçekliğe ilişkin hususlardır. Bu nedenle prensip, kusur ya da kusur yeteneğinin bulunmadığı gibi hukuken değerlendirici karaktere sahip sorumluluğun yüklenmesini ilgilendiren konularda geçerli değildir¹²¹⁵. Prensip sadece kusur yeteneği için önem arz eden gerçeklerle ilişkili olarak uygulanabilir. Burada söz konusu olan, kusur yeteneği hakkında olumsuz yönde bir karar için gerekli ampirik bulgunun, tüm

¹²¹² Fransa ceza öğretisinde bazı yazarlar, suçu işlediği sırada akıl bozukluğuna maruz kaldığını iddia edilen kişinin bu iddiasının doğruluğunu da ispat etmekle yükümlü olduğunu ileri sürmektedirler. Bu yazarlara göre, istisnai bir durumu ileri süren kişi, iddiasının doğruluğunu da ispatla yükümlüdür. Bkz. Özcan, s. 217. *Schreiber*’ e göre, kusur yeteneğinin bulunmaması hakkındaki hükümlerin istisnai karakteri, kusur yeteneğinin veya sanığın kendisinin kusur yeteneğinin bulunmadığının ispatı olarak dayanabileceği bir ispat hükmünün var olduğunun zannına yol açmamalıdır. Bkz. *Schreiber*, “Hukuksal ve Psikiyatrik Kategoriler Arasında Adli Rapor”, s. 16.

¹²¹³ Alman Federal Yüksek Mahkemesi’ nin Ceza Davalarındaki Kararları (BGHSt) 8, 124, 36, 286 [290]; Schöch, LK, § 20, kn. 235; *Schreiber*, “Hukuksal ve Psikiyatrik Kategoriler Arasında Adli Rapor”, s. 16.

¹²¹⁴ Alman Federal Yüksek Mahkemesi’ nin Ceza Davalarındaki Kararları (BGHSt) 18, 167 (*Schreiber/ Rosenau*, s. 95).

¹²¹⁵ Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, s. 466; Schöch, LK, § 20, kn. 235; Lackner/ Kühn, § 20, kn. 23; Fischer, § 20, kn. 44.

delillerin toplanmasından sonra genel bir değerlendirme çerçevesinde gerçekten de kanıtlanmış olup olmadığıdır¹²¹⁶. Nitekim Yargıtay da benzer durum olan haksız tahrik hükümlerinin sanık yararına uygulanabilmesine, maddi gerçekliğe ilişkin konularda şüphe bulunması halinde (ilk haksız hareketin kimden geldiğinin şüpheli kalması durumunda) söz konusu olabileceği yönünde karar vermiştir¹²¹⁷.

Fiil anında failin “davranışlarını yönlendirme” yeteneğinin azalmasının “önemli” olup olmadığı hususu, hukuki sorunu ilgilendirdiği için, bu soru şüpheden sanık yararlanır ilkesi temelinde yanıtlanamaz¹²¹⁸. In dubio pro reo ilkesi yalnızca açıkça anlaşılabilir biçimde aydınlatılamayan olaylarla (gerçeklerle) ilişkili olarak uygulanır. Bu nedenle suç fiilinin işlendiği tarihte psişik bozukluğun mevcut olması ve bu durumun olası etkileriyle ilişkilidir. Bir başka deyişle psişik olağandışı durumun türü ve derecesi ile ilişkilidir¹²¹⁹. Kusur yeteneği değerlendirmesinde kuşkulu hastalık tanısı yeterli değildir¹²²⁰. Fakat bir ruhsal sapma tespit edildikten sonra, önemlilik ölçütü yardımıyla kusur yeteneğinin önemli derecede etkilenip etkilenmediği hususu, normatif olarak değerlendirilmesi gereken bir husustur¹²²¹. Bu çerçevede yapılan hukuki değerlendirmede şüpheden sanık yararlanır ilkesi uygulanabilir değildir¹²²². Bu konuda Alman Federal Yüksek Mahkemesi’ nin kararlarında istikrarın olmadığı söylenebilir. Federal Yüksek Mahkeme (BGH) Beşinci Ceza Dairesi, hem suçun işlendiği tarihte orta ağırlıkta bir depresyonun mevcut olması bakımından, hem de depresyonun failin davranışlarını kontrol yeteneği üzerinde reddedilemeyecek etkileri bakımından Alman Ceza Yasası § 21 azalmış kusur yeteneği incelenmesi bağlamında “in dubio pro reo” ilkesini uygulamış olan Berlin Eyalet Mahkemesi’ nin yaptığı değerlendirmenin hukuka uygunluğunu onaylamıştır¹²²³. Bu kararda suçun işlenmesinde “hastalıklı ruhsal bir

¹²¹⁶ Streng, Strafrechtliche Sanktionen, s. 466.

¹²¹⁷ “İlk haksız hareketin kimden kaynaklandığının belirlenememesi durumunda, şüpheli olan bu durumdan sanığın yararlandırılması suretiyle sanığın etkili eylemi haksız tahrik altında gerçekleştirdiği kabul edilmelidir.” Yargıtay, 3. CD., E. 2006/13682, K. 2008/3400, T. 02.04.2008 (YKD., C. 35, S. 8, Ağustos 2009, s. 1608)

¹²¹⁸ BGH, 1 StR, 317/04, 28.09.2004 (Enz, s. 359)

¹²¹⁹ Fischer, § 20, kn. 67; Lackner/ Kühl, § 20, kn. 23; Enz, s. 359.

¹²²⁰ Fischer, § 20, kn. 67.

¹²²¹ Lackner/ Kühl, § 20, kn. 23.

¹²²² Fischer, § 20, kn. 67; Lackner/ Kühl, § 20, kn. 23.

¹²²³ BGH, 5 StR, 306/03, 24.06.2004 (Enz, s. 359, dp. 1544)

bozukluğun” var olup olmadığı sorununun bir olgu (gerçeklik) meselesi olduğuna hükmedilmiştir. Aynı zamanda hâkimin bu husustaki karar verme için sorumluluğu vurgulanmıştır. Buna karşın bir başka kararda Alman Federal Yüksek Mahkemesi Üçüncü Ceza Dairesi, Alman Ceza Yasası (StGB) Madde 20 ve 21’ deki giriş özellikleri olan ruhsal bozukluk türlerinin kabul edilmesinin açıkça hukuki bir soru olarak tarif etmiştir¹²²⁴. Bu görüşün kabulü halinde akıl hastalığı türlerinin varlığı ya da yokluğu bir hukuki sorun teşkil edeceğinden şüpheden sanık yararlanır ilkesinin geçerli olmayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Kusur yeteneği hakkında verilecek kararlar ilgili şüpheden sanık yararlanır ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı şiddetli tartışmalara neden olmuştur. Öğretide *Merkel* bu sorunu değişik ihtimallere göre cevaplamaktadır. Yazara göre, kusurun nesnel, gerçekliğe bağlı olan koşulları tartışmasız biçimde “şüpheden sanık yararlanır (in dubio pro reo)” ilkesinin uygulama alanı içindedir. Hiçbir mahkeme, delillerin toplanması işleminin sonuçlarına göre, fiili işlediği anda muhtemelen (olasılıkla) kusur yeteneği olmayan ve hukuka aykırı hareket etmiş birinin cezalandırılmasına hükmedemez¹²²⁵. Ancak burada tartışılması gereken sorun kanun metninde yer verilmiş olan normal kişilerin farklı davranabileceklerine yönelik özgürlük varsayımının “in dubio pro reo” ilkesinin uygulanma alanı içinde olup olmadığıdır. Yazar burada üç ihtimalden ve itirazdan söz etmektedir¹²²⁶:

1. ***“In-dubio pro reo ilkesi yasa koyucuyu değil, yalnızca hukuku uygulayanı bağlar.”*** Bu gerekçe kabul edilemez niteliktedir. In dubio pro reo ilkesinin geçerliliği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6/2¹²²⁷ uyarınca doğmaktadır ve yasa koyucu için de bağlayıcıdır. Bu ilkenin geçerliliği ayrıca Anayasa’ daki hukuk devleti garantisinin yargısal konularda mevcut olmasına aittir; bir başka deyişle anayasal bir düzeye sahiptir. Bu ilkenin geçerliliğinin, mahkûmiyet kararı için gerekli herhangi bir nesnel (maddi gerçekliğe ait) unsur için kaldırılması yasa koyucu açısından yasaklanmıştır.

2. ***“Başka türlü davranabilme özgürlüğü gerçekliğe ait değil/ bunun yerine metafizik bir sorudur; bunun için In dubio pro reo ilkesi geçerli değildir.”*** Bu

¹²²⁴ BGH, 3 StR, 52/06, 07.03.2006 (Enz, s. 359, dp. 1544)

¹²²⁵ Merkel, Willensfreiheit und rechtliche Schuld, s. 115.

¹²²⁶ Merkel, Willensfreiheit und rechtliche Schuld, ss. 116-118.

¹²²⁷ “Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.”

düşünceye göre, başka türlü davranabilme sorusu, şüpheden sanık yararlanır ilkesinin geçerli olduğu alan olan olaydaki gerçeklikle ilgisi bulunmamaktadır. Bu sorun kavramsal ve metafizik unsurları içermektedir. Fakat failin suç işlediği anda farklı hareket edebileceği (=davranabileceği) varsayımı, aynı zamanda bir ölçüde ampirik (deneysel) bir durumu da iddia eder bir yargıdır. Günümüzde irade özgürlüğünün metafiziği, artık *Descartes*' a göre ileri sürülen tezlere dayanan *res cogitans*¹²²⁸ ve *res extensa*¹²²⁹ arasında gizemli bir etkileşimin bulunduğu şekilde kabul gören özgür irade metafiziği değildir. Daha ziyade beyne ait maddi olanın üzerinde, mental olana ait bir ilişkiye bağlı olma durumunun (lat., Alm.: *Supervenienz*) varsayımından kaynaklanmaktadır. Bu varsayım metafiziktir, çünkü muhtemelen ilkesel olarak indirgeyici değildir. Başka bir deyişle hiçbir zaman tamamen nörofizyoloji ile açıklanabilir özellikte değildir. Fakat bütüne ait varsayım ampirik nitelik taşır, başka bir deyişle “akıl” ve irade, her durumda beyne bağlıdır. Bir fail hakkında fiili işlediği anda “farklı bir karar verebilirdi ve daha sonra da farklı hareket edebilirdi” saptaması ampirik bir karşı iddia özelliğindedir. Bu bakımdan In- dubio ilkesine tabidir.

3. **“Yasa metninde yer verilen koşul olarak getirilmiş farklı hareket edebilme varsayımı ne metafizik ne de ampirik bir varsayımdır; bunların yerine bir normatif yerleştirmedir. Bu türden bir iddia In-dubio-ilkesinin geçerlilik alanına dahil değildir.”** Birçok ceza hukukçusu tarafından bu görüş savunulsa da, bu görüş de kabul edilemez niteliktedir. Yasa metninde yer alan farklı davranabilme varsayımı bu türden “normatif yerleştirme” olarak açıklanabilir. Ancak bu durumda bu varsayımın meşruiyet sorunu ortaya çıkmaktadır. Yasa koyucuya bu türden bir “normatif yerleştirme yapma” yetkisini veren şey nedir? Bu yöntem, açıklığa kavuşturulmamış ampirik bir bulgunun normatif bir hükümle *ikame edilmesinden* başka bir şey değildir. Bu yöntemin doğru olduğu görüşünün kabulü halinde, düzenleme şu şekle dönüşecektir: “Eğer fail muhtemelen akıl hastası ise, o zaman faile ruhsal açıdan sağlıklı insan muamelesi yapılır”. Bu hüküm ise Anayasaya aykırı olacaktır.

¹²²⁸ Düşünen varlık... Fransız düşünürü *Descartes* bu deyimini ruh (tin, bilinç) anlamında kullanır ve ikicilik anlayışı içinde *res extensa*' ya karşıt tutar. Bkz. Orhan Hançerlioğlu, **Felsefe Ansiklopedisi Kavramlar ve Akımlar (Ö-R) C. 5**, Remzi Kitabevi, 1976, s. 324.

¹²²⁹ Yer kaplayan varlık... Fransız düşünürü *Descartes* bu deyimini özdek anlamında kullanır ve ikicilik anlayışı içinde *res cogitans*' a karşıt tutar. Bkz. Hançerlioğlu, **Felsefe Ansiklopedisi Kavramlar ve Akımlar (Ö-R), C. 5**, s. 324.

Merkel’ e göre, yasa metninde yer verilen “farklı şekilde karar verebilirdi ve farklı şekilde davranabilirdi” varsayımındaki tartışma çok sayıdaki ceza hukukçusu tarafından çoğunlukla küçümsenmiş veya tamamen yok sayılmıştır¹²³⁰. Normal insanın farklı hareket edebileceğini varsayma yolunun yasa koyucuya açık olduğu görüşü birçok hukukçu tarafından doğal sayılıyor görünmektedir. Fakat bu varsayım doğru değildir. Bu yol yasa koyucuya kesinlikle açık değildir; daha ziyade özel bir meşruiyeti gerektirir¹²³¹. Yazara göre, yasa metni kusur yeteneği bulunan failde, suç fiilinin işlendiği anda *gerçekten* bir farklı hareket edebilme yeteneğinin bulunduğunu dolaylı bir biçimde şart koşmaktadır. Bu türden bir koşul In-dubio- ilkesine tabidir¹²³². Öte yandan bu koşul (hiçbir zaman) kanıtlanamaz. Bu nedenle koşulun yalnızca “normatif yerleştirme” olarak yorumlanabileceği, özde doğrudur, fakat şüphe ilkesiyle ilgili sorunu çözmemektedir. Çünkü yasa koyucu In-dubio- ilkesinin anayasal düzeyde olması nedeniyle, kendisini kuşkulu durumlarda haksızlık veya kusurun herhangi bir maddi gerçekliğe ait unsurunu “normatif yerleştirme” biçiminde bir koyut ortaya atarak (=postüle ederek) kurtaramaz. Eğer *yasa koyucu* bunu yapamıyorsa, o zaman normu yorumlayan bilim insanlarının da bunu yapamayacağını kabul etmek gerekir. Yasa metninden, suçun işlendiği sırada kusur yeteneği olan failde gerçek bir özgür iradenin bulunması gerekliliğinden farklı bir şey çıkarılamaz. Fakat madde mantıklı olarak bir “normatif yerleştirmeden” farklı bir şey olarak da yorumlanamaz. Bunlardan birinci imkânsız bir şeyi, ikincisi ise kabul edilemez bir şeyi ifade etmektedir¹²³³. *Merkel*’ e göre sorun iki türlü çözülebilecektir. Ya yasa metninde şart koşulmuş olan, kusur yeteneğine sahip failin farklı hareket edebilme yeteneğini sadece durumsal bir yetenek olarak ele almak ve somut suç fiilini işlemekten güncel bir kaçınabilmeyi gerektirmediği yönünde kabul etmek gerekecektir¹²³⁴, ya da *Roxin*’ in önerdiği gibi failin fiilin işlendiği anda “norma tepki verebilir” durumda olmasına yönelik araştırma ile yetinilmelidir. *Merkel* sonuç

¹²³⁰ Merkel, Willensfreiheit und rechtliche Schuld, s. 117.

¹²³¹ Merkel, Willensfreiheit und rechtliche Schuld, s. 117.

¹²³² Merkel, Willensfreiheit und rechtliche Schuld, s. 134.

¹²³³ Merkel, Willensfreiheit und rechtliche Schuld, s. 134.

¹²³⁴ Merkel, Willensfreiheit und rechtliche Schuld, s. 134-135.

olarak kusura dayanan cezanın mazur görülmesine yönelik tüm çabanın karanlıkta kalan bir sınırı çizdiğini itiraf edilmek zorunda olduğunu belirtmektedir¹²³⁵.

Kanımızca şüpheden sanığın yararlanacağına ilişkin in dubio pro reo ilkesinin akıl hastalığı nedeniyle yapılacak kusur yeteneği değerlendirmesinde oynadığı rol iki aşamada değerlendirilebilir. Bu değerlendirmenin yapılabilmesi için ilk olarak failin fiilini gerçekleştirdiği sırada akıl hastası olması gerekmektedir. Ancak salt bu durumun tespiti, kusur yeteneği açısından bir öneme sahip değildir. Bu hastalığın TCK m. 32’ de belirtilen “fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama” ya da “davranışlarını yönlendirme” yeteneklerine etki ettiğinin de kuşkudan uzak bir şekilde tespit edilmesi gerekmektedir. Bu durumlar maddi gerçekliğe ilişkin hususlar oldukları için, bu konuya ilişkin şüphede kalınması durumunda in dubio pro reo ilkesi geçerli olacaktır. Maddi gerçeğe ise deliller vasıtasıyla ulaşılabilecektir¹²³⁶. Bu nedenle adli psikiyatrik bilirkişinin bu konudaki saptamaları önem arz etmektedir. Hiç kimse kendisinde bulunan bir akıl hastalığının fiilin gerçekleştiği anda etki ettiği konusunda bir ispata zorlanamaz. Bir iddia karşısında akıl hastalığının bulunmadığı ya da bu hastalığın fiilin gerçekleştirilmesinde etki etmediği gibi hususları ispat ödevi, suçlamayı yapan makama aittir. Bu nedenle bu konuların şüpheden uzak şekilde tespit edilmesi gerekmektedir¹²³⁷. Ancak bu tespit yapıldıktan sonra kusur yeteneğinin kalkması ya da azalmış kabul edilebilmesi için gerçekleştirilecek “davranışlarını yönlendirme” yeteneğinin “önemli derecede” azalıp azalmadığı sorunu kusur ilkesi temelinde yapılacak normatif değerlendirmeler sonucu ortaya

¹²³⁵ Merkel, Willensfreiheit und rechtliche Schuld, s. 135.

¹²³⁶ Geçmişte olup biten bir olayın, onu temsil eden vasıtalar, yani deliller aracılığıyla yargılamanın yapıldığı tarihte ortaya konulmuş haline maddi gerçek denir. Bkz. Hakan Karakehya, “Ceza Muhakemesinin Amacı”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM)**, C. LXV, S. 2, 2007, s. 126; Hakan Karakehya, “Dolaylı Maddi Gerçek: Ceza Muhakemesinde Yargılama Makamının Maddi Gerçeğe Deliller Aracılığıyla Ulaşma Zorunluluğu Üzerine”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)**, Y. 7, S. 27 (Temmuz 2016), s. 67. Bu durumda maddi gerçeğin iki unsuru olduğu ortaya çıkmaktadır. Birincisi, maddi gerçeğin geçmişte olup bitmiş bir olaya ilişkin olması, ikincisi ise bu olayın oluş biçiminin delil vasıtalarıyla ortaya konulmasıdır. Bkz. Hakan Karakehya, “Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçek”, **Eskişehir Barosu Dergisi**, Haziran 2006, s. 96 vd.

¹²³⁷ Muhakeme sonunda bulunan maddi gerçeğin, mutlak gerçeğe uygun olup olmadığının tam bir kesinlik içerisinde bilinebilmesi mümkün değildir. Çünkü maddi gerçek, o konuda ulaşılabilecek en doğru bilgilere dayanmakla birlikte, tasavvur edilebilecek her türlü şüpheyi bertaraf etmemektedir. Bkz. Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2002, s. 72-73.

çıkarılacaktır. Bu ise, maddi gerçekliğe ait olan bir mesele değil, hukuki sorun teşkil eden bir meseledir. Bu nedenle bu konuda şüpheden sanığın yararlanacağı esası uygulanamaz.

Bu sonuca ulaşmakla birlikte, akıl hastalığı nedeniyle gerçekleştirilecek olan değerlendirmelerde hem bilirkişinin vereceği raporda hem de hukuki değerlendirmelerde geniş takdir alanının olduğu söylenebilir. Sonuçta bu değerlendirme, geçmiş bir zaman dilimine ait tıbbi tanı koyma ve tanısı konulan hastalığın olası etkilerinin tahminini içermektedir. Bu nedenle hiçbir zaman kesin yargılara varılamayacağı söylenmelidir. Her ne kadar beyin tümörleri ya da travma sonrası beyin yaralanmaları kaynaklı oluşan psikozlarda daha net bir tespit mümkünken, diğer durumlarda geçmiş döneme ait, yani retrospektif şekildeki koyulan tanının geçerliliği ve kesinliği de tıbbi olarak tartışılabilir. Ancak bu konudaki değerlendirmede geçmişteki bir olayda failin kastının belirlenmesi işleminden farklı bir işlem gerçekleştirilmemektedir. Geçmiş bir dönemde failin kafasında nelerin olup bittiğini bilmek mümkün değilse de, onun tespit edilen dış dünyaya yansıyan hareketlerinden bir yargıya ulaşmak mümkündür. Bu konuda ceza hukukunun elinde daha kesin sonuçlar veren başka bir enstrüman bulunana dek en iyi sistemin kullanılmasına devam edilmesi gerekecektir.

Önceki bölümlerde tartışıldığı üzere, akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneğinin etkilenmesi değerlendirilmesi, hatalı olarak failin geçmiş bir zaman diliminde irade özgürlüğüne sahip olup olmaması değerlendirilmesi ile eşdeğer olarak görülürse, her durumda “şüpheden sanık yararlanır ilkesi” gereği faile ceza verilememesi gerekecektir. Bu sonuç ise, toplum düzenini sağlamaya yönelik olan ceza normlarının, kusur ilkesinin ve hukuk devleti ilkesinin varlığını anlamsız kılacaktır. Bu nedenle söz konusu değerlendirmede metafiziksel irade özgürlüğü problemi değil¹²³⁸, toplumun bireylerden hangi durumlarda ceza normunun gerektirdiği davranışı bekleyebileceği sorunu söz konusudur. Bu amaçla oluşturulmuş istisnai kategorilerden biri olan “akıl hastalığı” durumu hakkında, adli psikiyatrik inceleme sonucunda bir yargıya varılabilecektir.

¹²³⁸ Ceza hukuku felsefe yapmadan irade özgürlüğünü kabul eder ve kabul etmek zorundadır. Bkz. Öztürk/ Erdem, s. 161.

III. AKIL HASTALIĞI NEDENİYLE AZALMIŞ KUSUR YETENEĞİ (TCK m. 32/2)

A. Kavram

Azalmış kusur yeteneği kavramının modern hukuk sistemlerinde yer almasına vesile olan anlayış, özellikle birinci aşamada kusur yeteneğinin ortadan kalkmasına neden olan psikişik bozuklukların daha zayıf bir şekilde de ortaya çıkabileceği düşüncesidir. Bu şekilde ortaya çıkan psikişik bozukluklar, failin algılama ya da davranışlarını kontrol yeteneğinin tam olarak ortadan kalkmadığı, ancak “azalmış” olarak kabul edilen etkilere de yol açabilecektir. Söz konusu durumlarda failin norma uygun davranmakta zorlandığı tecrübe edilerek kabul edilmiş ve bu nedenle fail hakkındaki kınamanın psikişik bozukluğa sahip olmayan bireyler gibi olmaması, bir başka ifade ile “azalmış olması” gerektiği kararlaştırılmıştır¹²³⁹.

19. yüzyılın sonlarında isnadiyet temelli yaklaşımın esas alınması sonucu “azalmış isnat yeteneği” kavramının kullanılması mantıksız bulunmuş, bunun nedeni olarak ise isnat yeteneği kavramının nicelik temelli bir ayırma tabi tutulamayacağı gösterilmiştir¹²⁴⁰. Bir başka deyişle o dönemde isnat yeteneği kavramının azalıp çoğalmasının mümkün olmadığına işaret edilmiştir. Bu kavramın her insanda görülebilecek farklı duygu ya da his değişimi için kullanılmaya dönük kötüye kullanılma tehlikesi, o dönemdeki yasa koyucuları tarafından “azalmış isnat yeteneği” halinin takdiri indirim sebebi olarak düzenlenmesine yol açmıştır¹²⁴¹.

Azalmış kusur yeteneği için aranan “biyolojik” koşul, yani failde eylem anında etkili olan psikopatolojik durum, kusur yeteneğinin bulunmadığı durumlardakiler ile aynıdır. Farkı ise, bu psikişik durumun fail üzerindeki etki derecesidir. Ruhsal bozukluk sonucu failin fiilin haksızlığını algılama veya davranışlarını kontrol yeteneği tümüyle ortadan kalkmamaktadır, ancak ciddi

¹²³⁹ Lenckner, “Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit”, s. 122.

¹²⁴⁰ Hans Göppinger, “Kriminologische Aspekte zur sogenannten verminderten Schuldfähigkeit (§ 21 StGB)”, **Kriminologie-Psychiatrie-Strafrecht: FS für Heinz Lefrenz zum 70. Geburtstag**, Heidelberg, 1983, s. 413.

¹²⁴¹ Göppinger, s. 413.

derecede¹²⁴² azalmıştır¹²⁴³. Hemen belirtmek gerekecektir ki, TCK m. 32 düzenlemesi kusur yeteneğinin tamamen ortadan kalkması durumu ile azalmış olarak kabul edildiği durumlar arasında kendine özgü farklı bir derecelendirme yoluna gitmiştir. Kusur yeteneğinin tamamen kalkmış kabul edilebilmesi için, failin fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunmaması durumu yanında, özellikle spesifik olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalmış olması durumu da yeterli görülmüştür. Bu açıdan TCK sisteminde akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneği durumu, failin eylem anında haksızlık algısına uygun şekilde davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli dereceye varmayan azalma yönünde etkilendiği durumlarda söz konusu olmaktadır. Bir başka deyişle TCK m. 32/2 uyarınca azalmış kusur yeteneği, failin davranışlarını yönlendirme yeteneğinin “önemli dereceye varmayan” herhangi bir olumsuz etkiye maruz kaldığı durumlar için tasarlanmıştır.

19. yüzyılın ikinci yarısında ve 20. yüzyılın başlarında azalmış kusur yeteneğinin uygulamaya konulması, önemli psikiyatristlerin isteğine uygun olarak gerçekleşmiştir¹²⁴⁴. Bu dönemde psikiyatri biliminin ulaştığı sonuçlardan birisi de, tam akıl hastaları ile normal insanlar arasında “kısmî akıl hastaları” diye bir grubun bulunduğu sonucudur¹²⁴⁵. Bu sonuç ile beraber sınırlı sorumluluk teorisi adında bir teori ortaya atılmıştır¹²⁴⁶. Azalmış kusur yeteneği düzenlemesi özellikle düşük derecede akıl zayıflığı, şiddetli ve ani heyecan (duygulanım-afekt) sonucu

¹²⁴² Azalan algılama yeteneğinin söz konusu olduğu durumlarda Alman Ceza Kanununun 21’ inci maddesi (ruhsal bozukluk nedeniyle azalmış kusur yeteneği), kaçınılabılır yasaklılık yanılığısı düzenlemesiyle ekarte edilmektedir, çünkü failin eylemdeki yasaklılığı göremediği iddia edildiği anda, oransal olarak kolay bir şekilde hukuksuzluğu görebilecek olsaydı da ceza, yasaklılık yanılığısının kurallarına göre indirilebilmektedir. Bkz. Jescheck/ Weigend, § 40, s. 443, dp. 50. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, TCK m. 30/4’ de kaçınılabılır yasaklılık yanılığısı düzenlenmemiştir.

¹²⁴³ Yargısal kararlar sadece irade zayıflığı, karakter eksikliği ve kriminal eğilim (suça yatkın mizaç ya da yaradılış) söz konusu olmasının, azalmış kusur yeteneği uygulanması için bir gerekçe kabul edilemeyeceğini haklı olarak vurgulamaktadır. Bkz. BGH, NJW, 1958, 2123 (Jescheck/ Weigend, § 40, s. 443, dp. 51).

¹²⁴⁴ Azalmış kusur yeteneğine yer verilmesine ilişkin değişik adli psikiyatri bakış açıları için bkz. Hans-Ludwig Kröber, “Die psychiatrische Diskussion um die verminderte Zurechnungs- und Schuldfähigkeit”, **Vermindere Schuldfähigkeit und psychiatrische Maßregel** (Hrsg.: Hans-Ludwig Kröber/ Hans-Jörg Albrecht), Nomos Verlag, Baden-Baden, 2001, s. 39 vd.

¹²⁴⁵ Ünver, Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s. 120.

¹²⁴⁶ Sınırlı sorumluluk teorisinin leh ve aleyhindeki görüşler için bkz. Ünver, Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s. 121 vd.

gelişen eylemler, uyuşturucu madde ve alkol tüketimi sonucu gelişen eylemler ve psikopati, nevroz ve dürtü anormallikleri altında gelişen eylemler durumunda, kusura uygun muamele edilmesinin sağlanmasına yaramaktadır¹²⁴⁷.

Azalmış kusur yeteneğinin kavramsal olarak mümkün olup olmadığı tartışmalıdır; çünkü hukuki anlamda kusur yeteneği kavramının keskin bir sınır çizdiği, failerin ya kusur yeteneğine sahip olduğu ya da kusur yeteneğine sahip olmadığı savunulmaktadır¹²⁴⁸. Bu görüşe karşın günümüzde kabul edilen ağırlıklı görüş, kusur yeteneğinin içerisinde barındırdığı failin “davranışları üzerindeki kontrol yeteneği”nin azalıp-çoğalabilen bir nitelikte olduğu ve bu nedenle kavramın nicel bir derecelendirmeye tabi tutulabileceği yönündedir.

Azalmış kusur yeteneği, kusur yeteneğinin yokluğu ya da kusur yeteneğinin varlığı arasında -yarım isnat yeteneği (*Halbzurechnungsfähigkeit*) olarak adlandırılabilir- bağımsız bir üçüncü kategori oluşturmamaktadır¹²⁴⁹. Aksine azalmış kusur yeteneği, kusur yeteneğinin mevcut olmasının bir şeklidir¹²⁵⁰. Kavramın kendisinin de belirttiği üzere, TCK m. 32/1’ de yer verilen kusur yeteneğinin yokluğuna neden olan aynı şartlarla (akıl hastalığı), hiçbir şekilde etkiye maruz kalmamış olarak değil, azalmış olarak var olan bir kusur yeteneği çeşididir¹²⁵¹. Azalmış kusur yeteneğine sahip fail, “kelimenin tam anlamıyla kusur yeteneğine sahiptir”¹²⁵². Ancak kusur yeteneği kavramının azalıp çoğalabilen bir kavram olarak nicelendirilmesi sonucu tam kusur yeteneği ya da azalmış kusur yeteneği gibi

¹²⁴⁷ Jescheck/ Weigend, § 40, s. 443; Krümpelmann, “Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das zweite Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969”, s. 39; Ehrhardt/ Villinger, s. 213 vd.; Göppinger, s. 412.

¹²⁴⁸ Langelüddeke/ Bresser, s. 271 vd.

¹²⁴⁹ Fischer, § 21, kn. 2; Enz, s. 72-73; Burada tam ceza sorumluluğu ve kusur yeteneği yokluğu arasına koyulmuş, “yarı isnat yeteneği” durumundaki belirsiz bir ara kademe söz konusu değildir. Bkz. Jescheck/ Weigend, § 40, s. 443; Psikiyatri açısından ise, tam akıl hastası ile aklen sağlıklı olan kişiler arasında ara bir aşamada bulunan kişilerin bulunduğu belirtilmektedir. Bkz. Erem/Danışman/Artuk, s. 519.

¹²⁵⁰ Lenckner, “Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit”, s. 121 vd.; Azalmış kusur yeteneği durumunda aslında failin kusur yeteneği vardır, ancak algılama ve davranışlarını kontrol yeteneğinin azalmış olması nedeniyle ceza indirilebilmektedir. Bkz. Maurach/Zipf, § 36 III, kn. 70, s. 505; Azalmış kusur yeteneği, kusur yeteneği ve kusur yeteneği yokluğu arasında kalan, “yarı isnat yeteneği” durumunun müstakil bir şekli değildir, aksine kusur yeteneğinin mevcut olduğu bir durumdur. Bkz. Roxin, AT I, § 20 A, s. 902.

¹²⁵¹ Schreiber/ Rosenau, s. 108.

¹²⁵² Schönke/ Schröder, § 21, kn. 1.

kavramlar ortaya çıkmıştır. Bu anlamda kusur yeteneğinin kademeleri vardır¹²⁵³. Kusur yeteneği, nicelendirilebilir yani *kantitatif* bir kavramdır¹²⁵⁴. *Roxin*' e göre, fail (halen) eylemindeki haksızlığı algılayabilecek ve bu algıya göre davranabilecek kapasitededir (yetenektir). Ancak davranışlarını kontrol kapasitesi, derecelendirilebilir bir kavramdır ve bu nedenle insanın norma göre motive olması, onun için kolay olabileceği gibi, zor da olabilir. Buna göre azalmış kusur yeteneği durumunda kusur halen mevcuttur, ancak önemli derecede azalmış davranışları kontrol kapasitesi (yeteneği) nedeniyle, kural olarak azalmış kabul edilmektedir¹²⁵⁵.

Ceza sorumluluğunun var olması, failin tipe uygun ve hukuka aykırı eyleminden *esasen* kınanabilir olup olmayacağına bağlıdır¹²⁵⁶. Failin kınanabilir olup olmayacağı sorusunun cevabı, kusurun cezaya esas teşkil etme işlevi¹²⁵⁷ açısından bakıldığında “evet” ya da “hayır” olacaktır. Cezaya esas teşkil eden kusurun olup olmadığının yanıtı, ya “evet” ya da “hayır” olarak verilir¹²⁵⁸. Bunun dışında haksız eylemden dolayı “kınanabilirlik” ve “kınanamazlık” arasında başka bir cevap alternatifi söz konusu değildir¹²⁵⁹. Cezaya esas teşkil eden kusur, bireysel kademelendirmeye mahal vermediğinden¹²⁶⁰, azalmış kusur yeteneğine sahip failin kusur yeteneğine sahip olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir¹²⁶¹.

¹²⁵³ Kusur yeteneğinin azalması durumunda cezanın belirlenmesi esnasında, esasen failin derecelendirilebilen kusur yeteneğinin ne ölçüde etki altında kaldığı incelenmesi yapılmaktadır. Bkz. Hans-Jürgen Bruns, **Strafzumessungsrecht: Gesamtdarstellung**, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Carl Heymanns Verlag, Bonn, 1974, s. 511.

¹²⁵⁴ Schöch, LK, § 21, kn. 1; Schreiber/ Rosenau, s. 108; Azalmış kusur yeteneğine temel olan, kusura ilişkin nicel ifade sınırlarıyla bir kategori oluşturulmasıdır. Çünkü azalmış kusur yeteneği durumunda hukuken önem arz eden eşik değerlerin üzerine çıkılması veya bunların altına inilmesi şart koşulmaktadır. Yasalarda geçen failin yeteneklerinin “*ciddi derecede*” ya da “*önemli derecede*” azalmış olması gibi ifadeler bu eşik değeri belirtmektedir. Bkz. Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, s. 456.

¹²⁵⁵ Roxin, AT I, § 20 A, s. 902.

¹²⁵⁶ Enz, s. 73.

¹²⁵⁷ Kusurun ceza hukukunda en önemli işlevi cezaya esas teşkil etme işlevidir (*Strafbegründungsschuld*). Yaptırım olarak cezanın olduğu her durumda mutlaka failin kusuru da var olmak zorundadır. Kusurun bu işlevi “*Kusur olmaksızın ceza olmaz*” prensibine işaret etmektedir. Bkz. Achenbach, *Schuldlehre*, s. 3.

¹²⁵⁸ Aynı yönde bkz. Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, s. 456.

¹²⁵⁹ Enz, s. 73.

¹²⁶⁰ *Streng* ise aksi görüştedir. *Streng*' e göre, azalmış kusur yeteneğine tam kusur yeteneği ve kusur yeteneği yokluğu arasında bir ara pozisyon verilmezse, bu iki uç kavramın meşruiyetine rağmen bu ayırım yüzeysel görünecektir. Çünkü niceleyici anlayış temelinde azalmış kusur yeteneğindeki gibi, kusur yeteneği yokluğu da kabul edilmektedir; yani ilgili sapmanın belirli bir yoğunluğu

Bu açıdan bakıldığında azalan kusur yeteneğine sahip olan kişi, davranışı için ceza hukuku çerçevesinde sorumludur. Azalmış kusur yeteneğinin mevcudiyeti, fail hakkındaki mahkûmiyet hükmü üzerinde etki etmemektedir. Çünkü söz konusu durumda failin ceza normunu ihlal etmesinden sorumlu tutulup tutulamayacağı değil, ne ölçüde sorumlu tutulabileceği önem arz etmektedir¹²⁶².

Azalmış kusur yeteneği kavramı psikiyatrlar arasında tartışmalı bulunmaktadır. *Bresser*' e göre, kusur yeteneği yokluğu durumunda yasa açık ve anlaşılır olarak cezaya hükmedilememesine işaret ederken, diğer durumlarda ise sadece kusur değerlendirmesi ve cezanın belirlenmesi soruları söz konusudur. Bu nedenle yasada yer verilmiş olan “azalmış kusur yeteneği” durumunu ve buna ilişkin kavramı, “hermafrodit” doğuma benzetmektedir¹²⁶³.

Kanımızca “azalmış kusur yeteneği” kavramının hukuki manada mümkün olmadığı görüşü¹²⁶⁴, normatif kusur anlayışındaki “kınanabilirlik” üzerinden savunulabilir. Nitekim bu durumda failin gerçekleştirmiş olduğu haksızlık nedeniyle ya “kınanması” ya da “kınanamaz” olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak azalmış kusur yeteneğinde ise, kınanmış olan haksızlığa toplumun ceza yaptırımı şeklinde ne boyutta reaksiyon vereceği önem arz etmektedir. Bu noktada kusurun ceza boyutunu belirleme işlevi devreye girmektedir. Bu nedenle azalmış kusur yeteneği durumu kavramsal olarak kusur yeteneğinin var olması kategorisi içinde yer almaktadır.

Kusur yeteneğine etki etmekle birlikte kusur yeteneğini tamamen kaldırmayan haller için bazı örnek durumların değerlendirilebileceği söylenmektedir. Bunlar, hafif derecede zekâ gerilikleri, epilepsi ve diğer nedenlerle ikincil kişilik

itibarıyla failin hukuk anlamında kusur yeteneği olmadığına veya kusur yeteneğinin azalmış olduğuna karar verilir. Bkz. Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, s. 456.

¹²⁶¹ Bir önceki yürürlükte olan Alman Ceza Kanunu (StGB) 51inci maddesi içeriğine dayanarak, faile haksızlığın isnat edilip edilmeyeceğini belirten *Haffke* tarafından da benzer şekilde ortaya konulmuştur. Kendisi, isnadiyetin derecelendirilemeyeceğini, çünkü mantık itibarıyla “yarım” isnadiyet olamayacağını savunmaktadır. “Azalmış isnat yeteneğinden bahsedildiğinde, failin bireysel olarak sorumlu tutulduğu ve isnat edilmiş olduğu aslında gerçekte her zaman sabittir.” Bkz. Bernhard Haffke, “Zur Ambivalenz des § 21 StGB”, **Recht und Psychiatrie**, 1991, s. 104; Bernhard Haffke, “Zur Ambivalenz des § 21 StGB”, **Verminderte Schuldfähigkeit, Eine janusköpfige Norm**, Köln, 1992, s. 43-44.

¹²⁶² Enz, s. 74-75.

¹²⁶³ Bresser, “Probleme bei der Schuldfähigkeits- und Schuldbeurteilung”, s. 1189.

¹²⁶⁴ Langelüddeke/ Bresser , s. 271 vd.

bozuklukları, bazı psikoza veya duygulanım bozukluklarının kısmî remisyon halleri, ağır obsesif kompulsif bozukluk, hipokondriyazis¹²⁶⁵ ve fobik bozuklukla beraber olan veya ayrıca panik bozukluğuna bağlı panik atakları, piromani, kleptomani gibi dürtü bozuklukları olarak sayılmaktadır¹²⁶⁶.

B. Hukuki Nitelik ve Kapsam

Her ne kadar TCK m. 32/1 ile TCK m. 32/2 düzenlemeleri aynı unsurları barındırıyor olsalar da, akıl hastalığı nedeniyle TCK m. 32/2’ de yer verilen azalmış kusur yeteneği durumu, cezanın belirlenmesinde etkili olan ve kusuru azaltan bir sebep olarak, hukuki nitelik açısından farklılık göstermektedir¹²⁶⁷. Her iki düzenleme de aynı sistem üzerine kurulmuş ve ikisi de iki aşamalı biyolojik-psikolojik¹²⁶⁸ ve psikolojik-normatif¹²⁶⁹ bileşenleri kullanmaktadır. Ancak TCK m. 32/1, failin işlemiş olduğu haksızlık nedeniyle ceza sorumluluğunun yokluğuna işaret ederken, esasen TCK m. 32/2 failin ceza sorumluluğunun bulunduğunu ve bu anlamda eylemi nedeniyle kınanabileceğini göstermektedir. TCK m. 32/1’ de kusurun kalkmasına neden olan özellik olan akıl hastalığının en yüksek derecelendirmeye failin haksızlık algısına göre davranışlarını yönlendirme yeteneğine olumsuz etkisi söz konusu iken, TCK m. 32/2’ de bu etki ilk fıkradaki dereceye ulaşmayan sınırlı bir etkidir. Nicel (*kantitatif*) olarak oluşturulmuş kademelerin, “kusur yeteneği vardır” seçeneğinden

¹²⁶⁵ Hastalık hastalığı durumu. Kişinin vücut belirtilerini yanlış yorumlamasına bağlı olarak, ciddi bir hastalığı olacağı korkusunu ya da ciddi bir hastalığı olduğu düşüncesini taşımasıdır. Yeterli tıbbi değerlendirme yapılmasına ve güvence verilmesine rağmen bu düşüncelerin sürüp gitmesi ile karakterize bir bozukluktur.

¹²⁶⁶ Özkan/ Hakeri, s. 93.

¹²⁶⁷ Alman Ceza Kanunu 20 ve 21. maddelerinde de kusur yeteneği kavramının nicel kademelere ayrıldığını gösteren benzer ifadeler bulunmaktadır. Ancak failin ceza sorumluluğunun ne zaman kalktığı ya da azaldığı durumlar için farklı bir kademelendirme mevcuttur. Bu düzenleme hakkındaki açıklamalar için bkz. Schreiber/ Rosenau, s. 109; *Streng*’ e göre, azalmış kusur yeteneği durumu da, kusur yeteneğinin tam olarak kalktığı bileşenlere sahiptir. Bunlar iki basamaklı yapı şeklindeki, 1. Temel ruhsal bozukluk, 2. Bundan doğan psişik-normatif sonuçlardır. Bkz. *Streng, Strafrechtliche Sanktionen*, s. 455.

¹²⁶⁸ “Psikopatolojik Bileşen” olarak da adlandırılan bu bileşen, failin fiil anında zihinsel anormal durumuna işaret etmektedir. Biyolojik-Psikolojik bileşen olarak TCK m. 32’ de, “akıl hastalığı” kavramı kullanılmıştır.

¹²⁶⁹ Kusur yeteneği düzenlemesinin “psikolojik-normatif” olarak adlandırılan bileşeni, failin fiil anında araştırılan yeteneklerine işaret etmektedir. TCK m. 32’ de bu yetenekler “fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama” ve “davranışlarını yönlendirme” yetenekleri olarak düzenlenmiştir.

başlayarak “azalmış kusur yeteneğine sahip” seçeneği üzerinden “kusur yeteneği yoktur” seçeneğine kadar gerilediği, kanun metninde geçen “...önemli derecede azalmış...” ve “Birinci fıkrada yazılı derecede olmamakla birlikte...” şeklindeki ifadelerin kullanımından da anlaşılabilir¹²⁷⁰.

Krauß’ a göre, ceza sorumluluğunu ortadan kaldırma sonucunu ortaya çıkaran TCK m. 32/1’ deki gibi düzenlemelerde esasen “kusur *isnadi* (Schuldzurechnung)” sorusu sorgulanırken, TCK m. 32/2’ deki gibi azalmış kusur yeteneği düzenlemelerinde “kusur *tayini* (Schuldzumessung)” sorusu ön plana çıkmaktadır¹²⁷¹. Burada öğretilerde TCK m. 32/2 gibi azalmış kusur yeteneği düzenlemelerinin, salt kusuru azaltan bir kural mı olduğu, yoksa tamamen cezanın belirlenmesi kuralı mı olduğu sorusu sorulmaktadır¹²⁷². Ancak bu sorunun pratikte bir önemi bulunmamaktadır. Zira her iki görüş de aynı sonuca çıkmaktadır. TCK m. 32/2 gibi azalmış kusur yeteneği düzenlemeleri, kusurun azalmasına dayanan özel bir cezanın belirlenmesi kuralıdır¹²⁷³. Bu nedenle azalmış kusur yeteneği düzenlemesinin hukuki niteliği ile ilgili olarak, söz konusu bu iki özelliği de dikkate alınarak “hem.....hem de.....” vurgusunun yapılması gerekmektedir. Burada azalmış kusur yeteneği düzenlemesi, -hem aşağıya ve yukarıya doğru kategori itibarıyla sınırlanmış – **kusur indirim sebebidir**, hem de – ceza takdirinin doğuracağı hukuki sonuca göre- bir **cezanın belirlenmesi düzenlemesidir**¹²⁷⁴.

Azalmış kusur yeteneğinin tespitinin temelinde iki “niceleme aşaması” bulunmaktadır. Öncelikle psişik bozukluğun ciddiyetinin tespit edilmesi ve değerlendirilmesi gerekmektedir (birinci aşama). İkinci aşamada ise “bozukluğun failin psişik işlevlerini ne derecede olumsuz etkilediğinin, davranışlarını kontrol işlevinin ne şekilde olumsuz etkilendiğinin gerekçelendirilmesi” gereklidir. Bu noktada azalmış kusur yeteneği için önem arz eden, psikiyatrik bulguların failin

¹²⁷⁰ Alman ceza kanunundaki derecelendirme ile kıyaslama için bkz. Schreiber/ Rosenau, s. 109.

¹²⁷¹ Krauß, s. 88.

¹²⁷² Leonidas Kotsalis, “Verminderte Schuldfähigkeit und Schuldprinzip”, **FS für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag**, Bielefeld, 1992, s. 38.

¹²⁷³ Aynı yönde Kotsalis, s. 38; Enz, s. 72-73; *Lackner/ Kühl*’ e göre, azalmış kusur yeteneği takdiri özel yasal indirim sebebidir. Bkz. *Lackner/ Kühl*, § 21, kn. 4.

¹²⁷⁴ Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, s. 456; Krauß, s. 92 vd.; Maurach/Zipf, § 36 III, kn. 70, s. 505.

algılama¹²⁷⁵ veya davranışlarını kontrol yeteneğini yok etmediği, sadece azalttığıdır. Bu duruma göre fail kusur yeteneğine sahiptir, bulunduğu eylem ise kusurludur. Ancak faile yöneltilen kusur kınaması, azalmıştır; bu da TCK m. 32/2 gereğince ceza indirimine olanak sağlamaktadır¹²⁷⁶.

Daha önce belirtildiği üzere psikik bozukluk nedeniyle “azalmış kusur yeteneği” durumunda da, esasen psikik bozukluk nedeniyle kusur yeteneğinin bulunmamasındaki gibi iki aşamalı bir sistem söz konusudur. Birinci aşamada failde eylem anında bulunan psikopatolojik bir durum olmalı, yani TCK ifadesiyle “akıl hastalığı” mevcut olmalıdır. Bu aşama kusur yeteneğinin tamamen kalkmasında olduğu gibi “biyolojik-psikolojik” bileşen olarak adlandırılmaktadır. İkinci aşamada ise failde bulunan psikopatolojik bulguların failin algılama veya davranışlarını yönlendirme yeteneklerine ne ölçüde etki ettiğinin değerlendirildiği “psikolojik-normatif” aşamadır. İşte azalmış kusur yeteneği durumunda TCK m. 32/1’ den farklı olarak, söz konusu ikinci aşama farklılık arz etmektedir.

Akıl hastalığı nedeniyle failin eylem anında kusur yeteneğinin etkilenmesi yukarıda da belirtildiği üzere, değişik derecelerde söz konusu olmaktadır. TCK m. 32/1 (kusur yeteneği yokluğu) ve TCK m. 32/2 (azalmış kusur yeteneği) durumları için aynı psikopatolojik şartın, yani “akıl hastalığı” kavramının kullanılması için öğretide “tekdüze çözüm (*Einheitslösung*)” nitelendirilmesi yapılmaktadır¹²⁷⁷. Bu kavramın karşısında yasa koyucu azalmış kusur yeteneği durumu ile kusur yeteneğinin tamamen ortadan kalktığı durumlar için farklı psikopatolojik durumların var olmasını kanun metninde düzenleyebilmektedir. Bu sisteme ise “farklılaştırıcı çözüm (*differenzierende Lösung*)” adı verilmektedir¹²⁷⁸. 765 sayılı TCK’ da yer verilen sistem bu şekilde oluşturulmuştur.

Daha önce de belirtildiği üzere bugün ağırlıklı olarak kabul gören ve bizim de savunduğumuz “sosyal kusur” anlayışına göre, algılama ve davranışlarını kontrol

¹²⁷⁵ Çalışmanın önceki kısımlarında belirtildiği üzere, burada kastedilen algılama yeteneğinin tıbbi yönüdür. Failin fiilinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği ise, haksızlık bilincine işaret etmektedir. Haksızlık bilinci ya da algısı ise, normatif nitelikteki somut olayda “var” ya da “yok” kabul edilebilen, yani azalması mümkün olmayan normatif bir unsurdur.

¹²⁷⁶ Gropp, AT, kn. 93, s. 287.

¹²⁷⁷ Gropp, AT, kn. 92, s. 287; Haffke, “Zur Ambivalenz des § 21 StGB”, § 21 StGB, Verminderte Schuldfähigkeit, Eine janusköpfige Norm, Köln, 1992, s. 18-19.

¹²⁷⁸ Haffke, “Zur Ambivalenz des § 21 StGB”, 1992, s. 18.

kabiliyetinde, karşılaştırmalı bir kusur yargısı söz konusudur. Yani kusurluluk için önem arz eden, ortalama bir insandan beklenen hukuka sadık zihniyet ve irade gücü ölçüsüne göre, failin söz konusu bu ortalama normal insanın yeteneklerinden sapması (farklılık göstermesi), bir anlamda bu yeteneklerin gerisinde kalmasıdır¹²⁷⁹. Bu nedenle, kusur yeteneğine ilişkin değerlendirmenin, salt niteliksel bir genel hüküm ile yetinmesi uygun değildir; aksine TCK m. 32/1 ve 2 düzenlemeleri gibi sapmanın derecesi hakkında da görüş bildirmesi zorunludur¹²⁸⁰.

Algılama yeteneğinin önemli derecede azalmış olması durumunda fail, bulunduğu eylemin haksızlığını prensip olarak farkına varabilirdi; çünkü algılama yeteneği, psişik bozukluk sebebiyle tümden ortadan kalkmamıştı¹²⁸¹. Psişik bir bozukluk, failin fiil anındaki davranışlarını kontrol yeteneğini önemli derecede kısıtlamışsa, fail, -en azından potansiyel olarak¹²⁸²- davranışını mevcut haksızlık algısına göre ayarlamak için gerekli istek (*voluntativ*-istemsel) kapasitesine sahipti. Ortalama bir kişiyle kıyaslandığında, davranışlarını frenleme yetenekleri ciddi derecede azalmış bir kişi eylem uyarıcılarına karşı koymakta oldukça zorlansa da, davranışlarını kontrol edebilecek becerileri halen mevcuttur¹²⁸³. Failin mevcut haksızlık algısına veya davranış kontrolüne ilişkin mevcut yeteneklerini, normun ihlalden kaçınmak adına eylem anında kullanmamış olması, kendisine yapılan kusur isnadının yani kınamanın gerekçesini oluşturmaktadır¹²⁸⁴.

¹²⁷⁹ Schreiber, “Was heißt heute strafrechtliche Schuld und wie kann der Psychiater bei ihrer Feststellung mitwirken?”, s. 246.

¹²⁸⁰ Schreiber/ Rosenau, s. 109.

¹²⁸¹ Haksızlık algısının eksik olması, hâkim görüşe göre kusurluluğun bir unsurunu teşkil etmektedir. Çünkü bir kişinin haksızlık algısı var olduğu sürece, hukuk düzeni tarafından kişinin bu algıya göre hareket etmesi beklentisine tutunulabilir. Bkz. BGH, NStZ 1990, s. 333-334; BGH, NStZ-RR 1997, s. 130; Schönke/ Schröder, § 21, kn. 4, 6/7; Enz, s. 73; Schöch, LK, § 21, kn. 8; Streng, MK, § 21, kn. 11.

¹²⁸² Failin gerçekten de başka türlü davranabilecek olduğu, geçmişe yönelik (*retrospektif*) olarak bilimsel araçlarla tespit edilememektedir. Daha ziyade önemli olan soru, ilgilinin kavrayış (idrak etme) ve eylem olanaklarının psişik bozukluğu sebebiyle ne ölçüde kısıtlanmış olduğudur ve psişik durum nedeniyle hukuka uygun bir davranış sergilemesi beklenip beklenemeyeceğidir (ve beklenip beklenmemesi gerektiğidir). Neticede normatif nitelikte olan bu değerlendirme, akli bozukluğun etkileri ile ilgili klinik uygulamalardan edinilmiş, tanısı konulmuş ve karşılaştırılabilir olan tecrübe değerlerine dayanmaktadır. Bkz. Krümpelmann, “Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das zweite Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969”, s. 12; Rasch/Konrad, s. 74; Enz, s. 73.

¹²⁸³ Enz, s. 74.

¹²⁸⁴ Enz, s. 74.

Failin davranışlarını kontrol yeteneğinin önem arz eden ölçüde olumsuz etkilenmiş olduğunun kabulü için, failin fiili harekete geçiren olgular (fenomenler) karşısında kendini frenleme yeteneğinin, ortalama bir vatandaşa göre ciddi oranda azalmış olması gerektiği prensip olarak ortaya konulmalıdır¹²⁸⁵. Yani fail, diğer insanlara göre normun göstermiş olduğu davranış beklentisi yönünde davranmakta oldukça zorlanmış olmalıdır¹²⁸⁶. *Roxin* ise failin durumunun, kusur yeteneği yokluğu haline yakın olması gerektiği görüşündedir¹²⁸⁷.

Failin gerçekleştirmiş olduğu haksızlık nedeniyle bireysel olarak kınanmasının boyutu, cezanın belirlenmesi işlemi çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bu sırada, psişik yapısı nedeniyle kusur yeteneği azalan bir failin, akıl sağlığı yerinde bir şahsa göre, eylem anında norma uygun bir davranış sergilemekte daha çok zorlandığı konusu dikkate alınmaktadır¹²⁸⁸. Bilişsel (kognitif) ve istekliliğe (voluntatif) bağlı yetenekler alanındaki sınırlamalar, neticede gerçekleştirilen haksızlığın kınanma şiddetini azaltmaktadır. Eğer bu nedenle kusur kınaması genel olarak daha düşük ise, bu durumun ceza indirimine yansması gerekmektedir¹²⁸⁹.

Psikişik bozukluklar ve bu bozuklukların failin algılama ve davranışlarını kontrol kabiliyeti üzerindeki etkilerinin nicel değerlendirmesi, psikiyatrik bilirkişinin görevlerindedir¹²⁹⁰. Ancak ceza sorumluluğu hakkındaki nihai karar hâkim ya da mahkeme tarafından normatif değerlendirme çerçevesinde belirlenecektir.

Öte yandan azalmış kusur yeteneğine ilişkin TCK m. 32/2, TCK m. 57 ile bağlantı oluşturarak, kişinin yüksek güvenli bir psikiyatri hastanesine yatırılması için verilecek kararda hukuki dayanak işlevi de görmektedir. Hukuki sonuçlar açısından, böylece azalan kusur yeteneğine ilişkin yasal düzenleme, çifte işleve sahiptir (*doppelte Funktion*)¹²⁹¹. Bir yandan failin gerçekleştirmiş olduğu haksızlık

¹²⁸⁵ Schöch, LK, § 21, kn. 15; Fischer, § 21, kn. 6; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, s. 458.

¹²⁸⁶ Schönke/ Schröder, § 21, kn. 1; Lackner/ Kühl, § 21, kn. 1; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, s. 458.

¹²⁸⁷ Roxin, AT I, § 20 A, s. 904.

¹²⁸⁸ Enz, s. 74.

¹²⁸⁹ Schöch, LK, § 21, kn. 10.

¹²⁹⁰ Mende, s. 321; Venzlaff, "Ist die Restaurierung eines 'engen' Krankheitsbegriffs erforderlich, um kriminalpolitische Gefahren abzuwenden?", s. 64 vd.

¹²⁹¹ Enz, s. 74.

nedeniyle kınanması ve bu kınamanın ceza boyutuna yansıtılması dolayısıyla ceza meşruiyetini sağlamakta, diğer yandan failin psişik bozukluğu nedeniyle ileride işleyebileceği suçlar açısından tehlikelilik arz etmesi halinde, güvenlik tedbirinin uygulanabilmesine de olanak sağlamaktadır.

Kusur yeteneği hakkındaki bu derecelendirme açısından objektiflik ve güvenilirlik sağlamak adına büyük çaba sarf edilmiştir¹²⁹². Ancak psikiyatrik ekspertizlerin standartlaştırılması ve operasyonel hale getirilmesi yönündeki bu çabalar, netice itibarıyla şu ana kadar büyük bir ilerlemeye neden olmamıştır¹²⁹³. Özellikle algılama ve davranış kontrolü üzerindeki etkiler hakkında kanunlardaki nicel kararlar için de, niteliksel ayrımlar yapılmasının gerekli olduğu görülmüştür. Bu durum, özellikle adli psikiyatrlar tarafından geliştirilmiş olan psikiyatrik adli tıp dokümantasyon sistemi üzerinde yapılan bir inceleme kapsamında görülmüştür. Psikiyatrik adli tıp dokümantasyon sistemi, objektif dokümantasyon sistemi olarak kendini kanıtlamışsa da amaçlanan standartlaştırılmış kusur yeteneği değerlendirmesi için onaylı bir araç niteliğinde değildir¹²⁹⁴. Zira tespit edilen psişik bozukluk her bireysel vakada faile, fiile ya da diğer değişken şartlara dayanan farklılıklar arz ederek, algılama ya da davranış kontrolü yeteneklerine farklı şekillerde etki edecektir.

Azalmış kusur yeteneği, kusur yeteneği yokluğu ve tam kusur yeteneğinin bulunduğu değişken bir skalada kusur yeteneğinin var olduğu alanda kalmaktadır. Azalmış kusur yeteneğinin tespit edilebilmesi için, belirtilen bu iki uçtan farklılığının belirtilerek sınırlanması gerekmektedir¹²⁹⁵. Haklı olarak *Lenckner*, bu durum için (normal ve tümüyle anormal şeklinde değerlendirilecek olan) sadece bir başlangıç ve bitiş değerinin değil, ilaveten aradaki çeşitli bozukluk dereceleri skalasında da üçüncü bir boyutun belirlenmesi gerektiğini savunmuştur¹²⁹⁶. TCK m. 32/2 faildeki psişik özellikler için TCK m. 32/1' e işaret etmektedir; yani her iki durum için çıkış noktasını oluşturan, aynı anormal psişik durumdur. Aradaki fark ise, psişik

¹²⁹² Mende, s. 398.

¹²⁹³ Schreiber/ Rosenau, s. 109.

¹²⁹⁴ Schreiber/ Rosenau, s. 109.

¹²⁹⁵ Lenckner, "Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit", s. 123.

¹²⁹⁶ Lenckner, "Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit", s. 125.

bozukluğun derecesidir ve bu bozukluğun failin eylem kapasitesi üzerindeki etkinin derecesidir¹²⁹⁷.

Elbette bozuklukların derecesi ve bu bozuklukların algılama ve davranışları kontrol yeteneği üzerinde yarattığı etki çok az ihtimalde net olarak belirtilebilmektedir. Bu konuda her bireysel durumda net bir karara olanak tanıyacak olan tam kriterler bulunmamaktadır¹²⁹⁸. Azalmış kusur yeteneğinin kabul edilebilmesi için failde tespit edilen psikişik bozukluk, TCK m. 32/1' de yer alan ciddiyet derecesine ulaşmamalıdır; ama öte yandan kusur yeteneğinin tam olduğu sahaya da girmemelidir¹²⁹⁹.

Her ne kadar TCK m. 32' de akıl hastalığının derecesine ait bir ağırlık aranmamış olsa da, nihayetinde değerlendirme için kriter olarak, psikişik bozukluğun yoğunluk derecesine ve bu bozukluğun failin eylem becerisi üzerindeki etkilere dönmek gerekecektir¹³⁰⁰. Bu etkilerin belirlenmesi noktasında, genel olarak beşeri bilimler alanındaki bireysel durumlarda olduğu gibi, büyük ölçüde sadece olasılıklara dayanılmak zorundadır. Bu şekilde gerçekleştirilen uzlaşılarda sınırların belirlenmesi gerektiği gerçeği savunulmuştur¹³⁰¹. Karşılaştırmalı kusur yargısında ve psikişik bozukluk derecesinde olduğu gibi sadece karşılaştırmalı ağırlıkların söz konusu olabileceği durumlarda, suni gerekçeli anlayışlarla nitel ifadeler yer verilmesi engellenmelidir. Psikişik bozukluğun ciddiyet derecesinin karşılaştırmalı olarak netleştirilmesi işlemi, psikiyatri-psikoloji uzmanlarının yardımıyla gerçekleştirilebilir. Azalmış kusur yeteneği durumunda uygulanacak ölçekte, nihayetinde kusur yeteneğinin yokluğunda olduğu gibi, normatif bir soru söz konusudur¹³⁰².

Azalmış kusur yeteneği halinde, kusur yeteneği yokluğu durumunda söz konusu olduğu gibi “kişilik yapısının (dokusunun) büyük ölçüde tahrip olmadığı”, ancak “kişilik yapısının (dokusunun) sarsıldığı” şeklindeki formüller de, bu kavramlar arasında nicelik farkı olduğunu gösteren bir bakış açısından başka bir şey

¹²⁹⁷ Schreiber/ Rosenau, s. 109.

¹²⁹⁸ Lenckner, “Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit”, s. 125.

¹²⁹⁹ Schönke/ Schröder, § 21, kn. 5.

¹³⁰⁰ Schönke/ Schröder, § 21, kn. 5; Schöch, LK, § 21, kn. 20; Schreiber/ Rosenau, s. 109.

¹³⁰¹ Schreiber/ Rosenau, s. 109.

¹³⁰² Schönke/ Schröder, § 21, kn. 4.

değildir¹³⁰³. Bu formül çelişkili durumlarda karar vermede elverişsiz olacak kadar kolay, ama bir o kadar da genel bir formül olarak görülmektedir. Tahmini olarak (öngörü şeklinde) tespit edilmesi gereken failin cezaya duyarlı olması (*Strafempfänglichkeit*), azalmış kusur yeteneği ile kusur yeteneğinin yokluğu arasında bir sınırlama kriterini oluşturmamaktadır. Bu, ancak bozukluğun derecesi için bir işaret olabilir¹³⁰⁴.

Kusuru tümüyle ve daima kaldıran psikopatolojik bulgular (akıl hastalığı çeşitleri) olmadığı gibi, kusuru daima sadece azaltan psikopatolojik bulgular da yoktur. Kusur yeteneğinin yokluğu ya da azalmış olması konusunda ancak bozukluğun derecesi esas olabilir. Örneğin hafif paralitik veya şizofrenik bozukluklar, kumar bağımlılığı, arteriyosklerotik demans başlangıcı ve beyin yaralanmalarının hafif şekilleri, ancak azalmış kusur yeteneğine neden olabilmektedir¹³⁰⁵. Ancak bu psikişik bozuklukların şiddetine göre, kusur yeteneğinin ortadan kalktığı durumlar da söz konusu olabilir.

Bunun dışında azalmış kusur yeteneği, kişiliğin ciddi oranda değişmesine yol açtığı veya ciddi mahrumiyet görüntüsüne neden olduğu durumlarda uyuşturucu bağımlılığı için de dikkate alınması gerekmektedir¹³⁰⁶. Uyuşturucu bağımlılığının kendisi, kusur yeteneğinin azaldığına gerekçe olamaz¹³⁰⁷. Alman yargı kararlarına göre, uyuşturucu madde bağımlılığı, ancak istisnai durumlarda azalmış kusur yeteneği uygulanmasına yol açabilmektedir. Örneğin “uzun yıllardır süren uyuşturucu madde kullanımının çok ciddi kişilik değişikliklerine neden olduğu veya failin mahrum kalma görüntülerine maruz kaldığı ve bu nedenle suç işleyerek uyuşturucu tedarik etmeye dürtüldüğü, suçu uyuşturucunun getirdiği güncel bir sersemlik altındayken işlediği” durumlarda azalmış kusur yeteneğinin gündeme geleceği belirtilmektedir¹³⁰⁸. Türk ceza kanununda uyuşturucu madde etkisi altında

¹³⁰³ Schöch, LK, § 21, kn. 21; Schreiber/ Rosenau, s. 109-110.

¹³⁰⁴ Schönke/ Schröder, § 21, kn. 5.

¹³⁰⁵ Fischer, § 21, kn. 10.

¹³⁰⁶ BGH, NStZ 1982, 64 (Lackner/ Kühn, § 21, kn. 2; Schreiber/ Rosenau, s. 110).

¹³⁰⁷ BGH, NJW 1981, 1221 (Schreiber/ Rosenau, s. 110).

¹³⁰⁸ BGH, JR, 1987, 206; BGH, NStZ, 1989, 17 (Roxin, AT I, § 20 A, s. 903).

gerçekleştirilen fiiller m. 34' de¹³⁰⁹, akıl hastalığı düzenlemesinden bağımsız olarak ayrıca düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye bakılacak olursa uyuşturucu madde etkisi altında gerçekleştirilen fiillerle ilgili olarak azalmış kusur yeteneği hali düzenlenmemiştir. Ancak öğretilerde bağımlılık durumunda, yani alkol ya da uyuşturucu kullanımının kronik zehirlenme derecesine varmış olması durumunda akıl hastalığına ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği belirtilmektedir¹³¹⁰. Bu konuda detaylı açıklamalar için ilk bölümde yer alan benzer durumlarla ilişkilere yer verilen başlıklara bakılmalıdır.

Azalmış kusur yeteneği sonucunu doğuran bozukluklar arasında psikopatiler, nevrozlar ve özellikle “psikiyatrik” hastalık kavramına göre çok ender durumlarda tam olarak kusur yeteneğinin kalkmasına neden olduğu söylenen dürtü bozuklukları yer almaktadır¹³¹¹.

Alman ceza hukuku uygulamasında azalmış kusur yeteneği, kusur yeteneği yokluğu nedeniyle cezadan muaf kalma halinden çok daha sık rastlanan bir durum olarak uygulanmaktadır¹³¹². Özellikle hafif paralitik veya şizofrenik bozukluklarda (defektlerde), başlangıç halindeki arteriyosklerotik veya senil demans semptomlarında, hafif epilepsi şekillerinde veya hafif akıl zayıflığında¹³¹³, düşük psişik etkilere neden olan beyin yaralanmalarında¹³¹⁴, ani şiddetli duygulanımda

¹³⁰⁹ “ (1) Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez.

(2) İradi olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişi hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz.”

¹³¹⁰ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 415; A. K. Yıldız, s. 105; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 519.

¹³¹¹ Schönke/ Schröder, § 21, kn. 10; Schreiber/ Rosenau, s. 110.

¹³¹² Algılama veya kontrol yeteneğinin önemli ölçüde azalmış olduğu vakalar, hüküm giyenlerin %2,2' sinden fazlasını oluşturan bir oranla, uygulamada kusur yeteneği yokluğu vakalarından daha çok görülmektedir. Bkz. Nedopil/Müller, s. 42; Gropp, AT, kn. 92, s. 287.

¹³¹³ “Kendisinde ‘demans’ denilen akıl zayıflığı saptandığından TCY.nun 47.maddesinden istifade edeceğine dair sanık Halit Kuşçu hakkında Adli Tıp Uzmanı tarafından verilen 13.12.2001 tarihli tek tabip raporunun CYY.nun 74.maddesinde öngörülen ‘bilirkişinin teklifi’ niteliğinde bulunduğu gözetilerek anılan madde uyarınca sanığın resmi bir müessesede gözlem altına alınarak şuurunun incelenmesi sonucu verilecek rapora göre uygulama yapılması gerekirken, yukarıda sözü edilen tek tabip raporuna dayanılarak TCY.nun 47.maddesinin uygulanması,... bozmayı gerektirmiş...”
Yargıtay, 4. CD., E. 2003/12727, K. 2005/4192, T. 16.05.2005 (Kazancı İçtihat Programı)

¹³¹⁴ Ancak Alman federal yüksek mahkemesine göre; minimal düzeydeki beyin hasarları (çocukluk dönemindeki beyin zarı iltihabı [menenjit]) ve uzun süre öncesinde kalan epilepsi nöbetleri,

(heyecanda), nevroz durumlarında, psikopatilerde ve dürtü anormallikleri ile ayrıca bomba patlatma yoluyla intihar amaçlı eylemlerde ve - gençlerde – eğitimin başarısızlıkla sonuçlandığı, korku videolarının bağımlılık derecesinde seyredilmesinde bu kuruma başvurulduğu söylenmektedir¹³¹⁵. Kumar bağımlılığı ise, ancak bulunan suçların oyunun devam ettirilmesi (oyunun sürdürülmesi) için olduğu durumlarda (oyunun devam etmesine yarayan), bağımlılığın ciddi kişilik değişikliklerine neden olduğu durumlarda veya tedarik (temin etme) eylemlerinde failin ciddi mahrum bırakılma görüntüsüne maruz kaldığı durumlarda azalmış kusur yeteneğine neden olabilmektedir¹³¹⁶. Kendi başına azalmış kusur yeteneğine sebep olmada yetersiz kalan kişilik bozukluklarının, bir araya gelerek etki ettiğinde ciddi derecede azalmış kusur yeteneğine neden olduğu da dikkate alınmalıdır¹³¹⁷. Fail tarafından düşünülmüş ve hedeften emin şekilde bulunan bir eylemde, davranışların kontrolü yeteneğinin ciddi oranda azalmış olması ihtimali baştan reddedilmemelidir. Bu durumda fail tarafından düşünülen ve hedefe odaklı eylem, failin kınanma şiddetini azaltacak olan bir psikik bozukluğun etkisi ile gerçekleştirilmiş olabilecektir.

TCK m. 32’ de failin davranışlarını yönlendirme yeteneğinin kademelerinin farklı olarak düzenlenmiş olmasına rağmen, azalmış kusur yeteneğinin söz konusu olabilmesi için, failin davranışlarını kontrol kabiliyetinin “ciddi” oranda azalmış olması gerekmektedir. Çünkü “kasten öldürme, dürtü suçları ve eğilim suçlarında” failin davranışlarını kontrol kabiliyetinde düşük derecede olumsuz etkiler düzenli olarak var olmaktadır.”¹³¹⁸. Fakat bu durum, failin norma tepki verebilme kabiliyetinin daha az ciddi olan sınırlamalarının dikkate alınmayacağı anlamına gelmemektedir. Kusur yeteneğinin “ciddi oranda” azalmış olması ile daha az ciddi oranda azalmış olması arasındaki sınırlama, hâkimin değerlendirmesi için de geniş bir alan bırakmaktadır¹³¹⁹. Prensipde azalmış kusur yeteneği durumunda getirilen özel ceza sınırlarının tanınması için, yani temel cezada indirimli cezanın kabul

azalmış kusur yeteneği kapsamında ceza indirimi uygulanması için yeterli kabul edilmemektedir. Bkz. BGH NStZ-RR 1997, 166 (Roxin, AT I, § 20 A, s. 903, dp. 97).

¹³¹⁵ Roxin, AT I, § 20 A, s. 903.

¹³¹⁶ BGH, NStZ, 2004, 31 (Roxin, AT I, § 20 A, s. 903).

¹³¹⁷ BGH, StrV 2000, 17 (Roxin, AT I, § 20 A, s. 903).

¹³¹⁸ Roxin, AT I, § 20 A, s. 903-904.

¹³¹⁹ Roxin, AT I, § 20 A, s. 904.

edilebilmesi için, failin ruhsal durumunun ortalama normaline göre ciddi oranda farklılık göstermesi ve kusur yeteneği yokluğuna yakın olması gerekmektedir¹³²⁰. Alman Federal Yüksek Mahkemesi, bilirkişi tarafından sadece tıbbi-psikiyatrik bağlantı unsurlarının bildirilmesi gerektiğini vurgulamış, hâkimin yapacağı ciddiyet (önemli derecede azalma) değerlendirmesi sırasında ise normatif bakış açısının da olayın içine girdiğine işaret etmiştir: “*Hukuki düzenin, herkesten beklediği gereksinimler önem arz etmektedir. Söz konusu suçun ağırlığı ne kadar büyükse, bu gereksinimler de o kadar büyüktür.*”¹³²¹ Standartlaştırılmış ölçüm değerleri, sadece sarhoşluk durumunda belirtilebilmektedir. Bu noktada alman öğretisinde, kandaki alkol yoğunluğunun % 2 ve daha fazla olması durumunda kusur yeteneğinin illa ki azalmış olması gerekmediğini, ancak yine de kusur yeteneğinin kontrol edilmesi gerektiğini ve kusur yeteneğinin olmadığı yönünde karar verilmesi durumunda bunun gerekçelendirilmesi gerektiğini savunmaktadır¹³²². Ancak hemen belirtmek gerekir ki, irade dışı alınan alkol sonucu işlenen suçlar ülkemiz açısından bakıldığında TCK m. 32 kapsamında değil, TCK m. 34 kapsamında düzenlenmiştir.

Birden fazla kişi tarafından işlenen suçlarda grup dinamiği süreçleri, azalmış kusur yeteneği kapsamında değerlendirilememektedir¹³²³. Uluslararası ICD-Sınıflandırması (*International Classification of Diseases*), hastalıkları ve davranış bozukluklarını sadece listelemektedir; fakat tarif edilen arızaların failin kusur yeteneği üzerinde ne derece bir etki yaptığı hakkında bir açıklamada veya derecelendirmede bulunmamaktadır¹³²⁴. Bu nedenle bu dökümana dayanılarak da baştan bazı bozuklukların kusur yeteneğini kaldırdığı, bazılarının ise sadece azalmış kusur yeteneğine neden olduğu şeklinde bir varsayıma gidilememektedir.

¹³²⁰ Federal Alman yüksek mahkemesine göre; ciddi derecedeki ruhsal anormallik, kusuru kaldırmaya götürmediği yerde, genelde 21’ inci maddenin kabulüne neden olmaktadır. Hâkimin kusur yeteneğinin ciddi oranda azaldığını kabul etmek istemediği yerde, özel gerekçesini bildirmek zorundadır. Bkz. BGH, NStZ 1996, 380 (Roxin, AT I, § 20 A, s. 904).

¹³²¹ NStZ-RR 2004, 330 (Roxin, AT I, § 20 A, s. 904).

¹³²² Roxin, AT I, § 20 A, s. 904.

¹³²³ Grup dinamiği şeklinde bir etkiyi “bilinç bozukluğu” olarak kabul eden yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Baumann/ Weber/ Mitsch, s. 456. *Jakobs’* un kusur anlayışı sebebiyle bu tür faktörlerin dikkate alınmasının baştan reddedilmesi eleştirilmektedir. Karşılaştığımız *Jakobs*, AT, s. 530; Roxin, AT I, § 20 A, s. 905, dp. 117.

¹³²⁴ BGH, StrV 2001, 565 (Roxin, AT I, § 20 A, s. 905).

C. Azalmış Kusur Yeteneği Durumunda Cezanın Belirlenmesi

1. Genel Olarak

Eylemin icrası sırasında failde mevcut olan psişik bozukluk nedeniyle azalmış kusur yeteneği değerlendirilmesinde bulunulduğunda, esasen ceza sorumluluğuna sahip olan fail hakkında ne şekilde cezanın belirleneceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Azalmış kusur yeteneğinin saptanması ile ilk aşamada failin ceza sorumluluğu bulunup bulunmadığı sorgulaması artık geride bırakılmış, ikinci aşamada kusur prensibinin zorunlu kıldığı kusur ile orantılı¹³²⁵ ceza yaptırımına hükmedilmesi safhasına geçilmiştir¹³²⁶. Cezanın belirlenmesi düzeyinde mahkeme, işlenen suçun spesifik kusur içeriğini (*Schuldgehalt*) araştırıp meydana çıkarmaktadır. Buna göre azalan kusur yeteneği olup olmadığına ilişkin karar, ceza meselesi kapsamındaki bir sorundur¹³²⁷. Bu nedenle öğretilerde azalmış kusur yeteneğine ilişkin özel ceza belirlemesi düzenlemesinin, yasada yer alan genel cezanın belirlenmesi kurallarına dahil edilmesi gerektiği de savunulmaktadır¹³²⁸.

¹³²⁵ Önceki başlıklarda ceza hukukunda kusurun işlevleri anlatılırken, kusurun ceza miktarı ile bağlantısı olan “kusur ölçüsüne göre ceza (*Strafe nach dem Maß der Schuld*)” anlayışı yani kusurun cezayı sınırlandırma işlevi anlatılmıştı. Bu bakımdan kusur, gerçekleştirmiş olduğu haksız eylem nedeniyle kınanan faile, toplumun ceza yaptırımı şeklindeki cevabının ölçüsünü de belirlemektedir. Bkz. Hirsch, “Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht”, s. 748; Berg, s. 4; Achenbach, Schuldlehre, s. 3.

¹³²⁶ 765 sayılı TCK döneminde failin hem akıl hastası olduğunun tespit edilmesi hem de bu kişiye ceza yaptırımı uygulanması eleştirilmiştir. *Alacakaptan'* a göre, akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneği durumunda ceza yaptırımına hükmedilmesi eleştirilmelidir. Hem bir kimsenin akıl hastası olduğunu kabul etmek, hem de hakkında ceza tayin etmek çelişki arz etmektedir. Bkz. Alacakaptan, Suçun Unsurları, s. 133. Biz bu görüşe katılmamaktayız. Zira azalmış kusur yeteneği durumunda esasen ceza normunun bireylere zorunlu kıldığı belirli yönde davranışta bulunma ya da bulunmama yeteneği fail açısından ortadan kalkmamaktadır. Her ne kadar bu kişinin fiili gerçekleştirdiği anda akıl hastası olduğuna karar verilmiş olsa da, bu hastalık failin hukuka uygun olan davranışı gerçekleştirme yeteneğini ortadan kaldıracak ölçüde davranışlarına etki etmemiştir. Bu bakımdan fail davranışı nedeniyle kınanmaktadır ve ceza sorumluluğuna esasen sahiptir. Ancak akıl hastalığının etkisi ile haklı olan davranışı seçme konusunda, akıl hastası olmayan kişilere göre failin daha fazla zorlanması nedeniyle kınanma şiddeti akıl hastası olmayan kişiler gibi olamamaktadır. Bu nedenle cezada indirim yoluna gidilmektedir.

¹³²⁷ Mahkeme hükmünde, cezanın indirilmesi olanakları sorgulanmış (gözden geçirilmiş) olması gerekmektedir. Bkz. Fischer, § 21, kn. 27.

¹³²⁸ Hans-Jörg Albrecht, “Das deutsche Konzept der verminderten Schuldfähigkeit in Deutschland und Lösungen im ausländischen Strafrecht”, **Verminderte Schuldfähigkeit und psychiatrische Maßregel** (Hrsg. Hans-Ludwig Kröber/ Hans-Jörg Albrecht), Nomos Verlag, Baden-Baden, 2001,

Bu yöndeki bir yaklaşım, Avusturya Ceza Kanununda yer bulmuştur. Avusturya Ceza Kanunu (öStGB) 11' inci maddesi¹³²⁹ psişik bozukluk nedeniyle "kusur yeteneği yokluğu" halini düzenlerken, azalmış kusur yeteneği durumu Avusturya Ceza Kanunu (öStGB) 34' üncü maddesinde "özel indirim sebepleri (*Besondere Milderungsgründe*)" başlığı ile cezanın belirlenmesi açısından özel bir indirim sebebi olarak öngörülmüştür¹³³⁰. Bu nedenle Avusturya Ceza Kanunu özel olarak "azalmış kusur yeteneği" düzenlemesine yer vermeyerek m. 34/1' de, failin eylemini "...*anormal akli durumun etkisi altında...*" işlemiş olması durumunda ya da m. 34/11' de, eylem "...*kusuru kaldıran ya da hukuka uygunluk sebebine yaklaşan durumlar altında işlenmişse...*", cezadan indirimine gidileceğini düzenlemiştir¹³³¹.

İsviçre Ceza Kanunu' nda azalmış kusur yeteneği için verilen sistematik yer, Almanya' daki ve Türkiye' deki uygulamaya benzerdir. "Hukuka uygun eylemler ve kusur" bölümünde İsviçre Ceza Kanunu (ChStGB) 19' uncu maddesi, ardışık fıkralar halinde kusur yeteneği yokluğunu ve azalmış kusur yeteneği durumunu düzenlemiştir. Bu düzenlemeye göre,

"I. *Fail, eylem anında eyleminin haksızlığını algılamaya ya da bu algıya uygun davranmaya yetenekli değilse, cezalandırılmaz.*

II. *Fail, eylem anında eyleminin haksızlığını algılamaya ya da bu algıya uygun davranmaya sadece kısmen yetenekli ise, mahkeme cezayı indirir.*"¹³³²

s. 31; Aynı gerekçelerle *Haffke* de, azalmış kusur yeteneği düzenlemesinin genel cezanın belirlenmesi düzenlemesi içerisinde yer alması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. *Haffke*, "Zur Ambivalenz des § 21 StGB", s. 46.

¹³²⁹ "*Bir akıl hastalığı, bir akli engel, derinlemesine bilinç bozukluğu veya bu durumlara eşdeğer sayılabilecek bir başka ciddi ruhsal bozukluk nedeniyle fiil anında, bulunduğu eylemin haksızlığını algılayamayacak veya bu algıya göre davranamayacak bir kimse, kusurlu davranmış sayılmaz.*" Bkz. *Enz*, s. 75, dp. 262.

¹³³⁰ Avusturya Ceza Kanunu için bkz. <https://www.jusline.at/gesetz/stgb> (Erişim Tarihi: 21.07.2017)

¹³³¹ <https://www.jusline.at/gesetz/stgb/paragraf/34> (Erişim Tarihi: 21.07.2017); ayrıca belirten *Enz*, s. 75, dp. 264.

¹³³² "I. *War der Täter zur Zeit der Tat nicht fähig, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder gemäß dieser Einsicht zu handeln, so ist er nicht strafbar.*

II. *War der Täter zur Zeit der Tat nur teilweise fähig, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder gemäß dieser Einsicht zu handeln, so mildert das Gericht die Strafe.*" Bkz. *Stratenwerth/ Wohlers*, s. 42; *Enz*, s. 75, dp. 265.

Bu düzenlemeye bakıldığında kusur yeteneği yokluğu ya da kusur yeteneğinin azalması için herhangi bir nedene kanun metninde yer verilmediği görülmektedir. Bu nedenle bu hüküm failin akıl hastası olmasında olduğu gibi, failin sağır-dilsiz olması ya da yaşının küçük olması gibi diğer hallerde de uygulanabilecektir. Çalışmanın önceki başlıklarında da belirtildiği üzere herhangi bir sebebe bağlı olmaksızın, kanun metninde sadece failin algılama veya davranışlarını yönlendirme yeteneklerine etkinin düzenlendiği yasal sisteme “psikolojik” sistem, daha doğru adlandırma ile “psikolojik-normatif” sistem adı verilmektedir. İsviçre Ceza Kanunu m. 19/2’ de yer verilen azalmış kusur yeteneği açısından dikkat çeken bir başka önemli husus ise, kanun metninde, eylem haksızlığının fail tarafından algılanması ya da bu algıya uygun davranılması yeteneklerinin “kısmen” de olabileceği ifadesidir. Burada diğer ülke ceza yasalarında yer verilmiş olan, yeteneklerin “azalmasında” olduğu gibi, “kısmen” şeklinde nicel (kantitatif) bir ifadeye yer verilmiştir. Kanımızca söz konusu ifadeden failin algılama veya bu algıya göre davranma yeteneklerinin “bölünebilir” kavramlar olduğu sonucu çıkmaktadır.

Gerçekleştirilen haksızlık nedeniyle hükmedilecek cezada, failin kusur ölçüsünün belirleyici nitelikte olması, hâkim tarafından yapılacak değerlendirmede kusur içeriği ile ilgili her hususun dikkate alınması zorunluluğunu da beraberinde getirmektedir. Böylece hakim, kusuru azaltan ve arttıran sebepleri göz önüne alarak, eylemin kusur içeriğini ortaya çıkaracaktır. Cezanın belirlenmesi aşamasındaki bu zorunluluğa “Kusur Dengeleme Prensibi¹³³³” adı verilmektedir¹³³⁴.

Azalmış kusur yeteneği bulunan failin gerçekleştirmiş olduğu haksızlık nedeniyle cezalandırılmasında, temel cezada indirim zorunlu mu, yoksa takdiri mi olması gerektiği tartışması ise, söz konusu kusur dengeleme prensibi etrafında şekillenmektedir. Davranışlarını kontrol yeteneği, zihinsel bozukluk nedeni ile normal faile göre daha az olduğu kabul edilen failin, kusurunun da normal kabul edilen faile göre daha az olacağı söylenebilecektir. Ancak olayda bunun dışında kusur arttırıcı şartların da olması durumunda cezanın nasıl belirleneceği sorunu tartışılması gereken önemli bir husustur.

¹³³³ Alm. “*das Prinzip des Schuldausgleichs*”

¹³³⁴ Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, s. 459.

2. Temel Cezada İndirimin Takdiri ya da Zorunlu Olması Tartışması

a. Zorunlu İndirim Temelli Yaklaşımlar

Kusur yeteneği azalan biri tarafından gerçekleştirilen fiilde, aynı fiil biçiminin¹³³⁵ kusur yeteneği tam olan bir şahıs tarafından gerçekleştirilmesine oranla daima daha az bir kusur içeriği bulunduğu yönündeki ön koşuldan yola çıkarak bazı yazarlar, temel cezada zorunlu bir değişikliğin gerekli olduğunu savunmaktadırlar¹³³⁶. İndirimli temel ceza uygulamasının, özellikle bariz derecede daha az kusur ağırlığı olan fiillerde, kusur yeteneği tam bir kişi için oluşturulmuş ceza aralıklarının üst sınırlarından bir cezaya hükmedilmesini engellediği söylenmektedir. Ancak azalan kusur yeteneği nedeniyle ciddi oranda azalan kusur kınamasına temel cezada indirimle cevap verilmesi gerektiği yerde, bazı kusuru arttırıcı durumların bulunması halinde ne olacağı önem arz etmektedir. Bu durumda muhtemel kusur arttırıcı durumların, netice itibarıyla azalan kusur yeteneği nedeniyle kusur indirimi aleyhine değerlendirilmemesi gerektiği, kusur arttırıcı sebeplerin azalmış kusur yeteneği nedeniyle indirilmiş temel ceza kapsamında değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır¹³³⁷. Azalmış kusur yeteneği düzenlemelerindeki “ceza indirilebilir (*Kann-Milderung*)” düzenlemesi ile, hâkime azalan kusur yeteneği temelinde olayın daha az ciddi olduğunu onaylama veyahut özellikle ağır bir olayı reddetme takdirinin bırakıldığı söylenebilecektir. Bu nedenle temel cezada zorunlu bir indirim önemini halen korumaktadır¹³³⁸. Nihayetinde azalmış kusur yeteneği durumunda kusur ilkesi gereği zorunlu ceza indirimi olması gerektiği tartışmasız bir gerçektir¹³³⁹.

Yukarıda belirtildiği üzere cezada takdiri indirim öngören azalmış kusur yeteneği düzenlemelerinde tartışmaların merkezini teşkil eden problem, bunun kusur

¹³³⁵ Alm. “*Tatmodalität*”

¹³³⁶ Enz, s. 367.

¹³³⁷ Schönke/ Schröder, § 21, kn. 19, 21; Enz, s. 368; azalmış kusur yeteneği durumunda zorunlu ceza indiriminin olması gerektiği yönde görüş için bkz. Haffke, “Zur Ambivalenz des § 21 StGB”, s. 31-32.

¹³³⁸ Streng, MK, § 21, kn. 32.

¹³³⁹ Kotsalis, s. 41.

prensibine uygun olup olmadığı noktasıdır. Anayasal düzeyde olduğu kabul edilen ceza ölçüsünün kusurun üzerine çıkamayacağı prensibinden yola çıkıldığında, ciddi oranda azalmış kusur yeteneği durumunda ciddi oranda indirilmiş bir ceza olması gerektiği ve bu nedenle yasada “takdire” söz konusu olabilecek indirim imkânının “kusur prensibine göre açıkça bir ihlal olduğu”¹³⁴⁰ savunulmaktadır. Bu nedenle yasada yer alan takdiri ceza indirimini öngören ifadelerde düzeltme yapılarak zorunlu-indirim (=Muss-Milderung) düzenlemesi olarak değiştirilmesi gerektiği görüşü kabul edilmektedir¹³⁴¹. Buna karşın öğretide yer alan bazı yazarlar ise, değişik yönde gerekçeler sunarak, yasada temel cezada takdirî indirim imkânının bulunması gerektiğini savunmaktadır¹³⁴².

Belirtilen gerekçelerle, failin azalmış kusur yeteneğine rağmen temel cezada indirime gitme konusunda hâkime takdir hakkı bırakan Alman Ceza Kanunu m. 21’ in¹³⁴³ kusur ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle anayasaya aykırılığı iddia edilmiştir. Bu başvuruya rağmen azalan kusur yeteneğinde takdiri temel ceza indirimi öngören ilgili hüküm anayasaya aykırı bulunmamıştır. Hukuk devletinden beklenen kusura uygun ceza verilmesi prensibi, Alman Ceza Kanunu (StGB) 21’ inci ve 49’ uncu maddeleri uyarınca zorunlu bir ceza indirimini şart koşmamaktadır¹³⁴⁴. Anayasal açıdan bakıldığında, kusur yeteneğinin yanı sıra “*failin motivasyonu, eylemi işleyiş biçimi ve bundan doğan suç işleme enerjisi ve mağdur karşısında sergilenen tutum*” gibi başka unsurların da suçun kusur içeriğinin belirlenmesinde dikkate alınmasının sakınca teşkil etmediği belirtilmektedir¹³⁴⁵. Ancak yapılan genel değerlendirmede,

¹³⁴⁰ Stratenwerth/ Kuhlen, s. 169.

¹³⁴¹ Frister, Die Struktur des “voluntativen Schuldlements”, s. 197-198; Roxin, AT I, § 20 A, s. 906; Lenckner, “Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit”, ss. 129-131; Rudolphi, SK-STGB, § 21, kn. 5; Schmidhäuser, AT, s. 778, dp. 23; Kotsalis, ss. 34-42; Schönke/Schröder, § 21, kn. 19; E.C. Rautenberg, **Verminderte Schuldfähigkeit: Ein besonderer, fakultativer Strafmilderungsgrund?**, Kriminalistik Verlag, Heidelberg, 1984, s. 180 vd.; Stratenwerth/ Kuhlen, s. 169.

¹³⁴² Bruns, s. 517-518.

¹³⁴³ “*Failin, failinin haksızlığını anlama veya bu anlayışa göre hareket etme ehliyeti, failin icrası sırasında 20’ nci maddede gösterilen sebeplerle önemli derecede azalmışsa, ceza 49’ ncu maddenin birinci fıkrasına göre indirilebilir.*” Bkz. Yenisey/ Plagemann, s. 19-20.

¹³⁴⁴ Enz, s. 371.

¹³⁴⁵ BVerfGE 50, s. 12 (Enz, s. 371); Baumann/ Weber/ Mitsch, s. 455; Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, s. 499; Kotsalis, s. 33; Fischer, § 21, kn. 20.

özellikle algılama ve davranışları kontrol yeteneğini sınırlamada etkili olan unsurların, ağırlaştırıcı olarak değerlendirilemeyeceği de vurgulanmaktadır¹³⁴⁶.

Nihayetinde Alman Federal Anayasa Mahkemesi, azalmış kusur yeteneği halinde ceza indiriminin zorunlu olup olmaması arasındaki anlayış farklılıkları arasında seçim yapma konusunda kendisini yetkili görmemiştir. Buna göre: “*Ceza hukuku dogmatığı bakış açısı altında hangi anlayışa öncelik verilmesi gerektiğinin kararı, federal anayasa mahkemesinin görevlerinden değildir.*”¹³⁴⁷

5237 sayılı TCK m. 32/2 açısından bakıldığında, kanunkoyucunun azalmış kusur yeteneği kapsamında eylemini gerçekleştiren failin işlemiş olduğu suçun ağırlığına göre, zorunlu indirim ya da takdiri indirim öngören bir yöntem benimsediği görülmektedir. Buna göre, failin akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneği olduğuna karar verilmesi halinde, işlenen suç ağırlaştırılmış müebbet cezası gerektiren bir suç ise faile yirmi beş yıl, müebbet hapis cezası gerektiren bir suç ise yirmi yıl hapis cezası verilecektir. Bu suç tipleri açısından zorunlu indirim esası benimsenmiş olup, hâkime bu konuda bir takdir hakkı tanınmamıştır. Bu suçlar dışındaki durumlarda ise, hükmedilecek ceza altıda birden fazla olmamak üzere indirilebilir. Bir başka deyişle, hâkim azalmış kusur yeteneği durumunda somut olayın özelliklerine göre, indirim konusunda takdir hakkına sahiptir. Bu düzenlemenin yerinde bir düzenleme olup olmadığının incelenmesi için öncelikle azalmış kusur yeteneği durumunda takdiri indirim olması gerektiği yönündeki görüşlerin açıklanması gerekmektedir.

b. Takdiri İndirim Temelli Yaklaşımlar

(1) Genel Olarak

Açıklandığı üzere azalmış kusur yeteneği durumunda “ceza indirilebilir (*Kann-Milderung*)” şeklindeki düzenlemelerin kusur prensibi ile bağdaşır

¹³⁴⁶ Hüküm, bu bağlamda eksik algılama veya davranışları kontrol yeteneğini ilişkilendirmektedir. Ancak gerçekte Alman Ceza Kanunu (StGB) 21’ inci maddesi, algılama yeteneğinin ve kendini frenleme yeteneğinin önemli derecede azalmış olmasını şart koşmaktadır. Bunların tamamen yokluğu, kusur yeteneğinin yokluğuna neden olacağı belirtilmektedir. Bkz. Enz, s. 371, dp. 1597.

¹³⁴⁷ BVerGE 50, s. 10 (Roxin, AT I, § 20 A, s. 906).

bağdaşmadığı yoğun bir tartışmayı da beraberinde getirmektedir. TCK m. 32/2, kusur yeteneğinin önemli derecede olmayan azalmasını talep ettiğinden, somut durumda o zaman bu derecede azaltılmış bir kusurun mevcut olduğu da varsayılmalıdır. Bu da, kusur prensibinin bu durumlarda aynı oranda azaltılmış bir cezayı zorunlu kıldığını göstermektedir. Yani normalde kusur prensibi gereği bağlayıcı olarak bir ceza indirimini durumu mevcut olmalıdır¹³⁴⁸. Bu sebeple yasadaki “indirilebilir (*Kann-Milderung*)” seçeneği, kusur prensibi gerekçe gösterilerek yaygın bir görüşe göre “indirilmek zorundadır (*Muss-Milderung*)” şeklinde yorumlanmaktadır¹³⁴⁹. Ancak belirli istisnai durumlarda cezada indirimine gidilmemesi “takdiri”nin hâkime bırakılıp bırakılamayacağı tartışmaların merkezinde yer almaktadır.

Azalan kusur yeteneğinde temel cezada indirimine gidilmesine ilişkin karar, münferit vakanın somut tespitleri üzerinden verilmelidir. Buna göre, belirli fail grupları veya suç türleri için temel cezada yapılacak indirimin genel olarak hariç bırakılması yasaktır¹³⁵⁰. Genel olarak malvarlığına karşı suçlar ya da vergi suçları gibi belirli şekillerdeki suçlarda azalmış kusur yeteneğine rağmen ceza indiriminin yapılmaması düşünülemez. Yine failin daha önceden azalmış kusur yeteneği olmaksızın benzer eylemler işlemiş olması nedeniyle, kusur yeteneği azalmış bir kişiye uygulanacak ceza indirimini reddedilemez¹³⁵¹.

Zorunlu indirim temelli yaklaşıma rağmen, ceza hukuku öğretisindeki çoğunlukçu görüş sınırlayıcı bir yorumla, “indirilebilir” seçeneğini, kusur prensibiyle bağdaştırmayı denemektedir¹³⁵². Genel olarak önemli derecede olmasa da bu orana yaklaşmış derecede azalmış bir kusur yeteneğinin, eylemin kusur içeriğini ve bununla beraber eylemin cezaya layık olma ölçüsünü azalttığı görüşüne yer verilmektedir. Fakat eylemin kusur içeriğinin sadece kusur yeteneğine göre belirlenmediği, “*kusur yönüyle eylemi, hafif veya ağır olarak yansıtan tüm*

¹³⁴⁸ Lenckner, “Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit”, s. 129.

¹³⁴⁹ Schreiber/ Rosenau, s. 110; Maurach/Zipf, § 38 I, kn. 4, s. 538; Stratenwerth/ Kuhlen, s. 169; Schönke/ Schröder, § 21, kn. 14. Aynı manada Alman Ceza Kanunu için hazırlanmış alternatif tasarının 22’ nci maddesi de azalmış isnat yeteneğinin azalmış kusur anlamına geldiği gerekçesiyle “azaltmak zorundadır” şeklinde bir düzenlemeyi önermesi, kusur prensibine bağlı kalan bir ceza hukukunda daha hafif bir temel ceza gerekliliğini ortaya koymaktadır. Bkz. Schreiber/ Rosenau, s. 110.

¹³⁵⁰ Fischer, § 21, kn. 21.

¹³⁵¹ Fischer, § 21, kn. 21.

¹³⁵² BVerfGE 50, 5 [12 vd.]; BGHSt 7, 29 vd (Schreiber/ Rosenau, s. 110); Fischer, § 21, kn. 20.

durumlara göre” belirlendiği savunulmaktadır¹³⁵³. Azalmış kusur yeteneği nedeniyle ortaya çıkan kusurun azalması durumunun, kusuru arttıran başka durumlarla yine dengelenebildiği savunulmaktadır¹³⁵⁴. Bu nedenle hâkimin olayda failin kusur yeteneğinin azalmış olduğunu tespit etmesine rağmen, kusur içeriğini etkileyen diğer faktörleri de göz önüne alarak takdirini cezadan indirim yapmamak yönünde kullanabileceği söylenebilecektir. Ancak bunun yapılabilmesi için yasada azalmış kusur yeteneği durumunda ceza miktarında indirimin zorunlu olarak yapılması yönünde bir düzenleme olmamalıdır.

Öğretide failin azalan kusur yeteneğine rağmen temel cezada indiriminin yapılmaması tartışması, esas itibarıyla şu durumlara yoğunlaşmaktadır¹³⁵⁵: 1. Kusuru ağırlaştırıcı fiil biçimlerinin mevcudiyeti, 2. Belirli fail gruplarının cezaya daha az duyarlı olması, 3. Kusur yeteneği azalmış failin zafiyetlerini dengelemek için daha fazla çaba göstermesi gerektiği (Çabalama Teorisi) ve 4. Uyuşturucu veya alkol etkisi altında veya aşırı duygulanım (heyecan/ affekt) durumunda eylem icrasından önceki kusurlarda, yani kişinin kendisinin sorumlu olduğu kusur yeteneğinin kısıtlanması hallerindeki durumlar¹³⁵⁶. Esasen son durum bu çalışma kapsamına girmediğinden, devam eden başlıklarda diğer hususların açıklanmasına çalışılacaktır.

¹³⁵³ BGHSt 7, 28 [31] (Schreiber/ Rosenau, s. 110).

¹³⁵⁴ Schreiber/ Rosenau, s. 110.

¹³⁵⁵ Gropp, AT, kn. 94, s. 287.

¹³⁵⁶ Sadece kişinin kendi sorumluluğunda gelişen kusur yeteneğinin kasıtlı olarak kısıtlanmasında özel bir durum geçerlidir. Çünkü aslında tam olan bir kusur yeteneğinin daha sonraki eylemin icrası bilinciyle kasıtlı olarak azaltılması, zaten baştan azalmış kusur yeteneği durumunda veya daha sonraki suç işlemenin öngörülmemesinde olduğundan daha yüksek bir kusurluluk anlamına gelmektedir. Bkz. Roxin, AT I, § 20 A, s. 907-908; *Roxin*’ e göre, failin alkolü tüketirken (veya uyuşturucu maddeyi kullanırken veya şiddetli ve ani heyecana girmekteyken) kusur yeteneğinin ciddi oranda azalması durumunda belirli bir suçu (örneğin bir cinsel suçu) işlemesini beklediği veya bilhassa bunu amaçladığı durumlarda ise durum başkadır. Bu tür bir durumda hâkim görüşe göre *actio libera in causa*(sebebinde serbest hareketler) durumu söz konusu değildir. Daha sonra bir eylemde bulunacağının bilinciyle azalmış kusur yeteneği durumuna kasıtlı sebebiyet verilmesi, suçun işlenmesindeki kusur yeteneğinin azalmasını tümüyle telafi etmektedir. Bu nedenle söz konusu durumda her türlü ceza indirimi geçersiz kabul edilebilmektedir. Bkz. Roxin, AT I, § 20 A, s. 910. Azalmış kusur yeteneğine göre ceza indirimi, indirimli temel cezanın uygulanabileceği anlamına gelmektedir. Hâkim, bu düzenlemeye göre cezada indirim yapabilmektedir, ancak bunu yapmaya mecbur değildir, çünkü kusur yeteneğinin kusuru özellikle ruhsal bozukluğun kusurlu şekilde ortaya çıkarılması (sarhoşluk) gibi kusuru arttıran durumlarla azaltılması dengelenebilmektedir. Bkz. Jescheck/ Weigend, § 40, s. 444.

(2) Kusur Dengelemesi Prensibi (*Prinzip des Schuldausgleichs*): Eylemdeki Kusur İçeriğinin Kusur Arttırıcı Faktörlerle Dengelenmesi

(i) Temel Ceza Belirlendikten Sonra Kusur İçeriğinin Dengelenmesi

Azalmış kusur yeteneğinin var olmasıyla birlikte normalde azalmış kusur yeteneğine bağlı olan kusur indiriminin, kusur ağırlaştırıcı diğer koşullarla hemen hemen dengelenbildiği söylenebilecektir. Bu nedenle azalmış kusur yeteneği durumundaki ceza belirlenmesinde, aynı fiilin hiçbir etkiye maruz kalmamış kusur yeteneği durumunda işlenmesinde verilecek cezaya göre daha düşük bir cezaya hükmedilmesi gerekmediği savunulmaktadır¹³⁵⁷. Bu görüşe göre, azalmış kusur yeteneği durumunda temel cezada takdiri indirim uygulanmasında **genel değerlendirme (ölçme-tartma) esasına göre karar verilecektir**. Bu değerlendirmeye azalan kusur yeteneğinden doğan kusur indirimi dışında bu indirimi dengeleyecek olan, kusur arttırıcı durumlar da dâhildir¹³⁵⁸. Bu nedenle bu şekilde olayda azalmış kusur yeteneği nedeniyle yapılacak indirimi dengeleyecek olan kusur arttırıcı başkaca sebepler var ise, indirimin hâkim tarafından yapılmayabileceği ya da az bir oranda yapılabileceği savunulmaktadır¹³⁵⁹. Yine de dengeleme esasına göre, kusur yeteneği azalan bir faile kanunda belirtilen ceza sınırlarında öngörülen en yüksek cezanın verilmesinin veya buna yakın bir cezanın verilmesinin daima kabul edilemez olduğu ve bu nedenle yasak olduğu söylenebilir.

Ayrıca ceza süresinin aralık olarak belirtilmediği, kesin olarak verilmesi istenilen ömür boyu hapis cezası için gerekli kusurun ağırlık derecesine, azalan kusur yeteneğinde mantık olarak erişilemeyeceğinden bu durumda azalmış kusur yeteneği gereği temel cezada indirime gidilmesinin zorunlu olduğu haklı olarak savunulmaktadır¹³⁶⁰.

¹³⁵⁷ Enz, s. 368; Fischer, § 21, kn. 20.

¹³⁵⁸ Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, s. 459.

¹³⁵⁹ Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, s. 499.

¹³⁶⁰ Enz, s. 368; Rudolphi, *SK-StGB*, § 21, kn. 5-6; Benzer görüşte olan *Roxin*' e göre, kasten öldürmede olduğu gibi mutlak belirli bir cezada (ömür boyu hapis), kusur prensibinin korunması zorunlu bir ceza çerçevesi değişikliğini zorunlu kılmaktadır. Bkz. *Roxin*, AT I, § 20 A, s. 909.

Ancak yukarıda belirtilen zorunlu indirimini savunan görüşlere karşın, öğretinin bir kısmı, azalmış kusur yeteneğinin getirmiş olduğu ceza indirimini olanağını, yasa metnine uygun şekilde “isteğe bağlı” olarak değerlendirmektedir. Temel cezada indirimin, zorunlu olarak ömür boyu hapis cezası verilmesine neden olduğu yerde de mutlak biçimde yasak olmadığı savunulmaktadır¹³⁶¹. Alman Federal Yüksek Mahkemesi, Alman Ceza Kanunu (StGB) § 21’ e göre azalan kusur yeteneğinde cezada indirim “gidilebileceğine”, ama temel cezada değişikliğin ne “yapılması zorunlu olduğu” hallerin, ne de “yapılması gerektiği” hallerin mevcut olduğuna işaret etmektedir¹³⁶². Bunun dışında süreli hapis cezalarında, failin azalmış kusur yeteneğinin tespit edilmesine rağmen, temel cezada azami sınırdan ceza belirleme yapılmasının kusur prensibi gereği sakıncalı (*bedenklich*) olabileceği vurgulanmaktadır¹³⁶³.

Psşik bozukluğa bağlı olarak algılama ve davranışları kontrol yeteneklerinde meydana gelen ciddi olumsuz etkilenmenin prensip olarak kusur içeriğini (*Schuldgehalt*) ve bununla beraber eylemin cezaya layık olması oranını (*Strafwürdigkeit*) azalttığı belirtilebilir¹³⁶⁴. Ancak buna dayanarak kusur prensibine göre temel cezada değişikliğe gidilmesini gerektirecek kadar kusurun bir bütün itibarıyla illa ki azalmış olması gerekmediği savunulmaktadır¹³⁶⁵. Neticede suçun kusur içeriğinin, sadece failin kusur yeteneğine göre değil, aynı zamanda tipe uygun davranışı meydana getiren tüm durumların kusur bakış açısı kapsamında ölçülüp tartılarak bir değerlendirmenin sonucu olarak belirlenmesi gerektiği söylenebilecektir¹³⁶⁶. Bir başka deyişle “takdir” indirimini savunan görüşlere göre, somut olaydaki kusur arttırıcı faktörler, azalan kusur yeteneğine dayalı bir kusur indirimini, temel cezada indirim mümkün olmayana kadar dengeleyebilir¹³⁶⁷. Aksi

Her ne kadar Alman Ceza Kanunu 21. maddesi azalmış kusur yeteneği durumunda ceza indirimini hakim takdirine bıraksa da, *Jescheck/Weigend* ceza indirimini yapılmasını mutlak ömür boyu hapis cezası durumunda “bağlayıcı” olarak değerlendirmektedir. Bkz. *Jescheck/ Weigend*, § 40, s. 444.

¹³⁶¹ Enz, s. 369.

¹³⁶² BGH, NJW 2004, s. 3351 (Enz, s. 369).

¹³⁶³ BGHSt 49, s. 248 (Enz, s. 371).

¹³⁶⁴ BGH, NStZ, s. 619 (Enz, s. 369).

¹³⁶⁵ Enz, s. 369.

¹³⁶⁶ Enz, s. 369.

¹³⁶⁷ Enz, s. 369.

durumda ise kusur arttırıcı unsurların olmadığı yerde, azalmış kusur yeteneği gereği temel cezada daima indirimle gidilmesi gerektiği savunulmaktadır. Azalmış kusur yeteneği nedeniyle indirim yapıp yapılmayacağı kararı, hâkimin yükümlülüklerine sadık kalarak ve somut durumda kusurla bağlantılı tüm unsurları bir bütün olarak değerlendirmek suretiyle vereceği bir karardır¹³⁶⁸. Şayet karar gerekçeleri önem arz eden ve bağlantı kurulan tespitlerin yeterince araştırıldığını ve yapılan tüm değerlendirme çerçevesinde makul şekilde dikkate alındığını gösterirse, azalan kusur yeteneği nedeniyle temel cezada değişikliğe gidilmesi kararının, sadece sınırlı ölçüde temyiz mahkemesinin incelemesine tabi olacağı savunulmaktadır¹³⁶⁹.

Aynı yöndeki öğretide bir başka görüş ise, kusur içeriğinin azalmış kusur yeteneğinin normal durumlardakine göre önemli derecede daha yüksek olabileceğini savunmaktadır. Failin ruhsal bozukluğa bizzat neden olduğu ve suçun işlenmesindeki tehlikeyi öngörmüş olabileceği buna gerekçe gösterilmektedir¹³⁷⁰. Buna rağmen yine de mevcut bir kusur indiriminin, temel cezada dikkate alınması gerekmektedir. Alman ceza hukuku uygulamasında belirtilen duruma rastlanmaktadır. Eğer eylem, askeri bir suç teşkil ediyorsa, savaş hukukuna veyahut devletler hukukuna aykırıysa veya vazife sırasında gerçekleşmişse, alman askeri ceza kanunu (WStG¹³⁷¹) 7' nci maddesi uyarınca failin kendisinin sorumlu olduğu sarhoşlukta cezanın indirilmesi söz konusu olamaz, çünkü alkol askeri disiplin açısından son derece ciddi bir tehlike anlamına gelmektedir¹³⁷². Failin toplum için tehlike arz etmesi durumunda psikiyatrik bir hastaneye yatırılması, azalmış kusur yeteneği durumunda cezaya eklenmektedir. Ancak mahkeme, failin hastaneye yatırılması yerine, örneğin güvenlik gerekçesiyle aşırı yüksek, kusur içeriğine (oranına) uygun olmayan bir hapis cezasına karar veremez¹³⁷³.

Temel cezanın müebbet hapis cezası olduğu durumlarda, azalmış kusur yeteneği düzenlemesinin tanıdığı temel cezada yapılacak indirim reddedilecekse, kusurla bağlantılı her türlü koşulun titizlikle incelenmesi ve “*şüphe durumunda fail*

¹³⁶⁸ BGH, NStZ 2004, s. 619 (Enz, s. 369).

¹³⁶⁹ BGH, NStZ 2009, s. 497 (Enz, s. 369-370).

¹³⁷⁰ BGH 35, 143 (Jescheck/ Weigend, § 40, s. 444).

¹³⁷¹ “Wehrstrafgesetz”

¹³⁷² Jescheck/ Weigend, § 40, s. 444.

¹³⁷³ BGH 20, 264 [267] (Jescheck/ Weigend, § 40, s. 444).

aleyhine bir ağırlıklandırmadan” uzak durulacak şekilde ceza belirlemesi yapılması gerektiği söylenebilecektir. Yasal olarak en yüksek cezanın verilebilmesi için, ruhsal olumsuzluk nedeniyle oluşan kusur indirimini dengeleyen ciddi ağırlaştırıcı nedenler olması gerektiği savunulmaktadır¹³⁷⁴. TCK m. 32/2 bakımından ise işlenen suçun ağırlaştırıcı müebbet veya müebbet hapis cezasını gerektirmesi gibi durumlarda ceza indiriminin yapılmasında takdir hakkı bırakılmamıştır.

Alman ceza hukuku uygulamasına göre, failin azalmış kusur yeteneğinin tespit edilmesine rağmen, kusur arttırıcı unsurlar nedeniyle yine de söz konusu fiil için kanunda öngörülen en yüksek cezanın verilmesi durumunda, mahkeme vereceği kusurun ağırlığına ilişkin kararında fail hakkında ileride koşullu salıverme hükmü kapsamında yapacağı değerlendirmeleri de dikkate almak zorundadır¹³⁷⁵. Bir başka deyişle ömür boyu hapis cezası öngörülen bir suçta, her ne kadar failin azalmış kusur yeteneği saptanmış, ancak olayda kusuru arttırıcı nedenler olduğu gerekçesiyle ceza indirimine gidilmemişse, Alman Ceza Kanunu m. 57 a/1’ de¹³⁷⁶ öngörülen koşullar gereği, koşullu salıverme şartlarının uygulanmasında fail lehine bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Ülkemiz açısından bakıldığında hükmedilen bir cezanın infazı sırasında hükümlünün koşullu salıverilmeden yararlanması için, işlenmiş olan suçtaki kusur ya da bu kusurun ağırlığı rol oynamamaktadır. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun 107. maddesine göre, koşullu salıverilmeden yararlanabilmek için, hükümlünün infaz süresini iyi hal ile geçirmesi ve hükmedilmiş olan cezanın nitelik ve süresine göre kanunda öngörülen süreleri

¹³⁷⁴ BGH, NStZ-RR 2003, s. 137; BGH, NStZ 2004, s. 619 (Enz, s. 370).

¹³⁷⁵ BVerfGE 86, s. 137; NStZ 2004, s. 619 “Ağır ceza mahkemesi çözümü (*Schwurgerichtslösung*)” Bkz. (Enz, s. 370, dp. 1592).

¹³⁷⁶ “Mahkeme aşağıdaki hallerde müebbet hapis cezasının geri kalan kısmının infazını, koşullu salıverme kararı vererek erteleyebilir;

1. cezanın on beş yılı çektirilmişse,

2. infaza devam edilmesi, hükümlünün **kusurunun çok ağır olması** nedeniyle, gerekli değilse,

...” Yenisey/ Plagemann, s. 60. Söz konusu düzenleme gereği müebbet hapis cezasında yapılacak koşullu salıverilmesinde failin kusur ağırlığı infaza devam edilmesi sebebi olarak yani koşullu salıverilmeye engel bir sebep olarak düzenlenmiştir. Azalmış kusur yeteneği durumunda, şayet azalmış kusur yeteneğini dengeleyecek kusur arttırıcı sebeplerin olması halinde, ceza indirimi uygulanmayarak müebbet cezasına karar verilebilir. Ancak bu durumda dahi koşullu salıverilme hükmündeki şart olan failin kusurunun ağır olması hali için failin lehine yorumlama yapılması gerekmektedir. Bu durumda cezadan indirim yapılmasa bile fail koşullu salıverilmeden yararlanacaktır.

infaz kurumunda geçirmesi gerekmektedir. İşlenmiş olan suçta failin kusurunun koşullu salıverilmeye etkisi ancak cezanın ağırlığına etki ettiği oranda olmaktadır. Failin kusuru ağır ise, alacağı ceza da ağır olacak ve bu nedenle koşullu salıverilmek için hükümlünün infaz kurumunda kalacağı süre de artacaktır. **Kanımızca** infaz rejimine ait olan koşullu salıverilmeye failin kusurunun ağırlığına tekrar dönülmesi yerinde değildir. Bu bakımdan ulusal mevzuatımızın daha tutarlı olduğu söylenebilecektir. Çünkü kusurun ağırlığı, eylemin kınanma şiddeti ile doğru orantılı olarak eylemin ne ölçüde “cezaya layık” olması gerektiğine ilişkin bir kriter olmalıdır. İnfaz rejimine ait koşullu salıverilmeye ise infazdan beklenen amaçlar ön plana çıkmaktadır. Bu nedenle koşullu salıverilme şartlarının oluşturulmasında kusur ağırlığının değil, genel ve özel önleme çerçevesinde suç işlenmesinin önlenmesi, suçlunun rehabilite edilerek tekrar sosyal yaşamına dönmesinin sağlanması gibi hususlar göz önüne alınmalıdır¹³⁷⁷.

Federal Alman Yüksek Mahkemesi, özel kusur ağırlığı tespiti nedeniyle azalmış kusur yeteneğine rağmen ömür boyu hapis cezasına hükmedilmesi halinin sadece ciddi (ağır) istisnai durumlarda olabileceğine işaret etmektedir¹³⁷⁸. Ancak temyiz mahkemesi, önem arz eden tüm unsurların dikkate alınıp alınmadığını ve hukuken doğru bir şekilde değerlendirilip değerlendirilmediğini de kontrol etmektedir. TCK m. 32/2 açısından bakıldığında, azalmış kusur yeteneği durumunda “...ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi beş yıl, müebbet hapis cezası yerine yirmi yıl hapis cezası verilir...” şeklinde mutlak bir ceza indirimi öngörülmüştür. Bu nedenle TCK’ nın benimsemiş olduğu sistem açısından ağırlaştırılmış müebbet ya da müebbet hapis cezası öngören suçların azalmış kusur yeteneği altında işlenmesi durumunda, olayda kusur arttırıcı sebeplerin bulunup bulunmadığı kontrolünün yapılmasına gerek duyulmaksızın yasal indirim zorunlu olarak öngörülmüştür. Buradan çıkarılacak sonuç ulusal pozitif hukukumuz açısından, kanunda cezası ağırlaştırılmış müebbet ya da müebbet hapis cezası olarak

¹³⁷⁷ Nitekim 5275 sayılı CGTİHK m. 3’ te infazın amacı düzenlenmiştir. Buna göre: “Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılmak istenilen temel amaç, öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamak, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamla ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmaktır.”

¹³⁷⁸ BGH, NJW 2004, s. 3353 (Enz, s. 370).

öngörölmüş suçlarda şayet somut olayda failin azalmış kusur yeteneğinin bulunduğuna kanaat getirilmiş ise, hiçbir durumda faile ağırlaştırılmış müebbet ya da müebbet hapis cezası verilemeyecektir.

Kusuru ağırlaştırıcı faktörler, azalan kusur yeteneği sebebiyle kusur indirimini dengeleyecek olursa, indirim yapılmadan temel ceza oranında ceza verilmesinin “fiile ve kusura uygun” olabileceği söylenebilir. Bu esasın, kusur yeteneği azalan biri için ömür boyu hapis cezası istenmesinde de geçerli olduğu, zira yapılan genel değerlendirmede “kusur ölçüsünün, indirimsiz cezanın verileceği, ceza sorumluluğu tam bir faildekine göre daha az bir oranda olmadığı” durumların da olabileceği belirtilmektedir¹³⁷⁹.

Öldürme ve bedensel bütünlüğe karşı işlenen suçlarda, örneğin fiilin olağanüstü derecede vahim (vahşi, acımasız) ve hunharca işlenmiş olması, birden fazla mağdurun öldürülmesi veya yaralanması, özellikle failin merhametsiz, zalim, gaddar bir zihniyetle ve cinayetin planlı bir şekilde sinsice işlenmesi gibi durumlar, azalmış kusur yeteneğine rağmen temel cezada indirimi imkânsız kılan unsurlardır¹³⁸⁰. Bunun dışında örneğin önemli boyuttaki zararlar, ciddi seviyede bir suç enerjisi, aşırı derecede başkalarını düşünmeme ve çok sayıda yasal ihlal ile bunların uzun vadede gerçekleştirilmesi gibi hususlar, azalan kusur yeteneğine rağmen temel cezada indirimi imkânsız kılacak, kusuru ağırlaştırıcı faktörler olarak kabul edilmektedir¹³⁸¹. Doğrudan suç eyleminin yanı sıra eylem öncesi ve eylem sonrası kusur arttırıcı durumların da, cezanın belirlenmesi hakkındaki kararda dikkate alınması gerekmektedir¹³⁸².

Bu kapsamda azalmış kusur yeteneğine sahip failin, olayda kusuru arttırıcı başka durumların var olması durumunda indirim olmaksızın cezalandırılabilmesi istisnai de olsa mümkün olabilmektedir. Örneğin Alman Federal Yüksek Mahkemesi’ nin önemli bir kararında¹³⁸³, akıl zayıflığı sonucu davranışlarını

¹³⁷⁹ BVerfGE 50, s. 13, 14 (Enz, s. 371).

¹³⁸⁰ Fischer, § 21, kn. 22; Enz, s. 373; Schönke/ Schröder, § 21, kn. 18; Schöch, LK, § 21, kn. 47; Bunların dışında artan canice enerji ve başkasını düşünmeme nedeniyle eylem sırasındaki alçaklık ve eylemlerin türünden ve sayısından anlaşılan, canice isteklerin yoğunluğu ve eylem anındaki soğukkanlılık belirtilmektedir. Bkz. Schreiber/ Rosenau, s. 111.

¹³⁸¹ BGH, StV 5/1989, s. 199 (Enz, s. 373); Schöch, LK, § 21, kn. 47.

¹³⁸² BGH, 14.6.1999 tarihli karar- 5 StR 177/99 (Enz, s. 373-374).

¹³⁸³ BGHSt 7, 28 (Roxin, AT I, § 20 A, s. 908).

frenleme kapasitesinin önemli derecede azalmış olduğu tespit edilen bir kişi, 19 aylık kızını öldürmüştür. Mahkeme “*sanığın kendi çocuğunu öldürdüğü, cinayet amacını insanlık dışı ısrarla (sebat ile) yerine getirdiği, çocuğu uyurken öldürdüğü, elektrik akımıyla çocuğun nasıl sarsılarak ölüme gittiğini seyredebildiği ve sonrasında işlediği suçun izlerini yok etmeyi başardığı ve hiçbir şey olmamış gibi eşiyle bir aile törenine katılmış olduğu*” yönündeki kusuru arttıran gerekçelerle, ömür boyu hapis cezası kararını onamıştır¹³⁸⁴. Bir başka olayda ise, eylemin özel olarak çığılığı göz önüne alınarak, failin dokuz çocuğu babasız bıraktığı (babasından mahrum bırakması) gerçeği, kusuru arttıran durum olarak kabul edilmiştir¹³⁸⁵.

Roxin’ e göre, sözü edilen kararlar bir takım sakıncalarla karşı karşıyadır. Öncelikle bu olaylarda “kusur arttırıcı durumların” nedeninin, kusur yeteneğinin ciddi oranda azalmasına neden olan koşullara dayalı olup olmadığı kontrol edilmesi gerekirdi. Akıl zayıflığı olan failin kızını öldürmesi olayında, failde bulunduğu iddia edilen özellikle o duygusuzluğun (hissizliğin) nedeninin, faildeki akıl zayıflığı olması muhtemeldir. Ama aynı faktörlerin eşzamanlı olarak hem kusuru azaltıcı hem de kusuru arttırıcı olarak değerlendirilmesi mümkün olmamaktadır¹³⁸⁶. Haklı olarak Alman Yüksek Mahkemesi failin kusuruna dayanmayan ruhsal durumunun bir sonucu olan hallerin cezayı arttırıcı biçimde dikkate alınmasında bir “aykırılık” tespit etmektedir. Bu sebeple olayların birçoğunda temel cezada indirim yolu seçilmelidir. Çünkü varsayılan kusur arttırıcı durumlar, fail açısından hastalık kaynaklıdır¹³⁸⁷.

Yukarıda da belirtildiği üzere fiil biçimlerinin ve fiil motiflerinin ancak sanığa isnat olabildiği (failin bunlar nedeniyle kınanabildiği) oranda, cezayı ağırlaştırıcı olarak değerlendirebileceği söylenmelidir. Fiili ağırlaştırıcı koşullar ya da durumlar, psişik bir bozukluğun *kusursuz* bir sonucu niteliğinde ise, ağırlaştırılmış kusur kınaması için bağlantı noktası olarak kurulabilecek bir nokta söz konusu olamaz¹³⁸⁸.

¹³⁸⁴ Roxin, AT I, § 20 A, s. 908.

¹³⁸⁵ Roxin, AT I, § 20 A, s. 908.

¹³⁸⁶ BGHSt 16, 360 (364), Roxin, AT I, § 20 A, s. 909.

¹³⁸⁷ Haklı olarak Federal Yargıtay, kusur yeteneğinin azalmasına neden olan arızanın ancak failin söz konusu durumu kendi sorumluluğu dahilinde ortaya çıkardığı ve kapsamı ve yoğunluğu açısından kendisine isnat edilecek suçla kıyaslanabilir olan, cezai bir eylemde bulunacağını aslında kavraması gerektiği durumlarda kusur arttırıcı olarak değerlendirilebileceğini savunmaktadır. Bkz. Roxin, AT I, § 20 A, s. 909.

¹³⁸⁸ Streng, Strafrechtliche Sanktionen, s. 464; *Schreiber/Rosenau* da bu görüşü benimsemektedir. Failin kusur yeteneğinin azalmış olmasına neden olan psişik durumların sebep olduğu haller ve

Bir başka deyişle kusuru ağırlaştırıcı eylem biçimlerinin bir psikişik bozukluk nedeniyle gerçekleştiği tespit edildiğinde, bu hususlar kusur dengelemesi işleminde kullanılamaz. Bu kapsamda sadece fizikî yaralama ve öldürme suçlarında değil, örneğin malvarlığı veya vergi suçları gibi başka suçlarda da, fiilin işlenmesindeki (fiile şekil verilmesindeki) kusuru ağırlaştırıcı durumların kökeninin psikişik bozukluklara dayanabileceği dikkate alınmalıdır¹³⁸⁹.

Fakat kusur yeteneği azalan bir fail, aslında kusur yeteneğine sahip olduğundan ve bu nedenle kendisinin bulunduğu cezalandırılabilir eylemin somut şekillendirilmesinden sorumlu olduğundan, azalmış kusur yeteneğine esas teşkil eden bozukluk durumunun gerilediği, etkisinin olmadığı ya da az olduğu fiil biçimleri, cezayı arttırıcı unsur olarak değerlendirilebilmektedir. Ancak bu değerlendirme tam kapsamda değil, aksine “sadece azalmış kusur ölçüsünde” olabilmektedir¹³⁹⁰.

Fail, ruhsal olumsuz durumuna kusurlu şekilde bizzat neden olmuşsa ve bu sırada, daha önceki tecrübeleri nedeniyle kendisi için var olan suç işleme riski hakkında bilgi sahibiydiyse, daha farklı esaslar geçerlidir¹³⁹¹. Bu tür bir durumda bozukluk durumunun meydana getirilmesi bile artan bir kusur içeriğini barındırmaktadır¹³⁹² ve öncesinde edinmiş olduğu tecrübeler nedeniyle, faile özellikle fiilini vahim (ağır) şekilde işlediği isnat olunmaktadır¹³⁹³.

(ii) Temel Cezanın Belirlenmesi Aşamasında Kusur İçeriğinin Dengelenmesi

Özellikle kanun metninde hapis cezası aralıklarının belirlendiği suç tiplerinde, temel cezanın belirlenmesi açısından, hâkimin uygulaması gerekli bazı kriterlere yer

davranış biçimleri, cezayı arttırıcı nitelikte değerlendirilmemelidir. Bkz. Schreiber/ Rosenau, s. 111.

¹³⁸⁹ BGH, StV 5/1989, s. 199; ciddi suç enerjisinden ortaya çıkan fiil biçimleri ile manik dönemler arasındaki potansiyel ilişki hakkında. (Enz, s. 374).

¹³⁹⁰ BGH, NStZ-RR 2003, s. 104-105; benzer şekilde BGH, 7.8.2001 tarihli hükmü- 1 StR 174/01: “Ciddi ruhsal bir bozukluğun emaresi(belirtisi) kabul edilen hareket biçimleri, özel cezayı arttıran nedenler olarak kabul edilemezler.” Her ne kadar azalmış kusur yeteneği koşulları yerine gelmiş olmasa da, bu hususa dikkat edilecektir. Bkz. Enz, s. 374, dp. 1607.

¹³⁹¹ BGHSt 49, s. 247 (Enz, s. 374).

¹³⁹² Schöch, LK, § 21, kn. 48.

¹³⁹³ BGHSt 49, s. 247 (Enz, s. 374).

verilmiştir. Bu kriterler TCK m. 61/1' de belirtilmiştir. Hâkim, olayda azalmış kusur yeteneği bulunması nedeniyle eylemin azalmış kusur içeriğine rağmen, kusur arttırıcı diğer faktörler nedeniyle kusur dengelemesi işlemini bu kriterler çerçevesinde temel cezanın belirlenmesi aşamasında da yapabilecektir. Bu durumda TCK m. 32/2' de yer alan azalmış kusur yeteneği nedeniyle hâkime ceza indirimi konusunda takdir hakkı bırakan düzenleme kullanılmamış olacaktır. Azalan kusur yeteneği, belirtilen tarzda iki farklı ceza indirimi olanağını beraberinde getirmektedir. Bu durumda, indirim yollarından hangisini gitmek istediğine dair karar, hâkime bırakılmıştır¹³⁹⁴. Ancak aynı sebebin hem temel cezanın belirlenmesinde hem de temel ceza belirlendikten sonra indirim nedeni olarak kullanılması imkânı bulunmamaktadır. Bu durumda çifte değerlendirme yasağı söz konusu olacaktır.

Roxin' e göre, azalmış kusur yeteneği nedeniyle ceza normlarına tepki verebilirlik açısından ciddi oranda kısıtlanmış olan fail, olayda kusur arttırıcı durumların mevcut olduğu hallerde, psikik olarak normal olan bir insana göre azalan kusurla eylemde bulunsa da, bu durum cezanın normal ceza çerçevesinin alt sınırlarına yakın yerlerden seçilmesiyle dikkate alınabilecektir¹³⁹⁵. Çünkü kusur prensibi, azalmış kusur yeteneğine sahip olan failin, “normal” bir faille göre *ceteris paribus* (diğer tüm durumlar sabitken) her zaman mevcut olan kusur farkını, temel cezada özel bir ceza değişikliğini her durumda gerektirecek bir çözümü yasa koyucuyu zorlamamaktadır¹³⁹⁶. Bir başka deyişle olayda yer alan azalmış kusur yeteneği nedeniyle kusur azalması ile kusur arttırıcı diğer faktörlerin göz önüne alınacağı söz konusu kusur dengelemesi, salt TCK m. 61/1' de yer alan kriterler ışığında da yapılabilecektir. Şayet bu dengeleme yapılabiliyorsa artık TCK m. 32/2' gereği ceza indirimi yapılması anlamsız olacaktır. Zira fail hakkında cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirmesi işlemi yapılırken “fail lehine ve aleyhine olan durumların” karşılıklı olarak değerlendirilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Bu değerlendirme zorunluluğu illa ki TCK m. 32/2 gibi takdirî indirim olanağı tanıyan hüküm çerçevesinde indirime gitmek yoluyla gerçekleştirilmek zorunda değildir¹³⁹⁷. Bu değerlendirme temel cezanın belirlenmesi aşamasında da gerçekleştirilebilecektir.

¹³⁹⁴ Roxin, AT I, § 20 A, s. 910-911.

¹³⁹⁵ Roxin, AT I, § 20 A, s. 908.

¹³⁹⁶ Roxin, AT I, § 20 A, s. 908.

¹³⁹⁷ Roxin, AT I, § 20 A, s. 908.

Kaldı ki kasten öldürme suçlarında olduğu gibi müebbet hapis cezası şeklindeki mutlak bir ceza türünde indirimli ceza uygulanmasından zaten feragat edilemez. Çünkü bu durum, sağlıklı bir faille kıyaslandığında *ceteris paribus* (diğer tüm durumlar sabitken) daha düşük kusura sahip olan faile, normal cezada bir indirim yapılmaması anlamına gelecektir. Bu, kasten öldürme suçunda söz konusu değildir. Müebbet hapis cezasında indirimin yapılmaması halinde burada, kusur yeteneği azalmış ancak son derece şiddet içerikli ve duygusuz hareket eden bir failin, bunu yapan ve ruhsal- psikişik olarak sağlıklı olan bir insanla aynı “ömür boyu” ceza ile cezalandırılması gerekecektir. Bu uygulama kusur prensibini ihlal eden, eşitsiz bir muameledir¹³⁹⁸. Bu nedenle “müebbet hapis cezası” gibi ceza aralıkları içermeyen mutlak belirli cezalarda kusur prensibi, temel cezada indirimli ceza çerçevesini esas almayı ve bunun dahilinde muhtemel kusur arttırıcı durumları, gerekirse indirimli ceza çerçevesinin üst sınırlara ulaşacak şekilde dikkate alınmasını zorunlu kılmaktadır¹³⁹⁹.

(3) Azalmış Kusur Yeteneğine Rağmen İndirim Yapılmaması Gereçekleri

(i) Failin Daha Düşük Olan “Ceza Duyarlılığı (*Strafempfindlichkeit*)”

Failin “yaşamı sürdürme kusuruna (*Lebensführungsschuld*)” geri dönülmesi, geçerli olan eylem ceza hukuku (*Tatstrafrecht*) anlayışının terk edilmesi anlamına gelecektir ve bu nedenle söz konusu olamaz¹⁴⁰⁰. Failin kusurunun ortaya çıkarılmasında sadece failin eyleminden anlaşılabilen, hukukun tasvip etmediği irade belirleyici olacaktır. Bunun dışında failin önceki hayatı, karakteri, cezanın kendisinde ne şekilde etki edeceği ve önleyici sebepler kusurun ortaya çıkartılmasında öneme sahip olgular değildir. Hâkimin olayda azalmış kusur yeteneğini tespit etmesine rağmen, temel cezada indirime gitmemesinde neden ısrar ettiğinin gerekçesi olarak, failin cezaya daha düşük “duyarlı” olması çokça dile

¹³⁹⁸ Lenckner, “Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit”, s. 133; Roxin, AT I, § 20 A, s. 909.

¹³⁹⁹ Roxin, AT I, § 20 A, s. 909.

¹⁴⁰⁰ Roxin, AT I, § 20 A, s. 907.

getirilmiştir. Bir başka deyişle faildeki daha düşük “ceza duyarlılığı” nedeniyle, azalmış kusur yeteneği tespit edilmesine rağmen, temel cezada indirim yapılmayabileceği savunulmaktadır. Akıl zayıflığı bulunan veya duyarlılığı olmayan psikopatların cezayı daha az oranda algıladıkları (hissettikleri), bu nedenle bu kişilerin azalmış kusurlarına ancak indirimsiz cezanın uygulanması durumunda bu kişilere cezanın etkisinin mümkün olabileceği belirtilmektedir¹⁴⁰¹. Ancak bu görüş öğretide savunulabilir olarak görülmemektedir. Çünkü ceza duyarlılığı, yeterince güvenle ölçülebilir bir kavram değildir. Ayrıca cezaya duyarlılık kavramı, sırf cezaya daha az duyarlı failer için öngörülmuş bir kavram da değildir. Bu nedenle normalde ceza indirimi sonucuna yol açacak azalmış kusur yeteneği durumunda, bazı fail grupları için daha düşük “ceza duyarlılığı” ön kabulü dayanak gösterilerek daha ağır bir özel uygulamaya yol açılmamalıdır¹⁴⁰².

Ceza miktarı belirlemesi, kusurlu haksızlığın ölçüsüne göre yapılması gerektiğinden günümüzde hâkim görüşe göre kusura yabancı değerlendirmeler, ceza indiriminin yapılmamasına gerekçe olarak gösterilemez. Eğer bir fiilin kusur içeriği, azalan kusur yeteneğinin mevcut olması sebebiyle azalmışsa, kusur dışı sebeplerle bu durumun göz ardı edilmesi mümkün değildir¹⁴⁰³. Buna göre özel önleyici veya genel önleyici nedenler, cezanın belirlenmesi seviyesinde sadece hükmedilecek cezanın kusura uygun kabul edilmesi şartı ile ve bu tolerans sahası (hareket sahası) içinde dikkate alınması gerekmektedir. Benzer doğrultuda önleyici sebepler, kusur çerçevesinin tayini için bir önem geliştirmemektedirler¹⁴⁰⁴. Bu ölçüde, failin azalan ceza duyarlılığı¹⁴⁰⁵ da temel cezada indiriminin reddedilmesi için, bir bağlantı unsuru olarak kabul edilmemelidir¹⁴⁰⁶. Önlemeye dayalı bakış açısı, cezanın belirlenmesine ilişkin genel değerlendirmede, azalan kusur yeteneği sonucu kusur azalması olmasına

¹⁴⁰¹ BGH, MDR 1953, 147; BGHSt 7, 31 (Roxin, AT I, § 20 A, s. 907).

¹⁴⁰² Jakobs, AT, s. 538.

¹⁴⁰³ Enz, s. 372.

¹⁴⁰⁴ Streng, MK, § 21, kn. 21; Enz, s. 372; Kusurdan bağımsız değerlendirmeler ile, yani özel ya da genel önleme sebepleri nedeniyle ceza indirimine gidilmemesi mümkün değildir. Bkz. BGHSt 20, 264; OLG Karlsruhe, GA 1973, 91 (Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, s. 499).

¹⁴⁰⁵ Alm. “geringe Strafempfindlichkeit”

¹⁴⁰⁶ Öğretide de bu hususa dikkat çekilmektedir. Söz konusu görüşlere göre, failin daha düşük ceza duyarlılığına (*Strafempfindlichkeit*) sahip olması, ceza indiriminin kabul edilmemesine neden olmamalıdır; çünkü aynı şekilde bu yol da, kusur prensibine uygun olmayacaktır. Bkz. Schönke/ Schröder, § 21, kn. 16; Jakobs, AT, s. 538 vd.

karşın, kusur ağırlaştırıcı faktör olarak nitelendirilemez. Çünkü özel önleyici yorumlamalardan prensip olarak kusuru arttırıcı durumlar türetilenmemektedir¹⁴⁰⁷.

Belirtilen yaklaşımların özellikle kusur yeteneği düzenlemelerindeki tarihsel gelişim süreçlerinde yaşanan tartışmalara dayandığı söylenebilir¹⁴⁰⁸. Almanya’ da, önceden yürürlükte olan itiyadî (suç işlemeyi alışkanlık haline getirmiş) suçlular kanununun¹⁴⁰⁹ getirilmesinde, özellikle kusur yeteneği azalmış psikopatlarda önleyici sebepler nedeniyle ceza indirimine yer verilmesi istenmemiştir. Bu fail gruplarına ve bunların sahip oldukları zayıflamış direnme gücüne, indirim yapılmasına nazaran, ciddi ve uzun süreli cezalarla çok daha etkin biçimde etki edilebileceği kabul edilmiştir. Bu bağlamda *Mezger*, bu durumlarda “reddedilemez fiili zorunluluk (=unabweisbare praktische Bedürfnis)” olduğunu, “kusur cezasından, koruma cezasına (=von der Schuldstrafe zur Schutzstrafe)” gidildiğini ve kusur ceza hukukundan “belirli türdeki kişiliklerin” “çıkartılması” gerektiğinden bahsetmektedir¹⁴¹⁰. Buna karşın hâkimin “kusura yabancı gerekçelerle ceza indirimini yapmamaktan kaçınması gerektiği” ve cezanın “kusura uygun kabul edilen ceza ölçüsünü” aşamayacağı, isabetli bir biçimde savunulmaktadır¹⁴¹¹.

Azalmış kusur yeteneğinde “takdiri” bir ceza indiriminin öngörülmüş olması ile aslında cezanın, kusura bağlı bölümünün yanı sıra, ek olarak özel önleyici odaklı bir “güvenlik ya da koruma cezası (*Sicherungsstrafe*)” bölümü varsayılmıştır¹⁴¹². Özellikle psikopatlarda, uygun destekleyici tedbirlerin olmaması sebebiyle bu faillerin yarattığı tehlike açısından azalmış kusura uygun, daha hafif bir cezalandırmanın özel önleyici olarak yeterli olmayacağı korkusu söz konusudur¹⁴¹³.

¹⁴⁰⁷ OLG Karlsruhe MDR, 1972, 881 (Jescheck/ Weigend, § 40, s. 444); Rudolphi, SK-StGB, § 21, kn. 6; Streng, MK, § 21, kn. 21; Schönke/ Schröder, § 21, kn. 15-16; Enz, s. 372-373; Roxin, AT I, § 20 A, s. 906-907. Bu nedenle temel ceza ile ilgili kararda kusur ile ilgisi olmayan özellikler, bilhassa önleyici düşünceler dikkate alınmamaktadır. Bkz. Lackner/ Köhl, § 21, kn. 4; Schöch, LK, § 21, kn. 44; Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, s. 499; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, s. 459.

¹⁴⁰⁸ Roxin, AT I, § 20 A, s. 906.

¹⁴⁰⁹ 24.11.1933 tarihli “*Gewohnheitsverbrechergesetz*”.

¹⁴¹⁰ Edmund Mezger, “Rechtsirrtum und Rechtsblindheit”, **Probleme der Strafrechtserneuerung: Festschrift für Eduard Kohlrausch zum 70. Geburtstag**, Berlin, 1944, s. 196; Roxin, AT I, § 20 A, s. 906.

¹⁴¹¹ BGHSt 7, 28 (Roxin, AT I, § 20 A, s. 906-907).

¹⁴¹² Mezger, LK 1954, § 51, Anm. 10 a’ dan aktaran Schreiber/ Rosenau, s. 110.

¹⁴¹³ Lenckner, “Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit”, s. 130; Jakobs, AT, s. 538.

Kusura göre makul cezanın bu türde özel önleme gerekçesiyle aşılması, günümüzde çoğunluk görüşüne göre, kabul edilemez niteliktedir¹⁴¹⁴. Önleyici ceza amaçları, sadece yargı tarafından belirlenmiş olan kusura dayalı ceza anlayışı çerçevesinde uygulanabilmektedir. Bu çerçeveyi aşan önleme ihtiyaçları için, iyileştirme ve güvenlik altına almaya yönelik güvenlik tedbirleri kuralları bulunmaktadır.

Kanımızca kusur ceza hukukunun egemen olduğu demokratik bir hukuk sisteminde belirli fail gruplarındaki kişilerin gerçekleştirmiş oldukları eylemde, kusur içeriğinin azalmış olduğunun tespit edilmiş olmasına rağmen, cezaya daha az duyarlı oldukları gerekçesiyle kusurlarını aşan bir ceza ile karşı karşıya bırakılması hukuk devleti ilkesine aykırı olacaktır. Zira söz konusu durumda belirli fail grupları için kusuru aşan bir cezalandırma gerçekleştirileceğinden, kusur ceza hukuku anlayışıyla taban tabana zıtlık içeren “salt netice ceza hukuku” yani “objektif sorumluluk” içeren bir uygulamanın söz konusu olacağı söylenebilir. Standartlaştırılmış bir ölçüye dayandırılmayan cezanın fail üzerinde az etki ettiği hususu, failin gerçekleştirmiş olduğu eylemdeki kusurunun belirlenmesinde değil, failin kusuruna uygun şekilde tespit edilmiş cezanın infazında dikkate alınabilecektir. Her ne kadar “Güvenlik Tedbirleri” başlığı altında düzenlenmiş olsa da, TCK m. 7/3’ te¹⁴¹⁵ dolaylı olarak infaz rejimine ait olduğu belirtilen tekerrür düzenlemesi, esasında faillerin daha önce işlemiş oldukları suçlar nedeniyle uslanmadıkları, tekrar başka bir suç işleyerek hukuk düzenine karşı çıkma iradelerinde ısrar ettiklerini gösteren durumlara işaret etmektedir. Bu nedenle cezanın önleyici etkisi failde daha az etki yapıyorsa ya da bu konuda fail daha az duyarlı ise bu durum, TCK m. 58 gereği tekerrür hükümlerini gündeme getirecektir. İşlemiş oldukları ikinci suç için, bu kişiler hakkında mükerrirlere özgü infaz rejimi uygulanacak ve koşullu salıverilme kapsamında infaz kurumunda geçirecekleri süre de artacaktır. Ceza yaptırımının etkisinin istenen düzeyde olmadığı, ruhsal bozukluklara sahip olan ancak ceza sorumlulukları bulunan kişiler hakkında, daha çok akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri uygulanarak özel önlemeye yönelik sonuçların alınması denenebilecektir. Nitekim ceza hukuku düzeninde ceza bir amaç değil, araçtır. Bu aracın failde açıkça etkili olmadığı anlaşıldığında, amaca ulaşmak için akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin

¹⁴¹⁴ BGHSt 7, 30 vd. 20, 266 (Schreiber/ Rosenau, s. 111).

¹⁴¹⁵ “ Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır.”

devreye sokulması gerekmektedir. Hükümlünün ceza yaptırımını gibi, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri kapsamında gerçekleştirilecek tedaviye de duyarlı olmadığı ya da bu tedaviye cevap vermediği anlaşıldığında nasıl bir yol izleneceği tam olarak bilinmemektedir. Bu noktada ceza hukukunun ceza ve güvenlik tedbiri olarak belirtilebilecek iki enstrümanın da işe yaramadığı bir durum söz konusudur. O halde özel önleme amacının yerine getirilemediği anlaşıldığından, cezanın genel önleme ve kefarete teşkil etme amaçlarına odaklanması gerekmektedir. Bu yol ise, sadece bu özel durumlarda başvurulabilecek yol olabilir.

(ii) Çabalama Teorisi (*Anstrengungstheorie*)

Failin gerçekleştirmiş olduğu eylemde azalmış kusur yeteneğine rağmen, hükmedilecek cezada indirim yapılmaması durumunu kusur prensibiyle bağdaştırma denemelerinden birisi de, “çalama teorisi (*Anstrengungstheorie*)” olarak belirtilmektedir. Çabalama teorisine göre kusur yeteneği azalan failin, zafiyetlerini (zayıflıklarını) artan güç çabasıyla dengelemesi gerekmekte ve bunu yapmadığı takdirde temel cezada indirim olmaksızın cezalandırılabilmesi söz konusu olabilmektedir. Bu teoriyi savunan *Bruns*' a göre, failin azalmış algılama ve davranışlarını frenleme yetenekleri toplum geneli açısından daha yüksek bir tehlike anlamına geleceğinden, fail hukuka sadık yaşamak için ne kadar zayıf ise o kadar daha fazla çabalaması gerekmektedir. Bu çağrı özellikle psikopatlarla söz konusu olmaktadır¹⁴¹⁶. Bu nedenle fail, hatası ve eksikliği için yükseltilmiş olan güç çabası (*erhöhte Kraftanstrengung*) aracılığıyla durumunu dengelemek zorunda olmalıdır¹⁴¹⁷. *Roxin*' e göre, bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü zafiyetlerini artan irade çabasıyla dengeleme kapasitesine sahip olan biri, zaten kusur yeteneği önemli derecede azalmış kişi olarak kabul edilemez¹⁴¹⁸. Ciddi derecede azalan kusur yeteneğinde, özellikle failin yasaya aykırı dürtülerine irade gücüyle frenleyici biçimde karşı durma kapasitesi, önemli derecede zayıflamıştır. Yani çabalama

¹⁴¹⁶ *Bruns*, s. 521.

¹⁴¹⁷ *Bruns*, s. 521.

¹⁴¹⁸ *Roxin*, AT I, § 20 A, s. 907.

teorisi, bu tipteki faillerin zaten olanaksız olduğu (yapamayacağı) bir şeyi istemektedir¹⁴¹⁹.

Kanımızca çabalama teorisi kusur ceza hukuku anlayışı içinde birçok nedenle savunulamaz. Kusur yeteneği bakımından psikiyatrik hastalık kavramının oluşturulmasına yol açan normatif bakış açısı, bir hastalık sürecinin yazgısallığı (kadere bağlı olması) ve sürecin fail tarafından etkilenememesi durumudur¹⁴²⁰. Zaten bu sürece etki edilebildiği yerde, yani failin davranışlarını kontrol yeteneğini artan çabası ile dengeleyebildiği durumda azalmış kusur yeteneğinden söz edebilmek mümkün değildir. Kusur yeteneği bir ruhsal bozukluk nedeniyle etkilenmiş kişiler, “hukuka aykırı davranışı gerçekleştirirken bizzat oldukları gibi değildirler”¹⁴²¹. Kişinin hukuka aykırı bir davranışı gerçekleştirirken bizzat olduğu özellikte olmadığı gerekçesiyle, kusur yeteneği etkilenmiş kişilerin cezalandırılmaması ya da cezasında indirim yapılması gerektiği yönündeki bu görüş ile birlikte, akıl hastaları ve aklı durumu sağlıklı insanlar arasında fark yaratılmaktadır. Burada akıl hastası, kişiliğine yabancı olan dürtülerin bir objesi olarak görülmekte, yani dürtülen olarak kabul edilmektedir¹⁴²². Esasen bu durumda failin haksız eylemden kaçınması için gerekli güce sahip olup olmadığı problemi ortaya çıkmaktadır¹⁴²³. Kusur yeteneğinin azalmış olduğu tespiti ile normal insanlar ölçüsünde bu güce sahip olmadığı ve bu gücü sarf edemediği anlaşılan failin, bu yönde normal insanlardan daha fazla çaba göstermesinin beklenmesi hem mantığa hem de kusur ceza hukuku anlayışına terstir. Bizim de savunduğumuz pragmatik sosyal karşılaştırmalı kusur anlayışı gereği¹⁴²⁴, zaten davranışlarını yönlendirme yeteneği kapsamında fail, hukuka aykırı eylemi gerçekleştirmemek için “ortalama yeteneklere” sahip failde bulunan tüm çabayı göstermek zorundadır. Kendisinde bulunan ruhsal bozukluğun bu çabayı göstermede

¹⁴¹⁹ Roxin, AT I, § 20 A, s. 907.

¹⁴²⁰ Alm. “*Schicksalhaftigkeit und Unbeeinflussbarkeit eines Krankheitsablaufs*” Bkz. Schreiber/Rosenau, s. 97.

¹⁴²¹ Maiwald, “Gedanken zu einem sozialen Schuldbegriff”, s. 162.

¹⁴²² Maiwald, “Gedanken zu einem sozialen Schuldbegriff”, s. 162.

¹⁴²³ Schöch, LK, § 20, kn. 42; Jescheck/ Weigend, § 37, s. 411; Lackner/ Kühl, § 20, kn. 13; Lenckner, “Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit”, s. 97; Venzlaff, “Ist die Restaurierung eines ‘engen’ Krankheitsbegriffs erforderlich, um kriminalpolitische Gefahren abzuwenden?”, s. 64.

¹⁴²⁴ Failin sosyal normlarla normal biçimde davranışlarını belirleme kabiliyetinin, bir psikik bozuklukla ne kadar zarar görmüş olduğu, yalnızca pragmatik kusur kavramı temelinde ölçülebilir. Bkz. Schreiber/ Rosenau, s. 97.

ne oranda engel olduğu, bir başka deyişle normalden ne ölçüde sapmanın gerçekleştiği psikiyatri bilirkişisi ve hâkim tarafından psişik-normatif bakış açısıyla yapılacak olan değerlendirme ile ortaya çıkarılacaktır.

3. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu' nun Benimsediği Sistem

a. Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (TCK m. 61)

(1) Genel Olarak

Azalmış kusur yeteneği durumunda esasen ceza sorumluluğuna sahip olan failin, gerçekleştirmiş olduğu haksızlık nedeniyle ne ölçüde kınandığı ve bu kınamanın ceza miktarına nasıl yansıtılacağı önem arz etmektedir. TCK m. 61' de işlenmiş olan suç nedeniyle cezada öngörülen soyut cezanın¹⁴²⁵ hangi kriterler çerçevesinde somut hale getirileceği, yani cezanın nasıl bireyselleştirileceğine ilişkin kurallara yer verilmiştir¹⁴²⁶.

¹⁴²⁵ Soyut cezanın belirlenmesi, cezanın her bir suç için kanunun ilgili maddesinde belirlenmiş olmasını ifade etmektedir. Cezaların soyut belirtilmesinde, suçun ağırlığının göz önünde tutulması ve her suç ile cezası arasında orantı bulunması gerekmektedir. Bunların dışında korunan hukuksal değer, suçu işlemedeki yaygınlık, cezanın önleme işlevi, fiilin haksızlık içeriği ve diğer özellikler de gözetilecek hususlar arasındadır. Bkz. Ahmet Gökçen / A. Caner Yenidünya, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu' nda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesine İlişkin Kurallar (TCK m. 61-63)", **Uğur Alacakaptan' a Armağan C. 1**, İstanbul, 2008, s. 339; Erdal Yerdelen, **Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 138; Koray Doğan, "Cezaların Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", **Ceza Hukuku Dergisi (CHD)**, Y. 2, S. 4, Ağustos 2007, s. 277; *Centel'* e göre, cezanın soyut belirlenmesi kendi içinde iki aşamaya ayrılabilir. Öncelikle yasakoyucu cezalar (ve emniyet tedbirleri) sistemini belirleyerek, suçlara uygulanacak ceza veya emniyet tedbirlerini türlerine, ağırlıklarına göre yasada belirler. Buna *soyut-genel* belirleme denilmektedir. İkinci aşamada ise yasada tanımlanan her suç için hangi türden ve hangi ağırlıkta ceza veya emniyet tedbiri verileceği belirlenecektir. Bu aşamaya da *soyut-özel* tayin denir. Bkz. Nur Centel, "Cezanın Amacı ve Belirlenmesi", **Prof. Dr. Turhan Tûfan Yüce' ye Armağan**, İzmir, 2001, s. 356.

¹⁴²⁶ TCK m. 61: "*(1) Hakim, somut olayda;*

- a) *Suçun işleniş biçimini,*
- b) *Suçun işlenmesinde kullanılan araçları,*
- c) *Suçun işlendiği zaman ve yeri,*
- d) *Suçun konusunun önem ve değerini,*
- e) *Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını,*
- f) *Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını,*

TCK m. 61 ve devamı maddelerine yakından bakıldığında Türk Ceza Kanunu' nun cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi için belli aşamalara yer verdiği görülecektir. Bu aşamalar;

1. Ceza türünün belirlenmesi
2. Temel cezanın belirlenmesi
3. Temel cezanın ferdileştirilerek sonuç cezanın ortaya çıkarılması, olarak belirtilebilecektir.

Ancak öğretilerde genel kabul gören bu aşamalardan önce ve bu aşamalara eşlik eder şekilde **kanımızca**, demokratik ceza hukuku sisteminin zorunlu kıldığı kusur prensibi nedeniyle, tipe uygun ve hukuka aykırı kabul edilen eylemin kusur içeriği ortaya çıkarılmalıdır. Sadece eylemin kusur içeriği ortaya çıkarıldıktan sonra temel ceza kusur ile orantılı bir şekilde ferdileştirilebilecektir. Alman Ceza Kanunu m. 46/1 ilk cümle bu hususa işaret etmektedir; “*Failin kusuru, cezanın belirlenmesinin*

g) *Failin güttüğü amaç ve saiki,*

Göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler.

- (2) *Suçun olası kastla ya da bilinçli taksirle işlenmesi nedeniyle indirim veya artırım, birinci fıkra hükmüne göre belirlenen ceza üzerinden yapılır.*
- (3) *Birinci fıkroda belirtilen hususların suçun unsurunu oluşturduğu hallerde, bunlar temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmaz.*
- (4) *Bir suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hallerin gerçekleşmesi durumunda; temel cezada önce artırma sonra indirme yapılır.*
- (5) *Yukarıdaki fıkralara göre belirlenen ceza üzerinden sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenir.*
- (6) *Hapis cezasının süresi gün, ay ve yıl hesabıyla belirlenir. Bir gün, yirmidört saat; bir ay, otuz gündür. Yıl, resmi takvime göre hesap edilir. Hapis cezası için bir günün, adli para cezası için bir Türk Lirasının artakalanı hesaba katılmaz ve bu cezalar infaz edilmez.*
- (7) *(Ek: 29/6/2005 – 5377/7 md.)Sürelî hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı bu madde hükümlerine göre belirlenen sonuç ceza, otuz yıldan fazla olamaz.*
- (8) *(Ek: 29/6/2005 – 5377/7 md.) Adli para cezası hesaplanırken, bu madde hükmüne göre cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine yönelik artırma ve indirimler, gün üzerinden yapılır. Adli para cezası, belirlenen sonuç gün ile kişinin bir gün karşılığı ödeyebileceği miktarın çarpılması suretiyle bulunur.*
- (9) *(Ek: 6/12/2006 – 5560/1 md.) Adli para cezasının seçimsel ceza olarak öngörüldüğü suçlarda bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da, hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz.*
- (10) *Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir.”*

temelini oluşturur.”¹⁴²⁷ Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere cezanın belirlenmesi için kanunda belirtilen kriterlerin değerlendirilmesinde, devamlı olarak failin kusuru ortak kriter olarak eşlik etmek zorundadır. Cezanın meşruiyeti, ancak bu şekildeki bir cezanın belirlenmesi işlemi vasıtasıyla, yani “kusur ile orantılı ceza” anlayışı somut cezaya yansıtılarak sağlanabilir. TCK açısından bakıldığında ise cezanın belirlenmesi düzenlemesi olan TCK m. 61’ de “failin kusuruna” vurgu yapan genel bir prensibe yer verilmemiştir. Bu husus sadece temel cezanın belirlenmesinde öngörülen kriterler içerisinde “*Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı*” şeklinde hâkimin göz önüne alacağı kriterlerden birisi olarak düzenlenmiştir. TCK’ da cezanın orantılılığına vurgu yapan asıl düzenleme ise TCK m. 3/1’ deki “*Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur.*” düzenlemesidir. Söz konusu düzenlemede de, cezaya esas teşkil edici nitelikte olan ve ceza miktarının belirlenmesinde temel ölçüt olan “kusur” kavramına yer verilmemiştir. Mevcut düzenlemede yer alan “suç işleyen kişi hakkında fiiliyle orantılı cezaya hükmedilmesi” anlayışı, ancak fiilin kusurlu olarak kabul edilebilmesi şartıyla mümkündür. Bu nedenle kanımızca düzenlemenin, “*Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin kusur ağırlığıyla ölçülü cezaya hükmolunur. Güvenlik tedbirlerine ise fiilin*”¹⁴²⁸ veya *failin tehlikelilik ölçüsüne göre hükmolunur.*” şeklinde olması ve anlaşılması gerekmektedir.

Daha önce de vurgulandığı üzere, kusur prensibinin zorunlu kıldığı kusurla orantılı ceza verilebilmesi için, eylemin kusur içeriği hâkim tarafından ortaya çıkarılmalıdır. Failin kusurunun ortaya çıkarılmasında sadece hukukun tasvip etmediği, failin eyleminden anlaşılabilen irade kriter olabilecektir. Bunun dışında failin önceki hayatı, karakteri, cezanın kendisinde ne şekilde etki edeceği ve önleyici sebepler¹⁴²⁹ kusurun ortaya çıkartılmasında öneme sahip olgular değildir¹⁴³⁰. Ancak

¹⁴²⁷ Yenisey/ Plagemann, s. 36.

¹⁴²⁸ Bu düzenlemede yer alan güvenlik tedbirinin “fiilin tehlikeliliği” ile orantılı hükmedilmesi önerisi, 5237 sayılı TCK’ da müsadere gibi normalde mahkûmiyetin doğal sonucu olan kurumların güvenlik tedbiri olarak düzenlenmesi nedeni ile yapılmaktadır. Kanımızca normalde güvenlik tedbirine hükmedilirken dikkat edilecek ölçü sadece failin “tehlikeliliği” olmalıdır.

¹⁴²⁹ “*Kararın gerekçesinde ‘Sanığın savunması ikrar niteliğindedir. İkrar kesin delildir.’ ifadesinin kullanılması suretiyle; ceza muhakemesi hukukunda maksadın maddi gerçekliği bulmak olduğu, her türlü delilin takdiri delil kapsamında kabul edildiği, hukuk yargılamasının aksine olarak hakimi bağlayan bir kesin delil kategorisinin bulunmadığı, bu manada ikrarın da ceza muhakemesinde hakimi bağlamayacağı hususunun göz ardı edilmesi, keza 5237 Sayılı TCK’nın 61.*

Yargıtay Ceza Genel Kurulu vermiş olduğu kanımızca hatalı olan bir kararında tam aksi yönde karar vermiştir. Bu karara göre failin sabıka kaydındaki geçmiş hükümlülüklerin niteliği ve sayısı, olayda “failin kastının ağırlığı”nın belirlenmesinde göz önüne alınabilecektir¹⁴³¹. Söz konusu kararda failin sabıka kaydındaki geçmiş hükümlülüklerin niteliği ve sayısının fiilin kusur içeriğinin belirlenmesinde kullanılmasının mümkün olup olmadığı net olarak anlaşılamamaktadır. Ancak failin kastına dayalı kusurunun ağırlığı temel cezanın belirlenmesinde yer alan kriterlerden birisidir. Bu nedenle Yargıtay’ın bu kabulü ile, sanığın geçmişindeki işlemiş olduğu suçlar, her ne kadar gerçekleştirilen eylem ile ilgili olmasalar da, dolaylı olarak kusur içeriğine etki eden hal olarak görülmüştür. Kanımızca bu şekilde bir yaklaşım anayasal anlamda hukuk devletinin zorunlu kıldığı, kusur ilkesine aykırılık teşkil ettiğinden anayasaya ve dolayısıyla hukuka aykırıdır. Yargıtay’ın aksi yönde kararları da mevcuttur¹⁴³².

maddesi uyarınca cezanın bireyselleştirilmesi yapılırken ‘cezanın caydırıcılığı ilkesi’ nden söz edilmiş olduğu görülmekle, temel cezanın kanunun öngördüğü alt ve üst sınırlar arasında takdiri yapılırken hakimin TCK'nun 61/1 fıkrasında yazılı olan sebeplere dayanması gerektiği, ‘cezanın caydırıcılığı ilkesi’ ne istinaden gerçekleştirilen teşdit uygulamasının yasaya aykırı olması,... Bozmayı gerektirmiş...” Yargıtay, 23. CD., E. 2015/6874, K. 2015/1782, T. 21.05.2015 (Kazancı İçtihat Programı)

¹⁴³⁰ Roxin, AT I, § 20 A, s. 907; Streng, MK, § 21, kn. 21; Enz, s. 372; Kusurdan bağımsız değerlendirmeler ile yani özel ya da genel önleme sebepleri nedeniyle ceza indirimine gidilmemesi mümkün değildir. Bkz. BGHSt 20, 264; OLG Karlsruhe, GA 1973, 91 (Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, s. 499). Centel’ e göre, cezanın önleme amacı ancak, kusurla ceza arasında adil bir denge oluşturulmasıyla sağlanabilir. Bkz. Centel, “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, s. 359.

¹⁴³¹ “...sanığın sabıka kaydında geçmiş hükümlülüklerinin bulunması, şartlarının varlığı halinde tekerrür uygulamasında dikkate alınabilecek bir husus olup, TCK'nun 61. maddesinde sayılan temel cezanın belirlenmesi ölçütleri arasında bulunmadığından alt sınırdan uzaklaşma gerekçesi olarak kullanılamayacaktır. Bununla birlikte sabıka kaydındaki geçmiş hükümlülükler ile bu hükümlülüklerin niteliği ve sayısının, aynı kanunun 61/1-f maddesinde yer alan ‘failin kastının ağırlığı’nın belirlenmesi sırasında hakim tarafından gözönüne alınabilmesinde de kanuni bir engel bulunmamaktadır.” YCGK., E. 2013/105, K. 2014/55, T. 11.02.2014.

¹⁴³² “Sanığın daha önce de suç işlemesi ve duruşmalara katılmaması şeklindeki TCK'nun 61. maddesinde yazılı olmayan gerekçeyle cezanın tayininde alt sınırdan uzaklaşarak yazılı şekilde hüküm kurulması” hatalı bulunmuştur. Yargıtay, 4. CD., E. 2015/11546, K. 2017/21268, T. 03.10.2017 (Kazancı İçtihat Programı); “Sanığın polis memurunu ittirmekten ibaret olan eyleminde TCK'nun 61. maddesindeki ölçütler ve aynı Kanunun 3. maddesindeki ‘failin ağırlığı ile orantılı ceza verilmesi ilkesi’ çerçevesinde somut olay açıkça irdelenerek, temel cezanın saptanması gerektiği gözetilmeden, TCK'nun 61. maddesinde ölçü olarak kabul edilmeyen ‘sanığın geçmişi’ ve ‘diğer hususlar’ gerekçe gösterilmek suretiyle, temel cezanın alt sınırdan uzaklaşarak ve hakkaniyet ölçülerine uyulmayarak fazla ceza tayini hatalıdır.” Yargıtay, 18. CD., E. 2015/20670, K. 2017/157, T. 10.01.2017 (Kazancı İçtihat Programı)

(2) Ceza Türünün Belirlenmesi

Akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneği durumunda cezanın nasıl belirleneceğinin açıklanması açısından öncelikle genel olarak TCK m. 61 ve devamı düzenlemelerine dayanılarak cezanın nasıl ferdileştirileceği üzerinde durulmalıdır. Bu aşamalar daha önce de belirtildiği üzere;

- Ceza türünün belirlenmesi,
- Temel cezanın belirlenmesi,
- Nihâî cezanın belirlenmesi, aşamalarıdır.

İlk aşamada işlenen suç için kanunda seçimlik olarak gösterilen bir soyut ceza düzenlemesi söz konusu ise, hâkimin hangi cezayı seçtiğini gerekçeli bir şekilde belirtmesi gerekmektedir¹⁴³³. Hapis cezasının yanında seçimlik olarak gösterilen adli para cezaları bu duruma örnek olarak gösterilebilecektir. Kusur içeriğinin ortaya çıkarılmasında önleyici sebepler önem arz etmez iken, kanımızca cezanın türünün seçimi bakımından özel ve genel önleyici sebepler hâkimin takdiri bakımından gerekçe olabilecektir. Zira kanunda soyut ceza olarak hem hapis cezası hem de adli para cezası seçimlik olarak öngörülmüş ise, somut olay ile ilgili cezalandırmada bu cezalardan hangisinin seçilmesi ile cezanın önleme amacı daha etkin olacak ise, bu ceza türü gerekçeli bir şekilde seçilebilmelidir. Burada kusurun ortaya çıkarılmasından çok, ortaya çıkartılmış olan kusur ile orantılı cezaya cezanın amaçları çerçevesinde nasıl ulaşılabileceği sorusu sorulmaktadır.

¹⁴³³ Yargıtay' a göre, hakim özgürlüğü bağlayıcı ceza ile adli para cezası şeklindeki iki ayrı tür cezadan birisini seçtiğinde bunun gerekçesini göstermelidir. "TCK.nun 456/4 maddesinde yer alan hapis ve para cezasından birisinin takdir ve tayini mahkemeye aittir. Hapsin paraya tercih edilmesinin sebebi hüküm yerinde ayrıca belirtilmemiş ise de, gerekçe bölümünde olayın izahı yapılmış ve sanığın dayanaksız bir kuruntuya kapılarak babasının dövüleceği zannıyla hemen harekete geçip mağduru haksız yere dövdüğü açıklanmıştır. Bu izahtan, hapsin tercihinin dayanak olan kanuni gerekçeyi çıkarmak mümkündür. Şu hale göre, takdirin izahsız bırakıldığı söylenemez." YCGK., 2.4.1973-2/52. Karar için bkz. Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s. 552; Centel, "Cezanın Amacı ve Belirlenmesi", s. 357, dp. 69.

(3) Temel Cezanın Belirlenmesi

İkinci aşamada türü tespit edilmiş olan cezanın, TCK m. 61/1' de yer verilen kriterler kullanılarak temel ceza şekline dönüştürülmesi işlemine geçilmektedir. Belirli ceza türleri kanun tarafından kendi başlarına temel ceza olarak öngörülmüştür. Ağırlaştırılmış müebbet ve müebbet hapis cezasında cezanın aşağı ve yukarı sınırı olmadığından, belirlenecek bir temel ceza yoktur. Bu ceza türleri kendileri temel cezadır¹⁴³⁴. Diğer ceza türleri bakımından TCK m. 61/1' de yer alan kriterler aracılığıyla temel ceza belirlenecektir. Bu belirlemede söz konusu ölçütlerin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁴³⁵. Ancak bu, belirtilen tüm ölçütlerin genel değerlendirmede kullanılacağı anlamına gelmemektedir¹⁴³⁶. 5237 sayılı TCK ile önceden yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK arasındaki en önemli fark, cezanın belirlenmesi açısından kullanılan ölçütlerin kıyas yoluyla genişletilememesidir¹⁴³⁷. Bu kriterler,

¹⁴³⁴ Zeki Hafizoğulları, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’ nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri”, **Ankara Barosu Dergisi (ABD)**, Y. 65, S. 1, Kış 2007, s. 106.

¹⁴³⁵ “5237 Sayılı TCK'nun 3. maddesindeki ‘Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur’ şeklindeki düzenleme ile 61/1-a maddesinde yedi bent halinde sayılmış cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine yönelik ölçütler birlikte değerlendirilmek suretiyle temel cezaların saptanması gerekirken dosya içeriğiyle bağdaşmayacak ve eylemler ile orantılı olmayacak şekilde alt sınırdan fazla uzaklaşımak suretiyle ceza tayini,... bozmayı gerektirmiş...” **Yargıtay, 5. CD., E. 2016/6702, K. 2017/3179, T. 18.07.2017** (Kazancı İçtihat Programı)

¹⁴³⁶ “TCK'nun 61/1. maddesindeki bu ölçütler genel nitelikli olup her suça uymayabileceğinden, her suç için tüm ölçütlerin değil sadece ilgili suça uyan kısımların nazara alınması gerekir. Bu açıdan taksirli suçlarda ancak kasıtlı suçlarda uygulanması mümkün olan 61/1. maddenin (b) bendinde yer alan ‘suçun işlenmesinde kullanılan araçlar’, (f) bendinde yer alan ‘failin kasta dayalı kusurunun ağırlığı’ ve (g) bendinde yer alan ‘failin güttüğü amaç ve saik’ ölçütleri uygulanamayacaktır.

Tüm bu kanuni düzenlemeler karşısında taksirli suçlarda temel cezanın belirlenmesinde öncelikle failin kusurunun değerlendirilmesinin zorunlu olduğu, ancak kusurluluğun yanında ‘suçun işleniş biçimi’, ‘suçun işlendiği zaman ve yer’, ‘suç konusunun önem ve değeri’ ile ‘meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı’ ölçütlerinin de dikkate alınacağı sonucuna varılmaktadır.” **YCGK., E. 2016/12-933, K. 2017/217, T. 04.04.2017** (Kazancı İçtihat Programı)

¹⁴³⁷ Gökçen/ Yenidünya, s. 345; Yargıtay da kararlarında bu ölçütler arasında yer almayan hususların cezanın belirlenmesinde dikkate alınamayacağına vurgu yapmaktadır: “5237 Sayılı TCK'nun 61. maddesi uyarınca alt ve üst sınırlar arasında temel ceza belirlenirken suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araçlar, suçun işlendiği zaman ve yer, suçun konusunun önem ve değeri, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı ve failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı unsurlarının dikkate alınması gerekmekte olup, mahkemenin hüküm kurarken TCK'nın cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi başlıklı 61. maddesinin 1. fıkrasında sayılan gerekçelerden

- Suçun işleniş biçimi¹⁴³⁸,
- Suçun işlenmesinde kullanılan araçlar,
- Suçun işlendiği zaman ve yer,
- Suçun konusunun önem ve değeri¹⁴³⁹,
- Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı¹⁴⁴⁰,
- Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı,
- Failin güttüğü amaç ve saiki,

şeklinde sayılmıştır. Bu ölçütlerin detaylı açıklanması esasen bu çalışmanın kapsamını oluşturmaması nedeniyle sadece belirtilmiştir¹⁴⁴¹.

olmayan 'sosyal ve ekonomik durum' gerekçesiyle sanık hakkında gün adli para cezası miktarının asgari haddin uzaklaşarak tayin olunması,...yasaya aykırı..." Yargıtay, 7. CD., E. 2014/30510, K. 2016/9862, T. 12.10.2016 (Kazancı İçtihat Programı)

¹⁴³⁸ "Suça sürüklenen çocuğun, katılan ve ailesine yönelik olarak gerçekleştirdiği ısrarlı tehdit eylemleri sebebiyle arz ettiği tehlikelilik haline göre, 5237 sayılı TCK'nun 3 ve 61. maddeleri gereğince hükmolunan cezalarda alt sınırdan uzaklaşılması gerektiğinin düşünülmemesi,... Kanuna aykırı..." Yargıtay, 4. CD., E. 2015/27187, K. 2016/15, T. 11.01.2016 (Kazancı İçtihat Programı)

¹⁴³⁹ "Eyli olan ve bir başka erkekle ilişkisinden hamile kalan sanığın, bu durumunu çevresinden gizlediği, olay günü akşam saatlerinde banyoda kendi başına doğum yaptığı, bebeğin kordonunu bıçakla kesip göbek kordonunu bağlamadan çamaşır sepetinin içerisine bıraktığı, eşinin aniden eve gelmesi nedeni ile bebeğin üzerini çamaşırarla kapattığı, kanamasının devam etmesi üzerine eşi tarafından götürüldüğü hastanede yeni doğum yaptığının tespit edildiği, durumun polise bildirildiği, daha sonra bebeğin çamaşır sepeti içerisinde üzeri çamaşırarla örtülü şekilde bulunduğu, Adli Tıp Kurumu Morg İhtisas Dairesi raporuna göre miadından önce, 36-37 haftalık, yaşama kabiliyeti bulunan ve canlı olarak doğan bebeğin ölümünün, göbek kordonunun bağlanmaması nedeni ile hipovolemik şoka bağlı gelişen solunum ve dolaşım yetmezliği sonucu meydana geldiğinin bildirildiği anlaşılan olayda; yeni doğan, göbek kordonu bağlanmayan bebeğin, ölebileceğini öngörebilecek konumda bulunan sanığın, sonucu kabullenerek eylemini gerçekleştirdiğinin anlaşılması karşısında, olası kasıtlı nitelikli öldürme suçundan, TCK'nun 82/1-d-e, 21/2. maddeleri uyarınca cezalandırılması gerekir. Suçun işleniş biçimi, meydana gelen zararın ağırlığı, suçun konusunun yeni doğan bebeğin hayatına yönelik fazla önem ve değeri, nazara alınmadan alt sınırdan ceza tayini suretiyle TCK'nun 3 ve 61. maddelerine aykırı davranılması bozma nedenidir." Yargıtay, 1. CD., E. 2016/836, K. 2016/1801, T. 06.04.2016 (Kazancı İçtihat Programı)

¹⁴⁴⁰ "Taksirli suçlar açısından temel cezanın belirlenmesinde TCK'nun 61/1 ve 22/4. maddelerinde yer alan ölçütlerden olan sanıkların kusuru, meydana gelen zararın ağırlığı, suçun işleniş biçimi ile suçun işlendiği yer ve zaman nazara alınmak suretiyle TCK'nun 3/1. maddesi uyarınca işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı olacak şekilde maddede öngörülen alt ve üst sınırlar arasında hakkaniyete uygun bir cezaya hükmolunması gerekirken; beş kişinin ölümü ile sonuçlanan olayda, meydana gelen zararın ağırlığı gözetilerek, adalet ve hakkaniyet kuralları uyarınca alt sınırdan daha fazla uzaklaşılacak suretiyle ceza tayini gerekirken, teşdidin derecesinde yamılgıya düşülerek sanıklar hakkında, alt sınırdan yeterince uzaklaşmadan eksik ceza tayini isabetsizdir." Yargıtay, 12. CD., E. 2015/15915, K. 2017/6715, T. 26.09.2017 (Kazancı İçtihat Programı)

Yargıtay bizce hatalı olarak taksirli suçlarda, TCK m. 22/4’de yer alan “*Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir.*” düzenlemesinin de ayrı bir ölçüt olduğu tespitini yapmaktadır¹⁴⁴². Nitekim bu düzenlemede yer alan kural esasen salt taksirli suçlar için söz konusu olan bir durum değildir. Kasten işlenen suçlarda da ceza failin kusuruna göre belirlenecektir. Ayrıca kusurun ceza miktarına ölçü olması prensibi, sadece temel cezanın belirlenmesi açısından geçerli olan bir prensip değildir. Sonuç cezanın verilmesi aşaması da dahil olmak üzere, cezanın bireyselleştirilmesi işleminin her aşamasında geçerlidir. Bu nedenle sonuç cezanın verilebilmesi için, öncelikle somut eylemdeki kusur içeriğinin ortaya çıkarılması gerekmektedir.

(4) Nihâî Cezanın Belirlenmesi

Hâkim TCK m. 61/1’ de yer alan kriterlere göre, temel cezayı belirledikten sonra, TCK m. 61/2’ ye göre varsa suçun olası kast ya da bilinçli taksirle işlenmesi nedeniyle indirim veya artırım uygulayacak, şayet varsa suçun nitelikli hallerini de uyguladıktan sonra TCK m. 61/5’ te belirtilen cezaya etki eden halleri sırasıyla uygulayacaktır¹⁴⁴³. TCK m. 61/5’ te belirtilen kriterlerden bir tanesi de çalışmanın

¹⁴⁴¹ Bu ölçütlerin detaylı şekilde açıklanması için bkz. Gökçen/ Yenidünya, s. 346 vd.; Centel, “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, s. 360 vd.; Yerdelen, Cezanın Belirlenmesi, s. 166 vd.; İlhan Üzülmöz, “Yeni Ceza Kanunu’ nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EÜHFD)**, C. X, S. 3-4, 2006, s. 207 vd.

¹⁴⁴² “01.06.2005 tarihinden sonra işlenmiş olan herhangi bir suç nedeniyle alt ve üst sınırlar arasında bir ceza belirlenmesi gerektiğinde, kural olarak göz önünde bulundurulması gereken ölçüt, 5237 sayılı TCK’nun 61. maddenin 1. fıkrasındaki düzenlemedir. Ancak taksirle işlenen suçlar açısından kanun koyucu, aynı kanunun 22. maddenin 4. fıkrası ile bir ölçüt daha eklemiştir. Bu durumda, taksirle işlenen suçlarda alt ve üst sınır arasında ceza belirlenirken, TCK’nun 61/1 ile 22/4. madde ve fıkralarında yer alan ölçütlerin birlikte göz önüne alınması gerekmektedir.” **YCGK., E. 2013/12-720, K. 2015/193, T. 09.06.2015** (Kazancı İçtihat Programı)

¹⁴⁴³ Bu sıraya uyulmaması Yargıtay tarafından bozma sebebi olarak görülmektedir: “TCK’nun 125/3-a maddesi uyarınca tayin edilen temel cezada, TCK’nun 61. maddesinin 4 ve 5. fıkralarına aykırı olacak şekilde TCK’nun 43. maddesinin, anılan Kanunun 125/4. maddesinden önce uygulanması bozmayı gerektirmiştir.” **Yargıtay, 18. CD., E. 2015/37455, K. 2017/8804, T. 13.09.2017** (Kazancı İçtihat Programı); “Suça sürüklenen çocuk hakkında atılı suçtan Bakırköy 2. Çocuk Ağır Ceza Mahkemesi’nin 25.08.2016 gün ve 2016/188 Esas, 2016/263 Sayılı Kararıyla hüküm kurulurken 5237 Sayılı TCK’nun 61/5. maddesine aykırı olarak aynı Kanunun 32/2. maddesinin 31/3. maddesinden önce uygulanması suretiyle suça sürüklenen çocuk hakkında fazla hapis cezasına hükmedilmesi karşısında, suça sürüklenen çocuk müdafinin istinaf başvurusu üzerine, 5271 Sayılı CMK’nun 280/1-a. maddesi gereğince hukuka aykırılığın düzeltilerek istinaf

konusunu oluşturan psikişik bozukluk nedeniyle failin azalmış kusur yeteneğidir. Söz konusu hal açısından hem kanunen kesin olarak belirlenmiş ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ve müebbet hapis cezası durumunda, hem de süreli hapis cezasının olduğu durumlarda, kusur ilkesinin zorunlu kıldığı kusurla orantılı cezanın verilebilmesinin nasıl gerçekleştirileceği önem arz etmektedir. Esasen azalmış kusur yeteneği halinde cezada indirim zorunlu ya da takdiri olması, indirim ölçüsünün ne olacağı gibi tartışmalara yol açan hususlar hukuk devletinin zorunlu kıldığı “kusur ile orantılı ceza verme” ödevine ilişkindir.

b. Azalmış Kusur Yeteneği Halinde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi

(1) Genel Olarak

TCK m. 32/2 çerçevesinde akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneğinin kapsamının belirlenebilmesi için öncelikle, kusur yeteneğinin yok sayıldığı hallerin belirlenmesi zaruridir. Nitekim TCK m. 32/2, esasen TCK m. 32/1’ deki unsurları kullanarak bir derecelendirme sistemine gitmektedir¹⁴⁴⁴. Sadece akıl hastalığı nedeniyle failin kusur yeteneğinin yok sayıldığı durumlar haricindeki etkilenmeler azalmış kusur yeteneği olarak sayılabilecektir. TCK m. 32/1’ e bakıldığında, akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneğinin yokluğuna karar verilebilmesi için koşullar belirtilmiştir. Bunlar; 1. Failin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması, 2. Failin işlediği fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunmaması, ve nihayet 3. Failin işlediği fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneği bulursa bile bu yeteneğin önemli derecede azalmış olması durumudur. Bu tespitten sonra yasa koyucu akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneğini

başvurusunun esastan reddi yerine, yazılı şekilde doğrudan istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmesi,...kanuna aykırı...” Yargıtay, 14. CD., E. 2017/319, K. 2017/3059, T. 01.06.2017 (Kazancı İçtihat Programı)

¹⁴⁴⁴ Daha önce de belirtildiği üzere akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneği düzenlemelerinde TCK’ da olduğu kusur yeteneği yokluğu ve kusur yeteneğinin azalması için aynı unsur (akıl hastalığı) kullanılabilmesi gibi, yasa da azalmış kusur yeteneği durumları sadece belli başlı zihinsel bozukluklar ile de sınırlı tutulabilir. Bu yöntemlere öğretide “tekdüze çözüm (*Einheitslösung*)” ve “farklılaştırıcı çözüm (*differenzierende Lösung*)” adı verilmektedir. Bkz. Gropp, AT, kn. 92, s. 287; Haffke, “Zur Ambivalenz des § 21 StGB”, s. 18.

belirlemektedir. Buna göre, akıl hastalığı nedeniyle “*Birinci fıkrada yazılı derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişi...*” azalmış kusur yeteneğine sahip kişidir. Bir başka anlatımla fiili işlerken sahip olduğu akıl hastalığı nedeniyle davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli dereceye varmayan şekilde etkilenmiş kişi, azalmış kusur yeteneğine sahip olan kişidir. Daha önce de belirtildiği üzere TCK açısından, failin eylemini gerçekleştirirken sahip olması gereken haksızlık bilinci, yani TCK m. 32’ deki ifade biçimiyle “...işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama...” yeteneği, azalıp çoğalabilen nitelikte yani “nicel (kantitatif)” bir yapıda kabul edilmemiştir. Bu nedenle TCK m. 32/2’ de failin algılama yeteneğinin azalmasından bahsedilmemiş, sadece fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneğinin azalmasından bahsedilmiştir.

TCK m. 32’ de akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneği durumunda cezanın nasıl belirleneceğine ilişkin özel bir ceza belirlemesi kuralına yer verilmiştir¹⁴⁴⁵. Buna göre, akıl hastalığı nedeniyle failin kusur yeteneği azalmış ise, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi beş yıl hapis cezası, müebbet hapis cezası yerine yirmi yıl hapis cezası verilecektir. Kanun metninde “*verilir*” ifadesi nedeniyle hâkime bu ceza türleri için ceza indirim bakımından bir takdir hakkı tanınmamıştır. Bu şekilde zorunlu ceza indirim düzenlemişken, diğer hallerde altıda birden fazla olmamak üzere ceza indirim konusunda hâkime takdir hakkı bırakılmıştır. “Diğer haller” şeklinde belirtilen ceza türleri, ağırlaştırılmış müebbet ve müebbet hapis cezası dışında kalan, süreli hapis ve adli para cezaları olarak belirtilebilecektir¹⁴⁴⁶.

TCK m. 32/2’ de yer alan düzenlemede akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneğinin azalmış olduğuna kanaat getirilen fail hakkında, bazı suçlar bakımından zorunlu ceza indirim, bazı suçlar bakımından takdiri ceza indirim tanınması kusur

¹⁴⁴⁵ “*Birinci fıkrada yazılı derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi beş yıl, müebbet hapis cezası yerine yirmi yıl hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek ceza, altıda birden fazla olmamak üzere indirilebilir. Mahkûm olunan ceza, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir.*”

¹⁴⁴⁶ Bu düzenlemede kanunkoyucunun aynı neden ve gerekçeler olduğu halde, neden bazı cezalar açısından zorunlu indirim öngördüğü, diğerleri açısından keyfi bir takdir yetkisiyle indirim hâkimin takdirine bıraktığı anlaşılmalıdır. Bu farklılık bu nedenle yerinde olmadığı gerekçesi ile eleştirilmektedir. Bkz. Ünver, “Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri”, s. 137.

ilkesi çerçevesinde tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Zira kusur prensibinin bir gereği olarak cezanın kusur ölçüsünü aşmaması, yani kusur ile orantılı olması gerekliliği, anayasal düzeydeki hukuk devleti ve ölçülülük ilkelerinin zorunlu bir sonucudur. Kusur yeteneği azalmış olduğuna karar verilen failin, toplumsal olarak kusur yeteneği tam olan fail gibi kınanmaması gerektiği ve bu nedenle cezadan indirim konusunda takdiri bir düzenlemenin olmaması gerektiği savunulabilir. Hatta takdiri ceza indirim uygulamasının anayasaya aykırılık teşkil edeceği şeklindeki görüş de azımsanmayacak öneme sahiptir.

Akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneği durumunda takdiri ceza indirimi olmasını savunan yazarlar, hâkimin somut olayda kusur içeriğini ortaya çıkarması gerektiğini, kusur içeriğinin ise sadece kusur yeteneğinden ibaret olmadığını ve kusuru ağırlaştırıcı diğer faktörlerin kusur yeteneğinin azalması durumunu dengeleyebileceğini savunmaktadır. Bu yazarlar tarafından kusur dengelemesi faaliyetinin bir gereği olarak takdiri ceza indirimi düzenlemesi olması gerektiği görüşü, kusur ilkesi ile bağdaşır şekilde ele alınmaktadır.

Kanımızca akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneği durumunda fail hakkında hükmedilecek cezanın haklı, adil ve dolayısıyla meşru sayılabilmesi birtakım ilkelerin oluşturulmasını zorunlu kılmaktadır. Bu ilkeler kanımızca normatif değerlendirmede esas alınmasına göre sırasıyla şu şekilde belirtilebilir;

1. Somut Olayda Kusur İçeriğinin Ortaya Çıkarılması İlkesi (Kusur Dengelemesi İlkesi)

- Somut olayda kusur içeriğini azaltan veya arttıran durumların belirlenmesi¹⁴⁴⁷,

- Akıl hastalığı teşhisine dayanak teşkil eden semptomların aleyhe kusur dengelemesi sürecine katılmaması¹⁴⁴⁸,

¹⁴⁴⁷ Hakim somut olayda ilk olarak failin eylemdeki kusurluluğunu ortaya çıkarabilmek için, olayın oluş biçimini, olayın özelliklerini, failin suçla korunan hukuki değer ile olan ilişkisini araştırmak zorundadır. Bu hususlar ceza miktarının belirlenmesinde esas teşkil edecek olan kusurun belirlenmesinde önem arz etmektedir. Kuşkusuz somut olayda failin lehine ya da aleyhine olabilecek tüm hususlar dikkate alınmak zorundadır. Bir bütün olarak tüm kusuru azaltan ya da arttıran hususlar dengeleme işlemine tabi tutulacak ve nihayetinde somut olaydaki kusur içeriği belirlenecektir.

¹⁴⁴⁸ Kusur dengeleme işlemi esnasında failin akıl hastalığı nedeniyle gerçekleştirmiş olduğu, esasında “ruhsal anlamda sağlıklı” failer için kusurun ağırlaştırılmasına sebep olan eylem biçimleri hesaba

2. Ceza Ölçüsünün Kusur Ölçüsünü Aşamaması İlkesi

-Ceza miktarının belirlenmesinde sadece kusurun dikkate alınması (Failin cezaya duyarlılığı, önleyici sebepler, failin önceki yaşamı gibi hususların etkili olmaması¹⁴⁴⁹),

- Uygulanacak olası güvenlik tedbirlerinin süresinin, cezanın belirlenmesinde esas alınmaması¹⁴⁵⁰,

3. Nihai Cezanın Tam Kusur Yeteneğine Sahip Olan Fail Hakkında Verilecek Olan Ceza ile Eşdeğer Olamaması İlkesi (Her Durumda Nihai Cezanın, Suçun Diğer Değişken Şartları Sabitken Tam Kusur Yeteneğine Sahip Faile Göre Daha Düşük Olması Gerektiği İlkesi)

Belirtmiş olduğumuz bu ilkelerin değişik ceza türleri bakımından cezanın belirlenmesi ve ferdileştirilmesinde nasıl etkili olacağı, aşağıda açıklanmaya çalışılmıştır.

(2) Ceza Türleri Bakımından Ceza İndiriminin Gerçekleştirilme Şekli ve Görüşümüz

(i) Ağırlaştırılmış Müebbet ve Müebbet Hapis Cezalarında Ceza İndirimi

TCK m. 32/2' ye bakıldığında azalmış kusur yeteneği durumunda ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ve müebbet hapis cezası yerine, yirmi beş yıl ve yirmi yıl hapis cezası şeklinde zorunlu ceza indirimini öngörülmüştür. Burada hâkimin ceza indirimini yapıp yapmamak konusunda ya da indirimin miktarı konusunda takdir

katılmamalıdır. Zira bu eylem biçimlerinde failin kınanabileceği hukuka aykırı mentalitesi, bir başka deyişle hukuka sadakat eksikliği içeren iradesi bulunmamaktadır.

¹⁴⁴⁹ Nitekim 765 sayılı TCK döneminde Yargıtay bir kararında bu hususa işaret etmiştir: “TCY.nın 47. maddesi uyarınca yapılması gereken ceza indirimini saptanırken akıl zayıflığının düzeyi ve olaydaki etkinlik seviyesi ölçü alınmak gerekirken, sanığın kişiliği, şahsi ve sosyal durumu, suçun işleniş biçimi, yer ve zamanı, kullanılan araç ve sonucu gibi bu fasılda değerlendirilmesi olanaksız veriler gösterilerek yarı indirimle yetinilmesi,...yasaya aykırı...” Yargıtay, 1. CD., E. 1995/4047, K. 1996/371, T. 13.02.1996 (Kazancı İçtihat Programı)

¹⁴⁵⁰ Bu esas TCK m. 32/2' de yer alan “Mahkûm olunan ceza, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir.” düzenlemesinin açıklanacağı başlıkta kapsamlı olarak ele alınacaktır.

hakkı bulunmamaktadır¹⁴⁵¹. TCK m. 61/1' de temel cezanın belirlenmesinde kullanılan ölçütler söz konusu ceza türleri açısından cezanın ferdileştirilmesinde kullanılamamaktadır. Zira bu ceza türleri başlı başına temel cezadır. Akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneği için daha sonra ki yapılacak indirimde de kanunkoyucu kesin olarak belirli cezalar (25 yıl ve 20 yıl hapis cezası) öngörmüştür. Bu uygulama ise akıl hastalığının failin davranışlarını yönlendirme yeteneğini değişik oranlarda etkilediği haller bakımından, ceza miktarının sübjektifleştirilmesine engel olmaktadır. Bir başka deyişle akıl hastalığı nedeniyle davranışlarını yönlendirme yeteneği az etkilenmiş olan fail ile bu yeteneği daha fazla etkilenen fail arasında bir farklılaşma yapılamamaktadır. Akıl hastalığı durumu, failin davranışlarını yönlendirme yeteneğini az da etkilese çok da etkilese, şayet bu etkilenme kusur yeteneğinin kalktığı aşamaya gelmemiş ise, ceza ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası için yirmi beş yıl, müebbet hapis cezası için yirmi yıl hapis cezası olacaktır.

Kanımızca söz konusu düzenleme cezanın belirlenmesinde esas alınacak olan kusur dengelemesi ilkesinin uygulanmasına engel olmaktadır. Nitekim her olayda failin davranışlarını yönlendirme yeteneği farklı düzeyde etkilenebileceği gibi, olayda failin akıl hastalığına dayanmayan başkaca kusuru ağırlaştırıcı sebeplerin bulunması da muhtemeldir. Bu durumda bu ağırlatıcı sebeplerin ceza miktarına

¹⁴⁵¹ “5237 sayılı TCK.'nun 32 /son maddesinin ‘...işlediği fülle ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi beş yıl, müebbet hapis cezası yerine yirmi yıl hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek ceza, altıda birden fazla olmamak üzere indirilebilir. Mahkum olunan ceza, süresi aynı kalmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir.’ hükmünü amir olduğu; kanun metni irdelendiğinde ağırlaştırılmış müebbet hapis ve müebbet hapis cezası ile ilgili yapılacak indirimlerde ‘...verilir...’ ibaresinin kullanıldığı, buna göre ağırlaştırılmış müebbet ve müebbet hapiste indirimin yapılması noktasında uygulayıcıya takdir hakkı vermeyen kanunun sistematigi ve maddenin bütünü itibariyle düzenleniş şekli nazara alındığında süreli hapis cezasında uygulanacak indirim oranında ‘...indirilebilir...’ ibaresinin kullanılmasının hakime indirimin uygulanıp uygulanmaması konusunda bir takdir yetkisi bahşetmediği gibi anılan indirimin aynı maddenin son cümlesindeki TCK.'nun 57. maddesine atf yapan güvenlik tedbirine de seçenek olarak düzenlenmediği, buna mukabil yapılacak indirimde 1/6 oranı üst sınır olarak gözetilmek koşuluyla oranın belirlenmesinde hakime bir takdir yetkisi tanıdığı, açıklanan bu nedenlerle kendisinde akıl zayıflığı saptanan sanığa hükmedilen süreli hapis cezasından madde metninde izin verilen oranlarda indirim yapılmasının kanuni bir zorunluluk olduğu gözetilmeden, sanık hakkında TCK.'nun 32 /son maddesi uyarınca indirim yapılmayarak fazla ceza tayini,...Kanuna aykırı,...” **Yargıtay, 5. CD., E. 2011/2919, K. 2011/4240, T. 24.05.2011** (Kazancı İçtihat Programı)

yansıtılması gerekmektedir. Akıl hastalığı nedeniyle davranışlarını yönlendirme yeteneği azalan fail, gerçekleştirmiş olduğu haksız eylem nedeniyle kınanmaktadır, dolayısıyla ceza sorumluluğuna sahiptir. Gerçekleştirilecek olan ceza belirlemesi işleminde, her somut olaya göre söz konusu kusur içeriği farkına dayanan kınama şiddetinin cezaya yansıtılması gerekmektedir. Bu kınama şiddeti her olay bakımından farklı olabilecek iken, olaydaki spesifik kusuru ağırlaştırıcı sebeplerin ve failin davranışlarını yönlendirme yeteneğindeki azalma oranının¹⁴⁵² dikkate alınmaması, somut olaydaki ***kusur rölativitesinin*** göz ardı edilmesine yol açacaktır. Bu durum ise kusur ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Örneğin, seçimlik hareketli suçlarda tüketen-tüketilen norm ilişkisi gereği suç tipinde belirtilen seçimlik hareketlerden birden fazlasının gerçekleştirilmesi durumunda “cezalandırılmayan sonraki hareket” söz konusudur¹⁴⁵³. Faile bu durumda tek ceza verilecektir ancak gerçekleştirmiş olduğu birden fazla seçimlik hareket durumu temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır. İşte belirtilen şekilde suç işleyen fail hakkında da şayet akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneği azalması durumu varsa, kanunda belirli cezalara (25 yıl ve 20 yıl hapis cezası) hükmedilecektir. İlgili kusuru ağırlaştırıcı durumun dikkate alınmıyor olması, suçun daha ağır biçimde işlenmesi konusunda failin ödüllendirildiği anlamına gelmektedir ve bu nedenle kusur ilkesine aykırıdır.

Kusur ilkesi sadece fail açısından teminat teşkil eden bir ilke değil, aynı zamanda eylemin kınanma şiddetinin yani cezaya layık olma oranının nihai cezaya yansıtıldığı, adaletli ceza anlayışının mağdur tarafında da hissedilmesini sağlayan bir ilkedir. Bu nedenle kanımızca akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneğinin azalmış olduğu tespit edildikten sonra, failin hastalık nedeniyle normalden ne oranda saptığı

¹⁴⁵² Burada failin davranışlarını yönlendirme yeteneğinin olumsuz etkilenme derecesi kastedilmektedir.

¹⁴⁵³ Tüketen-tüketilen norm ilişkisi türlerinden olan “cezalandırılmayan sonraki eylemler” seçimlik hareketli suçlarda söz konusudur. Bu suçlarda kanunda belirli bir sonucu meydana getirebilecek birkaç hareket gösterilmiş ve bunlardan sadece birinin yapılması halinde suçun gerçekleşebileceği kabul edilmiştir. Fail bir hareketle yetinmemiş ve birden çok harekette bulunmuşsa, yine tek ceza verilir. Çünkü bu gibi durumlarda aynı normun birden çok ihlali ve bunun sonucu ihlal sayısınınca suçun bulunması görünüştedir. Gerçekte norm bir defa ihlal edilmiştir ve dolayısıyla ortada bir suç vardır. Bkz. Kayıhan İçel, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi (İTÜSBD)**, Y. 7, S. 14, Güz 2008, s. 44; Kayıhan İçel, **Suçların İçtimai**, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972, s. 174 vd., 179 vd.

(uzaklaştığı), hangi eylemlerinde bu sapmanın görüldüğü ortaya çıkarılarak hakkaniyete uygun bir ceza indirimi yapılması zorunludur. İndirim sonucu hükmedilecek cezanın kanun tarafından belirlenmesi yerinde değildir. Bu yöntem yerine kanımızca, kusur ilkesi gereği azalmış kusur yeteneği durumunda indirimin zorunlu olması, ancak hâkime zorunlu olarak yapılacak indirim oranı konusunda takdir hakkı tanınması gerekmektedir. Böylelikle somut olayın özellikleri dikkate alınarak her durum kendi içerisinde değerlendirilecek ve cezalarda kusur göreceliliğine dayanan farklılaşma yapılabilir.

Söz konusu gereklilik özellikle psikopati nedeniyle davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan failerde daha da önemli hale gelmektedir. Nitekim bu kişilerin her ne kadar psikopati zihinsel bozukluğu nedeniyle davranışlarını yönlendirme yetenekleri etkilenmiş kabul edilebilirse de, failerin hareketlerini değişik şekilde biçimlendirmesinden, kınanabilirlik şiddetinin boyutu konusunda farklılaşma yapılabilir. Yani bu durumlarda failin davranışlarına ve zihinsel bozukluğun etkisine bakılarak ceza miktarında farklılaştırma yaratılabilir. Bu farklılaştırma akıl zayıflığı durumunda tıbbi karara daha fazla dayanmak zorunda olabilecektir. Ancak psikopati durumunda normatif değerlendirme daha önemli bir role sahiptir.

Belirtilen nedenlerle, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ve müebbet hapis cezası gibi temel cezanın kanun tarafından kesin olarak belirlendiği suçlarda, şayet varsa kusur arttırıcı faktörlerin, azalan kusur yeteneğine dayalı bir kusur indirimini, temel cezada indirim mümkün olmayana kadar dengeleyebileceği görüşü¹⁴⁵⁴, kanımızca yerinde değildir. Zira ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ve müebbet cezasının soyut ceza olarak düzenlendiği suçlarda, eylemdeki kusurluluk içeriğinin en fazla olduğu durum için bu cezalar öngörülmüştür. Bu nedenle olayda failin akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneğine dayanan kusur içeriği azalmasının her durumda cezaya yansıtılması gerekmektedir. Bunun yapılabilmesi ise, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ve müebbet hapis cezasının öngörüldüğü suçlarda azalmış kusur yeteneği durumu varsa, zorunlu ceza indirimine gidilmesi, ancak bu indirim oranı konusunda somut olaydaki kusur arttırıcı hususların da hâkim tarafından dikkate alınabildiği bir takdir hakkı bırakılması gerekmektedir.

¹⁴⁵⁴ Enz, s. 369.

Esasen yukarıda anlatılmış olan azalmış kusur yeteneği durumunda zorunlu ceza indirimi yapılması ve indirim oranı konusunda hâkime takdir yetkisi tanınması yaklaşımı, 5237 sayılı TCK' da yer alan diğer kusur yeteneğini etkileyen haller bakımından yerinde olarak düzenlenmiştir. TCK m. 31/2' de fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olan ve işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği var olan çocuklarda, suç ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde, on iki yıldan on beş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan on bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunacaktır. Aynı yaklaşım TCK m. 31/3' de yer alan üçüncü dönem suça sürüklenen çocuklar için de geçerlidir. Burada da suç ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on sekiz yıldan yirmi dört yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on iki yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunacaktır. Dikkat edilecek olursa TCK m. 31/2 ve m. 31/3' te yer alan düzenlemelerde cezada indirim yapma konusunda hâkime takdir hakkı verilmemiştir. Takdir payı bırakılan husus, zorunlu olarak gerçekleştirilecek ceza indiriminin hangi ölçüde yapılacağı hususudur.

Ayrıca üst başlıkta kusurluluğu etkileyen hal olarak belirtilebilecek olsa da, içerik itibarıyla failin kusur yeteneğindeki azalmayı ifade eden haksız tahrik durumunda da benzer görüşler dile getirilebilecektir¹⁴⁵⁵. Nitekim haksız tahrik durumunda failin kusur yeteneği, haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi ile azalmaktadır¹⁴⁵⁶. Bir başka deyişle bu etki nedeniyle failin

¹⁴⁵⁵ Öğretide de haksız tahrik durumunun kusuru azaltan ve cezanın indirilmesinin gerektiren kişisel neden olduğu görüşü ağırlıklı görüştür. Haksız tahrik durumunda failin iradesinde bir zayıflama geldiği için failin kusur yeteneğinin azaldığı söylenebilecektir. Bkz. Özgenç, Genel Hükümler s. 422; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s. 346-347; Demirbaş, Türk Hukukunda Özel Haksız Tahrik Halleri, s. 35; İçel, s. 436; Kangal, s. 31; Demren Dönmez, "Haksız Tahrik", s. 271-272; Aydın, s. 226; Haksız tahrik durumunun hukuki esası hakkında detaylı bilgi için bkz. Bostancı Bozbayındır, s. 15 vd.

¹⁴⁵⁶ "Ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak düzenlenen haksız tahrik; kişinin haksız bir fiilin kendisinde meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlemesi durumunda kusur yeteneğindeki azalmayı ifade etmektedir. Bu halde fail suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin, dışarıdan gelen etkinin ruhsal yapısında meydana getirdiği karışıklığın bir sonucu olarak suç işlemeye yönelmektedir. Bu yönüyle haksız tahrik, kusurun irade unsuru üzerinde etkili olan bir nedendir. Başka bir anlatımla haksız tahrik halinde failin iradesi üzerinde bir zayıflama meydana gelmekte, böylece haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altındaki kişinin suç işlemekten kendisini alıkoyma yeteneği önemli ölçüde azalmış

davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmakta, hukuka uygun olan davranışı seçme kudreti, haksız bir fiile maruz kalmayan failer gibi olamamaktadır. Bu nedenle haksız bir fiile maruz kalan failde bulunan hukuka uygun davranışı seçmekteki zorlanma, fail hakkındaki kınanma şiddetini azaltmakta ve cezalandırmaya indirim şeklinde yansıtılmaktadır. TCK m. 29' a bakıldığında haksız tahrik etkisi altında işlenmiş suçlarda, faile ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on sekiz yıldan yirmi dört yıla ve müebbet hapis cezası yerine on iki yıldan on sekiz yıla kadar hapis cezası verilecektir. Bu düzenlemede de yerinde olarak bizim de savunduğumuz zorunlu indirim esası kabul edilmiş, ancak hâkime ceza indiriminin ölçüsü konusunda olayın spesifik kusur içeriğine göre belirleme takdir hakkı tanınmıştır.

Tüm benzer durumlarda hâkime zorunlu indirimin miktarı konusunda takdir hakkı tanınmışken, akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneğinin azalması durumunda bu takdir hakkının neden tanınmadığı anlaşılammamaktadır. Kanımızca genel olarak kabul edilmiş sistem doğrultusunda TCK m. 32/2' deki ceza indirim düzenlemesinin hâkime indirim miktarı konusunda takdir hakkı tanıyacak şekilde değiştirilmesi gerekmektedir.

(ii) Süreli Hapis ve Adli Para Cezalarında Ceza İndirimi

TCK m. 32/2' ye göre ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ve müebbet hapis cezası dışındaki hallerde akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneği durumunda verilecek ceza altıda birden fazla olmamak üzere indirilebilir. Kanunun işaret ettiği diğer haller, süreli hapis cezaları ve adli para cezası içeren suçları ifade etmektedir. Bilindiği üzere süreli hapis cezalarında kanunkoyucu, temel cezanın belirlenmesinde esas alınacak soyut cezayı, kanunda hapis cezası aralıklarını gösterecek şekilde düzenlemektedir. Örneğin, kasten yaralama suçunda bu aralıklar TCK m. 86/1' de bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası şeklinde düzenlenmiştir. Bu şekilde aralıklar gösterilerek düzenlenen soyut ceza, olayın spesifik özellikleri dikkate alınacak şekilde TCK m. 61/1' de gösterilen kriterler kullanılarak somut ceza haline dönüştürülecektir. Tespit edilen somut ceza ise, TCK m. 61/2, 3, 4 vd. fıkraları

bulunmaktadır.” YCGK., E. 2011/1-175, K. 2011/210, T. 11.10.2011; aynı yönde YCGK., E. 2013/791, K. 2016/435, T. 22.11.2016; YCGK., E. 2014/358, K. 2016/268, T. 24.05.2016.

uyarınca nihai cezaya dönüşecek, bu şekilde cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi işlemi son bulacaktır.

Sürelî hapis cezası içeren suçlar bakımından akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneği azalmış fail hakkında cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi işleminin ne şekilde yapılacağı hususu önem arz etmektedir. Çünkü bu suçlar bakımından ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ve müebbet hapis cezası gibi temel ceza, kanunda kesin belirli olmadığı gibi, akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneği durumunda indirimli ceza TCK m. 32/2' deki gibi kesin bir şekilde (25 yıl ve 20 yıl) düzenlenmemiştir. Bu konuda temel ceza belirlendikten sonra, bu cezadan altıda birden fazla olmamak üzere indirime gidilebileceği düzenlenmiştir. Bir başka deyişle hâkim, TCK m. 61/1' de yer alan kriterleri kullanarak temel cezayı belirledikten sonra, her ne kadar olayda failin akıl hastalığı sebebiyle azalmış kusur yeteneğini tespit etmiş olsa da, temel cezada indirime gitmek zorunda değildir. Burada sorulması gereken soru, hâkime bu konuda takdiri indirim olanağı bırakılmasının kusur ilkesi ile bağdaşabilir olup olmayacağıdır.

Sorunun çözümü açısından akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneği durumunda, söz konusu kusur içeriği azalmasının nihai cezaya nasıl yansıtılacağı önem arz etmektedir. Sürelî hapis cezalarında temel cezanın belirlenmesi esnasında kullanılan kriterlerden birisi de TCK m. 61/1-f' de yer alan failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığıdır. Öyle ki taksirli suçlar bakımından cezanın belirlenmesinde failin kusuruna TCK m. 22/4' de ayrıca vurgu yapılmaktadır: *“Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir.”* Akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneğinin azalması durumunda, söz konusu bu kusur içeriği azalması, TCK m. 61/1-f' de yer alan failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı kriteri kullanılarak mı, yoksa TCK m. 61/5' te yer alan sıralamada temel ceza belirlendikten sonra mı yansıtılacaktır?

Kanımızca bu sorunun cevabı çifte değerlendirme yasağı¹⁴⁵⁷ çerçevesinde ortaya çıkarılabilecektir. Nitekim TCK m. 61/1' de yer alan temel cezanın

¹⁴⁵⁷ *Çifte değerlendirme yasağı* suçun oluşabilmesi için varlığı aranan unsurlar veya yasal olarak uygulanması gerekli olan cezayı ağırlaştırıcı veya hafifletirici nedenlerin cezanın belirlenmesinde ikinci defa gerekçe olarak kullanılamamasını ifade etmektedir. Bkz. Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 557; Erdal Yerdelen, “Çifte Değerlendirme Yasağı”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SÜHFD)**, C. 20, S. 2, 2012, s. 106; Üzülmüş, s. 217.

belirlenmesinde kullanılacak kriterler, aynı zamanda temel ceza belirlendikten sonra cezanın bireyselleştirilmesinde kullanılacak olan TCK m. 61/2 ve 5' te yer alan kurumlarca tekrar değerlendirilebilecektir. Bu durumda gündeme çifte (mükerrer) değerlendirme yasağı gelecektir. Çifte (mükerrer) değerlendirme yasağı TCK m. 61/3' te, “*Birinci fıkrada belirtilen hususların suçun unsurunu oluşturduğu hallerde, bunlar temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmaz.*” şeklinde düzenlenmiştir. Ancak bu düzenleme kapsamının sadece suçun unsurları olarak değil, suçun nitelikli unsurları¹⁴⁵⁸ ve sonuç cezanın tayini bakımından değerlendirilmesi zorunlu tüm kriterler olarak anlaşılması gerekmektedir. Böylece TCK m. 61/3' teki düzenlemenin amaca uygun şekilde şu şekilde formüle edilmesi yerinde olacaktır: “*Birinci fıkrada belirtilen hususların suçun unsurunu, suçun nitelikli halini veya sonuç cezanın tayini bakımından değerlendirilmesi zorunlu bir kriteri oluşturduğu hallerde, bunlar temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmaz.*”¹⁴⁵⁹

Örneğin, olası kast ve bilinçli taksir cezanın belirlenmesinde ilk defa TCK m. 61/2 kapsamında dikkate alınacaktır. Bu nedenle çifte değerlendirme yasağı gereği, olası kast ve bilinçli taksirin, birinci fıkranın (f) bendindeki “*failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı*”¹⁴⁶⁰ bağlamında temel cezanın belirlenmesinde artık dikkate alınmasına imkân bulunmamaktadır¹⁴⁶¹. Aynı şekilde TCK m. 61/5' e göre, önceki fıkralara göre belirlenen ceza üzerinden sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenecektir. TCK m. 61/5' te yer alan kurumlarda da esasen TCK m. 61/1' de yer alan temel cezanın belirlenmesi için yer verilen kriterler yer alabilecektir. Örneğin, TCK m. 35 gereği suça teşebbüs halinde cezada indirim “*meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına*” göre yapılacaktır. “*Meydana gelen*

¹⁴⁵⁸ Öztürk/ Erdem, s. 416.

¹⁴⁵⁹ Mehmet Emre Yıldız, “Suça Teşebbüs Kavramı ve 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu' nun Getirdikleri”, **İzmir Barosu Dergisi**, Nisan 2009, s. 238.

¹⁴⁶⁰ Failin kasta dayalı kusurunun ağırlığından anlaşılması gereken, suç teşkil eden haksızlığı gerçekleştirmede gösterilen kararlılık, bu yöndeki ısrarlı istektir. Failin suçu işleme konusunda harcadığı çaba kasta dayalı kusurun ağırlığına delil teşkil eder. Bir suçun işlenmesinde failce aşılın zorlukların çokluğu, amaca ulaşmadaki inatçılık ne derece büyükse, failin kasta dayalı kusurundaki ağırlık o derecede fazladır. Bkz. Üzülmüş, s. 212.

¹⁴⁶¹ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 894.

zarar veya tehlikenin ağırlığı” aynı zamanda TCK m. 61/1-e’ de yer alan temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak kriterlerden birisi olarak düzenlenmiştir. Bu durumda olayda suça teşebbüs hali varsa, “*meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı*” kriteri çifte (mükerrer) değerlendirme yasağı gereği, temel cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınmayacak ve TCK m. 61/5 kapsamında cezanın belirlenmesinde yansıtılacaktır¹⁴⁶².

Kanımızca benzer kurumlarda söz konusu olan yaklaşımın azalmış kusur yeteneği durumunda da benimsenmesi hukukî istikrar ve öngörülebilirlik açısından yerinde olacaktır. TCK m. 32/2’ ye göre, akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneğinin azalması durumunda, olaydaki kusur içeriği azalmasının nihai cezaya yansıtılmasında iki yol bulunmaktadır. Bunlardan ilki, bu durumun ceza aralıkları belirlenmiş süreli hapis cezalarında, TCK m. 61/1-f’ de yer alan “*failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı*” kriteri dikkate alınarak temel cezanın belirlenmesi aşamasında değerlendirilmesidir. Bu yolda akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneği durumu, suç için öngörülmüş ceza aralıklarında üst sınırdan uzaklaşmayı sağlayan bir sebep olacaktır. Şayet bu yol tercih edilecek olursa TCK. m. 61/5’ teki sıralamada yer alan “akıl hastalığı” sebebi değerlendirme dışı bırakılmak zorundadır. Nitekim çifte değerlendirme yasağı kapsamında azalmış kusur yeteneği durumu hem temel cezanın belirlenmesinde hem de temel ceza belirlendikten sonra TCK m. 61/5 uyarınca cezada indirim sebebi olarak kullanılamaz. Kanımızca bu yol önceki paragraflarda bahsedilen çifte değerlendirme yasağının uygulanması yöntemleri ile çelişecektir. Nitekim diğer durumlarda, aynı kriter hem temel cezada hem de daha sonra değerlendirilmek zorunda ise, bu kriter temel cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınmayarak sorun çözülmekteydi. Ancak akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneği durumunda bu yöntemden farklı bir yol gündeme gelmesinin nedeni, kanımızca kanunkoyucunun TCK m. 32/2’ de süreli hapis cezaları ve adli para cezaları için hatalı olarak cezada takdirî indirim öngörmesidir. Azalmış kusur yeteneği tespit edilen olayda, söz konusu bu tespiti dayanan kusur içeriğinin azalması durumu, TCK m. 32/2 gereği hâkimin takdiri ile ceza indirimi olarak yansıtılmayacak ise, azalmış kusur yeteneğinin mutlaka temel cezanın belirlenmesi

¹⁴⁶² Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 500-501; Üzülmez, s. 222; M. E. Yıldız, “Teşebbüs”, s. 237-238.

aşamasında dikkate alınması gerekmektedir. Bir başka deyişle hâkim, olayda azalmış kusur yeteneğini tespit etmesine rağmen TCK m. 32/2’ de yer alan “*altuda birden fazla olmamak üzere indirebilir.*” düzenlemesi gereği, takdir hakkını indirim yapmamak yönünde kullandıysa, azalmış kusur yeteneği durumunun mutlaka temel cezanın belirlenmesinde, yani TCK m. 61/1-f’ de yer alan “*failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı*” kriteri kullanılarak nihai cezaya yansıtılması gerekmektedir.

İkinci yol ise, akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneğinin azalması durumunda, söz konusu davranışlarını yönlendirme yeteneğinin azalmasına neden olan sebepler temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaksızın temel cezanın belirlenmesi ve ardından TCK m. 61/5’ deki sıralama uyarınca indirimin bu ceza üzerinden yapılmasıdır. Kanımızca bu yol daha tutarlı bir yol olacaktır. Nihayetinde bu tartışmanın temelinde kanunkoyucunun TCK m. 32/2’ de, süreli hapis cezaları ve adli para cezaları içeren suçlar için takdirî ceza indirimi düzenlemesi yatmaktadır. Akıl hastalığına dayalı azalmış kusur yeteneği durumunda kanunda belirtilen aralıklarda zorunlu indirimin yapılması yönünde bir değişiklik ile belirtilen ikinci yol çifte değerlendirme yasağı nedeniyle uygulanması zorunlu tek yol olacaktır.

Kanunkoyucunun TCK m. 32/2’ de, azalmış kusur yeteneği durumunda hâkime cezada takdirî indirim imkânı tanınmasının nedeni, belki de hükmedilecek olan cezanın kısmen ya da tamamen güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilecek olmasıdır. Bu düşünceye göre, hâkim somut duruma göre, ceza miktarı ile güvenlik tedbirleri arasında bir değişiklik yapabileceğinden, ceza miktarındaki indirimi de, kendi takdirine göre fail hakkında uygulanmasına karar vereceği güvenlik tedbirinin süresi nedeniyle yapmayabilecektir. Ancak biz bu düşünceye katılmamaktayız. Zira çalışmanın son bölümünde detaylı şekilde yer verileceği üzere, ceza yaptırımları ile güvenlik tedbirlerine hükmedilme koşulları tamamen birbirinden farklıdır. Ceza miktarı fiilin kusur içeriğine göre belirlenirken, güvenlik tedbirinin süresi failin akıl hastalığı nedeniyle gelecekte arz ettiği “tehlikeliliği”ne göre belirlenmektedir. Cezaya layık olduğu değerlendirilmiş bir fiil ile ilgili olan cezanın belirlenmesi işlemi, ancak fiilin kusur içeriğine göre yapılabilir. Bu noktada kusur ilkesi gereği, kusura yabancı unsurlar dikkate alınmaz. Bu nedenle somut bir eylem için cezanın belirlenmesi işleminde, fail hakkında ileride “güvenlik tedbiri” uygulanacağından

bahisle, fiilin kusur içeriğinin azalmış olduğu tespiti yapılmasına rağmen, cezada indirim yapmaktan imtina edilemez.

D. Akıl Hastalığı Nedeniyle Azalmış Kusur Yeteneği Durumunda Güvenlik Tedbiri Uygulanması

Ceza hukuku kural olarak insanı, normlar aracılığıyla etki altında bırakılabilecek ve davranışlarını bu etki altında düzenleyebilecek zihinsel yapıdaki bir varlık olarak kabul etmiştir. Bu nedenle ceza normlarının ihlal edilmesi ancak davranışı gerçekleştiren kişinin kınanabilir olması durumunda cezalandırılmaktadır¹⁴⁶³. Ancak bireyin fiilini kusur olmaksızın işlemesi ve bu nedenle cezalandırılmaması, ve fakat ileride tekrardan suç işlemesi konusunda tehlikelilik arz etmesi durumunda herhangi bir yaptırıma maruz kalmaması, ceza hukukunun amaçlarını yerine getirmekte zafiyete neden olacaktır. Nitekim TCK m. 1' de, ceza kanununun amaçları arasında, kişi hak ve özgürlüklerini ve toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemek gibi hedefler yer almıştır. Bu amaçların gerçekleştirilmesi için kanunda suç teşkil eden fiillerin hukuki sonucu olarak cezaların yanında güvenlik tedbirlerine yer verilmiştir¹⁴⁶⁴. Bu nedenle cezalar söz konusu amacın yerine getirilebilmesi açısından güvenlik tedbirleri ile tamamlanmak zorundadır¹⁴⁶⁵.

Akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneği azalmış kişiler ise, aslında fiilleri nedeniyle kınanabilen, ceza sorumluluğuna sahip kişilerdir. Ancak bu kişilere ceza yaptırımının uygulanması bazı durumlarda, bu kişilerin toplum açısından tehlikeliliğinin önüne geçmesine yeterli olmamaktadır. Bu nedenle söz konusu kişiler için cezanın yerine ya da cezanın yanında akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri uygulanmak suretiyle, bu kişilerin toplum açısından tehlikeliliğinin önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Bu amaca ulaşmak için yer verilen düzenlemelerde yer alan ceza yaptırımı ile güvenlik yaptırımlarının birbiri ile nasıl ilişkilendirileceği, bunların

¹⁴⁶³ Gropp, AT, kn. 6, s. 638.

¹⁴⁶⁴ Lackner/ Kühl, § 61, kn. 2.

¹⁴⁶⁵ Jescheck/ Weigend, § 9, ss. 86-89.

infaz sırası ya da infaz edilen tedbir süresinin ceza miktarından mahsup edilip edilemeyeceği gibi konular tartışmaları da beraberinde getirmektedir.

TCK m. 32/2' de yer verilen “*Mahkûm olunan ceza, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir.*” düzenlemesi ve buna paralel olarak yer verilen TCK m. 57/6 hükmü, bu tartışmaların odağı haline gelmiştir. Bu düzenlemelerin gerektiği gibi anlaşılabilmesi için öncelikle yaptırım hukukunun iki izliliği sistemi, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin özellikleri, bu tedbirlerin yaptırım sistemi içindeki yeri, ve bu konuların dogmatik temellerinin detaylı olarak anlaşılması gerekmektedir. Bu nedenle bu derin tartışma, çalışmanın son bölümünde ayrıntılı olarak açıklanmaya çalışılacaktır.

IV. KUSUR YETENEĞİNİN ARANACAĞI ZAMAN

A. Genel Kuralın Belirlenmesi

Haksızlık teşkil eden bir fiili gerçekleştiren failin kusurlu sayılabilmesi için, kendisinde birtakım özelliklere sahip olması gerekmektedir. TCK m. 31-34' deki düzenlemelere bakıldığında bu özellikler, failin fiilinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılaması ve davranışlarını bu algı çerçevesinde yönlendirebilmesi olarak düzenlenmiştir. Tüm modern ceza hukuku sistemlerinde olduğu gibi, TCK' da da kusur yeteneğine işaret eden bu özelliklerin bulunmadığı istisnai fail grupları yaratılarak, bu kişilerin belirtilen özelliklerinin etkilenmesi durumunda kusursuz sayılacakları ya da kusurlu sayılmakla birlikte “kınanma” şiddetinin azalacağı düzenlenmiştir. Bu bakımdan gerçekleştirilen haksızlık nedeniyle kusurlu sayılabilme durumu, kusur yeteneği kavramından anlaşılması gereken şeye bağlı olmaktadır. Kusur ve kusur yeteneği, ayrılamaz biçimde birbirlerine bağlıdır¹⁴⁶⁶. Gerçekten de kusurun tanımlanması açısından kimlerin hangi özellikleri nedeniyle kusurlu sayılmadıkları hususu belirleyici rol oynamaktadır. Bu nedendir ki kusur yeteneğine sahip olmayan kişilerin davranışlarında hangi niteliklerin aranacağı,

¹⁴⁶⁶ Schreiber, “Schuld und Schuldfähigkeit im Strafrecht”, s. 82.

aranması ya da aranmaması gerektiği, kusur yargısı için bağlantı noktasını oluşturmaktadır.

Faillerde “*kusurlu olabilme*” yeteneğinin varlığına ya da yokluğuna neden olan özelliklerin, ne zaman bulunması gerektiği kişi hakkında yapılan kusur yargısını da belirlemektedir. Çünkü tam olarak *kusurun kendisinin bir anı* söz konusudur. Kusurun var olup olmadığı değerlendirilmesinin yapılması gerektiği an, aslında kusur yeteneğinin de aranacağı, yani failde kusurlu olabilmek için yer alması gereken özelliklerin bulunması gerektiği anı belirtmektedir.

Kusur anının tespitinde failin kusurlu sayılması, yani ceza yaptırımına gerek olacak şekilde “kınanması” anı önem kazanmaktadır. Ceza normunun davranış taleplerini algılamasına rağmen, davranışlarını normun emrettiği doğrultuda yönlendirmeyen kişi, bir başka deyişle hukuka uygun olanı seçebilme imkân ve iktidarına sahip olmasına rağmen, yine de haksız olanı seçen kişi bu tercihi nedeniyle kusurlu addedilmektedir. O halde bu tercihin yapıldığı an, kişinin kusurlu addedildiği andır. Buradan çıkarılacak sonuç, failin fiili nedeniyle kınanabilmesi için, hukuka uygun olanı seçmek yerine haksız olan davranışı seçtiği andaki “fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama” ya da “davranışlarını bu algıya göre yönlendirme” yeteneklerinin zihinsel bozukluk nedeniyle etkilenmemiş olması gerekmektedir. TCK m. 32 açısından önem arz eden an, bu andır. Bu andan önce ya da sonra failin akıl hastası olması veya belirtilen anda failin akıl hastası olmasına rağmen akıl hastalığının söz konusu yeteneklere etki etmemesi durumu kusurluluğa etki etmeyecektir.

TCK m. 32’ ye bakıldığında, TCK m. 31 ve 33’ ten farklı olarak “*Fiili işlediği sırada...*” ifadesine yer verilmediği görülmektedir. Bu durum ise, akıl hastalığının fiil anındaki değil de, failin genel anlamdaki davranışlarını yönlendirme yeteneğine etkisinin aranacağı gibi yanlış anlaşılmaya yol açmaktadır. Oysa ki, fiil öncesinde failin akıl hastalığına ilişkin raporu bulunması, bu konuda tedavi görmesi, ilaç kullanması, kusur yeteneği değerlendirmesi için, doğrudan bir öneme sahip değildir. Bu bilgiler sadece, fiil anında failin akıl hastası olup olmadığı, akıl hastası ise fiil anında bu durumun failin bilişsel ve davranışlarını kontrol etme yeteneklerine etki edip etmediği değerlendirmeleri açısından bilirkişi için bir yönlendirme aracı olabilecektir. Fiili gerçekleştirme aşaması sonrasında failin akıl hastası olması

durumunda ise, ceza yargılamasının aşamasına göre, bu durum ya muhakeme engeli sayılacaktır, ya da infaz aşamasına geçilmişse cezanın infazını engelleyen¹⁴⁶⁷ hal olacaktır¹⁴⁶⁸. Bu konuda 5275 sayılı CGTİHK m. 18’ de bir anlamda cezanın infazına engel olan, cezanın infazına engel olmayan ruhsal rahatsızlık ayırımına gidildiği görülmektedir. Bu düzenlemeye göre, “*Hapsedilme ve diğer nedenlerden kaynaklanan akıl hastalığı dışında ruhsal rahatsızlıkları bulunup da ruh ve sinir hastalıkları hastanelerinde tutulmaları gerekli görülmemeyerek infaz kurumlarına geri gönderilenlerin cezaları, belirlenen infaz kurumlarının mahsus bölümlerinde infaz edilir.*” Bu düzenleme ile aslında kanunkoyucu tarafından, akıl hastalığı durumu ile diğer ruhsal rahatsızlıklar şeklinde iki grubun oluşturulduğu, bu durumlara cezanın infazını engelleme ve özel infaz biçimi şeklinde iki ayrı hukuki sonuç bağladığı görülmektedir.

Akıl hastalığının fiilin işlendiği anda aranmasının basit bir kronolojik aşamadan çok, bir nedensellik bağımlı ifade ettiği söylenmelidir¹⁴⁶⁹. Failde bulunan zihinsel bozukluğun, işlenen fiille ilgili olarak failin kusur yeteneğine etkili olabilmesi için işlenen fiil, zihinsel bozukluk açısından semptomatik olmalıdır. Bir başka deyişle zihinsel bozukluğu karakterize eden en küçük bozukluk ünitelerinden (semptomlardan) biri ya da birkaçı, fiile etkili olarak eşlik etmesi gerekmektedir. Bu etki söz konusu değilse, başlı başına fail hakkında zihinsel bozukluk teşhisinin konması kusur yeteneğine etki bakımından önem arz etmez. Bu nedenle yasal düzenlemelerde “*fiili işlediği anda akıl hastası olan*” şeklinde değil, “*fiili işlediği anda akıl hastalığı nedeniyle fiilinin haksızlığını algılayamayan veya davranışlarını bu algı çerçevesinde yönlendiremeyen*” şeklinde düzenlemelere yer verilmesi daha doğru olacaktır. Fiilin zihinsel bozukluk açısından semptomatik olmasının bir diğer sonucu da, teşhisi koyulan spesifik zihinsel bozukluk tablosunun semptomları ile

¹⁴⁶⁷ 5275 sayılı CGTİHK m. 81: “ (1) Kurum hekimi veya görevli hekim tarafından yapılan muayene ve incelemeler sonucunda hükümlünün cezasını yerine getirmesine engel olabilecek hastalığı saptanırsa durum, kurum yönetimine bildirilir.”

¹⁴⁶⁸ Ceza muhakemesinde soruşturma ya da kovuşturma aşamasında şüpheli veya sanığın akıl hastası olduğuna ilişkin bir iddia ile karşılaşıldığında veya bu yönde bir duyum alındığında, öncelikle bu kimseye, yaşı onsekizden büyük olsa bile 5271 sayılı CMK m. 150/2 uyarınca bir müdafii atanması gerekmektedir. Artık yapılacak her işlemde müdafii hazır bulundurulacaktır. Bkz. Osman Yaşar / Hasan Tahsin Gökcan / Mustafa Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu C. II Madde 45-85**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 1913.

¹⁴⁶⁹ Bayındır, s. 100.

ilişkili olmayan işlenmiş fiillerde kusur yeteneğinin etkilenmemiş sayılmasıdır. Failin yangın çıkarma dürtü bozukluğu (piromani) hastası olmasına rağmen, dolandırıcılık suçu işlemesi durumunda, bu psikopatolojik hal kusur yeteneğine etki etmeyecektir. Zira dolandırıcılık suçunun içermiş olduğu icra hareketleri, yangın çıkarma dürtü bozukluğu (piromani) açısından semptomatik değildir.

Akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneğinin etkilenmesi değerlendirmesinin sağlıklı bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için, “*fiilin işlendiği an*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği de önem arz etmektedir. Bilindiği üzere ceza hukukunda fiil hareket, netice ve bu kavramlar arasındaki nedensellik bağıını ifade eden bir kavramdır. Özellikle bazı suçlarda hareketin gerçekleştiği an ile neticenin gerçekleştiği an, yani suçun tamamlandığı an farklı olabilmektedir. Hatta kesintisiz suçlarda olduğu gibi suçun tamamlanma anı ile suçun sona erme anı dahi farklılık gösterebilmektedir. Bu nedenle “*fiilin işlendiği an*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği, farklı sonuçlara neden olabilecektir. TCK açısından “*fiilin işlendiği an*” ifadesi özellikle ceza kanunlarının zaman ve yer bakımından uygulanması için önem arz etmesine karşın, bu ifadeden ne anlaşılması gerektiği özel olarak kanunda düzenlenmemiştir. Bu konuda örneğin Alman Ceza Kanunu (StGB) § 8’ de, “*Bir fiil, fail veya şerikin harekette bulunduğu veya ihmâl suretiyle işlenen suçlarda hareketi yapmak zorunda olmasına rağmen, yapmadığı anda işlenmiş sayılır. Neticenin gerçekleştiği zamana bakılmaz.*”¹⁴⁷⁰ düzenlemesine yer verilmiştir. Alman Ceza Kanunu açısından fiilin işlendiği an, hareketin gerçekleştirildiği an olarak açıkça kanunda belirlenmiştir. TCK bakımından ise, genellikle bu konuda TCK m. 66/6’ da düzenlenen dava zamanaşımı süresinin başlangıcı açısından belirlenen kurala atıf yapılmaktadır. Ancak bu hükümde de örneğin “*tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden*” ifadesindeki belirsizlik nedeniyle, suçun işlendiği an konusunda hareketin mi yoksa neticenin mi esas alınacağı tartışması güncelliğini korumaktadır. **Kanımızca** bu düzenlemede yer alan hüküm kriter olarak alınmamalıdır. Nitekim zamanaşımı gibi konularda kanunkoyucu tarafından suçun işlendiği ana ilişkin bu kurumun özelliğine uygun olarak farklı birtakım kriterler yaratılmış olabilecektir. Bu nedenle “*fiilin işlendiği an*” ifadesine kanunda açıkça bir düzenleme ile yer vermekte fayda bulunmaktadır.

¹⁴⁷⁰ Yenisey/ Plagemann, s. 10.

Akıl hastalığı nedeniyle gerçekleştirilecek kusur yeteneği değerlendirmesinde “*fiilin işlendiği an*” ifadesi kanımızca fiilin hareket unsuruna işaret eden bir kavram olarak anlaşılmalıdır¹⁴⁷¹. Zira daha önce de vurgulandığı üzere, failin kusurlu sayılmasının ve fiili nedeniyle kınanmasının sebebi, haksızlık bilincine sahip olmasına rağmen, hukuku ihlal etmeyen davranış ve hukuka aykırı davranış biçimi arasında seçim yapma imkân ve iktidarının bulunmasına rağmen, yine de hukuka aykırı davranışı seçmiş ve gerçekleştirmiş olmasıdır. Söz konusu bu hukuka aykırı fiilin gerçekleştirilmesi nedeniyle, failde hukuka sadakat eksikliği içeren iradenin bulunduğu anlaşılmakta ve fail hakkında kınama yargısında bulunulmaktadır. Failin kusurlu sayılabilmesi için neticenin gerçekleşmesi ya da haksızlığın devam ettirilmesi gerekmemektedir. Duruma göre bu hususlar failin kınanıp kınanmaması için değil, hareketi nedeniyle kınanmış olan failin kınanma şiddetini arttırabilecektir. Bu da ancak cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınacak bir durumdur. Sonuç olarak denilebilecektir ki, failin fiili nedeniyle kınanma anı hareketin gerçekleştirildiği an olmalıdır. Esasen failde kınanabilir olmak için aranan yeteneklerin akıl hastalığı nedeniyle etkilenip etkilenmediği de, hareketin gerçekleştirildiği ana göre incelenmelidir¹⁴⁷².

Kusur yeteneği fiili oluşturan hareketin tüm süresi boyunca mevcut olmak zorunda değildir. Ceza sorumluluğunun doğabilmesi için, failin olay süreci içinde suçun icrası veya ihmaliinde bulunduğu herhangi bir anda kusur yeteneğinin mevcut olması¹⁴⁷³ yeterli görülmektedir. Fakat sorumluluğun kapsamı (kusurun kapsamı), failin sorumluluğunu gerektiren fiil bölümü (kısmı) ile sınırlandırılmıştır¹⁴⁷⁴.

Failin fiili gerçekleştirdiği anı da kapsayan zaman diliminde failin akıl hastası olduğu tespit edildiğinde, failin fiilini hastalık etkisi altında gerçekleştirip

¹⁴⁷¹ Aynı yönde bkz. Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 487; Bayındır, s. 88.

¹⁴⁷² Aynı yönde Schöch, LK, § 20, kn. 191; Öztürk/ Erdem, s. 282; Özcan, s. 206. “*Sanığın İstanbul Adli Tıp Kurumuna sevk edilerek Gözlem İhtisas Dairesinde müşahadeye tabi tutulup, buradan alınacak rapor ile birlikte Adli Tıp Kurumu 4. İhtisas Kurulundan, ‘suç tarihi’ ve ‘şimdiki hali’ itibarıyla akli durum ve cezai ehliyet konusunda 5237 sayılı TCK’ nın 32. maddesi kapsamında rapor aldırılması sonuca göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeksizin eksik inceleme ile hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir.*” **Yargıtay, 1. CD, E. 2012/5439, K. 2013/2510, T. 27.03.2013** (Bayındır, s. 88, dp. 299)

¹⁴⁷³ Azalmış kusur yeteneği de esasen kusur yeteneğinin bulunması halinin özel bir biçimi olduğundan, burada azalmış kusur yeteneğinin de bulunabileceği belirtilmelidir.

¹⁴⁷⁴ Schönke/ Schröder, § 20, kn. 41.

gerçekleştirmedeği önem arz edecektir. Hastalıkta belirti göstermeyen sessiz bir dönemin söz konusu olduğu “*lucid interval*” döneminin bulunması durumunda ise, ne şekilde karar verileceği tartışmalıdır. Söz konusu “*lucid interval*” dönemi, hastalıkta “berrak aralıklar dönemi”¹⁴⁷⁵ ya da “berraklık dönemi”¹⁴⁷⁶ olarak ifade edilmektedir. Öğretide belirli bir suç tipi ile ilgili olarak kusuru kaldıran ruhsal bir bozukluğun var olması durumunda “berrak aralıklar (*lucida intervalla*)” olanağının günümüzde artık kabul görmediği belirtilmektedir. Bir başka deyişle eylemin hastalığın dış semptomlarının geçici olarak gerilediği bir zamanda işlenmiş olması durumunda da kusurun kalkması gerektiği kabul edilmektedir¹⁴⁷⁷. Bu konuda çok kısa süreli berraklık dönemlerinin dikkate alınmaması gerektiği söylenmektedir¹⁴⁷⁸. Ayrıca suç sonrası ortaya çıkan bozukluklarda, tekrarlayan psikozlarda ve duygulanım bozukluklarında suç tarihine göre yapılan değerlendirmede olay anında iyilik durumu belirlenen kişilerin ceza sorumluluklarının tam olduğu belirtilmektedir¹⁴⁷⁹. **Kanımızca** epilepside olduğu gibi nöbet esnası dışında failin normal kabul edilebildiği anlar şeklinde net bir ayırımı gidilememesi halinde, failin kusur yeteneğinin etkilenmiş olduğu söylenmelidir. Ayrıca bu konuda şüpheden sanık yararlanır ilkesinin de uygulama alanı bulacağı söylenebilir. Fiili işlediği sırada akıl hastalığı tespit edilmekle birlikte, bu hastalığın somut fiile etkisi konusunda bir şüphe söz konusu ise, failin lehine olarak uygulama yapılması gerekmektedir. Öğretide de bu hususa işaret edilerek, akıl hastalığının matematiksel bir belirlemesinin mümkün olmaması dolayısıyla akıl hastalığının etkisi altında işlenen suçlarda kişinin fiili işlediği anda akıl hastalığının etkisi altında bulunduğu kabul edilmesi gerekeceği söylenmektedir¹⁴⁸⁰.

Özellikle psikiyatrik olarak mizaç bozuklukları arasında yer alan bipolar bozukluğu bulunan kişilerde “berrak aralıklar” halinin bulunması önem arz etmektedir. Mizaç bozuklukları, temel patolojinin duygudurum alanında yer aldığı, çoğu kez duygudurum ile uyumlu düşünce içeriği ile karakterize, çökkünlük veya

¹⁴⁷⁵ Roxin, AT I, § 20 A, s. 901.

¹⁴⁷⁶ Erem/Danışman/Artuk, s. 518.

¹⁴⁷⁷ Roxin, AT I, § 20 A, s. 901.

¹⁴⁷⁸ Erem/Danışman/Artuk, s. 518.

¹⁴⁷⁹ Özkan/ Hakeri, s. 94.

¹⁴⁸⁰ Erem/Danışman/Artuk, s. 518; Bayındır, s. 100.

taşkınlık dönemleri ile seyreden ruhsal bozukluklardır. Bipolar bozukluklar duygudurum alanında taşkınlık ve çökkünlük epizodları ile seyreden ruhsal bozukluklardır¹⁴⁸¹. Bu ruhsal bozuklukların adli psikiyatri açısından önem arz eden kısmı, failin suçu işlediği tarihteki ruhsal durumunun değerlendirilmesidir. Bipolar bozukluklar doğası gereği arada tam iyilik dönemlerinin de yer aldığı epizodlar halinde seyreder¹⁴⁸². Manik hastaların genellikle sık ama küçük çapta suçlar işlediği, bu suçların kavga, hakaret, görevli memura karşı gelme, tehdit, mala-meskene zarar verme, hırsızlık, sarkıntılık gibi suçlar oldukları belirtilmektedir. Adam öldürme, öldürmeye teşebbüs gibi ağır suçlar ve organize suçlar daha az rastlanmaktadır¹⁴⁸³. Bu bozukluğa sahip failerin kusur yeteneği değerlendirilmesinde öncelikle suçun işlendiği zamanın hastalık epizodu içinde olup olmadığı incelenecektir. Birçok atak geçirmiş, yargılama sürecinin uzaması nedeniyle suç tarihinden uzun süre sonra psikiyatrik muayeneye sevk edilmiş kişilerde, cezai bir durum karşısında manipülasyon olasılığının gözden kaçırılmaması gerekmektedir¹⁴⁸⁴. Söz konusu bozukluklar açısından somut olaya ve kişiye özel olarak değerlendirme yapılarak, failin fiilini gerçekleştirdiği anda tam iyilik halinin bulunup bulunmadığı ortaya çıkarılmalıdır. Bu hal tespit edilebiliyorsa failin fiili gerçekleştirdiği anda akıl hastası olmasına rağmen, ceza sorumluluğuna gidilebilmelidir.

Bilindiği üzere kusur yeteneğinin aranacağı zaman istisna durumlarda geriye çekilebilmektedir. Sebebinde serbest hareketler kuramı (*actio libera in causa*) gereği, kişinin kusur yeteneğinin ortadan kalkmasına kendisinin kasten veya taksirle sebebiyet verdiği durumlarda, her ne kadar fail fiili gerçekleştirirken kusur yeteneğine sahip olmasa da, önceki davranışları nedeniyle sorumlu tutulabilmektedir¹⁴⁸⁵. Daha çok TCK m. 34 ile ilişki kurulabilecekse de, TCK m. 32 açısından uygulanabilir olup olmadığı tartışmalıdır. Failin akıl hastası olmakla birlikte, ilaç kullanımı sonucunda hastalığın etkilerinin önüne geçilebildiği

¹⁴⁸¹ Kamil Nahit Özmenler / Mehmet Ak, “Miraç Bozukluklarının Adli Psikiyatrik Yönü”, **Adli Psikiyatri Dergisi**, C. 5, S. 1, Ocak 2008, s. 11.

¹⁴⁸² Özmenler/ Ak, s. 13.

¹⁴⁸³ Özmenler/ Ak, s. 13.

¹⁴⁸⁴ Özmenler/ Ak, s. 13.

¹⁴⁸⁵ Sebebinde serbest hareketler kuramı için detaylı bilgi için bkz. Talas, s. 65 vd.; Yener Ünver, “Sebebinde Serbest Hareketler Kuramı”, **Prof. Dr. Sahir Erman’ a Armağan**, İstanbul, 1998, s. 801 vd.

durumlarda, kişinin ilaç kullanmayı bırakması durumunda ortaya çıkabilecek haksızlıklardan sorumlu olup olmayacağı tartışılabilir. Kişinin bir kişiyi öldürmek amacıyla alkol kullanarak bilerek ve isteyerek algılama yeteneğini kaldırdığı durumlarda, kişi alkolün etkisi ile öldürme fiilini işlerse sorumluluk ortadan kalkmamaktadır. TCK m. 34/2' de iradi olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişinin ceza sorumluluğunun ortadan kalkmayacağı düzenlenmiştir. Aynı şekilde bir şizofren akıl hastasının normalde kullandığı ilaçlar sonucunda hukuka aykırı fiilleri işleme bakımından hasta olmayan diğer kişilerden farkı bulunmazken, ilaçları bırakması halinde gördüğü halüsinasyonlar nedeniyle bir suçu işlemesi mümkündür. Hukuk düzeni bu kişiye ilaç kullanma yükümlülüğü yükleyerek, bu yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde kasten veya taksirle kusur yeteneğinin ortadan kaldırması nedeniyle sorumlu tutacak mıdır? **Kanımızca** burada kişiye haksızlık teşkil eden fiili nedeniyle kusur atfedilip atfedilemeyeceğine bakılması gerekmektedir. Kişi akıl hastası olsa da, hastalığın semptomlarının önüne ilaç kullanarak geçebilmektedir. Bu nedenle kişinin kusur yeteneğinin kalkmamasına neden olacak davranışları sergilemesi hukuk düzenince beklenebilir bir durumdur. Bu sonuca akıl hastalığına tutulma durumunun yazgısal olması anlayışı açısından da ulaşılabilecektir. Her ne kadar akıl hastalığı durumu yazgısal nitelikte ise de, böyle bir durumda hastalığın etkilerinin ortaya çıkması ya da engellenmesi failin elinde ve sorumluluğunda olacaktır.

B. Özel Durumlarda Kusur Yeteneğinin Aranacağı Zaman

1. Neticenin Özellik Gösterdiği Suç Tipleri

Suç tiplerinin netice esas alınarak yapılan ayırımında ani suç-kesintisiz suç ayırımı gündeme gelecektir. Bu ayırımda en önemli husus, suçun tamamlanması aşaması ile suçun sona ermesi aşamasının kesintisiz suçlarda¹⁴⁸⁶ farklı olmasıdır.

¹⁴⁸⁶ Kesintisiz suç öğretide şu şekilde tanımlanmaktadır: Fail gerek bizzat kendisinin meydana getirdiği veya kanunun bertaraf edilmemesini cezalandırdığı durumu, bu durumu bertaraf etmek hukuki vecibesine rağmen, kusurlu olarak bir müddet devam ettirir ve bu şekilde suç durumuna devamlı olarak meydan verirse bu suç mütemadi suçtur. Bkz. Ayhan Önder, "Mütemadî Suç", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM)**, C. 29, S. 1-2, 1963, s. 92-93.

Suçun tamamlanması, suç için kanunda öngörülen tüm unsurların gerçekleşmesi demektir. Bir başka ifade ile fail tarafından yapılmış olan fiilin, kanun koyucunun kavram olarak tanımını verdiği suç tipini sağlamasını, suç tipine tümünden uymasını, suç tipiyle tümüyle benzeşmesini ifade etmektedir¹⁴⁸⁷. Bu bakımdan suçun sona ermesinden ayrılır. Suçun sona ermesi, suçun tamamlanmasından sonra haksızlık teşkil eden fiilin son bulmasıdır. Yani suçun tamamlanması suçun var olduğu, gerçekleştiği anı, suçun sona ermesi ise, suçun son bulunduğu suç yolunun (*iter criminis*) kapandığı anı gösterir¹⁴⁸⁸. Suçun tamamlanması ve sona ermesi kavramları her suç bakımından ayrı ayrı tespit edilmesi gereken bir konudur. Zira bu aşamalar ani (*şekli*) suçlarda birbiriyle örtüşmekteyken, kesintisiz (*mütemadi*) suçlarda farklı zamanları ifade eder.

Akıl hastalarının gerçekleştirmiş oldukları ani suç teşkil eden suçlarda kusur yeteneğinin aranacağı zaman önem arz etmemektedir. Çünkü hareketin gerçekleştirildiği anda kural olarak netice de gerçekleştiğinden, kusur yeteneğinin arandığı “fiilin işlendiği an” hareketin gerçekleştirildiği andır. Akıl hastalığının etkisi ile hakaret suçu işleyen kişinin kusur yeteneği değerlendirilmesi anı, hakaret teşkil eden sözlerin ifade edildiği an olacaktır. Kesintisiz suçlarda ise fail, fiilin icrası kapsamında icra hareketlerini gerçekleştirmekte ve bunun sonucu olarak suç neticesi ortaya çıkmaktadır. Suç neticesi ile tamamlanan suç, işlenen haksızlığın devam etmesi nedeniyle kesintisiz suç vasfını kazanmaktadır.

Öğretide kesintisiz suçlarda kusur yeteneğinin aranacağı zaman, suçun işlenme anı esas alınarak belirlenmekte ve “kesintinin gerçekleştiği an” olarak belirtilmektedir¹⁴⁸⁹. Bu görüş bakımından şayet kesintisiz suç başladığı anda akıl hastalığı mevcut ise, fakat kesinti sona ermeden önce kişi iyileşmiş olursa fail suçtan sorumlu olur¹⁴⁹⁰. **Kanımızca** akıl hastalığı nedeniyle yapılacak kusur yeteneği değerlendirmesinde “suçun işlendiği an” esas alınarak kusur yeteneğinin bu anda etkilenip etkilenmediğinin araştırılması yerinde değildir. Kesintisiz suçlarda özellikle ceza kanunlarının zaman ve yer bakımından uygulanması, dava zamanaşımı

¹⁴⁸⁷ Hafizoğulları/Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 328.

¹⁴⁸⁸ Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 249.

¹⁴⁸⁹ Erem/Danişman/Artuk, s. 518; Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 400; Özkan/ Hakeri, s. 96; Bayındır, s. 102; Ünver, Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s. 118.

¹⁴⁹⁰ Erem/Danişman/Artuk, s. 518.

süresinin başlaması gibi konularda kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği an, suçun işlenme anı olarak kabul edilmektedir. TCK m. 66/7' de, kesintisiz suçlarda dava zamanaşımı süresinin kesintinin gerçekleştiği günden itibaren işlemeye başlayacağı özel olarak vurgulanmıştır. Buna karşın akıl hastalığı nedeniyle failin kusur yeteneğinin değerlendirilmesinde ise, kişinin kusurlu sayıldığı anın ne zaman olduğu önem arz etmektedir. Bu anın belirlenmesi ise, kişinin gerçekleştirmiş olduğu hukuka aykırı fiilden dolayı niçin “kınandığı” sorusu ile doğrudan bağlantılıdır. Önceki bölümlerde detaylı şekilde tartışıldığı üzere normatif kusur anlayışının temelinde “başka türlü davranabilme (*Andershandelnkönnen*)” yeteneği söz konusudur. Fail, hukuka uygun olan davranışı seçme ve gerçekleştirmek konusunda imkân ve iktidara sahip olmasına rağmen, yine de hukuku ihlal eden davranışı seçmesi nedeniyle kusurlu sayılmaktadır. Bu davranışındaki hukuka sadakat eksikliği içeren iradesi nedeniyle kınanmaktadır. Sadakat eksikliği içeren bu iradenin tespit edilebileceği an, kusur yeteneğinin de aranacağı an olmalıdır. Kesintisiz suçlarda bu an, kesintinin gerçekleştiği an değil, suçun icra hareketlerine başlandığı an olmalıdır. Somutlaştırılacak olursa, failin bir kişiye karşı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlemesi durumunda, mağdurun tekrardan özgürlüğüne kavuştuğu anda (kesintinin gerçekleştiği zaman) failin akıl hastası olması bir önem arz etmemektedir. Önemli olan failin, mağdurun hürriyetini kısıtlamaya yönelik icra hareketlerini gerçekleştirdiği anda akıl hastası olması ve bu durumun davranışlarına etki etmesidir. Fail akıl hastalığının hiçbir etkisi olmaksızın mağdurun hürriyetini kısıtlayıcı davranışları gerçekleştirmişse, hukuka uygun olan davranış yerine, hukuka aykırı olan davranışı tercih etmiştir ve bu iradesi nedeniyle kınanmalıdır. Bu anlamda ceza sorumluluğu bulunmaktadır. Daha sonradan akıl hastası olması durumunda ise, akıl hastalığı nedeniyle halen fiiline devam etmiş ise, bu durum sadece TCK m. 61 kapsamında cezanın belirlenmesinde rol oynayabilecektir. Diğer bir ihtimal ise failin icra hareketlerine akıl hastalığının etkisi altında başlaması durumudur. Kanımızca bu durumda failin ceza sorumluluğunun bulunmaması gerekir. Ancak bu durumda temadinin devam ettiği bir aşamada fail akıl hastalığının etkisinden kurtulursa, iyileşirse fiiline derhal son vermesi beklenmektedir. Bu duruma rağmen fiili işlemeye devam etmesi durumunda yine ceza sorumluluğunun bulunduğu kabul

edilmelidir¹⁴⁹¹. Çünkü bu durumda da, failin hukuku ihlal eden davranışı iradesi ile seçmiş olduğu anlaşılacaktır.

2. Suçların İctiması Halinde Kusur Yeteneğinin Aranacağı An

Kanun koyucu TCK m. 43' te, birden çok suçun bulunmasına rağmen, belli şartların gerçekleşmesi durumunda bir cezaya hükmedileceğini ancak bu cezanın belli oranda ağırlaştırılacağını öngörmüştür¹⁴⁹². Dikkat edilecek olursa zincirleme suçtan bahsedilebilmesi için, önce ortada tek suç mu, birden çok suç mu olduğunun belirlenmesi gerekecek, birden çok suç olduğu görüldükten sonra, zincirleme suçun diğer şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılacaktır. Bir tek suçun olduğu bir yerde, zincirleme suçtan bahsedilemez¹⁴⁹³. Birden fazla suçun tamamlanmış olması gerekmemektedir. Bu suçların bir veya birkaçının ya da tümünün teşebbüs aşamasında kalması mümkündür. Bu açıklamalar ışığında birden fazla işlenen suçun zincirleme suç sayılabilmesi için gereken şartlar, 1. Aynı suçun¹⁴⁹⁴ birden fazla işlenmesi, 2. Aynı suçun değişik zamanlarda işlenmesi, 3. Aynı suç işleme kararı, 4. Mağdurun aynı kişi olması, şeklinde sayılabilir¹⁴⁹⁵.

Zincirleme suç durumunda akıl hastalığı nedeniyle failin kusur yeteneğinin ne zaman aranacağı değişik ihtimallere göre cevaplanması gereken bir sorudur. Aynı suçun, bir kişiye karşı aynı suçu işleme iradesi kapsamında değişik zamanlarda birden fazla işlenmesi durumunda zincirleme suç oluşacaktır. Bu nedenle teselsül halinde birden fazla suçun kusur yeteneği tam şeklinde işlenmesine rağmen, ayrıca bir başka aynı nitelikteki suçun akıl hastalığı etkisinde işlenmesi durumunda, failin

¹⁴⁹¹ Aynı yönde Ünver, Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s. 118.

¹⁴⁹² Madde gerekçesinde de bu husus vurgulanmıştır: “Zincirleme suç hâlinde aynı suçun birden fazla işlenmiş olması söz konusudur. Ancak, bu suçlar, aynı suç işleme kararı kapsamında işlenmektedirler, yani, bu suçlar arasında sübjektif bir bağ bulunmaktadır. Bu nedenle, kişiye bu suçların her birinden dolayı ayrı ayrı değil, bir ceza verilmekte ve fakat cezanın miktarı arturulmaktadır.”

¹⁴⁹³ Türkan Yalçın Sancar, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda ‘Zincirleme Suç’”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBD)**, S. 70, 2007, s. 247.

¹⁴⁹⁴ TCK m. 43/3 gereği, kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçları zincirleme suç hükümlerinden istisna tutulmuştur.

¹⁴⁹⁵ TCK m. 43/1 son cümle gereği, mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.

akıl hastalığı nedeniyle işlemiş olduğu son suç zincirleme suçun varlığına etki etmez. Gerçekleştirilen son suçun teselsülü kesen durum olarak ele alınması gerekmektedir. **Kanımızca** burada son suç bakımından failin ceza sorumluluğu bulunmadığı durumda hakkında güvenlik tedbirlerine hükmedilebilecektir. Failin aynı suçu işleme iradesi kapsamında, bir kişiye karşı birden fazla suçu, her iki suç bakımından da akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneği söz konusuysen işlemesi durumunda da kanımızca zincirleme suç hükümleri uygulanmalıdır. Zira azalmış kusur yeteneği durumu da esasen kusur yeteneğinin bulunması durumunun özel bir halidir. Bu durumda TCK m. 61/5' te yer alan sıralamaya uyularak önce zincirleme suç hükmünün daha sonra ise akıl hastalığı hükmünün uygulanması suretiyle ceza belirlenmelidir. Bu durumda hükmedilen cezanın kısmen veya tamamen akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak uygulanması, belirlenen bu ceza üzerinden olmalıdır. Bir diğer ihtimal ise, failin aynı suçu işleme iradesinin ve birden fazla aynı suçu işlemesinin akıl hastalığının etkisi altında gerçekleşmesi durumudur. Bu halde failin bu suçlar bakımından kusur yeteneği bulunmadığından zincirleme suç hükümleri uygulanamayacaktır. Ancak birden fazla suçun akıl hastalığı etkisi ile işlenmesi sonrası fail iyileşirse ve aynı nitelikte tek suç işlerse, bu durumda ceza sorumluluğu bu suç bakımından tam olduğundan, sadece münferit bir suçtan söz edilecektir. Zincirleme suç hükümleri bu durumda uygulanamaz. Zira belirtilen suçlar arasında aynı suçu işleme kararı bulunmamaktadır.

Sonuç olarak, zincirleme teşkil eden suçlardan her birinde fiilin tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu olması özelliğinin bulunması şarttır. Bu niteliklere sahip olmayan fiiller zincirleme (teselsül) ilişkisinde göz önüne alınmazlar¹⁴⁹⁶.

Diğer taraftan içtima konusunda tartışılması gereken bir başka husus ise görünüşte içtima halleridir. Görünüşte içtima halini sonuçlayan failin birden fazla işlemiş olduğu eylemlerde cezalandırılmayan önceki ve sonraki eylemler mevcuttur. Önceki eylemin işlenmesi sırasında failin kusur yeteneği yoksa ve bu nedenle önceliği olan norma göre cezalandırılmıyorsa, kusur yeteneği varken gerçekleştirilen sonraki eylemleri kapsamına alan norm uyarınca sorumlu tutulur. Örneğin, fail hırsızlık suçunu işlerken kusur yeteneğine sahip değilse, fakat sonradan gerçekleştirdiği mala zarar verme suçunu kusur yeteneği varken işlemişse, mala zarar

¹⁴⁹⁶ İçel, Suçların İçtimalı, s. 111.

verme suçundan sorumlu tutulacaktır¹⁴⁹⁷. Cezalandırılmayan önceki eylemlerde de aynı şekilde uygulama yapılmalıdır. Önce kusur yeteneğine sahip bulunduğu halde, sonraki eylemlerinin bu yetenekten yoksun olarak işleyen fail önceki eylemlerinden dolayı sorumlu tutulabilir¹⁴⁹⁸.

3. Cezalandırılabilme Şartı İçeren Suçlarda Kusur Yeteneğinin Aranacağı An

Kanunkoyucu bazı hallerde, suçu ve cezalandırılabilirliği birbirinden ayırmakta, cezanın fiilen uygulanmasını bazı olayların gerçekleşmesi şartına bağlamakta veya belli durumların varlığı halinde cezanın uygulanmasından vazgeçilmesini kabul etmektedir¹⁴⁹⁹. Kanunda yer verilen bu şartlara objektif cezalandırılabilme şartları adı verilmektedir. Cezalandırılabilme şartı içeren suçlar bakımından kanuni unsurda belirtilen tüm unsurlar gerçekleşse dahi cezalandırılabilme şartı gerçekleşmedikçe failin cezalandırılabilmesi mümkün değildir. Cezalandırılabilirliğin objektif şartları haksız harekete ve failin kusuruna bir kategori olarak eklenmesi gereken ve böylece cezalandırılabilirliğe neden olan şartlardır¹⁵⁰⁰. Örneğin, hileli ve taksirli iflas suçlarında (TCK m. 161-162) iflasa karar verilmiş olması objektif cezalandırılabilme koşuludur¹⁵⁰¹. Objektif cezalandırılabilme şartlarının kusur ilkesi ile bağdaşıp bağdaşamayacağı sorunu öğretide tartışmalıdır¹⁵⁰². Bu tartışmalar bir kenara bırakılacak olursa, cezalandırılabilme şartı içeren suçların özelliği, fail tarafından suç tanımında yer verilen fiillerin kusurlu şekilde gerçekleştirilmesine rağmen, kanunda yer verilen bir şartın gerçekleşmemesi nedeniyle failin cezalandırılmamasının söz konusu olmasıdır. Bir başka deyişle kanun koyucu tanımına kanun metninde yer verdiği

¹⁴⁹⁷ İçel, Suçların İctimai, s. 243.

¹⁴⁹⁸ İçel, Suçların İctimai, s. 243.

¹⁴⁹⁹ Nevzat Toroslu, "Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları", **Uğur Alacakaptan' a Armağan C. 1**, İstanbul, 2008, s. 705.

¹⁵⁰⁰ Zeynel Kangal, "Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM)**, C. LXVIII, S. 1-2, 2010, s. 152.

¹⁵⁰¹ İlhan Üzülmöz / Ahmet Hulisi Akkaş, "Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 1-2, 2007 s. 84.

¹⁵⁰² Bu tartışmalar hakkında bkz. Ersoy, s. 215 vd.

davranış biçiminin fail tarafından kusurlu bir şekilde gerçekleştirilmesi halinde dahi, cezalandırma bakımından başkaca şartların gerçekleşmesini aramaktadır.

Objektif cezalandırılabilme şartı içeren suçlarda kusur yeteneğinin ne zaman aranacağı önem arz edecektir. Bu durumda *kanımızca* iki ihtimal söz konusudur. Bu ihtimallerden ilki, failin kusur yeteneği tam olarak suç tipinde belirtilen fiilleri gerçekleştirilmesi, ancak cezalandırılabilme şartının gerçekleştiği anda akıl hastalığının etkisi altında olmuş olmasıdır. Bu durumda cezalandırılabilme şartı failin kişiliği dışında bir durumun gerçekleşmesine ilişkin bir şart ise, failin cezalandırılabilme şartının gerçekleştiği anda akıl hastası olması cezalandırma bakımından önem arz etmez. Burada belirleyici olan yasaklanmış olan davranışın, akıl hastalığının etkisi altında fail tarafından seçmek zorunda kalınmış olup olmadığıdır. İkinci ihtimalde ise failin suç tipindeki icra hareketlerini gerçekleştirdiği zamanda akıl hastalığının etkisi altında olması ancak cezalandırma şartının gerçekleştiği anda iyileşmiş olmasıdır. Bu durumda fail ceza normunu akıl hastalığının etkisi altında ihlal ettiğinden kınanması söz konusu olamaz. Bu nedenle cezalandırma şartının gerçekleştiği anda iyileşmiş olması önem arz etmemektedir. Sonuç olarak denilebilecektir ki, failin kınanma anı, hukuka uygun davranışı seçebilecek durumdayken, hukuka aykırı davranışı seçmesi ve icra etmesidir. Esasen kusur ceza hukuku açısından önem arz eden durum bu andaki failin hukuka sadakat eksikliği içeren iradesinin tespitidir.

4. İhmali Suçlarda Kusur Yeteneğinin Aranacağı An

İhmali suçlar, öğretilerde gerçek ihmali suçlar ve gerçek olmayan (garantörsel) ihmali suçlar şeklinde ayırımı tabi tutulmaktadır¹⁵⁰³. Gerçek ihmali suçlarda fail, belirli şekilde davranmak konusunda yükümlü tutulmuştur. Bunda ihmal edilmesi suçun işlenmiş sayılabilmesi açısından yeterli görülmüştür. Bu nedenle ayrı bir

¹⁵⁰³ *Hakeri*'ye göre, gerçek ihmali suçlar ve gerçek olmayan (garantörsel) ihmali suçlar arasındaki ayırım, bunların kanunun özel kısmında yer alıp almamasına göre yapılabileceği gibi, ayrıca bunların bir neticeyi gerektirip gerektirmemesine göre de yapılabilir. Gerçek ihmali suçlar bir emre aykırılık teşkil ederken, gerçek olmayan (garantörsel) ihmali suçların bir yasağa aykırılık teşkil ettiği de gözlenebilir. Bu farklılıklar arkasında yatan neden hukuksal yükümlülüğün farklı olmasıdır. Bkz. Hakan Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 106-107.

neticenin oluşması önem arz etmemektedir. Bu suçların icrai olarak işlenebilmeleri mümkün değildir. Bu suçlara TCK m. 278’ de yer alan suçu bildirmeme suçu örnek olarak gösterilebilir. Gerçek olmayan (garantörsel) ihmali suçlarda ise, kural olarak icrai olarak işlenebilen bir suçun, neticenin gerçekleşmemesi açısından garantör konumunda olan kişilerce ihmal hareketi ile işlenmesi söz konusudur. Neticenin gerçekleşmemesi açısından garantörlüğün sebebi kanun, sözleşme veya failin ön gelen tehlikeli fiili olabilmektedir. Bu suçlara ise, TCK m. 83 ve 88 (Kasten öldürme ve yaralama suçlarının ihmali davranışla işlenmesi) suçları örnek gösterilebilir.

Bu suçlar bakımından “failin işlendiği an” ifadesinin belirlenmesi kusur yeteneği incelemesi açısından da önem arz edecektir. Bu suçlarda failin belirli bir şekilde davranma yükümlülüğü bulunduğundan, failin bu yükümlülüğü gerçekleştirmek zorunda olmasına rağmen ihmalde bulunduğu an, failin işlendiği an olarak kabul edilecektir. Bu bakımdan fiil, failin hareketi yapmak zorunda olmasına rağmen, yapmadığı anda işlenmiş sayılır. Akıl hastalığı nedeniyle gerçekleştirilecek kusur yeteneği incelemesi de bu ana göre yapılacaktır. Failin hareketi yapmak zorunda olduğu an öncesinde ya da daha sonrasında akıl hastası olması bir önem arz etmemektedir.

5. Suça İştirak Halinde Kusur Yeteneğinin Aranacağı An

5237 sayılı TCK, suça iştirak konusunda 765 sayılı TCK’ daki asli iştirak-feri iştirak ayırımına yer vermemiş, suç ortaklığı konusunda azmettiren ve yardım eden şeklinde ikili bir ayırım yapmıştır. Ayrıca kimlerin fail sayılacağı konusunda, m. 37/1’ de, “*Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri fail olarak sorumlu olur.*” düzenlemesi ile “birlikte faillik” kurumuna yer vermiştir. Suça iştiraktan söz edebilmek için birden çok kişi tarafından gerçekleştirilen aralarında iştirak iradesine dayanan birden çok hareketin bulunması ve işlenmesine karar verilen suçun işlenmesi gerekmektedir.

Suçta iştirak durumunda bağlılık kuralının¹⁵⁰⁴ düzenlendiği TCK m. 40/1 uyarınca, suça katılan her kişinin kişisel kusuru dikkate alınacağından, olaya katılan

¹⁵⁰⁴ Bağlılık kuralı hakkında detaylı inceleme için bkz. İzzet Özgenç, **Suçta İştirakın Hukuki Esası ve Faillik**, İmaj Ofset Ltd. Şti., İstanbul, 1996, s. 41 vd.; Berrin Akbulut, “Bağlılık Kuralı”, **Gazi**

diğer kişilerin suç fiiline katkıları ve kusurları üzerinde değil, yalnızca fiilde bulunan kişinin kusuru üzerinde durulması gerekir. Her şeyden önce TCK m. 40/3 uyarınca, işlenmesi konusunda ortada iştirak iradesi bulunan suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekmektedir. Bu nedenle hem asıl failin hem de suça katılan kişilerin kusur yeteneğinin sorgulanabilmesi ancak bu şartın mevcudiyeti halinde incelenebilecektir. Ortada icrasına başlanmış bir suç söz konusu değilse, suça iştirak da söz konusu değildir. Suçun icrasına başlanmışsa, asıl failin bu fiili akıl hastalığının etkisi ile gerçekleştirmiş olması durumunda, tek başına işlenmiş suçlarda yapılan kusur yeteneği değerlendirmesinden farklı bir yola başvurulmayacaktır. Asıl fail akıl hastalığının etkisi ile fiilini gerçekleştirmişse, duruma göre kusur yeteneğinin yokluğuna ya da azalmış kusur yeteneğine karar verilecektir. Asıl failin kusur yeteneğinin bulunmaması nedeniyle ceza sorumluluğunun bulunmaması ya da azalmış ceza yaptırımına maruz kalması, kişisel neden olduğundan, suça iştirak eden kişilerin ceza sorumluluğuna etki etmeyecektir.

Eğer suçun icrası başlangıcından sonra failin kusur yeteneği yok olmuşsa, bu durum onun cezalandırılması konusunda hiçbir değişiklik yapmaz. Bunun için koşul, daha sonraki suç fiili sürecinin esasen suçlunun planına uygunluk göstermesidir. Bu noktada aykırı illiyet süreci hakkındaki kurallar geçerlidir. Eğer failin suç fiilinin icrası başlangıcından önce zaten kusur yeteneği yoksa, o zaman -actio libera in causa durumu dışında- cezayı gerektiren bir fiil de ortada yoktur.

Burada tartışılması gereken bir başka durum, suça azmettiren ya da suça yardım edenin kusur yeteneğinin ne şekilde inceleneceğidir. Suça azmettirmenin söz konusu olabilmesi için, mantık itibarıyla azmettirme teşkil eden manevi telkinlerin asıl failin icra hareketlerinden önce ya da en azından bu esnada olması gerekmektedir. Bu nedenle azmettirme teşkil eden davranışların gerçekleştirildiği esnadaki failin özelliklerinin sorgulanması, yani kusur yeteneği değerlendirilmesinin bu ana göre yapılması gerekmektedir. Bu anda akıl hastalığı nedeniyle azmettirme

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, Y. 2010, S. 1, s. 167 vd.; Muhammed Demirel, **Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı**, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 9 vd.; Beril Taşkın Kapusuzoğlu, **Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı**, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 3 vd. Suça etki eden nedenlerin bağlılık kuralı kapsamında suça iştirak edenlere etki edip edemeyeceğine ilişkin tartışmalar için bkz. Meral Ekici Şahin, “İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFĐ)**, C. 64, S. 3, s. 637 vd.

teşkil eden davranışların hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan ya da davranışlarını bu algı çerçevesinde yönlendiremeyen kişi kusursuz sayılacaktır. Kişinin azmettirme teşkil eden davranışları gerçekleştirdiği anda akıl hastalığının etkisi altında iken, daha sonradan iyileşmesi durumunda, şayet önceki azmettirme teşkil eden davranışlarının farkında ise, bu durumda suça katkısının nedensel sürecini ortadan kaldırması gerekmektedir. **Kanımızca** bu durumda TCK m. 41' de yer alan suça iştirak edenlerin gönüllü vazgeçmesi durumuna benzer bir uygulama yapılmalıdır. Şayet azmettirme teşkil eden davranışları akıl hastalığının etkisi ile gerçekleştiren fail, akıl hastalığının niteliği gereği, suça katkısının farkında değilse, bu durumda failin sorumlu olmasından söz edilemez. Nitekim hukuk düzeni kimseyi kendisinden beklenemeyecek bir davranışta bulunmakla yükümlü tutmamalıdır.

Suçta yardım eden açısından da azmettiren benzer bir uygulama yapılmalıdır. Suça azmettiren ya da yardım eden kişinin cezalandırılması, onun olaya katılan diğer kişiler üzerindeki etkisi sırasında kusur yeteneğine sahip olup olmamasına göre değişir. Eğer birlikte faillik suça icra hareketlerine katılımı gerektiriliyorsa, bu katılımın zamanı ölçü alınır¹⁵⁰⁵.

Kişinin asıl faile suçun işlenmesi konusunda yardım ettiği anda kusur yeteneği irdelenmelidir. Suça yardım etme şeklinde katkı gerçekleştirildikten sonra failin akıl hastası olması ceza sorumluluğunu etkilememektedir. Ancak failin akıl hastalığı etkisi ile suça yardımda bulunması ancak daha sonradan iyileşmesi durumunda, suça katkısının nedensel önemini ve sürecini kaldırması beklenmektedir.

Sonuç olarak denilebilir ki, suça iştirak teşkil eden davranışların gerçekleştirildiği anda kusur yeteneği bulunan bir failin daha sonra akıl hastası olması ceza sorumluluğunu etkilememektedir. Bu durumda fiilin suça iştirak eden kişinin kusur yeteneği mevcutken planlanmış bir süreç akışını takip etmesi gerektiği söylenebilir¹⁵⁰⁶. Ancak suça iştirak teşkil eden davranışların akıl hastalığının etkisi ile gerçekleştirilmesi durumunda, fail sonradan iyileşirse, bu durumda şayet mümkün ise, suça katkısının illî değerini kaldırması ya da bunun için çaba sarf etmesi beklenmektedir.

¹⁵⁰⁵ Schöch, LK, § 20, kn. 191.

¹⁵⁰⁶ Schöch, LK, § 20, kn. 193.

V. KUSUR YETENEĞİ DEĞERLENDİRMESİNDE GÖREV DAĞILIMI

A. Genel Olarak Adli Psikiyatrik Bilirkişilik

Bilindiği üzere iddia, savunma ve yargılamadan oluşan ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğin¹⁵⁰⁷ hiçbir duraksamaya yer kalmaksızın ortaya çıkarılmasıdır¹⁵⁰⁸. Bu nedenle bir suçun işlendiğinin haber alınması ile birlikte soruşturma faaliyetlerine başlanacak ve yeterli delil elde edilirse, ilgili kişiler hakkında cezalandırılmaları amacıyla savcı tarafından kamu davası açılacaktır. Yani soruşturma aşamasının fonksiyonu, kamu davasının açılmasına gerek olup olmadığı noktasında bir delil araştırması yapılmasıdır. Kamu davasının açılmasından sonra, kovuşturma evresinde ilgili hukuki uyuşmazlık hakkında bir karar verilmesine yönelik faaliyetler gerçekleştirilecektir.

Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacının sağlanması için, Ceza Muhakemesi Kanunu belirli çerçevede kalmak şartıyla, maddi gerçeğin her türlü delille ispat edilebileceğini (=delil serbestisi ilkesi) öngörmüştür. Ceza muhakemesinde esas olarak fiilin fail tarafından işlendiği veya işlenmediği konusunda, hukuk düzenince kabul edilen vasıtalarla, yargılama makamının tam bir kanaate ulaşmasını sağlama işlemine ispat denilmektedir¹⁵⁰⁹. İspat fonksiyonunun yerine getirilmesinde kullanılan araçlar ise delillerdir. Hâkim hükmü verirken, hukuka uygun yollarla elde edilmiş herhangi bir delili, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacına dönük vicdani olarak serbestçe değerlendirecektir (=vicdani delil sistemi)¹⁵¹⁰. Dolayısıyla ceza muhakemesi hukukunda vicdani delil sistemi ile

¹⁵⁰⁷ Maddi gerçek, geçmişte olup bitmiş bir olayın veya olaylar bütünüünün deliller vasıtasıyla ortaya konmuş halidir. Bkz. Feyzioğlu, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, s. 72.

¹⁵⁰⁸ "...Ceza Hukukunun temel amacı, **maddi gerçeğin kuşku ve duraksamaya yer olmaksızın ortaya çıkarılmasıdır**... Başka kanıtlarla doğrulanmayan, oluşa ve maddi gerçeğe uygun düşmeyen, fenni kanıtlarla çelişen soyut ikrara dayalı olarak hüküm kurulamaz..." **Yargıtay, 10. CD., E. 2004/24577, K. 2005/8554, T. 12.7.2005** (Kazancı İçtihat Programı)

¹⁵⁰⁹ Veli Özer Özbek / Koray Doğan / Pınar Bacaksız / İlker Tepe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 595.

¹⁵¹⁰ Şekli gerçekliğin yeterli olduğu medeni yargılamadan farklı olarak, ceza hâkimi ne tarafların ileri sürdüğü delillerle bağlı olmalı ne de kanun belli hususların belli delillerle isbat edilebileceğini göstermelidir. Bkz. Nurullah Kunter / Feridun Yenisey / Ayşe Nuhoglu, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 2009, s. 610-611.

ifade edilmek istenen hem delil serbestliği hem de delillerin değerlendirilmesi serbestliğidir¹⁵¹¹.

İşlediği bir fiili akıl hastalığının etkisi altında işlemiş olduğu iddiası bulunan failin yargılanmasında, bu kişinin gerçekten de fiilini gerçekleştirdiği anda akıl hastası olup olmadığının belirlenebilmesi için, adli psikiyatrik bilirkişi görevlendirilmesi gerekmektedir. Zira bu konu hâkimin bilgi ve tecrübesi ile çözebileceği ya da hukuki değerlendirme ile bir sonuca varabileceği bir konu değildir. Mahkeme böyle bir iddia karşısında, bu hususu karar gerekçesinde değerlendirmeksizin bilirkişiye başvurmadan imtina edemez. Nitekim Yargıtay da bu yönde karar vermektedir¹⁵¹².

Çözümü teknik bilgi ve değerlendirme isteyen konularda ceza muhakemesinde bir bilirkişi görevlendirilmesi yoluna gidilmektedir¹⁵¹³. Bilirkişiye, kovuşturma aşamasında mahkeme tarafından başvuruabileceği gibi, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı tarafından da başvurulabilir. Ancak şüpheli hakkında

¹⁵¹¹ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 611.

¹⁵¹² “Sanığın hazırlık beyanlarında ‘pedofili’ hastası olduğunu beyan ettiği, müdafininde sanıkta akli dengesizlik olduğunu bildirdiği, ilk derece mahkemesinin gerekçesinde bu hususu değerlendirmedeği gibi sanık hakkında herhangi bir rapor da alınmadığının anlaşılması karşısında, suç tarihi itibarıyla sanıkta TCK’nun 32/1 ve 32/2. maddeleri kapsamına girebilecek herhangi bir akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunup bulunmadığı, şayet varsa bu nedenle işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayıp algılayamayacağı veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin azalıp azalmadığı hususunda Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan veya Adli Tıp Kanununun 7 ve 23. maddelerine göre oluşturulmuş üniversite hastane heyetinden rapor alınarak sonucuna göre 5237 sayılı Kanunun 32/2 ve 57. maddeleri de nazara alınmak suretiyle sanığın hukuksal durumunun belirlenmesi gerektiği gözetilmeden eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulduğunun anlaşılması nedeniyle, ilk derece mahkemesinin sübuta yönelik delillerin değerlendirilmesine ilişkin olarak 5271 sayılı CMK’nın 230/1-b. maddesine uygun düşmeyen gerekçeyle kurduğu mahkumiyet hükmünün bozulması gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde anılan hükme yönelik istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmesi suretiyle aynı Kanunun 289/1-g. maddesine muhalefet edilmesi, Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 20. Ceza Dairesinin 24.04.2017 gün ve 2017/1139 Esas, 2017/983 Karar sayılı vaki istinaf başvurusunun esastan reddine dair kurulan hükmün 5271 sayılı CMK’nın 302/2-4. madde ve fıkrası gereğince BOZULMASINA, 27.09.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” **Yargıtay, 14. CD., E. 2018/4053, K. 2018/5532, T. 27.09.2018.**

¹⁵¹³ “...Bir sorunun ne zaman uzmanlığı ya da özel veya teknik bir bilgiyi gerektirip gerektirmediğine, bilirkişi görevlendirmekle yetkili olan Cumhuriyet savcısı veya hâkim karar verecektir.” **YCGK, E. 2017/20-208, K. 2018/182, T. 24.04.2018** (Kazancı İçtihat Programı)

bu konuda bir rapor alınmaması iddianamenin iadesi sebebi olarak görülmemektedir¹⁵¹⁴.

Yargılama sürecinde, özel ve teknik bir bilgiyi gerektiren konularda, hâkim tarafından bilgi ve görüşüne başvurulmuş uzman kişilere “bilirkişi” denilmektedir¹⁵¹⁵. Bilirkişilik kurumu, ceza muhakemesinin amacı olan maddi gerçeğe ulaşılmasına aracılık eder. Soruşturma veya kovuşturmayla konu olan olayın çözümü için özel, teknik bilgiyi veya uzmanlığı gerektiren bir alanda, ilgili makamın diğer meslek gruplarının oy ve görüşüne gereksinim duyması veya kanunun bazı hallerde bunu zorunlu görmesi durumunda bilirkişiye başvurulur¹⁵¹⁶. CMK m. 63/1 ilk cümlede, “Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına re’sen, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanunî temsilcinin istemi üzerine karar verilebilir.” düzenlemesine yer verilmiştir.

Bilirkişinin gördüğü işlerde ilk bakışta göze çarpan iki önemli özelliği vardır. Bunlardan biri, bilirkişiye sahip olduğu özel ilmi ve teknik bilgi sebebiyle müracaat edilmiş olması ve bilirkişinin sahip olduğu bu özel bilgiyi kullanmak suretiyle görevini ifa etmiş bulunması, diğeri ise, bilirkişinin bu görevini hâkimin talimatı ve

¹⁵¹⁴ “5271 sayılı Ceza Mukakemesi Kanunu’ nun 170/3. maddesinde iddianamede nelerin gösterileceği, aynı Kanun’ un 174/1. Maddesinde ise iddianamenin hangi hallerde iadesine karar verilmesinin belirtildiği, soruşturma aşamasında şüphelinin gözlem altına alınması suretiyle şüphelinin akıl hastası olup olmadığının, akıl hastası ise ne zamandan beri hasta olduğunun ve bu hastalığının, şüphelinin davranışları üzerindeki etkilerini saptayan resmi sağlık kurumu raporunun alınmamasının iddianamenin iadesi sebebi yapılamayacağı gibi, bu hususun yargılama evresinde mahkeme tarafından da tamamlanabileceği gözetilmek suretiyle itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden...kararın bozulması...” **Yargıtay, 2. CD., E. 2007/12915, K. 2007/11684, T. 20.09.2007** (YKD., C. 33, S. 12, Aralık 2007, s. 2302-2303); Bilirkişi raporu alınmamasının iddianamenin iadesi sebebi olarak kabul edilmemesi hakkında aynı yönde karar için bkz. **Yargıtay, 4. CD., E. 2009/28222, K. 2010/1218, T. 02.02.2010** (YKD., C. 37, S. 5, Mayıs 2011, s. 932 vd.)

¹⁵¹⁵ Yahya Deryal, **Türk Hukukunda Bilirkişilik ve Bilirkişi Raporu Örnekleri**, Seçkin Yayınevi, İstanbul, 2001, s. 3; Yener Ünver / Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 255 vd.; Bahri Öztürk / Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 467; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 627; Burcu Dönmez, “Yeni CMK’da Bilirkişi Kavramı”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, 2007, s. 1145; Handan Sevik Yokuş, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM)**, C. LXIV, S. 1, s. 49.

¹⁵¹⁶ Sevik Yokuş, s. 49.

direktifi üzerine yerine getirmesi, başka bir deyimle, özel bilgisini ancak hâkimin direktifi ile uygulamasıdır¹⁵¹⁷.

Bilirkişilik delillere ulaşmak için bir araç olmasının yanında, delillerin içeriğini öğrenme ve delilleri değerlendirme aracıdır¹⁵¹⁸. Delil değerlendirme araçları, delilleri değerlendirme yetkisi bulunan mercii (hâkim ya da Cumhuriyet savcısı) maddi gerçeğin bütünü veya bir parçası hakkında, delillerin mahiyetini ortaya koymak ve bunların yargılama konusu olayın ispatına elverişli olup olmadığını değerlendirmek amacıyla başvurdukları “gerçeği gösteren araçlar”dır¹⁵¹⁹. Delilleri değerlendirecek merci, özellikle belge ve belirtilerin içeriğinin öğrenilmesi bakımından çoğu kez teknik ya da uzmanlık gerektiren bir bilgiye sahip olmadığı için, belge ve belirtilerin anlamlandırılması ve bunların içeriğinden muhakemenin bütün sujelerinin faydalanabilmesi için bilirkişiye başvurur¹⁵²⁰.

Akıl hastalığı nedeniyle gerçekleştirilecek adli psikiyatrik inceleme açısından da bilirkişilik ile ilgili kurallar önem arz etmektedir. Failin fiili işlediği anda akıl hastası olup olmadığı, akıl hastası ise bu hastalığın failin davranışlarına ne şekilde etki ettiği hususu, özünde tıbbi bir konu olduğundan, çözümü teknik bilgi ve tecrübe gerektirdiği için, bu konuda bilirkişiye başvurulmaktadır¹⁵²¹. Bu başvuru ile adli psikiyatrik bilirkişinin yardımı vasıtasıyla fail hakkında kusur yeteneği değerlendirmesi yapılmaya ve bu konuda karar verilmeye çalışılmaktadır. Bu bakımdan adli psikiyatri bilirkişisi, kusur yeteneği hakkında nihai kararı verecek olan mahkemenin yardımcısı olarak görev yapmaktadır. Bu durumda bilirkişinin rolü ve bilirkişilik müessesine ilişkin Yargıtay şu şekilde tespitte bulunmuştur:

¹⁵¹⁷ Nevzat Güreli, **Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik**, İstanbul, 1967, s. 11.

¹⁵¹⁸ Güreli, s. 18.

¹⁵¹⁹ Fatih Birtek, **AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 213.

¹⁵²⁰ Birtek, s. 215.

¹⁵²¹ “...5237 sayılı *Türk Ceza Kanunu*’ nun 32/1. maddesine göre, akıl hastalığı nedeniyle işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış bulunan kişiye ceza verilemez; bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükümlenir. Hakkında güvenlik tedbirine hükümlenen akıl hastalarının, aynı Yasa’ nın 57/1. maddesi uyarınca yüksek güvenli bir sağlık kurumunda koruma ve tedavi altına alınması gerekir. Akıl hastalığının ve bunun davranışlarını yönlendirme yeteneğine etkisinin saptanması ise, psikiyatri biliminin verileri çerçevesinde bilirkişi uzman hekim tarafından belirlenecektir...” **Yargıtay, 9. CD., E. 2008/6230, K. 2009/1, T. 30.12.2008** (YKD., C. 35, S. 3, Mart 2009, s. 581-582)

“Öte yandan hakim özel ve uzmanlık bilgisini gerektiren konularda bilirkişiye başvurabilir. Bilirkişi, bir sorunun çözümünde uzmanlığından yararlanan kişidir. Görevi, uzman olduğu alanda mahkemeye yardımcı olmaktır. Uzmanlık gerektirmeyen, hakim veya savcının hukuk bilgisi, kültürü ve deneyimi ile çözülebileceği konularda bilirkişiye başvurulması CMUK.nun 66. maddesine aykırıdır. Bilirkişi mesleki ve teknik bilgisini somut olaya uygulayıp bundan çıkacak bilimsel ve maddi sonuçları saptamakla yükümlüdür. Bunun ötesinde kendisinden **hukuksal sonuç bildirmesi istenemez**. Kendiliğinden böyle bir sonuç bildirmiş ise bu, hakimi bağlamaz. Çünkü, saptanan maddi gerçeğin yasa normundaki ölçütlere göre suç oluşturup oluşturmayacağını tartışıp karar vermek hakimın görevidir.”¹⁵²²

Kanımızca bilirkişilik hem delil elde etme, hem de delil değerlendirme aracıdır. Böylece failin fiili gerçekleştirdiği sırada akıl hastası olup olmadığı, akıl hastası ise bu hastalığın davranışlarına nasıl etki ettiği hususunda, mahkemece toplanan deliller adli psikiyatri bilirkişinin değerlendirmesi için bilirkişiye başvurulacaktır. Burada söz konusu olan adli psikiyatrik bilirkişilik faaliyeti bir delil değerlendirme aracı faaliyetidir. Dosya içerisinde bulunan tanık ifadeleri, kamera kaydı vb. gibi hukuki yolla elde edilmiş deliller fail hakkında düzenlenecek rapor açısından değerlendirilmektedir. Adli psikiyatrik bilirkişilik aynı zamanda delil elde etme aracı da olabilecektir. Nitekim failin psikiyatrik muayenesi sonucu elde edilen bulgular ya da CMK m. 74 uyarınca gözlem altına alınan failin gözlem altında olduğu dönemde elde edilen bulgular, failin fiil anında akıl hastası olup olmadığı ya da hasta ise bu durumun davranışları üzerindeki etkisi konusunda delil elde etmeye yönelik faaliyetlerdir¹⁵²³.

CMK m. 63 düzenlemesine göre, kural olarak bilirkişiye başvurma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak failin bilincinin incelenmesi gibi belli bir ilmi ve tekniği ilgilendiren, özel bilgiyi gerektiren incelemelerde hâkim, bilirkişi tayinini zorunlu olarak yapacaktır¹⁵²⁴. Yargıtay bir kararında, hakkında yargılama sırasında anormallik arz ettiği şeklinde bir kanıya ulaşılmayan, bu konuda yargılama sürerken

¹⁵²² YCGK, E. 1998/8-68, K. 1998/143, T. 28.04.1998 (Kazancı İçtihat Programı)

¹⁵²³ Bilirkişi raporunun bir delil olup olmadığı ve bilirkişi görüşünün hukuki niteliği konusundaki tartışma için bkz. Birtek, s. 218 vd.; Yaprak Öntan, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 27 vd.

¹⁵²⁴ Ünver/ Hakeri, s. 262-263.

herhangi bir iddiası da olmayan, ancak temyiz dilekçesinde “psikolojik rahatsızlığı”nın bulunduğu iddiasına yer verilmesi durumunu önemsiz görmüştür¹⁵²⁵.

Şüpheli ya da sanık hakkında suçu işlediği zaman akıl hastası olup olmadığı ya da akıl hastası ise, bu durumun davranışlarına nasıl etki ettiği konusunda bilirkişiye başvurulacaktır. CMK çerçevesinde, bu durumlarda belirli bir bilirkişinin özellikle görevlendirilmesi ya da özellikle belirli bir kurumdan rapor alınması gerektiğini içeren bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle belirtilen durumlarda, sanığın akıl hastası olup olmadığı ve akıl hastası ise davranışlarına bu durumun etkisinin değerlendirilmesi için Adli Tıp Kurumu **veya** tam teşekküllü resmi bir sağlık kurumundan sağlık kurulu raporu alınacağı belirtilebilir¹⁵²⁶. Bu konuda mahkemenin takdiri önemlidir. Bu konuda mutlaka Adli Tıp Kurumu’ndan rapor alınması gerekmektedir¹⁵²⁷. Ancak Yargıtay istikrarlı şekilde verdiği kararlarda,

¹⁵²⁵ “Yargılama sırasında sanığın tutum ve davranışlarından cezai ehliyetini etkileyecek akıl hastalığı olduğu yönünde mahkemede bir kanaatin oluşmadığı, dosya içerisinde sanığın akıl hastası olduğuna ilişkin herhangi bir belgenin de bulunmadığı, duruşmalarda akıl hastası olduğunu ileri sürmeyen sanığın, hükümden sonra yazdığı temyiz dilekçesinde psikolojik rahatsızlığının bulunduğunu belirtmesinin, suç tarihi itibarıyla akıl hastası olabileceği şeklinde değerlendirilemeyeceği anlaşılmakla,

Oluşa ve dosya içeriğine uygun olan mahkemenin kabul ve uygulamasında bir isabetsizlik görülmediğinden tebliğnamedeki bozma düşüncesine katılmamıştır.” **Yargıtay, 2. CD., E. 2011/25404, K. 2013/4636, T. 06.03.2013.**

¹⁵²⁶ “...Ceza Muhakemesi Kanunu’nda bu tür raporların hangi hekim ya da kurumlardan alınacağı hususunda bir açıklık olmadığı ve yargılama usulüne ilişkin kurallarda kıyas mümkün bulunduğu için, bu durumda akıl hastalığının saptanmasına dair kurallar öngören diğer yasal düzenlemelerden yararlanılmalıdır. Kişilerin akıl hastalığı nedeniyle kısıtlanması yöntemini düzenleyen Türk Medeni Kanunu’ nun 409/2. maddesinde, ‘akıl hastalığı veya zayıflığı sebebiyle kısıtlamaya ancak resmi sağlık kurulu raporu üzerine karar verilir.’ denilmektedir. 10.09.1982 tarih ve 8/5819 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kabul edilen Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği’ nin 5. maddesinde sağlık kurumları işlevlerine göre beş gruba ayrılmış, genel dal hastaneleri ile eğitim ve araştırma hastaneleri ayrı birer grup olarak düzenlenmiş, 22 ve devamı maddelerinde ise, sağlık kurullarının oluşumu kurala bağlanmıştır. Bir başka yasal düzenleme de, infaz sırasında akıl hastalığına tutulan hükümlülerle ilgili infazın geri bırakılması koşul ve yöntemlerini düzenleyen 5275 sayılı CGTİK’ nin 16. maddesinde yer almıştır. Buna göre, infazın geri bırakılması kararı ancak Adli Tıp Kurumu’ nca düzenlenen veya Adalet Bakanlığı’ nca belirlenen tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurullarınca düzenlenip Adli Tıp Kurumu’ nca onaylanan raporlar üzerinde verilebilecektir.

Dolayısıyla, şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığı, belirtilen sağlık kurumlarından herhangi birinden aldırılacak sağlık kurulu raporu ile saptanabilir...” **Yargıtay, 9. CD., E. 2008/6230, K. 2009/1, T. 30.12.2008 (YKD., C. 35, S. 3, Mart 2009, s. 582)**

¹⁵²⁷ “Soruşturma evresinde sanığın akıl hastası olup olmadığı yönünde herhangi bir araştırma yapılmadığı, kovuşturma evresinde ise sevk edildiği ... Hastanesinde görevli Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Uzmanınca düzenlenen ön raporda işlediği iddia olunan suçların anlam ve

belirtilen nitelikteki kurumlar dışındaki Adli Tıp Şube Müdürlüğü' nden alınan raporu yeterli görmemiştir¹⁵²⁸.

Bilirkişilik ve özellikle adli psikiyatrik bilirkişilik müessesesi bu çalışmanın gerçekleştirilmesi ile amaçlanan kapsamda yer almamaktadır. Zira bu konu ayrı bir doktora çalışmasının konusu oluşturabilecek nitelikte bir konudur. Bu nedenle burada sadece temel bazı açıklamalara yer verilerek, bu konunun sadece maddi ceza hukuku bakımından önem arz eden, failin kusur yeteneğinin değerlendirilmesi sürecindeki rolü üzerinde durulmaya çalışılmaktadır. Bu açıdan üzerinde durulması gerekli en önemli husus, faildeki akıl hastalığı nedeniyle yapılacak kusur yeteneği değerlendirmesinde hâkim ile bilirkişi arasında yer alan işbölümü ve yetki dağılımı konusudur.

B. Kusur Yeteneği Değerlendirilmesinde Hâkim İle Bilirkişi Arasında İşbölümü Ve Yetki Dağılımı

Çalışmanın önceki bölümlerinde açıklandığı üzere akıl hastalığı nedeniyle fail hakkında yapılacak kusur yeteneği değerlendirmesi işlemi, özünde iki aşamada gerçekleştirilmektedir. Bunlar; fiili gerçekleştirdiği sırada failin akıl hastası olup olmadığının tespit edilmesi ve bu durumun kanunun ifadesi ile “failin fiilinin hukuki

sonuçlarını kavrayabileceğinin belirtildiği, akabinde ... Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesinde psikiyatri uzmanlarından oluşan beş kişilik sağlık kurulunca muayene edilip oybirliği ile sanıkta aktif psikopatoloji saptanmadığına ve cezai ehliyetinin tam olup TCK'nun 32. maddesi kapsamına girmeyeceğine dair rapor düzenlendiği, bu raporun sanığın daha önce işlediği başka bir suç sebebiyle düzenlenen raporla da uyumlu olduğu mevzuatımızda akıl hastalığı ile ilgili ayrıca ve mutlaka Adli Tıp Kurumundan da rapor alınması şeklinde bir zorunluluk bulunmadığı hususları birlikte değerlendirildiğinde; sanığın ceza sorumluluğunun tam olduğuna dair ... Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesinden alınan raporun hükme esas alınmaya yeter nitelikte olduğu, sanığın ibraz ettiği suç tarihinden çok sonra düzenlenmiş kesin bir akıl hastalığı teşhisi içermeyen tıbbi belgelere dayalı olarak ayrıca Adli Tıp Kurumundan da rapor alınmasına gerek bulunmadığı kabul edilmelidir.” YCGK, E. 2014/8-796, K. 2016/51, T. 09.02.2016 (Kazancı İçtihat Programı)

¹⁵²⁸ “Sanığın suç tarihinde işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayıp algılamadığı, bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin azalıp azalmadığı ve azalmış ise bunun önemli derecede olup olmadığı hususlarında Adli Tıp Kurumu veya Ruh ve Sinir Hastalıkları Hastanesinden rapor alınarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken Denizli Adli Tıp Şube Müdürlüğünden alınan raporla yetinilerek eksik kovuşturmayla yazılı şekilde hüküm kurulması,...Bozmayı gerektirmiş,...” Yargıtay, 2. CD., E. 2009/57306, K. 2011/34537, T. 26.09.2011 (Kazancı İçtihat Programı); aynı yönde Yargıtay, 4. CD., E. 2014/50699, K. 2015/25360, T. 26.03.2015 (Kazancı İçtihat Programı); Ankara BAM, 2. CD., E. 2017/864, K. 2017/661, T. 04.04.2017 (Kazancı İçtihat Programı)

anlam ve sonuçlarını algılama” veya “davranışlarını yönlendirme” yeteneklerine ne şekilde etki ettiğinin ortaya çıkarılması aşamalarıdır. Her iki aşama da kusur yeteneği hakkında sağlıklı bir karar verilebilmesi açısından olmazsa olmaz niteliğinde aşamalarıdır. Bu nedenle akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneği hakkında kararı verecek olan merci ile bilirkişi arasında uyumlu ve anlaşılır bir ilişki kurulması gerekmektedir. Bu ilişki sırasında çoğunlukla değişik nedenlerle birer muhakeme süjesi olan bilirkişi ve hâkimin, kusur yeteneği değerlendirmesinde hangi role sahip oldukları, gerçekleştirdikleri faaliyetin sınırları konusunda sıkıntılar yaşanmaktadır. Bilirkişi tarafında hukuk kanadının ne talep ettiğinin açıklığı konusunda ya da bir tanının konulabilmesi için gerekli unsurlara doğrudan erişememe gibi konularda, hukuk tarafında ise bilirkişi raporlarındaki teknik ifadelerin anlaşılmasındaki güçlük ve raporlar arasındaki çelişki¹⁵²⁹, bilirkişinin hukuki değerlendirmelere girmesi gibi konularda uyumsuzluğun doruk noktaya çıktığı söylenmelidir. Bu uyumsuzluğun önüne geçilebilmesi için, akıl hastalığı nedeniyle yapılacak kusur yeteneği değerlendirmesinde bilirkişi ve mahkemenin rol dağılımının doğru olarak belirlenmesi gerekmektedir.

Kusur yeteneği konusunda **karar hükmü** tamamen mahkemenin takdirindedir. Çünkü kusur ve kusur yeteneği konusu hukuki bir sorundur¹⁵³⁰. Bilirkişi, ancak ilgili alanda mahkemenin gerekli bilgiye sahip olmadığı ölçüde delillerin değerlendirilmesi açısından destekleyici bir faaliyette

¹⁵²⁹ “Sanığın akıl hastalığı ve cezai ehliyeti konusunda Ruh Sağlığı Hastalıkları Hastanesi raporu ile Adli Tıp Kurumu İhtisas Dairesi raporları arasında çelişki bulunduğuna göre, sanığın muayenesi de yapılarak Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu’ndan rapor alındıktan sonra hukuki durumu değerlendirilmelidir.” **Yargıtay, 1. CD., E. 2007/335, K. 2008/2141, T. 20.03.2008** (YKD., C. 34, S. 11, Kasım 2008, s. 2256-2257); aynı yönde **Yargıtay, 14. CD., E. 2016/4339, K. 2016/6469, T. 30.06.2016** (YKD., C. 42, S. 10, Ekim 2016, s. 2562); **Yargıtay, 1. CD., E. 2015/6125, K. 2017/244, T. 01.02.2017** (YKD., C. 43, S. 8, Ağustos 2017, s. 1904-1905); **YCGK, E. 2015/607, K. 2015/300, T. 06.10.2015; Yargıtay, 2. CD., E. 2014/5404, K. 2015/6162, T. 25.03.2015.**

¹⁵³⁰ Her ne kadar Yargıtay kusur yeteneği hakkında vermiş olduğu kararlarda bu hususa değinmemişse de, trafik kazalarındaki kusurun ortaya çıkarılması hakkında vermiş olduğu bir kararda kusurun hukuki bir sorun olduğunu vurgulamıştır: “Kusur bir hukuk sorunudur. Kusurun belirlenmesinde, kanıtların değerlendirilmesi, olguların saptanması, kusurun olup olmadığı ve derecesinin tespiti hukuki nitelendirmeyi gerektirir ve hakimin görevidir. Hakim somut olayın özelliklerini adalet, hakkaniyet ölçüleri içinde yoğurarak toplum vicdanını rahatsız etmeyecek bir karar vermelidir.” **Yargıtay, 9. CD., E. 2006/4123, K. 2006/6229, T. 14.11.2006.**

bulunabilmektedir¹⁵³¹. Alman Federal Yüksek Mahkemesi de, daha önce belirtilen Yargıtay kararında yer aldığı gibi, bilirkişiyi hâkimin “yardımcısı” olarak adlandırmıştır¹⁵³². Öğretide *Arthur Kaufmann*, bunun gerçek rol dağılımına uygun bir tanım olmadığını savunmaktadır¹⁵³³. Bilirkişi hakkında hüküm aşamasında “bağımsız yardımcı”¹⁵³⁴ ya da “gerçeğin ortaya çıkarılmasında bağımsız yardımcı”¹⁵³⁵ şeklinde bahsedilmesi daha uygun olacaktır. Ancak bu, hem gerçeklik açısından hem hukuki açıdan karar için yegâne sorumlunun, makamı gereği hâkim olduğu gerçeğini değiştirmez¹⁵³⁶. Alman Federal Yüksek Mahkemesi, bu hususu önemli bir esas kararında aşağıdaki gibi formüle etmiştir:

*“Bilirkişi, hâkimin bir yardımcıdır. Bilirkişi, ancak kendi mesleki gözlemleriyle kazanılabilen, olaya ilişkin gerekli bilgileri mahkemeye sunmakla ve bir değerlendirme mümkün olacak şekilde gerekli tüm bilimsel donatıları sağlamakla mükelleftir. Fakat bilirkişi, karara esas olan tespitleri hâkim yerine yapmaya ne yetkilidir ne de bundan sorumludur. Bu, sadece bilirkişinin hazırlayacağı raporunda esas alması gerektiği, esas tespiti için, bağlantı kuracağı durumlar için değil, aynı zamanda tıbbi gözlemleri ve çıkardığı sonuçları için de geçerlidir. Hatta özel bilimsel hususlar söz konusu olduğunda, bunların bile ikna kabiliyetinin hâkim tarafından kontrol edilmesi gerekmektedir.”*¹⁵³⁷

¹⁵³¹ Constantin Kruse, “Die Sachverständigenauswahl für die Schuldfähigkeitsbegutachtung”, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 8/ 2014, s. 509; Fischer, § 20, kn. 65a; Schreiber/ Rosenau, s. 113.

¹⁵³² BGHSt 3, 27 vd., 9, 292 vd. (Schreiber/ Rosenau, s. 113); Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, s. 472.

¹⁵³³ *Kaufmann*’ a göre, hakim ve bilirkişi ceza muhakemesinde birbirini tamamlayan farklı yetki pozisyonlarını temsil etmektedirler. Hakim hukuk gücü otoritesini, bilirkişi ise özel bilgi otoritesini temsil etmelidir. Ancak uygulamada sıklıkla bu iki sünün rekabet içinde oldukları görülmektedir. Bilirkişiyi hakim “yardımcısı” şeklinde nitelemeye bulunmak, diğerinin pozisyonunu önemsizleştirilmesi olarak görülmektedir. Bu bakımdan bu yanlış niteleme kabul edildiğinde hakim, bilirkişinin biçare (etkisiz) yürütme organı olacaktır. Bkz. Arthur Kaufmann, “Das Problem der Abhängigkeit des Strafrichters vom medizinischen Sachverständigen”, *JuristenZeitung (JZ)*, 23/ 1985, s. 1066.

¹⁵³⁴ Schreiber/ Rosenau, s. 113.

¹⁵³⁵ Hans-Ludwig Schreiber, “Zur Rolle des psychiatrisch-psychologischen Sachverständigen im Strafverfahren”, *FS für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag*, Darmstadt, 1985, s. 1008.

¹⁵³⁶ Lenckner, “Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit”, s. 142.

¹⁵³⁷ BGHSt 7, 239 vd. (Schreiber/ Rosenau, s. 113)

Hâkimin son kararı verme yetkisinin¹⁵³⁸ isabetli bir şekilde vurgulanmasına rağmen, bilirkişinin de karar üzerinde önemli ölçüde etkiye sahip olduğu ve beşeri yaşam alanları arasında fark gözetme ve bu alanların karmaşıklığı konusunda uzman olarak yasal konseptlerin bu alanlarla bağdaştırılması konusunda fiilen çok yönlü egemen bir görüş elde ettiği unutulmamalıdır¹⁵³⁹. Adli psikiyatrik değerlendirme, diğer tıp dallarında olduğu gibi, basitçe iki bilim alanının kesişim alanı değil, insanın değerler sistemiyle ilişkili ve henüz ölçülebilirliği denenmemiş farklı bir sahadır¹⁵⁴⁰. Adli psikiyatrik değerlendirme kişinin geçmiş yaşantısının, gözlem/ değerlendirme sürecindeki ve yargılamanın konusunu oluşturan eylem sırasındaki duygu, düşünce, davranışlarının, psikiyatrik muayenelerdeki bulguların, psikometrik incelemelerin, resmi belgelerin incelenmesine dayanmaktadır¹⁵⁴¹.

Uygulamada genel olarak bilirkişinin görüşünün mahkeme tarafından karara aktarıldığı ve bu durumun kusur yeteneği konusundaki sonucun hâkim tarafından değil, bilirkişi tarafından belirlenmekte olduğu endişesini yarattığı söylenmektedir¹⁵⁴². Bazı durumlarda hâkimin incelemesi bilirkişinin, alanının deneyimli ve güvenilir bir temsilcisi olup olmadığı ve bu nedenle bu alandaki uzmanlık bilgisine güvenilebilinip güvenilemeyeceği hususları ile sınırlı olmak zorundadır¹⁵⁴³. Böylelikle bazı durumlarda bilirkişinin, özel branş alanı ile yardımcı olarak karar üzerinde önemli bir etkisi olabileceğinden bahsedilebilir¹⁵⁴⁴.

¹⁵³⁸ Hâkimin nihai karar verme yetkisi Yargıtay'ın bir kararında da vurgulanmıştır: “TCK'nın 31/2. maddesi uyarınca, 12-15 yaş grubunda bulunan suça sürüklenen çocukların ceza sorumluluklarının varlığının tespiti bakımından alınan adli raporda, çocuğun, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması hali ile davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması durumunun, seçenek olarak değerlendirilip ayrı ayrı gözetilmesi gerektiği, öte yandan sosyal inceleme raporu ve ceza sorumluluğunun tespiti için alınan adli raporun, ceza yargılamasında bilirkişi raporu niteliğinde olması nedeniyle, çocuğun ceza sorumluluğunun var olup olmadığına nihai olarak karar verme yetkisinin münhasıran mahkemeye ait olduğu gözetilmelidir.” Yargıtay, 18. CD., E. 2015/27756, K. 2016/4743, T. 14.03.2016 (YKD., C. 42, S. 7, Temmuz 2016, s. 1789 vd.)

¹⁵³⁹ Lenckner, “Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit”, s. 147.

¹⁵⁴⁰ Konuk/ Kökrek/ Karadeniz, s. 59.

¹⁵⁴¹ Doğan Yeşilbursa, “Yargılama Süreçlerinde Bilirkişilik ve Adli Psikiyatrik Değerlendirme”, **Adli Psikiyatri Uygulama Kılavuzu** (Edit.: Mustafa Sercan), 1. Baskı, Türk Psikiyatri Derneği Yayını, Ankara, 2007, s. 20.

¹⁵⁴² Schreiber/ Rosenau, s. 113.

¹⁵⁴³ BGHSt 7, 239 vd. (Schreiber/ Rosenau, s. 113; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, s. 477). Örneğin, bilirkişi raporunda uygulamakta olduğu metotları açıklamaktan kaçınırsa, bu durum ceza

Tıbbi bilirkişi adli tıp alanındaki bilgi ve tecrübeleriyle bir davada gerçeği arayan taraflar arasında yardımcı olan, bağlantı kuran kişidir. Bu rolü ile hiçbir zaman ispatın bizatihi kendisi değildir, ancak bir ispat aracıdır¹⁵⁴⁵. Bilirkişi kendisine verilen yardımcılık süresince, hâkimin yetki ve sorumluluk yükünü, yani kısacası hâkimin rolünü üstlenmekten kaçınmalıdır. Bilirkişi uzman kişi olmakla birlikte hiçbir zaman hâkimin yerine geçemez. Bilirkişinin görevi kararı verecek olan kişiyi ihtiyaç duyduğu bilgi ile donatmaktır¹⁵⁴⁶. Her olayın kendi özel şartları içinde ve sosyokültürel faktörleriyle beraber incelenmesi gerektiğinden bilirkişi, mahkemenin sorduğu hususları kişinin sosyal ve hastalığının prognostik durumuna göre değerlendirir¹⁵⁴⁷.

Akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneğinin etkilenip etkilenmediği değerlendirmesi kişinin sosyal, psikiyatrik ve bedensel olarak incelenmesini içeren geniş kapsamlı bir değerlendirmedir. Bu değerlendirme ayaktan veya gerekli görüldüğü takdirde gözlem altına alınma yoluyla gerçekleştirilebilir. Fonksiyonel ruhsal bozukluklara yönelik psikiyatrik muayenenin yanı sıra, rutin laboratuvar incelemeleri, ayrıca EEG, gereğinde görüntüleme yöntemleri, kan ve idrarda alkol ve psikoaktif madde ve metabolitlerin araştırılması, özel bir organik hastalıktan şüphelenilmesi halinde ilgili incelemenin yapılması gerekmektedir¹⁵⁴⁸.

Kusur yeteneği hakkındaki bilirkişi değerlendirmesinde, tanı kodları olarak adlandırılan kodların dikkate alınması durumunda, bu sistemlerin adli amaçlar için geliştirilmemiş oldukları, bundan dolayı belirli bir hastalık tablosunun ICD-10 veya DSM-V içinde alınmış olmasının bilirkişiyi hiçbir zaman, değerlendirilmesi gereken bozukluğun boyutu hakkında somut saptamalar yapma ve bu bozukluğu suç teşkil eden fiil üzerindeki etkisini açıklama yükümlülüğünden kurtarmayacağı söylenmelidir¹⁵⁴⁹.

hâkiminin onun uzmanlık bilgisinden şüphe etmesine neden olabilir. Bu halde bir başka bilirkişinin görevlendirilmesi söz konusu olabilecektir. Bkz. Schöch, LK, § 20, kn. 225.

¹⁵⁴⁴ BGH, JZ 1974, 548, 550 (Schreiber/ Rosenau, s. 113)

¹⁵⁴⁵ Salih Yaşar Özden, “Tıbbi Bilirkişiliğin Tarihi Gelişimi ve Adli Psikiyatride Bilirkişinin Özellikleri”, **Düşünen Adam**, 1977, 10(2), s. 46.

¹⁵⁴⁶ Özden, “Adli Psikiyatride Bilirkişinin Özellikleri”, s. 46.

¹⁵⁴⁷ Kendi/ Bogenç/ Bilge/ Acar/ Tunalı, s. 167.

¹⁵⁴⁸ Özkan/ Hakeri, s. 95.

¹⁵⁴⁹ BGHSt 37, NSTZ 1997 s. 383 vd.

Adli psikiyatrik bilirkişilik kapsamında hazırlanan raporun bütünlüğü, kendi içinde hukuki ve tıbbi tutarlılığının olması gerektiği söylenmektedir. Raporla mutlak tanı belirtme zorunluluğu olmadığı, bulguların özgül bir psikiyatrik tanıyı tam olarak karşılamayabileceği belirtilmektedir. Bu konuda tanı belirtilecekse, DSM ve ICD tanı ölçütlerinin adli uygulamalarda belirleyici ve sınırlayıcı olmadığı hatırdan uzak tutulmamalıdır. Ancak tanı koyma zorunluluğunun bulunmaması bilimsel dayanakların ihmal edilmesi anlamını taşımamalıdır. Raporun sonuç bölümünde kanun maddesi belirtilmemeli, konuya ilişkin ayrıntılı tıbbi değerlendirme yapılmalı ve gerekçeli görüş belirtilmelidir¹⁵⁵⁰.

Önce de vurgulandığı üzere kusur yeteneği hakkında kararı verecek olan, hâkimdir. Sağı akıl hastalığı nedeniyle kusursuz saymaya ya da olayda azalmış kusur yeteneğinin varlığını kabul etmeye yetkili olan bilirkişi değil, bizzat hâkimdir. Hâkim failin kusuru hakkında düşüncesini oluşturmak konusunda yükümlüdür¹⁵⁵¹. Failin fiili gerçekleştirdiği sırada “davranışlarını yönlendirme yeteneği”nin önemli miktarda azalmış olup olmadığı değerlendirmesi sonucundaki karar, “**bizzat görevli hâkim tarafından kendi sorumluluğu içinde, bilirkişinin görüşlerine bağlı kalmadan verilecektir.**”¹⁵⁵² Bu nedenle bilirkişinin tanzim etmiş olduğu raporun sonunda sanığın “tıbbi çıkış noktası itibarıyla” veyahut “ruh sağlığı açısından” kusur yeteneğinin olmadığı ya da sadece sınırlı ölçüde sorumluluk sahibi olduğu yönde görüş sunması ve mahkemenin, bu görüşü aynen esas alması yerinde değildir¹⁵⁵³. Yargıtay’ın ise, tam tersi bir uygulamanın yapılması gerektiği yönünde kararları bulunmaktadır¹⁵⁵⁴. “*Ceza hâkimi sanığın durumu hakkında kendi görüşünü*

¹⁵⁵⁰ Yeşilbursa, s. 22.

¹⁵⁵¹ Schöch, LK, § 20, kn. 219.

¹⁵⁵² BGHSt 49, 45 [53] (Schreiber/ Rosenau, s. 113)

¹⁵⁵³ Ceza hâkiminin yazılı kararında bilirkişi raporuna yer vermesi ve raporu anlamadan terminolojinin bile rapordan aynen alarak karara yazması halinin, temyiz incelemesi yapacak merci için işkence olduğu belirtilmektedir. Bkz. Schöch, LK, § 20, kn. 218.

¹⁵⁵⁴ “*Hükme esas alınan Adana Ekrem Tok Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesi tarafından düzenlenen 04.07.2013 tarihli raporda, ‘atipik psikoz’ rahatsızlığı nedeniyle sanığın TCK’nın 32/2 maddesinden yararlanabileceğinin belirtilmiş olmasına rağmen, raporla çelişecek şekilde sanık hakkında TCK’nın 32/1. maddesinin uygulanmasına karar verilmesi, ... Kanuna aykırı...*” **Yargıtay, 18. CD., E. 2015/34532, K. 2017/5497, T. 10.05.2017**; “*Niğde Devlet Hastanesi tarafından düzenlenen 02/05/2013 tarihli raporda, hastalığı ve şu anki durumu sebebiyle ilgili ayrıntılı ve net bilgi alınmadığının, akut psikotik atak tanısı konan şahsın bu haliyle işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin bulunmadığının belirtilmesine karşın, sanıkta var olduğu ileri*

oluşturma görevini, bilirkişinin bulgularını, bunları irdelemeden tekrarlayarak yerine getirmiş sayılamaz.”¹⁵⁵⁵ Mahkeme bu şekilde yerinde olmayan bir yöntemle bilirkişi raporunu kararında gerekçe olarak sunamaz. Örneğin bilirkişinin raporunda “sanığın TCK 32. maddesinden faydalanması gerekmektedir” ya da “TCK 32/2 maddesinden yararlanabileceği” gibi bir açıklamayı, aynen irdelemeksizin hükmünde yer vermesi uygun değildir. Çünkü burada söz konusu olan “sorumluluk” tıbbi bir kavram değil, hukuki bir kavramdır¹⁵⁵⁶. Öte yandan bilirkişinin tespitleri, hâkimin kararı için son derecede önem arz etmektedir. Bilhassa psikiyatrik bilirkişi raporlarında özellikle failin algılama ve davranışlarını kontrol yeteneğinin olumsuz yönde ne derecede etkilenmiş olduğunun değerlendirilmesi, kusur yeteneği hakkında verilecek hukuki karar açısından büyük önem arz etmektedir¹⁵⁵⁷. Ancak özellikle ülkemizde akıl hastalığı konusundaki nihai kararın çoğunlukla bilirkişi tarafından verilmesinin beklendiği görülmektedir. Hatta Yargıtay da bazı kararlarında, bizce yerinde olmayarak, adeta bu yönde bir uygulamanın yapılması gerektiğini belirtmektedir¹⁵⁵⁸.

sürülen akıl hastalığının 5237 sayılı TCK'nın 32. maddesinin hangi fıkrası kapsamında olduğunun açıklanmadığının anlaşılması karşısında bahsi geçen hastalığının, 5237 sayılı TCK'nın 32. maddesi ışığında, suç tarihinde işlediği eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme (irade) yeteneğini tamamen kaldıracak veya önemli derecede azaltacak nitelikte olup olmadığının araştırılıp yöntemince raporla saptanarak, sonucuna göre hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi,...Bozmayı gerektirmiş...” Yargıtay, 13. CD., E. 2015/169, K. 2015/4898, T. 18.03.2015.

¹⁵⁵⁵ BGH, StV 2000, 18 vd. (Streng, Strafrechtliche Sanktionen, s. 477)

¹⁵⁵⁶ Lenckner, “Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit”, s. 142; Schreiber/ Rosenau, s. 114.

¹⁵⁵⁷ Schreiber, “Zur Rolle des psychiatrisch-psychologischen Sachverständigen im Strafverfahren”, s. 1012.

¹⁵⁵⁸ “...Malatya Devlet Hastanesinin sanık hakkında düzenlediği 02.08.2012 tarihli sağlık kurulu raporunda orta zeka geriliği teşhisi ile sanığın işlediği fiilin hukuki anlam ve sonucunu algılayamayacağı, bu fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalmış olduğunun belirtildiği, raporda sanığın 5237 sayılı TCK'nın 32. maddesinden yararlanıp yararlanamayacağı hakkında herhangi bir bilgi bulunmadığı anlaşılacakla, sanığın suç tarihi itibarıyla işlediği fiillerin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama veya bu fiillerle ilgili olarak davranışları yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalıp azalmadığı konusunda Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesi ya da Ruh Sağlığı ve Sinir Hastalıkları Hastanelerinden kurul raporu aldırılıp, anılan Kanun'un 32/1. veya 32/2. maddeleri kapsamında akıl hastalığının bulunup bulunmadığının tespit edilip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, Malatya Devlet Hastanesince düzenlenen rapor ile yetinilerek sanık hakkında beraat ve koruma ve tedavi arlına alma kararı verilmesi,...Bozmayı gerektirmiş...” Yargıtay, 22. CD., E. 2015/15467, K. 2016/3384, T. 09.03.2016.

Hâkim, nihai kararı vermekteki yetkisi ve yükümlülüğü saklı kalmak kaydıyla, kusur yeteneği konusunda bilirkişinin desteğine ihtiyaç duymaktadır. Sanık, kusur yeteneğinin olmadığını veya kusur yeteneğinin önemli derecede kısıtlanmış olduğunu öne sürmese de, kusur yeteneğinin olmadığı veya önemli derecede kısıtlanmış olduğu yönünde önemli şüphelerin olması durumunda hâkimin bu hususu araştırması ve incelemesi gerekmektedir¹⁵⁵⁹. Genelde (örneğin beyin hasarlarında, kafa yaralanmalarında, ileri yaşta aniden ortaya çıkan suçlarda, suçun sıra dışı işlenişinde, göze çarpan psişik özelliklerde) bir bilirkişiye danışılması gerekmektedir¹⁵⁶⁰. Mahkeme, sanığın TCK m. 32/2 uyarınca bir ceza indirimini “hak etmediği” gerekçesiyle bilirkişiye başvurmadan imtina edemez. Bu, olaydaki failin somut kusurunun ortaya çıkarılması ve bu hususun gerekli değerlendirmesine uygun olmaz¹⁵⁶¹.

Kusur yeteneği değerlendirmesinin ikinci aşamasında failde tespit edilen “zihinsel bozukluk” durumunun, psişik ve normatif niteliğe sahip olan failin yeteneklerine ne şekilde etki ettiği araştırılacaktır. Bu aşamada yer alan algılama ve davranışları kontrol yetenekleri, ne tamamen duruma dayalı, ampirik metotlarla tespit edilebilir ve tarif edilebilir yapılardır, ne de tamamen normatif yapılardır¹⁵⁶². Elbette ki ortalama “normal” sayılabilecek bir insandan beklentilerin neler olduğu ve ne zaman bu eşiğe erişilmiş olduğu ya da algılama ile kontrol yeteneklerinin önemli derecede azalmış kabul edildiği seviyenin ne olduğu gibi sorularda, hâkim tarafından yanıtlanması beklenen hukuki sorular mevcuttur¹⁵⁶³. Fakat burada önem arz eden, kusur ve kusur yeteneği için geliştirilen konseptte göre normal hareket kabiliyetinin psişik olarak olumsuz etkilenmiş olduğu derecedir. Bu derece, tam olarak ifade edilemese de, psişik hastalıkla kıyaslama içinde failin kişiliği üzerinde yarattığı etkilerle gösterilebilmektedir¹⁵⁶⁴. Bu derecenin ve etkilerin gösterilmesi, klinik

¹⁵⁵⁹ Schreiber/ Rosenau, s. 114.

¹⁵⁶⁰ Schönke/ Schröder, § 20, kn. 45.

¹⁵⁶¹ OLG Düsseldorf, NStZ-RR 1996, 134 (Schreiber/ Rosenau, s. 114)

¹⁵⁶² Schreiber/ Rosenau, s. 114.

¹⁵⁶³ Lenckner, “Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit”, s. 145.

¹⁵⁶⁴ Lenckner, “Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit”, s. 145.

tecrübeler bazında bilirkişinin en önemli görevlerindedir¹⁵⁶⁵. Bilirkişi irade özgürlüğü ve onun olumsuz etkilenme derecesi hakkında bir şey söyleyemez. İsaletli bir biçimde *Kurt Schneider*, sadece psikiyatrin değil hiçbir insanın bunu yapabilecek kapasitede olmadığını vurgulamıştır¹⁵⁶⁶.

Mahkemelerin ceza muhakemesi uygulamasında psikiyatlara, indeterminist şekilde anlaşılan irade özgürlüğü anlayışına göre kusur yeteneğinin var olup olmadığı sorusunu sormakta oldukları yönünde yanlış bir anlayış bulunmaktadır. Psikiyatr kendi uzmanlık nosyonu içinde bu irade özgürlüğünü tanımamakta ve her halükarda bu tür bir irade ile ilgilenmemektedir. Psikiyatr, kendine özgü kategoriler içinde iradenin belirlenmesi ve iradenin yönü hakkında cevap vermektedir. Hâkim ise, bu cevabı tekrar kendi kavramları içine alır ve kuracağı hüküm için kullanır. Böylece kusur yeteneği bilirkişiliğinde bir anlamda çifte “*nakil zararı*” ortaya çıktığı savunulmaktadır¹⁵⁶⁷.

Bilirkişinin, klinik tecrübeler göre faildeki psişik durumun normal olmadığı olaylarda sosyal eylem yetisindeki sınırlama veya bu yeteneğinin kaybı hakkında ifadelerde bulunması mümkündür¹⁵⁶⁸. Burada önemli olan, kişinin gelişimi itibarıyla belirli bir durumda fiilini dayandırdığı koşulların oluşumu, yani psikopatolojik bir cereyanın ölçüsüdür¹⁵⁶⁹. Değerlendirmede asıl önemli olan, bozukluğun yoğunluğu¹⁵⁷⁰, psikopatolojik bir sendromun boyutu ve derecesidir¹⁵⁷¹. “Normal” çoğunluğa kıyasla, hastalık kaynaklı farklılığın boyutu (ölçüsü) önemlidir¹⁵⁷².

Bilirkişinin görevi, “*fiil zamanında failin kafasında neler olup bittiğinin*” tarif edilmesi değildir¹⁵⁷³. Bilirkişinin asıl görevi, “normal” ile kıyas yaparak söz konusu

¹⁵⁶⁵ Joachim-Ernst Meyer, “Der psychiatrische Sachverständige und seine Funktion im Strafprozeß”, **Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (MschrKrim)**, 64. Jahrlang, Heft 4, 1981, s. 227.

¹⁵⁶⁶ Schneider, s. 48.

¹⁵⁶⁷ Schreiber, “Psikiyatrik ve Hukuksal Kriterler Arasında Kusur Yeteneği Değerlendirilmesi”, s. 27.

¹⁵⁶⁸ Rasch, “Die Zuordnung der psychiatrisch-psychologischen Diagnosen vier psychischen Merkmalen der §§ 20/21 StGB”, s. 267.

¹⁵⁶⁹ Venzlaff, “Die Mitwirkung des psychiatrischen Sachverständigen bei der Beurteilung der Schuldfähigkeit”, s. 291.

¹⁵⁷⁰ Meyer, “Der psychiatrische Sachverständige und seine Funktion im Strafprozeß”, s. 225.

¹⁵⁷¹ Mende, s. 321; Schreiber/ Rosenau, s. 114.

¹⁵⁷² Bockelmann, s. 382.

¹⁵⁷³ W. Sarstedt, “Auswahl und Leitung des Sachverständigen im Strafprozeß”, **Neue Juristische Wochenschrift (NJW)**, 1968, s. 181, 184; Schöch, LK, § 20, kn. 221; Schreiber/ Rosenau, s. 114.

bozukluğun boyutunu ve derecesini ortaya koymaktır¹⁵⁷⁴. Psikiyatrik bilirkişinin, salt hastalık tanısı koyma ile sınırlanması, kabul edilebilir değildir. Çünkü salt psikiyatrik durumların tarif edilmesi ve bunlara bağlı olarak tanılar belirtilmesi, vereceği normatif kararda hâkimin de işine yaramaz. Bu açıdan psikiyatrik bilirkişi, failde bulunan psikiyatrik halin, failin tıbbi olarak anlaşılan algılama ya da davranışlarını yönlendirme yeteneklerine ne şekilde etki edebileceğini de değerlendirmesi gerekmektedir. Bu değerlendirmeler sonucu ulaşılan sonuçlar, hukuki niteliğe sahip olan “fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama” ya da “davranışlarını bu algıya göre yönlendirme” yeteneklerinin etkilenip etkilenmediği konusunda hâkime yol gösterici olacaktır.

Özet olarak şu denilebilir: **psikiyatrik-psikolojik bilirkişinin yetki sahasına**, hâkimin nihai kararı verme yetkisi saklı kalmak kaydıyla, “kusur yeteneğinin her iki katı” da dâhildir. Bu bakımdan bilirkişi hem failin fiilini gerçekleştirdiği anda akıl hastası olup olmadığını (1. aşama), hem de akıl hastası ise bu hastalığın failin algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğine ne şekilde etki ettiğini (2. aşama) değerlendirmesi gerekir. Psikiyatristin sadece birinci (psişik) katla ilgili fiili tespitlerle sınırlı kalarak normatif bir kaçınma sergilemesi mümkün değildir¹⁵⁷⁵. Tıbbi ve hukuki değerlendirmenin hiçbir noktada iç içe olmadığı ve “net bir şekilde birbirinden ayrıştığı” görüşü¹⁵⁷⁶ doğru değildir¹⁵⁷⁷. Algılama ve davranışları kontrol yeteneğinin olmadığına veyahut azalmış olduğuna dair ölçü, hukuki kriterlere göre belirlense de, yine de psişik bozukluğun boyutuna ve yoğunluğuna göre yön bulmaktadır. Deneysellik ile normatifiklik bu noktada ayrılmaz bir biçimde birbirine bağlıdır¹⁵⁷⁸.

Bilirkişinin ilk görevinin, “fiil anındaki kişiliğin teşhis edilmesi ve tanılanması”¹⁵⁷⁹ olduğu belirtilebilir. Bunun dışında bilirkişi, tecrübelerine dayanarak

¹⁵⁷⁴ Bilirkişi bu kıyaslamayı tecrübelerinden edindiği bilgisine dayanarak, failin yerinde başka kişilerin olması durumunda nasıl davranacaklarını inceleyerek yapacaktır. Bkz. Schöch, LK, § 20, kn. 221.

¹⁵⁷⁵ Schreiber, “Was heißt heute strafrechtliche Schuld und wie kann der Psychiater bei ihrer Feststellung mitwirken?”, s. 246; Schreiber/ Rosenau, s. 114.

¹⁵⁷⁶ Bu görüş için bkz. Lenckner, “Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit”, s. 145.

¹⁵⁷⁷ Schreiber/ Rosenau, s. 114-115.

¹⁵⁷⁸ Schreiber/ Rosenau, s. 115.

¹⁵⁷⁹ Lenckner, “Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit”, s. 144.

tespit edilen psikişik durumun failin eylem yapısına olan etkisi hakkında görüş bildirmek zorundadır. Bir başka deyişle önce de vurgulandığı üzere, kusur yeteneği değerlendirmesinin hem birinci katındaki psikişik özellikleriyle ilgili, hem de algılama ve davranışlarını kontrol yeteneği üzerindeki etkilerle ilgili görüş bildirmek zorundadır¹⁵⁸⁰. Burada önemli olan kriter, patolojik sapmanın ciddiyet derecesi ve ağırlığıdır. Bu formül oldukça genel nitelikte olan ve bugüne kadar tecrübe bilimlerinde çok temel kazandırılmayan bir formüldür. Kusursuz sayılma uygulamasını daha elle tutulur, karşılaştırılabilir ve daha hakkaniyete uygun hale getirmek için, çeşitli psikişik anormallikler için, hukuki-psikiyatrik konvansiyonlar (uzlaşlar) temelinde ciddiyet derecesini ayırıştırın kriterlere ve tiplere ihtiyaç duyulmaktadır¹⁵⁸¹. Fakat bu noktada da ilgili somut eylem durumunun göz önünde bulundurulması gerektiğinden, takdir konusunda tolerans mutlaka olacaktır¹⁵⁸².

Hâkim, psikiyatrik/ psikolojik bulguları yasa diline aktarmakla görevlidir. Bu görev, bilirkişi tarafından belirtilen failin anormallik derecesini, ortalama bir vatandaşın asgari düzeyde beklenecek olan ceza normuna uygun hareket etme performansına göre değerlendirmeyi kapsamaktadır¹⁵⁸³. Hâkim, bilirkişi raporundaki neticeleri tartışmaksızın öylece devralıp, bu neticelere katılamaz. Hukuki açıdan da gerçeklik açısından da bu rapor ile bağılı değildir. Daha ziyade hâkim, bilirkişi raporundan bağlantı kurabileceği unsurları ve çıkarımları kendisi bizzat elde edip kazanmalı ve gerekçesini kendisi tartıp biçmelidir¹⁵⁸⁴. Öte yandan, bir bilirkişinin tespitlerinden sapacağı vakit, bunun gerekçesini kararında ayrıntılı olarak bildirmek zorundadır¹⁵⁸⁵. Burada hâkim, bilirkişinin tespit etmiş olduğu unsurları bir kenara itemez ve genelde bir başka bilirkişinin görüşünü almadan, bilimsel gerekçeli bir bilirkişi raporundan sapamaz¹⁵⁸⁶. Mahkeme, kusur yeteneğinden şüphe duyulmasını gerektirecek unsurların mevcut olması ve uzmanlık bilgisinin olmaması durumunda,

¹⁵⁸⁰ Schreiber/ Rosenau, s. 115.

¹⁵⁸¹ Bu konuda adli psikiyatrik eserlerde bulguların tespiti ve değerlendirilmesi, tanı kodları ve özellikle kataloglar ile birlikte daha objektif ve kontrol edilebilir hale getirilmesi konusunda çaba sarf edildiği belirtilmektedir. Bkz. Schöch, LK, § 20, kn. 217.

¹⁵⁸² Schreiber/ Rosenau, s. 115.

¹⁵⁸³ Streng, Strafrechtliche Sanktionen, s. 481.

¹⁵⁸⁴ BGHSt 8, 113 [118] (Schreiber/ Rosenau, s. 115)

¹⁵⁸⁵ Schönke/ Schröder, § 20, kn. 45; Fischer, § 20, kn. 65a.

¹⁵⁸⁶ Schreiber/ Rosenau, s. 115.

bir bilirkişiye başvurmak zorundadır¹⁵⁸⁷. Ancak gerektiği durumda bir başka bilirkişiyi de atamak zorunda kalabilecektir¹⁵⁸⁸.

Yargı kararlarında, hâkimin kendi değerlendirmelerine yer vermeden bilirkişinin değerlendirmesine katılabileceği de görülmektedir. Fakat bu durumda bilirkişinin bağlantı kurduğu esaslar ve beyanlar, hükümde açıklanmış olmak zorundadır. Bilirkişi raporu anlaşılır olmalıdır. Ayrıca raporda belirtilen hususların takdir değerlendirmesine izin verecek şekilde kararda belirtilmesi gerekmektedir¹⁵⁸⁹. Ancak bilirkişi raporunun ve neticelerinin incelenmeden devralınmasına hiçbir surette izin verilmemelidir¹⁵⁹⁰. Hâkim de bilirkişi raporunun bilimsel ikna kabiliyetinin kontrolünde çoğu zaman zorlanmaktadır. Burada çoğu zaman sadece acemice yapılmış bir uygunluk kontrolünün yapılabileceği de belirtilmektedir¹⁵⁹¹.

CMK m. 74' te¹⁵⁹² özel bir adli psikiyatrik bilirkişilik müessesesine yer verilmiştir. Bu tarz gerçekleştirilecek olan bir kurumda gözlem altına alma işlemine, sadece olayın aydınlatılması yükümlülüğü gereği gerekli olduğu durumlarda başvurulmalıdır¹⁵⁹³. Nitekim CMK m. 74' te yer verilen gözlem altına almaya “uzman hekimin önerisi üzerine” ifadesi de bu hususa işaret etmektedir. Bu nedenle her durumda gözlem altına alınma kararı verilerek, sanık hakkında rapor aldırılması

¹⁵⁸⁷ Kruse, s. 509; Schönke/ Schröder, § 20, kn. 45.

¹⁵⁸⁸ BGHSt 23, 188 (Schreiber/ Rosenau, s. 115)

¹⁵⁸⁹ BGHSt 12, 311 [314 vd.]; 7, 238 [240] (Schreiber/ Rosenau, s. 115)

¹⁵⁹⁰ Lenckner, “Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit”, s. 146; Fischer, § 20, kn. 66.

¹⁵⁹¹ Lenckner, “Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit”, s. 147; Schreiber, “Zur Rolle des psychiatrisch-psychologischen Sachverständigen im Strafverfahren”, s. 1007; Schreiber/ Rosenau, s. 115.

¹⁵⁹² “Gözlem altına alınma

(1) Fiili işlediği yolunda kuvvetli şüpheler bulunan şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığını, akıl hastası ise ne zamandan beri hasta olduğunu ve bunun, kişinin davranışları üzerindeki etkilerini saptamak için; uzman hekimin önerisi üzerine, Cumhuriyet savcısının ve müdafinin dinlenmesinden sonra resmî bir sağlık kurumunda gözlem altına alınmasına, soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından karar verilebilir.

(2) Şüpheli veya sanığın müdafii yoksa hâkim veya mahkemenin istemi üzerine, baro tarafından bir müdafii görevlendirilir.

(3) Gözlem süresi üç haftayı geçemez. Bu sürenin yetmeyeceği anlaşılırsa resmî sağlık kurumunun istemi üzerine, her seferinde üç haftayı geçmemek üzere ek süreler verilebilir; ancak sürelerin toplamı üç ayı geçemez. (4) Gözlem altına alınma kararına karşı itiraz yoluna gidilebilir; itiraz, kararın yerine getirilmesini durdurur.

(5) Bu madde hükmü, 223 üncü maddenin sekizinci fıkrası gereğince yargılamanın durması kararı verilmesi gereken hâllerde de uygulanır.”

¹⁵⁹³ Schöch, LK, § 20, kn. 238.

yolunun tercih edilmesi, zorunlu olarak görülmemelidir¹⁵⁹⁴. CMK m. 74' deki düzenleme de dikkate alındığında, kanımızca fiili gerçekleştirdiği sırada akıl hastası olduğu iddia edilen ya da bu yönde bir intiba uyandıran fail hakkında öncelikle bir psikiyatri bilirkişinin görevlendirilmesi gerekmektedir. Görevlendirilecek kurum Adli Tıp Kurumu ya da sağlık kurulu raporu alınabilecek resmi sağlık kurumlarıdır. Bu kurumlarda yapılacak failin muayenesinden, failin fiili gerçekleştirdiği sırada akıl hastası olup olmadığı ya da hastalığın etkileri konusunda yeterli kaniya ulaşılamaması durumunda ise, “uzman hekimin önerisi üzerine” failin gözlem altına alınması kararı verilebilecektir. Bu bakımdan gözlem altına alma işlemi, ancak gerekli bilirkişi görevlendirmesi yoluyla istenilen sonuca ulaşılamaması durumunda söz konusu olabilecek bir yol olmalıdır. Nitekim Yargıtay da bir kararında gözlem altına alma yolunun zorunlu olmadığına, bu yola ancak bilirkişinin uygun görüşü doğrultusunda ve gerektiğinde başvurulabileceğini vurgulamıştır¹⁵⁹⁵. Yargıtay bir

¹⁵⁹⁴ “...Kişinin akıl hastası olup olmadığının sağlık kuruluşlarınca saptanması işlemi sırasında gözlem altına alınması da zorunlu değildir. CMK' nın 74. maddesinde düzenlenen ve özgürlüğü kısıtlayan bir işlem olan gözlem altına alma, ancak bilirkişinin uygun görüşü doğrultusunda ve gerektiğinde başvurulabilecek bir kontrol yöntemidir...” **Yargıtay, 9. CD., E. 2008/6230, K. 2009/1, T. 30.12.2008** (YKD., C. 35, S. 3, Mart 2009, s. 582)

¹⁵⁹⁵ “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 32/1. maddesine göre, akıl hastalığı nedeniyle işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış bulunan kişiye ceza verilemez; bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur. Hakkında güvenlik tedbirine hükmolunan akıl hastalarının, aynı Yasa'nın 57/1. Maddesi uyarınca yüksek güvenlikli bir sağlık kurumunda koruma ve tedavi altına alınması gerekir. Akıl hastalığının ve bunun kişinin davranışlarını yönlendirme yeteneğine etkisinin saptanması ise, psikiyatri biliminin verileri çerçevesinde bilirkişi uzman hekim tarafından belirlenecektir.

Ancak Ceza Muhakemesi Kanunu'nda bu tür raporların hangi hekim ya da kurumlardan alınacağı hususunda bir açıklık olmadığı ve yargılama usulüne ilişkin kurallarda kıyas mümkün bulunduğu için, bu durumda akıl hastalığının saptanmasına dair kurallar öngören diğer yasal düzenlemelerden yararlanılmalıdır. Kişilerin akıl hastalığı nedeniyle kısıtlanması yöntemini düzenleyen Türk Medeni Kanunu'nun 409/2. maddesinde, ‘akıl hastalığı veya zayıflığı sebebiyle kısıtlamaya ancak resmi sağlık kurulu raporu üzerine karar verilir.’ denilmektedir. 10.09.1982 tarih ve 8/5819 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kabul edilen Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 5. maddesinde sağlık kurumları işlevlerine göre beş gruba ayrılmış, genel dal hastaneleri ile eğitim ve araştırma hastaneleri ayrı birer grup olarak düzenlenmiş, 22 ve devamı maddelerinde ise, sağlık kurullarının oluşumu kurala bağlanmıştır. Bir başka yasal düzenleme de, infaz sırasında akıl hastalığına tutulan hükümlülerle ilgili infazın geri bırakılması koşul ve yöntemlerini düzenleyen 5275 sayılı CGTİK'nın 16. maddesinde yer almıştır. Buna göre, infazın geri bırakılması kararı ancak Adli Tıp Kurumu'nca düzenlenen veya Adalet Bakanlığı'na belirlenen tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurullarınca düzenlenip Adli Tıp Kurumu'nca onaylanan raporlar üzerine verilebilecektir.

başka kararında ise, sadece sanık hakkında eski tarihte akıl hastalığı teşhisi koymuş ve ilaç tedavisinin uygulanması gerektiğini belirtmiş doktorun dinlenmesini, bu konuda yeterli görmeyerek sanığın gözlem altına alınmasının gerektiği yönünde görüş bildirmiştir¹⁵⁹⁶. Benzer şekilde tek bir uzman hekim tarafından verilen raporların da kusur yeteneği hakkında verilecek karar için yeterli olmadığı, bu konuda bir sağlık kurulu raporu bulunması gerektiği belirtilmektedir¹⁵⁹⁷. Bu kararlar da göz önüne alındığında CMK m. 74 uyarınca bir kimsenin gözlem altına alınmasına karar verilebilmesi için gerekli olan ve kanun metninde “uzman hekimin önerisi üzerine” şeklindeki ifade, “uzman sağlık kurulunun önerisi üzerine” şeklinde anlaşılmalıdır. Zira kusur yeteneği hakkında adli psikiyatrik bilirkişilik yapılması açısından tek bir uzman hekimin raporu yeterli görülmemiştir. Uzman sağlık kurulu içinde görev yapan tek bir hekimin önerisinin bulunması halinde ne sonuca varılacağı konusunda ise bir açıklık yoktur. Bu durumda yasadaki şart sağlanmış olacaktır. Bu

Dolayısıyla, şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığı, belirtilen sağlık kurumlarından herhangi birinden alınacak sağlık kurulu raporu ile saptanabilir.

Kişinin akıl hastası olup olmadığının sağlık kuruluşlarınca saptanması işlemi sırasında gözlem altına alınması da zorunlu değildir. CMK'nun 74. maddesinde düzenlenen ve özgürlüğü kısıtlayan bir işlem olan gözlem altına alma, ancak bilirkişinin uygun görüşü doğrultusunda ve gerektiğinde başvurulabilecek bir kontrol yöntemidir... **Yargıtay, 9. CD., E. 2008/6230, K. 2009/1, T. 30.12.2008** (YKD., C. 35, S. 3, Mart 2009, s. 582)

¹⁵⁹⁶ “Sanığın kollukta ifadesinin alınması sırasında şizofreni hastası olduğunu beyan ederek birçok soruya cevap vermediği, tutuklamaya sevk edildiği mahkemede de psikolojik rahatsızlıkları nedeniyle daha önce de tedavi gördüğünü belirttiği, sanığın doktoru Arzu’ nun da benzer beyanlarda bulunup sanığın psikolojik sorunları için muayenehanesine geldiğini ve muayene sonucu paranoid psikoz teşhisi koyup ilaç tedavisine başladıklarını belirterek sanığa ait hasta takip kartlarını ibraz ettiğinin anlaşılması karşısında; CMK’ nun 74. maddesi uyarınca, sanığın daha önceki tedavilerine ait tıbbi bilgi ve belgelerle birlikte Adli Tıp Kurumu Gözlem İhtisas Dairesine sevk edilip, gözlem altına alınıp bilahere gözlem sonuçları ile birlikte 4. Adli Tıp İhtisas Kurulu’ na sevki ile muayenesi sağlanarak suç tarihinde 5237 sayılı TCK’ nin 32. maddesi anlamında ‘işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayıp algılayamadığı veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalmış olup olmadığı’ konusunda rapor alınarak sonucuna göre hukuki durumun takdir ve tayini gerekirken, sadece müşahadeye dayalı olarak düzenlenen cezai ehliyetinin tam olduğuna dair yetersiz bilirkişi raporuna itibar edilerek yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi,... Yasaya aykırı...” **Yargıtay, 11. CD., E. 2012/1112, K. 2013/10139, T. 14.06.2013** (YKD., C. 40, S. 6, Haziran 2014, s. 1343 vd.)

¹⁵⁹⁷ “Sanığın, TCK’ nin 32. maddesi gereğince, ‘akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayıp algılayamadığı veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalmış olup olmadığı’ hususunun sağlık kurulu raporu ile saptanması ve sonucuna göre hukuki durumun belirlenmesi gerektiği gözetilmeden, tek uzman hekimin verdiği rapora dayanılarak hüküm kurulması,... Kanuna aykırı,...” **Yargıtay, 18. CD., E. 2015/29330, K. 2017/5609, T. 10.05.2017.**

durumda kanımızca mevcut raporun ikna kabiliyeti önem arz edecektir. Hâkim vereceği hüküm için, uzman sağlık kurulunun hazırlamış olduğu bilirkişi raporunun yeterli olduğunu görürse, failin gözlem altına alınması kararına gerek duymayacaktır. Aksi durumda, sağlık kurulunda yer alan “tek uzman hekimin önerisi” üzerine gözlem altına alınma kararı verebilecektir.



DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

AKIL HASTALARINA ÖZGÜ GÜVENLİK TEDBİRLERİ

I. AKIL HASTALARINA ÖZGÜ GÜVENLİK TEDBİRLERİ HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

A. “Tehlikeli” Olarak Değerlendirilen Akıl Hastalarından Toplumun Genel Olarak Korunması

Akıl hastalığı durumu, toplum içinde yer alan bireyin davranışlarını hukuk normları çerçevesinde belirlemesinin önüne geçen bir sebep olarak görülmektedir. Toplum barışı, ortak uzlaşısı sonucunda oluşturulmuş hukuk normları ile korunan değerlerin zarar görmemesi veya bu değerlerin tehlike altında bırakılmaması üzerinden sağlanmaya çalışılmaktadır. Bu nedenle toplumu oluşturan bireylerden hukuk düzeni içerisinde sorumlu bir birey olarak davranışları aracılığıyla konumunu hukuk normlarının gösterdiği doğrultuda belirlemesi beklenmektedir. Bu beklenti, salt devlet otoritesi ile bireyler arasındaki bir ilişki değil, aynı zamanda bireylerin kendi arasındaki bir ilişkidir. Böylece bireyler arasında sorumlu davranmak şeklinde bir özerk irade yükümlülüğü doğarken, diğer bireylerden de bu şekilde davranış beklentisi doğmaktadır. Bu etkileşim, bireylerin akıl hastası olması durumunda kesintiye uğrayabilmektedir. Bazı akıl hastalığı durumlarında, kişinin algısında ya da davranışlarını yönlendirme yetisinin temelini oluşturan mekanizmalardaki bozulmalar, korunan hukuki değerlere zarar vermeme ya da bu değerleri tehlike altında bırakmama beklentisini baştan boşa çıkarabilmektedir. Kişi akıl hastalığının etkisi altında, sorumlu bir birey olarak davranma ya da kendi hukuki konumunu belirleyecek olan hukuk normunu ihlalden kaçınacak şekilde davranışta bulunma imkân ve iktidarına sahip olamamaktadır. Bu nedendir ki, bu kişilerin sorumluluğu yoluna gidilmemekte, ancak bir yandan da toplumsal barışın korunması için bazı tedbirlere yer verilmektedir. Çünkü hukuki normlarla korunan değerlere zarar vermeyecek ya da bu değerleri tehlike altında bırakmayacak davranışları sergileme yeteneği bulunmayan fail, toplumsal barışın bozulması için “tehlike” arz edecektir. Bu tehlikenin önüne geçilebilmesi için hukuk düzeni bazı tedbirlere yer vermek

zorundadır. Toplum barışının bozulmaması için, akıl hastalığı özelinde toplumun “tehlikeli” faillerden korunmasının amaçlandığı tedbirler şu şekilde ayırıma tabi tutulabilecektir:

a. Hakkında henüz bir suç işlediği iddiası bulunmayan “tehlikeli” akıl hastaları hakkındaki tedbirler,

b. Bir suç işlediği iddia edilen “tehlikeli” akıl hastaları hakkındaki tedbirler

(1) Soruşturma veya kovuşturma aşamasında uygulanacak tedbirler (İhtiyati Sağlık Kurumuna Yatırılma)

(2) Suç işlediği sübut bulmuş akıl hastaları hakkında uygulanacak tedbirler (TCK m. 57 çerçevesindeki “Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri”)

Belirtmek gerekir ki, kişinin akıl hastalığı nedeniyle sosyal düzende bazı haklardan mahrum bırakılması, kuşkusuz sosyal tedbirler teşkil etmekle birlikte, bu çalışmanın konusunu oluşturmamaktadır. Bu nedenle sosyal önlem olarak belirtilebilecek akıl hastaları hakkındaki evlenme yasağı, askere alınmama, sürücü belgesi ya da silah ruhsatı alamama gibi önlemler bu çalışmada sadece burada belirtilmekle yetinilecektir. Çalışmada esasen TCK m. 57’ de düzenlenen akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine benzerlik teşkil eden, toplum açısından tehlikelilik nedeniyle akıl hastasının bir kuruma zorunlu tedavi amacıyla yatırılması üzerinde durulmaktadır.

Toplum açısından tehlikelilik arz eden akıl hastalarının zorunlu tedaviye tabi tutulmak üzere bir sağlık kurumuna yerleştirilmesi tedbirinde, esasen toplumun korunması ile kişinin tedaviyi reddetme hakkı arasındaki ihtilafta, toplumun korunması lehine güvenlik-hak dengesi bozulmaktadır. Kural olarak “hasta”¹⁵⁹⁸ olan her kişinin tedaviyi reddetme ve durdurma hakkı bulunmaktadır. Bu hak, Hasta Hakları Yönetmeliği (R.G., T. 01.08.1998, S. 23420) m. 25’ te şu şekilde düzenlenmiştir: “*Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu halde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların*

¹⁵⁹⁸ Hasta Hakları Yönetmeliği (R.G., T. 01.08.1998, S. 23420) m. 4/b’ ye göre hasta, sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimseyi ifade etmektedir.

hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir.

Bu hakkın kullanılması, hastanın sağlık kuruluşuna tekrar müracaatında hasta aleyhine kullanılamaz.” Ancak toplum açısından tehlikelilik arz eden akıl hastalarının özel durumları gereği, söz konusu tedaviyi reddetme hakkını sadece sınırlı düzeyde kullanabileceği söylenmelidir. Zira akıl hastalığının türü ve derecesi itibariyle toplum açısından tehlikelilik arz eden bu kişilere uygulanan tedavi, salt kendi yararları için gerçekleştirilen bir müdahale değil, toplum açısından da ve hatta doğrudan toplum yararına yönelik bir müdahaledir.

TCK m. 57’ de düzenlenmiş olan akıl hastalarının güvenlik tedbiri olarak bir sağlık kurumuna yerleştirilmesi tedbiri, ceza hukukunda müdahalesi en yoğun yaptırımların başında gelmektedir¹⁵⁹⁹. Bunun sebebi olarak bir yandan tehlikeli sayılan psikişik durumlar nedeniyle hükmedilen tedbirlerin icrasında masif özgürlük kısıtlamalarına yer verilebilmesi, diğer yandan ise sağlık kurumunda kalınacak sürenin belirsiz olması gösterilebilir. Birçok tehlikeli hastalıkta ömür boyu özgürlükten mahrum kalınmasının seyrek olmadığı görülmektedir. Bu nedenle bu tedbirlere hükmedilmesinde ölçülülük ilkesi büyük bir öneme sahiptir. Akıl hastalığı nedeniyle failin kusur yeteneği bulunmadığı durumlarda dahi bu tedbirlere hükmedilebilmesi istisna teşkil etmeli¹⁶⁰⁰ ve tedbirin koşullarının katı bir şekilde sorgulandıktan sonra kişinin sağlık kurumuna yerleştirilmesine hükmedilmelidir¹⁶⁰¹.

Akıl hastalarının toplum açısından “tehlikelilik” arz etmeleri nedeniyle bir sağlık kurumunda özgürlüğü kısıtlayıcı tedavi altına alınmaları, daha önce de belirtildiği üzere suçun işlenmesi öncesi ya da bir suç işlendikten sonra gerçekleşebilmektedir. Her iki aşamada gerçekleştirilen tedbirler de benzer amaca yönelik olsalar da, aralarında birtakım farklılıklar bulunmaktadır. Bu farklılıkların anlaşılabilmesi için, bu tedbirlerin yakından incelenmesi zorunludur. Bu nedenle devam eden başlıklarda bu tedbirlerin içeriği açıklanmaya çalışılacaktır.

¹⁵⁹⁹ Reinhart Maurach / Karl Heinz Gössel / Heinz Zipf, **Strafrecht Allgemeiner Teil Teilband 2: Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat**, 8. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2015, § 68, kn. 1, s. 903.

¹⁶⁰⁰ BGH, NStZ-RR 2013, 141 (Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 10, s. 907)

¹⁶⁰¹ Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 1, s. 903.

B. Tedbirlerin Kişi Hakkında Suç İşlediği İddiası Olup Olmamasına Göre Ayırımı

1. Hakkında Henüz Bir Suç İşlediği İddiası Bulunmayan “Tehlikeli” Akıl Hastaları Hakkındaki Tedbirler

Hukuk düzeni toplumdaki bireylerin hukuk kuralları ile etkileşim içinde olması ve bireylerin davranışlarını bu kuralların göstermiş olduğu doğrultuda düzenlemesi üzerine kurulmuş bir sistemdir. Bireylerin hukuk normları ile etkileşiminin kesildiği bazı durumlarda, bu normların anlamı ve davranış beklentileri algılanamayacağından, bireylerin normun davranış beklentisi doğrultusunda motive olabilmesi ve davranışlarına bu yönde yön vermesi de beklenemeyecektir. Sorumluluğun bulunmadığı akıl hastalığı gibi durumlarda, toplumu oluşturan bireylerin normlarla koruma altına alınmış hukuki değerleri zarar görme veya tehlike altında kalma olasılığı ile karşı karşıyadır. Bu olasılığın önüne geçilebilmesi için tek yol, tehlikelilik arz eden akıl hastası bireylerin zorunlu tedavi uygulanarak, yeniden davranışlarının sorumluluğunu üstlenebilecek, toplum açısından tehlike arz etmeyecek hale getirilmesidir. Bu noktada zorunlu tedavi uygulanarak akıl hastası kişinin özgürlüğüne müdahalede bulunulmasının meşruluğunu, toplumsal tehlikelilik hali oluşturmaktadır. Bir bakıma kamu otoritesi, özellikle yargı erki suç işledikten sonra, yani artık iş işten geçtikten sonra devreye girmemekte, suçun gerçekleşebileceği ortam henüz oluşmadan tehlikeye müdahale etmektedir¹⁶⁰². Ancak özgürlük-güvenlik dengesinin güvenlik lehine bozulduğu bu durumların son çare olması, tehlikenin önüne geçilebilecek daha hafif tedbirlerin sonuçsuz kalacağına titizlikle değerlendirilmesi, tedbirin uygulanmasında insan onurunun korunması, bu

¹⁶⁰² Yargının ancak tehlike arz eden akıl hastalarının suç işledikten sonra devreye girmesi eleştirilmiştir. Herkesin suç işlemediği sürece özgür olması gerektiği evrensel bir ilkedir. Ancak, devletin vatandaşlarını koruma görevinin de bulunduğu söylenebilecektir. Bu nedenle akıl hastalığı nedeniyle kişinin kendisine veya başkalarına zarar vermesini önlemek amacıyla geçici olarak müşahade altına alınıp tedavi edilmesi çağdaş hukuk kavramlarıyla çelişmeyen bir durumdur. Bkz. Rasim Arıkan, “Ruh Hastalığı Nedeniyle Tehlikelilik: Hukukçular ve Hekimlerin İşbirliğini Gerektiren Bir Konu”, *Ankara Barosu Dergisi (ABD)*, 2002-1, s. 218-219.

tedbirlerin koşullarının kanunla düzenlenmesi ve nihayet hukuki denetim imkânının tanınması büyük önem arz etmektedir.

Türk hukukuna bakıldığında henüz herhangi bir suç işlediği iddia edilmemekle birlikte, kendisi veya çevresi açısından tehlikeli olarak değerlendirilen akıl hastaları ile ilgili tedbirler açısından değişik düzenlemeler mevcuttur. İlk olarak Anayasa' nın 19. maddesinde herkesin kişi hürriyeti ve güvenliğine sahip olduğu kural olarak belirtilmiştir. Ancak aynı maddede bu hakkın istisnalarına da yer verilmiştir. Bu istisna hallerden birisi de, şekil ve şartları kanunda gösterilen, *“...toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi...”* halidir. Maddede belirtilen birden çok haller dışında kimsenin hürriyetinden yoksun bırakılamayacağı düzenlenmiştir. Benzer şekilde 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu m. 13/1-F' de, henüz suç işlediği iddia olunmayan akıl hastalarının toplum için tehlike teşkil etmesi durumunda koruma altına alınacağı, uzaklaştırılacağı ya da yakalanacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, *“Polis,...Bir kurumda tedavi, eğitim ve ıslahı için kanunlarla ve bu Kanunun uygulanmasını gösteren tüzükte belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirlerin yerine getirilmesi amacıyla, toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol bağımlısı serseri veya hastalık bulaştırabilecek kişileri,... eylemin veya durumun niteliğine göre; koruma altına alır, uzaklaştırır ya da yakalar ve gerekli kanuni işlemleri yapar.”* Aynı kanun m. 13/1-H' de ise, polisin aynı tedbirleri *“Başkalarının can güvenliğini tehlikeye düşürenler”* hakkında da alacağı düzenlenmiştir. Ancak dikkat edilecek olursa PVSK m. 13/1-F' de öngörülen koruma altına alma, uzaklaştırma ya da yakalama önlemleri, ancak tehlikelik arz eden akıl hastası hakkında bir kurumda tedavi, eğitim ve ıslahı için kanunlarla alınan tedbirlerin yerine getirilmesi amacıyla yapılabilmektedir. Bir başka deyişle kanunun lafzı yorumlandığında, ancak hakkında önceden bu yönde bir tedbir kararı alınmış olan ve bu tedbirin yerine getirilmesi amacıyla gerçekleştirilecek olan akıl hastasının koruma altına alınması, uzaklaştırılması ya da yakalanması işlemleri söz konusudur. Bu bakımdan kanımızca PVSK m. 13/1-F' de yer alan düzenleme, bizatihi bir tedbirin konusunu oluşturmamakta, aksine başka bir tedbirin icrasını sağlayacak

işlemleri bünyesinde barındırmaktadır. Bu konuda kişinin kolluk tarafından hürriyetinin kısıtlanması ile ilgili olayda Danıştay şu şekilde karar vermiştir: “*dava konusu işlemin Anayasa ve AİHS hükümlerine aykırı bir şekilde, bu yönde Türk Medeni Kanunu’nda açıkça izlenecek yöntem ve bu konuda yetkili makamlar belirlenmiş iken, davacının iradesi dışında bir yere kolluk kuvveti marifetiyle gitmeye mecbur bırakılarak kişisel özgürlüğünden geçici bir süre dahi olsa alıkonulmasına yol açacak şekilde verilen talimatın yasal dayanağının bulunmadığı da dikkate alındığında, davacının özgürlük ve güvenlik hakkında keyfi müdahale niteliğinde olduğu, bu nedenle idari davaya konu edilebilecek kesin ve yürütülmesi gerekli işlem özelliği taşıdığı, iptali istemiyle açılan davanın esasının incelenmesi gerekirken, davanın incelenmeksizin reddi yolunda verilen kararda hukuki isabet bulunmadığı sonucuna varılmıştır.*”¹⁶⁰³

Henüz bir suç işlediği iddiası altında bulunmayan akıl hastalarının toplum açısından tehlikeliliğinin önüne geçilebilmesi için düzenlenmiş olan asıl düzenlemeler ise, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’ nun “Vesayet” başlıklı üçüncü kısmının, “Vesayet Düzeni” başlıklı birinci bölümünün, “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması” başlıklı altıncı ayırımında düzenlenen tedbir (m. 432-437) düzenlemelerinin olduğu söylenebilir. İlk olarak m. 432’ de tedbirin uygulanabilmesi için aranacak koşullara yer verilmiştir. Düzenlemenin ilk fıkrasına göre, “*Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması hâlinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir. Görevlerini yaparlarken bu sebeplerden birinin varlığını öğrenen kamu görevlileri, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar.*” Söz konusu düzenlemede toplum açısından tehlike oluşturan akıl hastaları ya da akıl zayıflığı bulunan kişilerin, alkol ya da uyuşturucu madde bağımlılığı bulunan kişilerin zorunlu tedavi uygulanarak özgürlüklerinin kısıtlanması kararı verilebileceği düzenlenmiştir. Bu tedbire başvurulabilmesi açısından bu kişilerin herhangi bir suç işleme iddiası altında bulunması gerekmemektedir. İlk olarak bu tedbirin ergin kişiler hakkında

¹⁶⁰³ Danıştay, 2. Daire, E. 2011/ 9468, K. 2013/ 8021, T. 13.11.2013 www.legalbank.net; aktaran Bayındır, s. 35-36.

uygulanabileceği söylenmelidir. Bu nedenle medeni kanun hükümlerince evlenme yoluyla ergin sayılan ya da başkaca nedenlerle haklarında erginlik kararı verilmiş olmamak kaydı ile on sekiz yaşından küçük kişiler hakkında bu tedbire başvurulamaz. **Kanımızca** tedbirin uygulanabilmesi açısından kanun metninde “*kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması hâlinde*” şeklinde, bu tedbirin son çare olma özelliği yerinde olarak vurgulanmış olsa dahi, bu ifadenin tedbirin amacına aykırı olduğu söylenmelidir. Bu tedbir ile esasen toplumun korunması amacı güdülmeli gerekirken, sadece tehlikelilik arz eden akıl hastasının korunmasının gözetileceği gibi bir anlayışa neden olabilecek bu ifade yerinde değildir. Aslında aynı hatalı yorumun “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması” başlık isminde de yapılabileceği söylenmelidir. Burada yer alan “koruma amacı” ifadesinin toplumun korunmasını mı, yoksa m. 432/1’ de yer aldığı gibi akıl hastası kişinin korunmasını mı işaret ettiği yoruma açıktır. Bu nedenle kanımızca başlıktaki koruma amacının ilk olarak toplumun korunmasını, ancak aynı zamanda kendi için de tehlikeli olabilecek kişinin kişisel olarak da korunmasını kastettiği söylenmelidir. Burada kişinin özgürlüğü, salt kendi için tehlike arz etmesi nedeniyle kısıtlanmamaktadır. Aksine toplumun bu kişilerden korunması esastır. Bu özelliği nedeniyle TCK m. 57’ de düzenlenen akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri ile benzerlik göstermektedir.

TMK m. 432/2 ve 3’ te ise, kişinin çevresine getirdiği külfetin de göz önünde tutulacağı ve özgürlüğü kısıtlanan kişinin “*elverir elvermez*” kurumdan çıkarılacağı düzenlenmiştir. Tedbire son verilmesi konusunda “*elverir elvermez*” ölçütünün, aynı TCK m. 57’ de öngörüldüğü gibi, kişinin tedavi sonrasında toplum açısından tehlikeliliğinin sona ermesi ya da önemli derecede azalması olarak anlaşılması gerekmektedir. Değişik yasal düzenlemelerde aynı konularda farklı terminolojiye yer verilmesi yerinde değildir. Bu düzenlemelerdeki terminoloji arasında uyum sağlanması, hukuk düzeninin birliğine ve uygulama istikrarının oluşmasına yol açarak hukuki güvenliğin sağlanmasına hizmet edecektir. Ayrıca belirtilmelidir ki, kişi hürriyetine en ağır derecede müdahale içeren zorunlu olarak bir sağlık kurumuna yerleştirme tedbirinin son bulması için “*elverir elvermez*” şeklinde içeriği net olarak anlaşılabilen, günlük kullanım dilinde yer alan ve sözlükte yer almayan bir kalıbın kullanılması, konuya ciddi yaklaşılmadığı izlenimine neden olmaktadır. Her ne kadar sözlükte kanunda kullanılan ifade biçimi yer almasa da, “*Elvermek*” sözcüğü,

“Yetmek, yetecek kadar olmak” ve “Uygun gelmek” şeklinde tanımlanmıştır¹⁶⁰⁴. Böylece kanundaki “*elverir elvermez*” ifadesi, yettiği kadar olarak anlaşılabilir. Ne zaman yeteceği ise keyfiyete bırakılmıştır.

Tedbire karar vermek için hâkimin bir bilirkişiden yararlanmak zorunda olup olmadığı TMK m. 436’ da düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, “*5. Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalığı olanlar hakkında, ancak resmî sağlık kurulu raporu alındıktan sonra karar verilebilir. Vesayet makamının daha önceden bilirkişiye başvurmuş olması hâlinde denetim makamı bundan vazgeçebilir.*”

Zorunlu olarak tedavi edilmek amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kararına ya da kurumdan çıkarılması isteminin reddi kararına kuruma yerleştirilen kişi veya yakınları, verilen karara karşı kendilerine bildirilmesinden başlayarak on gün içinde denetim makamına itiraz edebilir (TMK m. 435). İtiraz halinde, tedbirin uygulanamayacağı şeklinde itirazın durdurucu etkisine kanunda yer verilmemiştir. Bu nedenle itiraz olsa dahi tedbirin uygulanmasına devam edilecektir.

Medeni Kanunda düzenlenen tehlikeli akıl hastaların bir sağlık kurumuna zorunlu olarak yatırılması ve zorunlu tedaviye tabi tutulması tedbiri, kişi hürriyetine ve kişi dokunulmazlığına ciddi anlamda müdahale niteliği teşkil ettiğinden, bu tedbirin uygulanma koşulları ve icrasında, Anayasa ve ülkemizin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerine uyulması gerekmektedir. Özellikle burada henüz herhangi bir suç işlediği iddiasında olmayan kişilerin özgürlüklerinin kısıtlanması söz konusu olduğundan, bu düzenlemelerde kişi özgürlüğü ve güvenlik hakkı başta olmak üzere, tedbire maruz kalan bireyin temel haklarının ihlal edilmemesi gerekmektedir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’ nın 12. maddesi, herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğunu düzenlemektedir. Bu temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması ise 13. maddede şu şekilde düzenlenmiştir: “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve*

¹⁶⁰⁴ Büyük Türkçe Sözlük (www.tdk.gov.tr)

ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”¹⁶⁰⁵ Aynı şekilde kişi dokunulmazlığı, kişinin maddi ve manevi varlığının düzenlendiği m. 17/2’ de, “*Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.*” düzenlemesine yer verilmiştir. Anayasa hükümlerine paralel olarak AİHS’ de de benzer hükümler yer almaktadır. AİHS’ nin “Özgürlük ve güvenlik hakkı” başlıklı 5. maddesinde, herkesin özgürlük ve güvenlik hakkında sahip olduğu, maddede gösterilen istisnai durumlar dışında yasanın ya da hukukun öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılmayacağı düzenlenmiştir. Madde hükmüyle güdülen amaç, bireyin, sözü edilen haktan keyfi olarak yoksun bırakılmasını önlemektir¹⁶⁰⁶. AİHM, *Enhorn vs. İsveç* davasında (25.01.2005), “hukukun öngördüğü usule uygun olarak” deyimini açıklamıştır. Bu ifade esas itibariyle ulusal hukuka gönderme yapmakta ve ulusal hukuktaki maddi ve usul kurallarına uygun davranma yükümlülüğünü ifade etmektedir. Özgürlükten yoksun bırakma söz konusu olduğunda, hukuki belirginlik (*legal certainty*) ilkesi önem taşımaktadır. Dolayısıyla, özgürlükten yoksun bırakma şartlarının iç hukukta açıkça tanımlanması ve Sözleşme’ deki “hukukilik standardını karşılaması esas olup, bu standart iç hukukun uygulanmasının önceden görülebilir olması, böylece hukukun herkes için yeterince ulaşılabilir ve gerekirse uygun bir danışmayla olayın şartları içinde makul bir ölçüde bir eylemin sonuçlarının önceden görülebilmesini sağlayacak şekilde açık olması anlamına gelir”¹⁶⁰⁷. Ayrıca keyfiliğin olmaması, Sözleşme’ nin 5(1)(e) maddesi anlamındaki bir tutmanın ‘hukukiliği’nin esaslı bir unsurudur. Bir kimsenin tutulması öylesine ağır bir tedbirdir ki, bu tedbir ancak daha hafif tedbirlerin düşünüldüğü ama bireyi veya ilgili kişinin tutulmasını

¹⁶⁰⁵ Bu düzenleme 03.10.2001 tarihinde 4709 sayılı Kanun m. 2 ile değiştirilmiştir. Değişiklikten önce bütün temel hak ve özgürlükler için geçerli olan genel sınırlama nedenleri (devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, milli egemenlik, cumhuriyet, milli güvenlik, kamu düzeni, genel asayiş, kamu yararı ve genel ahlakın korunması) artık ortadan kaldırılmıştır. Yeni düzenlemeye göre, temel hak ve özgürlükler ancak o hak ve özgürlük için öngörülen sınırlama nedenlerine bağlı olarak sınırlandırılacaktır. Bkz. Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan Erdem / Oğuz Sancakdar / Rifat Murat Önok, **İnsan Hakları El Kitabı**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 671-672.

¹⁶⁰⁶ *Schiesser vs. İsviçre* kararı (04.11.1979) paragraf 30, bkz. A. Feyyaz Gölcüklü/ A. Şeref Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 221.

¹⁶⁰⁷ *Enhorn vs. İsveç* kararından aktaran Osman Doğru/ Atilla Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar 1. Cilt**, Yargıtay Başkanlığı Yayını, Ankara, 2012, s. 595.

gerektirebilecek olan kamu yararının korunması bakımından yetersiz bulunduğu hallerde haklı görülebilir. Bu demektir ki, bir özgürlükten yoksun bırakmanın ulusal hukuka uygun olması yeterli değildir, ama aynı zamanda olayın şartları içinde gerekli olması ve orantılılık ilkesine uygun bulunması gereklidir¹⁶⁰⁸.

AİHM *Guzzardi vs. İtalya* davasında (06.11.1980), AİHS m. 5/1 hükümleri kapsamında özgürlüğün kısıtlanması ile özgürlükten mahrumiyet arasındaki farka işaret etmiştir¹⁶⁰⁹. Bu kararda birey hakkında, gözaltına alınmamakla birlikte İtalya'ya ait küçük bir adada ikamet etme emri verilmiştir. Bu zorunlu ikamet emrinin fiilen özgürlükten mahrumiyet anlamı taşıyıp taşımadığı sorusu hakkında Mahkeme şu şekilde değerlendirmede bulunmuştur¹⁶¹⁰:

“ Mahkeme, Sözleşme’ nin 5. Madde 1. Fıkrası uyarınca, ‘özgürlük hakkı’nın kişinin fiziksel özgürlüğü anlamına geldiğine işaret eder; bu hükmün amacı, hiç kimsenin keyfî bir şekilde özgürlüğünden mahrum edilmemesini temin etmektir. Mahkeme’ ye başvuran şahısların da işaret etmiş oldukları gibi, bu maddede salt hareket serbestisinin kısıtlanmasına dair hükümler yer almamaktadır; bu tür kısıtlamalar, İtalya’ nın onaylamadığı 4 No.lu Protokolün 2. Madde hükümlerinde düzenlenmiştir. Bir kişinin 5. Madde hükümleri anlamında ‘özgürlüğünden mahrum’ edilip edilmediğinin tespitinde başlangıç noktası kişinin mevcut durumu olmalı ve söz konusu tedbirin türü, süresi, etkileri ve uygulanma şekli gibi bir dizi kriter dikkate alınmalıdır (bkz. Engel ve Diğerleri davası kararı, 8 Haziran 1976, Seri A No. 22, s. 24, paragraf 58-59).

Özgürlükten mahrumiyet ile özgürlüğün kısıtlanması arasındaki fark, bu tür bir tedbirin özellik ve esasından ziyade, salt derece veya yoğunluğundan kaynaklanmaktadır. Her ne kadar bu tür bir tedbirin, bu kategorilerden hangisine girdiğinin tespiti, özellikle de bu iki kategori arasındaki sınırda yer alan tedbirlerin belirlenmesinde salt kanaat gerekmesi sebebiyle zaman zaman zor olsa da Mahkeme,

¹⁶⁰⁸ *Enhorn vs. İsveç* kararından aktaran Doğru/Nalbant, s. 595. Hatta korunan değer demokratik toplumdaki önemi nedeniyle AİHM, tutululuğun ilgili kişi tarafından isteyerek tahrik edilmesi (bir tedavi müessesesine girme gibi, kendisinin rızası ile gerçekleştirilmiş olması) durumunda dahi, söz konusu madde hükmüne aykırılığın, gereğinde, ileri sürülebileceğini belirtmiştir. (DeWilde, Ooms Versyp vs. Belçika, 18.06.197, § 65) bkz. Gölcüklü/ Gözübüyük, s. 221.

¹⁶⁰⁹ Gilles Dutertre, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar**, Avrupa Konseyi Yayını (Strazburg), 2005, s. 95.

¹⁶¹⁰ Dutertre, s. 95-96.

5. Madde hükümlerinin uygulanabilir ya da uygulanamaz olmasına bağlı olarak bu ikisi arasında bir seçim yapmaktan kaçınmaz.

...

Başvuru sahibinin hareket edebileceği alanın bir hücrenin ebadından çok daha büyük olması ve herhangi bir fiziksel engel ile çevrili olmamasına rağmen, bir adanın erişimi zor küçük bir bölümü ile sınırlı olup bu arazinin onda dokuzunda da bir hapisane bulunmaktadır. Bay Guzzardi, bakımsız, hattâ metruk durumdaki eski bir sağlık ocağı, bir jandarma karakolu, bir okul ve küçük bir kiliseden oluşan Cala Reale isimli küçük bir köyde ikamet ettiriliyordu. Bu köyde kendisi gibi aynı cezaya çarptırılan kişiler ve polislerle birlikte yaşıyordu.

...

Mahkeme, oyçokluğuyla mevcut davada bu şartların özgürlükten mahrumiyet olarak değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir.”

Kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılamayacağına ilişkin güvencenin istisnai hallerinden birisi de m. 5/1-e’ de yer alan düzenlemedir. Bu düzenlemeye göre, “*Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması*” halleri, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılabileceği istisnai hallerden birisidir. Bu madde kapsamında kişi özgürlüğüne müdahale düzenlendiği için, örneğin, koşullu salıverilenin kişinin düzenli aralıklarla belli bir kuruma bilgi vereme yükümlülüğü, yabancıların belirli bir bölgeye girmesinin yasaklanması, gece dışarı çıkma yasağı gibi işlemler “özgürlükten yoksun kılma” sayılmaz¹⁶¹¹. Ancak akıl hastalarının bir hastanede tutulması söz konusu olduğunda, bu kimselerin kilit altında tutulmasından ziyade, sürekli denetim rejimine tabi olup olmadıkları ve gitmek istemeleri durumunda, fiilen buna müsaade edilip edilmeyeceği¹⁶¹² “özgürlükten yoksun kılma” kriteri açısından belirleyici olacaktır. Kuşkusuz zorunlu tedavi için bir psikiyatri kurumuna yatırılma işleminde “özgürlükten yoksun kılma” fiilen gerçekleştirilmektedir. Bu tedbire karar verilirken ve tedbirin icrasında AİHS hükümlerinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

¹⁶¹¹ Tezcan/ Erdem/ Sancakdar/ Önok, s. 196.

¹⁶¹² Tezcan/ Erdem/ Sancakdar/ Önok, s. 197.

AİHS m. 5/1(e)' ye bakıldığında, bulaşıcı hastalık yayabileceği öngörülen kişilerin, akıl hastalarının, alkol ya da uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin hukuka uygun olarak tutulmasından söz edilmektedir. Bu kişi gruplarının ortak özelliği, davranışları ya da özel durumları itibariyle toplum açısından tehlikelilik arz etmeleridir. Bu nedenle toplumun korunması amacıyla özgürlüklerinden yoksun kılınabilmektedir. Bir başka deyişle, bu kategorideki kişiler, “tıbbi tedavi görmeleri için ya da sosyal politikaların gereği olarak” ya da her iki nedenle özgürlüklerinden mahrum bırakılabilirler. Bu tür tutmanın “temel sebebi” söz konusu kişilerin “kamu güvenliği için tehlike oluşturmaları ve kendi menfaatlerinin tutulmalarını gerektirmesidir.”¹⁶¹³ AİHM bu bent kapsamına giren tutmalarla ilgili katı bir gereklilik testi uygulamaktadır¹⁶¹⁴.

AİHM, *Winterwerp vs. Hollanda* kararında, “akıl hastalığı” kavramının mutlak bir kavram olmadığı hakkında tespitte bulunmuştur. Bu ifade ile ilgili “nihai bir yorum” yapılamaz, çünkü tıp dünyasının akıl hastalığı anlayışı psikiyatri süreçleri içinde hala gelişmekte ve değişmektedir. Ayrıca kavramın anlamı, tedavi içinde artan esneklik açısından değişebilmekte ve toplumun bakış açısını da değiştirebilmektedir¹⁶¹⁵. Ancak bir kişinin sırf bakış açılarının ya da davranışının belirli bir toplum içinde hâkim olan normlardan aykırı olması nedeniyle tutulamayacağı açıktır¹⁶¹⁶. Bunun ötesinde bir kişinin “akıl hastası” olup olmadığı belirlenirken ilgili ulusal mevzuata ve günün koşullarında mevcut psikiyatrik bilgi ışığında mevzuatın uygulanmasına bakılmalıdır. Bu mevzuatın akıl hastalıklarını tanımlaması ya da kategorize etmesi gerekmez¹⁶¹⁷. Bir tutmanın hukuka uygun olması için ulusal makamların iç hukukta gösterilen usullere uygun hareket etmesi

¹⁶¹³ *Enhorn vs. İsveç* kararından ve *Guzzardi vs. İtalya* kararından aktaran D. J. Harris/ M. O’Boyle/ E. P. Bates/ C. M. Buckley, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Ankara, 2013, s. 155, dp. 291.

¹⁶¹⁴ Harris/ O’Boyle/ Bates/ Buckley, s. 155.

¹⁶¹⁵ *Winterwerp vs. Hollanda* kararı, parag. 37; ayrıca belirten Harris/ O’Boyle/ Bates/ Buckley, s. 158.

¹⁶¹⁶ *Winterwerp vs. Hollanda* kararı, parag. 37; ayrıca belirten Gölcüklü/ Gözübüyük, s. 234.

¹⁶¹⁷ *Winterwerp vs. Hollanda* kararı, parag. 38; Harris/ O’Boyle/ Bates/ Buckley, s. 158. İlgili kararda da Hollanda mevzuatı akıl hastası kişileri (=krankzinnige) tanımlamamaktaydı. Öğretide *H.L. vs Birleşik Krallık* kararı paragraf 98’ e atıf yaparak, taraf devletlerin nispeten akıl hastalığı kavramı konusunda geniş bir takdir marjından yararlandığının söylenebileceği belirtilmektedir. Bkz. Tolga Şirin, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 1**, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2018, s. 132.

gerekmektedir. Aksi halde özgürlükten yoksun bırakma keyfi olacaktır. Örneğin, *Van Der Leer vs. Hollanda* davasında Mahkeme, ulusal mahkemenin, Hollanda hukukuna aykırı olarak, kişiyi dinlemeden akıl hastası olduğuna karar vererek tutulmasını emrettiği bir durumda kişinin 5(1)(e) maddesine aykırı olarak tutulduğuna hükmetmiştir¹⁶¹⁸.

Tezcan/ Erdem/ Sancakdar/ Önok' a göre, bir akıl hastasının akıl hastanesine kapatılması, acil haller saklı kalmak üzere, akıl hastalığının kanıtlanmasını gerektirir. Bunu için gerçek zihinsel rahatsızlığın objektif bir tıbbi gözlemlerle ulusal yetkili makam önünde güvenilir biçimde kanıtlanması gerekmektedir. Ayrıca bu rahatsızlığın kapatılmayı haklı kılacak bir boyut veya nitelikte olması zorunludur. Hastalık, özgürlükten yoksun tutulma süresince varlığını devam ettirmelidir. Rahatsızlığın kapatmayı gerektirecek şekilde devamı halinde uzatma kararı verilebilir. Kapatılan kişi, durumuna uygun bir kurumda tutulmalıdır (*Hollanda vs. Winterwerp* kararı, 24.10.1979). Bu durum hakkında *L. B vs. Belçika* kararında (02.10.2012) akıl sağlığı sorunları olan bir şahıs, 7 yıl boyunca neredeyse aralıksız olarak bir hapishanenin psikiyatri koğuşunda tutulmuştur. AİHM' in vurguladığı üzere, şahsın psikiyatri koğuşunda tutulmasının geçici olması, bu esnada yetkili mercilerin, başvuru ve readaptasyonuna daha uygun olan bir kurum bulmaları gerektiğini belirtmiştir. Zira, kişinin özgürlüğünden mahrum kılınmasını meşrulaştıran neden ile, tutulduğu yer ve koşullar arasında bir bağlantı olmalıdır. Bu nedenle özgürlüğün kısıtlanmasının yasal olması için, kişinin bir hastane, klinik ya da diğer uygun bir kurumda tutulması gerekmektedir. Başvurucunun tutulduğu yer, kişinin koşulları bakımından uygunsuz olup, kendisine sunulan terapi imkânları da çok sınırlıdır. Bu bakımdan, kişinin alıkonulduğu yer ve koşullarla, özgürlüğünden yoksun kılınma nedeni arasında uyumsuzluk mevcuttur. Bu nedenle de, AİHS m. 5/1 ihlal edilmiştir¹⁶¹⁹. Sonuç olarak akıl hastasının özgürlüğünden yoksun bırakılabilmesi için gerekli koşullar şu şekilde belirtilebilir¹⁶²⁰: 1) Kişinin akıl hastası

¹⁶¹⁸ Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley, s. 158.

¹⁶¹⁹ Tezcan/ Erdem/ Sancakdar/ Önok, s. 226-227.

¹⁶²⁰ Karş. Tezcan/ Erdem/ Sancakdar/ Önok, s. 228; Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley, s. 158; Şirin, s. 132-133. Bu şartlar *Enhorn vs. İsveç* kararında da vurgulanmıştır. Bkz. Doğru/Nalbant, s. 596.

olduğu uzmanlarca hazırlanan objektif tıbbi raporlarla¹⁶²¹ güvenilir biçimde kanıtlanmalıdır; 2) İlginin akıl hastalığı, bir kurumda tutulmasını gerekli kılmalı¹⁶²², diğer bir deyişle özgürlük kısıtlaması olayın şartları ışığında gerekli ve ölçülü¹⁶²³ olmalıdır¹⁶²⁴, 3) Hastalık, özgürlükten mahrum tutulma süresince varlığını devam ettirmelidir¹⁶²⁵, 4) Kural olarak, bu kişi durumuna uygun bir kurumda tutulmalıdır¹⁶²⁶.

¹⁶²¹ Bu, acil bir durum haricindeki kişisel tıbbi muayeneyi içerir. Bkz. Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley, s. 158, dp. 314.

¹⁶²² Akıl hastası bir kişi, kendisinin ya da diğer kişilerin güvenliğinin sağlanması için tutulmalıdır; tıbbi tedavi görmesi gerekmez. Bu nedenle uygun bir hastanede tedavi görme olanağı bulunmayan psikopatik kişilik bozukluğu hastası bir kişinin tutulması mümkündür. Bkz. Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley, s. 159; Şirin, s. 135-136. AİHM, *Hutchison vs. Birleşik Krallık (2003)* kararında bu hususa vurgu yapmaktadır. Kararın 52. paragrafında akıl hastası hakkındaki kapatılmanın (*confinement*), **sadece kişinin terapiye, ilaçlı tedaviye ya da kişinin durumunu iyileştirici ya da hafifleten başkaca klinik tedaviye ihtiyacı olduğu durumlarda gerekli olmayabileceği** belirtilmiştir. Kişinin kapatılması aynı zamanda kişinin korunması için kontrole ve denetime (*supervision*) ihtiyaç duyduğu durumlarda da uygulanabilecektir. Örneğin, kişinin kendisine veya başka kişilere zarara sebebiyet vereceği durumlar için. Bkz. *Hutchison vs. Birleşik Krallık (2003)* kararı, paragraf 52. Mahkeme burada *Witold Litwa vs. Polonya* kararı 60. Paragrafa atıf yapmaktadır. *Hutchison vs. Birleşik Krallık (2003)* kararı 55. paragrafta ise, özgürlüğü kısıtlanan **kişinin durumu her ne kadar iyileşemez ya da tedaviye cevap verebilir olarak görülmesi de, kişinin hastane ortamında bulunmasında yarar bulunması ve kişinin dışarıda bulunması halinde semptomların kötüleşeceği gibi destekleyici yapıdaki tespitlerin yapılabileceğini** belirtmektedir. (<https://hudoc.echr.coe.int/>). *Kolanis vs. Birleşik Krallık* davasında başvuru şizofreni hastasıdır ve hastalığını kontrol etmek için ilaç almak da dahil olmak üzere tedaviye ve tıbbi kontrole ihtiyacı vardır. Özgürlüğüne kavuştuktan sonra tedavi görmesi koşuluyla, durumu, zorunlu olarak tutulmayı artık gerektirmemektedir. Ancak tedavisi için uygun tedbirler alınmamış ve başvuru tutulmaya devam edilmiştir. Tutulması gerekli olduğu için 5(1) maddesinin ihlal edilmediğine karar verilmiştir. Mahkeme, bu koşulların yerine getirilmesi konusunda ulusal makamların mutlak bir yükümlülük altında olmadığını söylemiştir. Bkz. Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley, s. 159.

¹⁶²³ Ancak daha hafif tedbirlerin düşünüldüğü ama bireyi veya ilgili kişinin tutulmasını gerektirebilecek olan bu tedbirin kamu yararının korunması bakımından yetersiz bulunduğu gösterilmelidir. Bir özgürlükten yoksun bırakmanın ulusal hukuka uygun olması yeterli değildir, ama aynı zamanda olayın şartları içinde gerekli olması ve orantılılık ilkesine uygun bulunması gereklidir. Bkz. *Enhorn vs. İsveç* kararı 42. Paragraf (Doğru/Nalbant, s. 596)

¹⁶²⁴ Akıl bozukluğu zorunlu muhafazayı gerektirecek türde ve derecede olmalıdır. Bkz. *Enhorn vs. İsveç* kararı 42. Paragraf (Doğru/Nalbant, s. 596). *Şirin* bu şarttan tedbire başvurunun son çare olması olarak bahsetmektedir. Bkz. *Şirin*, s. 133. *Ashingdane vs. Birleşik Krallık* davasında (28.05.1985), paranoid şizofreni hastası başvuran, ruhsal durumunun gerektirdiğinden daha uzun bir süreyle, on dokuz ay boyunca yeni bir psikiyatri kurumunda daha katı bir rejime maruz bırakılmış olsa dahi, başvuranın tutulduğu yer ve tutulma şartları, "akıl hastası bir kimsenin tutulma şartlarına" uygun görüldüğü için bir ihlale karar verilmemiştir.

¹⁶²⁵ Bir akıl hastalığının **iyileştirmenin bilimsel bir kesinlikle tespiti mümkün değildir**. Bu nedenle konuyla ilgili kararlar her zaman mutlak bir kesinlik içermez. Mahkeme, toplumun yaygın

AİHM, 5(1)(e) maddesi uyarınca, durumu bütünlüğü içinde ele alan ve iyi niyetle, tedbirli hareket eden, sorumluluk sahibi makamın “salıverilen kişinin gelişimini izlemek üzere gözetim yetkisini bir dereceye kadar elinde tutabileceğini ve bu sebeple salıvermenin bazı koşullara bağlanabileceğini” kabul etmiştir¹⁶²⁷. Kişi artık akıl hastalığından kurtulmuştur, daha fazla ilaç veya tedaviye ihtiyacı yoktur, fakat hastalığın nüksetme ihtimali vardır. Bu nedenle Mahkeme, başvuruçunun rehabilitasyon sürecine alınmasını normal karşılamıştır, ancak başvuruçunun şartlı salıverilme koşulunda dahi, oda yokluğu, misafirhanelerin kabul etmemesi vb. nedenlerle dört yıl kadar daha yüksek güvenli psikiyatri kliniğinde tutulması ve bu duruma karşı itiraz imkânına sahip olunmaması ihlal kararının verilmesine neden olmuştur¹⁶²⁸.

Ulusal ve uluslar arası düzenlemeler ile yargı kararları dikkate alındığında, hakkında henüz bir suç işleme iddiası bulunmayan “tehlikeli” olduğu kabul edilen akıl hastaları hakkında uygulanacak tedbirlerin çerçevesinin dikkatle çizilmesi gerekmektedir. Kanımızca bu konuda Medeni Kanun hükümlerine başvurulması yerine, ulusal çapta bir ruh sağlığı yasasının kabul edilmesi ve kanun kapsamında detaylı düzenlemelere gidilmesi yerinde olacaktır. Bu düzenlemede konu ile ilgili AİHM kararları da göz önünde bulundurularak, “tehlikeli” kabul edilen akıl hastalarının hangi durumlarda özgürlüklerinin kısıtlanacağı ya da zorunlu tedaviye tabi tutulacakları kural altına alınmalıdır. Bu zorunlu tedavinin şartları yanında, ilgili sağlık kurumunda bu kişilere uygulanacak tedavi yöntem ve şekillerinin de çerçeve

menfaatinin bireyin derhal ve koşulsuz salıverilme hakkı ile dengelenmesi gerektiğini kabul etmiştir. Örneğin, *Luberti vs. İtalya* (1984) davasında hemen salıverilme ile ilgili olarak, her ne kadar tıbbi kanıtlar başvuruçunun iyileştiğini gösterse de, sorumluluk sahibi bir makamın tedbirli davranma yetkisinin olduğu ve başvuruçunun tutulmasının sona erdirilmesini değerlendirmek için zamana ihtiyacı olabileceği kabul edilmiştir. Bkz. *Harris/ O’Boyle/ Bates/ Buckley*, s. 159.

¹⁶²⁶ Kural olarak, akıl hastası bir kimsenin ancak bir hastanede, klinikte veya diğer uygun bir kurumda “tutulması” halinde Sözleşme’ nin 5(1)(e) bendi bakımından “hukuki” olur. Bkz. *Enhorn vs. İsveç* kararı 42. Paragraf (Doğru/Nalbant, s. 596); aynı yönde *Ashingdane vs Birleşik Krallık* (1985) kararı (Harris/ O’Boyle/ Bates/ Buckley, s. 160); *Aerts vs Belçika* davasında (30.07.1998), başvuran, yetkili Ruh Sağlığı Kurulu tarafından belirlenen bir sosyal koruma merkezinde değil, genel bir cezaevinin psikiyatrik sorunları bulunan kişilerin bulunduğu bir kısmında tutulmaktan şikayetçi olmuştur. Sözleşmenin m. 5/1’ in ihlali yönünde karar verilmiştir. ***Cezaevinin psikiyatri servisinin, akıl hastalarının tutulması için uygun bir kurum olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir.***

¹⁶²⁷ *Johnson vs Birleşik Krallık* (1997) Bkz. *Harris/ O’Boyle/ Bates/ Buckley*, s. 159, dp. 324.

¹⁶²⁸ Şirin, s. 137.

altına alınması gerekmektedir. Böylece bir psikiyatri kurumuna zorunlu tedavi için kapatılan kişi hakkında hangi durumlarda kendisine zarar vermemesi için yatağa bağlama ya da özel kıyafetlerin giydirilmesi gibi yöntemlere başvurulabileceği keyfiliğe bırakılmamış olacaktır. Bu yöntemlerde kişinin temel haklarına en ağır şekilde müdahale söz konusu olduğundan, kişinin bu yöntemlere karşı hangi hukuki denetim yollarına başvurabileceği de detaylı olarak düzenlenmelidir.

2. Bir Suç İşlediği İddia Edilen “Tehlikeli” Akıl Hastaları Hakkındaki Tedbirler

a. Soruşturma veya Kovuşturma Aşamasında Uygulanacak Tedbirler (İhtiyatî Sağlık Kurumuna Yatırma)

5237 sayılı TCK m. 57’ de, 765 sayılı TCK m. 46/2’ de olduğu gibi soruşturma aşamasında ya da kovuşturma devam ederken ihtiyati olarak bir psikiyatri kurumuna yerleştirme tedbirine yer verilmemiştir. Bu bakımdan sadece, hakkında CMK hükümleri uyarında usulüne uygun şekilde yürütülmüş yargılama sonucunda suçu akıl hastalığının etkisi altında işlediği sabit görülen kişi için yüksek güvenli sağlık kurumuna yerleştirme tedbiri kararı verilebilir. Bu belirlemeden önceki aşamalarda, örneğin yargılama aşamasında failin tehlikelilik arz etmesi durumunda idari tedbirlerden ya da medeni kanun çerçevesinde öngörülen tedbirlerden başka alınabilecek bir önlem bulunmamaktadır. Kanımızca bu konuda yasal bir düzenleme yapılarak bu boşluk giderilmelidir. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO) § 126 a’ da bu konuda bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, *“Eğer bir kimsenin hukuka aykırı bir fiili, kusur ehliyetsizliği veya eksik kusur ehliyeti (§§ 20, 21 StGB) halinde iken işlemiş olduğunu ve hakkında bir psikiyatri kliniğine veya bir tedavi kurumuna yatırma kararı verilebileceğini gösteren kuvvetli sebepler varsa, kamu emniyeti bunu gerektiriyorsa, mahkeme bu takdirde gözlem altına alma kararı vererek, bu kişinin geçici olarak bir kuruma yatırılmasına karar verebilir.”*¹⁶²⁹ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO) § 126’ da yer alan söz konusu bu tedbir

¹⁶²⁹ Feridun Yenisey / Salih Oktar, **Alman Ceza Muhakemesi Kanunu: Strafprozeßordnung (StPO)**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2015, s. 198.

(*Einstweilige Unterbringung*) için, her ne kadar öğretilerde “Geçici Gözlem Altına Alma” çevirisi yapılmışsa da¹⁶³⁰, kanımızca bu düzenleme CMK m. 74’ de yer alan “Gözlem Altına Alınma” kurumu ile hukuki nitelik itibarıyla farklılık göstermektedir. Burada düzenlenen, fiil sırasında failin akıl hastası olup olmadığının tespiti için yapılan bir delil elde etme işlemi değildir. Buradaki amaç, aynı akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinde olduğu gibi, yargılama devam ederken failin tehlikeliliğinin önüne geçmek amacıyla bir kuruma yatırılmasıdır. Kanımızca Alm. “*Einstweilige Unterbringung*” kavramı, “ihtiyati olarak kuruma yatırılma” şeklinde çevrildiğinde madde içeriğine ve kavram karşılığına daha uygun olacaktır. Nitekim Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO) § 81’ de, ülkemizdeki CMK m. 74 benzeri bir gözlem altına alınma kurumuna yer verilmiştir (*Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten*)¹⁶³¹.

b. Suç İşlediği Sübut Bulmuş Akıl Hastaları Hakkında Uygulanacak Tedbirler (“Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri”)

Bir suç işlediği iddiası ile hakkında başlatılmış olan soruşturma ve kovuşturma sonucu suçu işlediği sabit bulunan, ancak suç teşkil eden fiili akıl hastalığının etkisi ile kusur yeteneği bulunmaksızın ya da azalmış kusur yeteneği ile işlediğine karar verilen kişi hakkında akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilecektir. Bu tedbirlerin akıl hastalarına yönelik diğer tedbirlerden farkı, fail hakkında yargılama sonucu bir hüküm verilmiş olmasıdır. Bu nedenle failin akıl

¹⁶³⁰ Yenisey/ Oktar, s. 198.

¹⁶³¹ “ (1) Şüphelinin psikiyatrik durumu hakkında bir rapor hazırlanması için, mahkeme, bir bilirkişiyi ve müdafii dinledikten sonra, şüphelinin resmi bir psikiyatri hastanesine yatırılmasına ve orada gözlem altına alınmasına karar verebilir.

(2) Mahkeme sadece, şüphelinin fiili işlediği konusunda kuvvetli şüphe sebepleri bulunduğu takdirde, 1’inci fıkrada anılan kararı verebilir. Karar için önemine veya hükmedilmesi beklenen ceza veya iyileştirici ve koruyucu emniyet tedbirine göre orantısız olacak ise, mahkeme böyle bir kararı veremez.

(3) Soruşturma evresinde karar verilmesi gerekiyorsa, bu kararı ‘kovuşturmanın açılması kararı’ verecek olan mahkeme verir.

(4) Mahkemenin kararına karşı acele itiraz yolu tanınmıştır. Acele itirazın, yerine getirmeyi erteleyici etkisi vardır.

(5) Birinci fıkraya göre verilebilen bir psikiyatri hastanesine yatırma tedbiri, toplam altı haftalık süreyi aşamaz.” Bkz. Yenisey/ Oktar, s. 58-59.

hastalığı etkisi altında işlemiş olduğu fiil, hakkında akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanması için vesile teşkil etmektedir. Bu tedbirlere ceza kanunlarında yaptırım hukuku sistemi çerçevesinde yer verilmektedir. Bu tedbirlerin esas amacı, “tehlikeli” oldukları değerlendirilen ve ileride akıl hastalığının etkisi ile suç işleyebilecek nitelikteki faillerin zorunlu olarak psikiyatrik tedavi altına alınmaları yoluyla toplum açısından tehlikeliliklerinin önüne geçmektir. Bu bakımdan ceza yaptırımını uygulanamayan failer hakkında ya da ceza yaptırımının sınırlı olarak uygulanabildiği failer hakkında hükmedilebilmektedir. Bu tedbirlerin genel özellikleri, failin tehlikeliliği, süresi, hükmedilme koşulları gibi hususlar çalışmanın ilerleyen başlıklarında anlatılacağından, burada sadece akıl hastalarına yönelik uygulanabilecek tedbirler içindeki yeri belirtilmekle yetinilmiştir.

II. AKIL HASTALARINA ÖZGÜ GÜVENLİK TEDBİRLERİNİN YAPTIRIM HUKUKUNDAKİ YERİ

A. Ceza Hukukunun İki İzliliği Prensibi ve Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri

Ceza hukukunda kanunda yaptırım altına alınmış yasak fiili gösteren ya da belirli bir davranışta bulunmayı emreden ceza normunun hukuka aykırı olarak ihlal edilmesi durumunda, söz konusu bu fiil için faile yaptırım uygulanmaktadır. Bu ihlal ile birlikte toplumsal barışın teminatını teşkil eden ve bu barışın sürdürülmesi amacıyla gütmek için oluşturulmuş ceza normlarının koruduğu hukuki değerler¹⁶³² zarar görmüş ya da tehlike altında bırakılmıştır¹⁶³³. Ceza hukukunun ödevi ise, toplumsal barışın bozulmasının önüne geçmek amacıyla, korunan hukuki değerlerin ihlal edilmesi durumunda, ileride bu ihlallerin tekrarının önüne geçmek için fail hakkında yaptırım uygulanmasını sağlamaktır.

¹⁶³² Öğretide ceza hukukunun ödevinin hukuksal değerleri korumak olduğu görüşü büyük ölçüde benimsenmekle birlikte hukuksal değerlerin ceza hukukundaki işlevi konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bu görüşler için bkz. Yener Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 389 vd.

¹⁶³³ Gerçekleştirilen haksızlık dolayısıyla, hukuk düzeninin kişiler arasında oluşturduğu denge bozulmuştur. Yaptırım tatbikiyle güdülen genel amaç, bu dengenin yeniden tesis edilmesidir. Bkz. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 685.

Bu kapsamda ceza hukukunun elinde cezalar ve güvenlik tedbirleri olarak iki enstrüman olduğu söylenebilir. Ortada fail tarafından gerçekleştirilmiş bir haksızlık söz konusu ise, bu yaptırım türlerinden en azından birinin, işlenmiş haksızlık nedeniyle uygulanacağı söylenmelidir. Bu nedenle işlenmiş haksızlık sonucu uygulanacak yaptırım çeşidi dikkate alındığında ceza hukuku kapsamındaki yaptırım sisteminin “iki izliliği (*Zweispurigkeit*)” prensibinden söz edilir¹⁶³⁴. TCK da bu prensibi benimseyerek haksızlığa karşı, yani suç karşılığında uygulanacak yaptırımları, TCK’ nın üçüncü kısmında “Yaptırımlar” başlığı altında düzenlemiştir. TCK’ nın bu kısmına bakıldığında birinci bölüm TCK m. 45 ve devamı maddelerinde “cezalar”, ikinci bölüm TCK m. 53 ve devamı maddelerinde ise “güvenlik tedbirleri” ne yer verildiği görülmektedir.

Ceza hukukunun iki izliliği prensibi ile ceza hukukun amaçları¹⁶³⁵, birbirini tamamlayan iki iz üzerinde, başka bir deyişle “ceza” ve “güvenlik tedbiri” üzerinden takip edilmektedir. Ceza yaptırımı, katı bir biçimde kusura odaklanırken ve her şeyden önce kusurun ölçüsü ile sınırlanırken, güvenlik tedbiri kusuru dikkate almaksızın¹⁶³⁶ failin tahmin edilen (öngörülen) tehlikeliliğiyle ilişki kurar¹⁶³⁷. Bu tehlikeliliği failin tedavi edilmesiyle ortadan kaldırmak (iyileştirme) veya- mümkün

¹⁶³⁴ Gropp, AT, kn. 6, s. 638; Lackner/ Kühn, § 61, kn. 2; Bernd-Dieter Meier, **Strafrechtliche Sanktionen**, 4. Auflage, Springer Verlag, Heidelberg, 2015, s. 269; Gabriele Kett-Straub / Hans Kudlich, **Sanktionenrecht**, C. H. Beck Verlag, München, 2017, s. 199; Benedikt Meyer, “Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gem. § 63 StGB”, **Juristische Schulung (JuS)**, 2014, s. 409; Fischer, vor § 61, kn. 1; Maurach/ Gössel/ Zipf, § 67, kn. 1, s. 893; Jescheck/ Weigend, § 9, s. 83. *Öztürk/ Erdem* bu yaptırım sistemine, “iki şeritlilik” adını vermektedir. Bkz. *Öztürk/ Erdem*, s. 50.

¹⁶³⁵ Bu amaçlar TCK m. 1’ de, “*kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemek*” olarak belirtilmiştir. Yine aynı maddede “*bu amacın gerçekleştirilmesi için ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, ceza ve güvenlik tedbirlerinin türleri düzenlenmiştir.*” şeklinde yaptırımların ceza hukukunun amaçları bakımından önemine vurgu yapılmıştır. Hükmedilmiş olan ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı da aynı doğrultudaki amaçların gerçekleştirilmesi için yerine getirilmektedir. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m. 3’ te, infazın temel amacı, “*Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılmak istenilen temel amaç, öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamak, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamla ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmaktır.*” şeklinde düzenlenmiştir.

¹⁶³⁶ İyileştirici ve koruma sağlayan tedbirlerin hükmedilmesi kusurdan bağımsız şekilde gerçekleşmektedir. Bkz. Jescheck/ Weigend, § 77, s. 802.

¹⁶³⁷ Lackner/ Kühn, § 61, kn. 4; Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, s. 917; Roxin, AT I, § 3 B, s. 97.

olmadığı yerde- toplumu tehlikeli faile karşı korumak (güvenlik), güvenlik tedbirlerinin amacıdır¹⁶³⁸. Bir başka deyişle tedbirin amacı, “*failin kusurunun bu tür müdahaleyi gerektirecek olup olmamasından bağımsız olarak, gelecekte onun vasıtasıyla oluşabilecek ihlallerin önlenmesidir.*”¹⁶³⁹ Bu noktada güvenlik tedbirlerinin sorumlu olunan hukuk ihlali ile, yani işlenen haksızlık ile bağlantı kurmayıp devletin pragmatist (faydacı) amaçlarına dayandığı itirazı yapılmışsa da, bu eleştirinin haklı bir yönü bulunmamaktadır¹⁶⁴⁰. Çünkü güvenlik tedbirleri, kusur ilkesine tabi olmasalar da, tehlikenin önlenmesine karşı toplumsal savunmanın acil tedbirleri olarak meşruiyet kazanmaktadır¹⁶⁴¹.

Belirtilen nedenlerle güvenlik tedbirleri, ceza hukukunun amaçları doğrultusunda ceza yaptırımlarını tamamlamakta¹⁶⁴², cezaların söz konusu amaçlar doğrultusunda etkin olamadığı hallerde¹⁶⁴³ devreye girerek toplumsal barışın zedelenmesinin önüne geçilmesini sağlamaktadır¹⁶⁴⁴. Akıl hastalarının gerçekleştirmiş oldukları haksızlık teşkil eden fiiller özelinde bakıldığında, bu

¹⁶³⁸ van Gemmeren, MK, § 61, kn. 1.

¹⁶³⁹ BVerfGE 109, 133 (174)= NJW 2004, 739 (746) (Meyer, “Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus”, s. 409)

¹⁶⁴⁰ Jescheck/ Weigend, § 77, s. 804.

¹⁶⁴¹ Jescheck/ Weigend, § 77, s. 804.

¹⁶⁴² Tehlikelilik düşüncesine dayalı bir güvenlik tedbiri hukuku tutarlı olarak, kusur düşüncesi üzerine inşa edilmiş bir ceza hukukuna ve bu hukuka tamamlayıcı olarak uygundur. Bkz. Joachim Kretschmer, **Das strafprozessuale Verbot der reformatio in peius und die Maßregeln der Besserung und Sicherung**, Duncker & Humblot, Berlin, 1999, s. 36. Ceza yaptırımı, her zaman suçların önlenmesi gerekliliğini ve ihtiyacını karşılayamamaktadır. Bu nedenle güvenlik tedbiri yaptırımı ile bu ihtiyaç tamamlanmaktadır. Bkz. Maurach/ Gössel/ Zipf, § 67, kn. 1, s. 893; Schöch, LK, vor § 61, kn. 1.f

¹⁶⁴³ Kusura göre takdir edilen ceza, ceza hukukunun önleyici nitelikteki görevini her zaman yerine getirememektedir. Çünkü çoğu durumda önleme neticesinin sağlanması için cezanın süresi yeterli olmamaktadır. Önleme neticesinin sağlanmasında normal ceza infazı uygulamasında mümkün olmayan, failin tıbbi, pedagojik veya sosyal bakım tedavisi gerekli olabilmektedir. Aynı zamanda cezalandırılmayan fail gruplarında da ceza dışında başkaca tedbirlerin uygulanması ihtiyacı vardır. Bkz. Jescheck/ Weigend, §§ 9, 77, s. 83, 802-803. *Erem*’ e göre, cezanın amaçlarından birisi ilgili kişiye uygulanarak ibret teşkil etmek ve korkutmak suretiyle müstakbel suçları önlemek olduğuna göre, korkmasına imkân olmayan akıl hastası gibi kimselere ceza vermek imkânsızdır. Bkz. Erem, “Türk Ceza kanununda Emniyet Tedbirleri”, s. 353.

¹⁶⁴⁴ *Hafizoğulları*’ na göre, emniyet (güvenlik) tedbirleri, ceza hukukunda cezanın uygulanamadığı, uygulansa bile yeni suçları önlemede yetersiz sayıldığı hallerde, geleneksel ceza sistemini tamamlayan hukuki himaye vasıtalarıdır. Bkz. Zeki Hafizoğulları, “Emniyet Tedbirleri”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi (AÜSBFD)**, C. 46, S. 3, Y. 1991, s. 45; aynı yönde İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 633.

kişilerin fiillerini gerçekleştirdikleri sırada, işledikleri fiillerin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamamaları ya da davranışlarını haksızlık algısına uygun şekilde hukuka uygun doğrultuda yönlendirememeleri durumunda kusur ilkesi nedeniyle haklarında ceza yaptırımını uygulanamamaktadır. Bu durumda ceza hukuku kapsamında davranışları nedeniyle “kınanamayan” ancak kendisini hukuka aykırı fiillerden uzak tutacak yeteneklere sahip olmaması nedeniyle, aynı gerçekleştirmiş olduğu haksızlık gibi, ileride haksızlık teşkil edebilecek fiilleri gerçekleştirme potansiyeli ve tehlikesine sahip olan kişiler, toplumsal barışın korunması konusunda “tehlikelilik” arz edecektir. Ceza yaptırımının toplumsal barışı zedeleyecek söz konusu haksız fiillerin önlenmesi açısından yetersiz kaldığı bu haller için, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri öngörülmüştür. Bu halde ilgili akıl hastası fail, tekrardan ceza normunun emrettiği hukuka uygun davranışları sergileyebilecek hale getirilmek üzere zorunlu olarak tıbbi tedavi altına alınmakta ya da en azında ileride haksızlık teşkil edebilecek fiilleri gerçekleştirme olasılığı minimuma indirilmek suretiyle toplum açısından “tehlikelilik” hallerinin önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Hukuk düzeninin belirli davranışları yasakladığı ya da belirli şekilde davranılmasını emrettiği “davranış normları” sisteminin bu türden fail grupları karşısında yeterince başarı vaadinde bulunamaması nedeniyle, bu fail gruplarına amaca yönelik özgürlük kısıtlamaları sayesinde diğerlerine zarar vermekten uzak tutmak için önleyici müdahalede bulunmaktadır¹⁶⁴⁵. Bu müdahale, akıl hastası fail grupları özelinde bakıldığında özgürlüğü kısıtlayıcı zorunlu tedavi içeren, bir psikiyatri sağlık kurumuna yerleştirme tedbiridir.

TCK m. 32/2’ de akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneği azalmış olduğu tespit edilen fail hakkında da akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceği düzenlenmiştir. Burada kural olarak kusurlu kabul edilen, yani gerçekleştirmiş olduğu hukuka aykırı fiil nedeniyle “kınanmış” olan bir fail söz konusudur. Çalışmanın ilerleyen başlıklarında detaylı olarak tartışılacağı üzere, hukuka uygun davranışı sergilememesi nedeniyle kınanmış failin, akıl hastası olması sebebiyle, akıl hastası olmayan failer gibi kınanmaması gerektiği ve akıl hastalığının etkisi ile hukuka uygun davranışı sergilemekteki zorlanmanın salt ceza yaptırımını ile

¹⁶⁴⁵ Georg Freund, “Gefahren und Gefährlichkeiten im Straf- und Maßregelrecht: Wider die Einspurigkeit im Denken und Handeln”, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht (GA)*, 2010, s. 198.

giderilemeyecek nitelikte olduğu varsayımı nedeniyle, bu kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanmaktadır. Bir başka deyişle akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneği azalmış olan failin, ileride benzer şekildeki durumlarda hukuka uygun davranışı sergilemekte, diğer hasta olmayan failer gibi zorlanmamasının sağlanması için, bu kişiler hakkında psikiyatrik tedavi içeren güvenlik tedbiri uygulanmaktadır. Akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneği durumunda kusura karşılık verilen ceza, sıklıkla miktar itibarıyla (niceliksel olarak), özel önleme gerekliliklerinin ardında kalır. Bu noktada tamamlayıcı olarak, cezanın iyileştirme ve güvenlik sağlama açısından noksanlıklarını dengelemek için güvenlik tedbirleri devreye girmektedir¹⁶⁴⁶. Nitekim ceza hukukunun amaçlarının gerçekleştirilmesinde, bu yolun salt ceza yaptırımını uygulanmasından daha etkili olacağı düşünülmektedir.

B. Güvenlik Tedbirlerinin Sınıflandırılması ve Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirlerinin Konumu

Güvenlik tedbirleri değişik bakış açıları dikkate alındığında farklı sınıflandırmalara tabi olabilmektedir. Bu sınıflandırmalarda mevcut güvenlik tedbirlerinin niteliklerine odaklanılarak, ayırt edici özellikleri ortaya çıkarılmakta ve bu şekilde daha iyi anlaşılması sağlanmaya çalışılmaktadır. Bu sınıflandırmalardan ilki, tedbirlerin icrası dikkate alınarak yapılan ayırımdır. Bu ayırıma göre tedbirler haklardan mahrum bırakan tedbirler, iyileştirici tedaviye dönük tedbirler ve sosyal itina (yardım) gösterilmesine yönelik tedbirler olarak üçe ayrılabilir. Normalde herkesin sahip olduğu hakların ciddi şekilde zarar görmesi ya da zarar görme tehlikesi altında bulunması durumunda, kişinin tehlikeliliğinin önüne geçmek için, bu haklardan yoksun bırakılabileceği açıktır. Açık şekilde suç işlemek suretiyle gerekli zihinsel, teknik veya karakteristik becerilerden yoksun olduğu kanıtlanan hiç kimse, belirli bir mesleği icra etmeyi ya da motorlu taşıtı sürmeyi talep edemez. Bu nedenle işlemiş olduğu suçtan dolayı söz konusu yeterlilikten yoksun olduğu anlaşılan kişinin normalde sahip olduğu bu hakların askıya alınması söz konusu olmaktadır (*haklardan yoksun bırakma düşüncesi*)¹⁶⁴⁷. Bu gruptaki güvenlik tedbirlerine TCK

¹⁶⁴⁶ Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, s. 918.

¹⁶⁴⁷ Jescheck/ Weigend, § 9, s. 86.

m. 53' te düzenlenen belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma tedbiri örnek verilebilir. İyileştirici ve tedaviye dönük tedbirlerde ise, devletin suç tehlikesi arz eden fiziksel ya da ruhsal bozukluğu olan kişileri himaye altına almanın yanı sıra, onların durumunu iyileştirecek, hafifletecek veya en azından tehlikeliliklerini nötralize edecek tıbbi, psiko-terapötik veya koruyucu tedaviye yönlendirme görevi söz konusudur. Bu görevin yerine getirilmesi nedeniyle faile iyileştirici tedavi uygulanmaktadır (*iyileştirici tedavi düşüncesi*)¹⁶⁴⁸. Bu tedbirlere akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri örnek verilebilir. Sosyal itina gösterilmesine yönelik tedbirlerde ise, belirli koşullar altında denetimli serbestlik durumunda failin belirli tedbirlerle tehlikeliliğinin önüne geçilmeye çalışılmaktadır (*sosyal yardım düşüncesi*). Örneğin, Alman Ceza Kanunu § 68b/(1)-9' da, failin kazanç getirici bir işi bulunmuyorsa, mahkeme failin yetkili iş ve işçi bulma kurumuna başvurusunu sağlamaktadır¹⁶⁴⁹. 5237 sayılı TCK açısından bakıldığında ise bu ayırım esas itibarıyla geçerli olmakla birlikte son belirtilen grup için sosyal yardım düşüncesinin yerini TCK m. 58' de yer alan suçta tekrür ve özel tehlikeli suçlar gibi, suç işlemede belirli bir istikrar göstermiş ya da özel tehlikeli olarak belirtilebilecek suçlular hakkında denetimli serbestlik kapsamında birtakım yükümlülöklere yer verilmiştir. Bu tedbirlerde bu özel fail grupları için gözetim düşüncesinin hâkim olduğu söylenebilir.

Güvenlik tedbirleri öğretide korudukları değerler açısından kişi hürriyetini kaldıran veya haklardan yoksun bırakan, kişi hürriyetini kısıtlayan ve diğeri güvenlik tedbirleri olmak üzere üçlü bir ayırıma da tabi tutulmaktadır¹⁶⁵⁰. Bu ayırıma göre, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri kişi hürriyetini kaldıran veya haklardan yoksun bırakan güvenlik tedbirleri sınıfına girmektedir. Zira burada sorumsuz veya kısıtlı sorumlu suçluların bir müesseseye konmaları veya hastaneye yatırılmaları söz konusudur¹⁶⁵¹.

Başka bir bakış açısı ile bakıldığında güvenlik tedbirleri özel önleme amacının yerine getirilmesi bakımından bir ayırıma tabi tutulabilecektir. Bir yanda

¹⁶⁴⁸ Jescheck/ Weigend, § 9, s. 86.

¹⁶⁴⁹ Jescheck/ Weigend, § 9, s. 86.

¹⁶⁵⁰ Mehmet Emin Artuk / Esra Alan Akcan, "Mukayeseli Hukuk ve Türk Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbirleri", **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (İMÜHFD)**., C. III, S. 2, Güz 2016, s. 28.

¹⁶⁵¹ Artuk/ Alan Akcan, s. 29.

öncelikli olarak faile psişik ve terapötik etki etmek suretiyle, yani tekrar sosyalleşmeyi sağlamak suretiyle tehlikeyi önlemeye çalışan tedbirler söz konusudur. Diğer yanda ise, faile karşı bu tür teşebbüslerde bulunmadan, tehlike arz edenin kriminal faaliyette bulunmasını fiilen imkânsız hale getirmek suretiyle önleme amacını yerine getiren tedbirlerden bahsedilebilir. İlk türdeki tedbirler için akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri ve bağımlılıktan kurtulmaya yönelik tedbirler örnek gösterilebilirken, ikinci türdeki tedbirler için sürücü ehliyetinin geri alınması, meslekten men etme, hayvan besleme yasağı ya da avcılık izninin iptali¹⁶⁵² gibi tedbirler örnek gösterilebilir¹⁶⁵³. Ancak bu ayırım açısından akıl hastasının bir psikiyatri kurumunda tutulduğu müddet boyunca aslında fiilen tehlikeliliğinin de önüne geçilmiş olduğu unutulmamalıdır. Zira bu süre boyunca fail tedavi edilmekle birlikte, aynı zamanda suç işlemesini fiilen engelleyecek şekilde toplumdan izole edilmesi de sağlanmaktadır. Bu nedenle akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin, bu ikili ayırımı net bir şekilde bir tarafa ait olduğu söylenemeyecektir.

Güvenlik tedbirlerinin cezalar ile olan ilişkisine göre yapılan ayırımı ise, cezalarla birlikte uygulanabilecek olan tedbirler (TCK m. 53 belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma), cezaya alternatif olarak uygulanabilecek güvenlik tedbirleri (TCK m. 32/2 azalmış kusur yeteneği olan akıl hastaları için uygulanacak olan tedbirler), tek başına uygulanacak tedbirler (TCK m. 31/1 bu durumda güvenlik tedbirlerine hükmedip hükmetme konusunda hâkimin takdir hakkı vardır, veya TCK m. 31/2, 2. cümle) olarak ayırımı tabi tutulmaktadır¹⁶⁵⁴.

Sonuç olarak denilebilir ki, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri dualist bir yapıya sahiptir. Akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneği bulunmayan failer hakkında uygulanabildiği gibi, akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneği bulunan, bir başka deyişle ceza sorumluluğuna sahip failer hakkında da uygulanabilmektedir. Birinci durum bakımından bu tedbirler cezaların uygulanmadığı durumlarda uygulanmakta iken, ikinci durumda TCK m. 32/2' de yer alan tartışmalı düzenleme

¹⁶⁵² Almanya' da fer' î (yan) ceza hukukunda da güvenlik tedbirlerine yer verilmiştir. Bunlardan bazıları hayvan besleme yasağı (Hayvanları Koruma Yasası =*TierschutzG* Madde 20) ve Avcılık İzninin İptali (Federal Avcılık Yasası =*BJagdG* Madde 41) olarak belirtilebilir. Bkz. Kett-Straub/Kudlich, s. 198.

¹⁶⁵³ Maurach/ Gössel/ Zipf, § 67, kn. 11, s. 897.

¹⁶⁵⁴ Artuk/ Alan Akcan, s. 30.

gereği, cezaların yerine ya da cezalar ile birlikte cezanın yanında uygulanabilmektedir¹⁶⁵⁵.

C. Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri İle Cezalar Arasındaki Farklılık Ve Benzerlikler

1. Cezalar ile Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri Arasındaki Farklılıklar

Ceza hukukunun görevi olan hukuki değerlerin korunması, kusur ceza hukuku içinde tek başına ceza yaptırımını ile sağlanamamaktadır¹⁶⁵⁶. Kusur yeteneği olmayan faillerin cezanın kapsamına alınmaması, azalmış kusur yeteneği bulunan faillerinse sınırlı olarak cezalandırılması kusur ceza hukuku anlayışının zorunlu bir sonucudur. Fiil ceza hukukunda cezalandırma ile ileride gerçekleşmesi beklenen önleme, fiile dayalı kusurun ölçüsüyle sınırlanmıştır. Eğer ceza bir devletin yegâne reaksiyon olanağı olsaydı, bu türden failer karşısında toplum korumasız kalabilirdi¹⁶⁵⁷. Toplumun bu türden tehlikeli failerden korunması ihtiyacından güvenlik tedbirlerine hükmetme ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Ceza, cezanın amaçlarıyla sınırlanmaktadır ve kusur ilkesine bağlanmaktadır. Bunun dışındaki güvenlik ihtiyaçları ise iyileştirme ve güvenlik sağlayıcı tedbirlerle yerine getirilmektedir. Bu tedbirlere hükmedilmesi kusurla ilişkili değildir ve uygulanma kapsamının takdirinde kusur rol oynamamaktadır¹⁶⁵⁸. Bu noktada iki yaptırım türü arasındaki en önemli fark olarak “kusur” unsuru ön plana çıkmaktadır. Tedbirler kusurdan bağımsız oldukları için, cezadan izole edilmiş olarak ceza olmaksızın da

¹⁶⁵⁵ Alman Ceza Kanunu (StGB) §§ 21, 63 düzenlemeleri uyarınca azalmış kusur yeteneği durumunda cezaların yerine değil, sadece cezanın yanında bu tedbirlere hükmedildiği belirtilmektedir. Bkz. Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 2, s. 903.

¹⁶⁵⁶ Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri gibi iyileştirici ve güvenlik sağlayıcı tedbirler, kusurun bulunmadığı durumlarda cezalandırılmanın gerçekleştirilememesi ya da azalan kusura uygun bir ceza uygulaması ile gelecekte failin suç işleme riskinin önüne geçilmesinin mümkün olmadığı durumlarda devreye girmektedir. Bu nedenle tedbirlere hükmedilmesinin yegâne hedefi, mahkûmun gelecekteki suçlarının önlenmesidir. Bkz. Jescheck/ Weigend, § 77, s. 803.

¹⁶⁵⁷ Thomas Geiger, Die Rechtsnatur der Sanktion, Duncker & Humblot, Berlin, 2006, s. 176.

¹⁶⁵⁸ BVerfGE 91, s. 1, 27 (Geiger, s. 176); Schreiber/ Rosenau, s. 115-116; Jescheck/ Weigend, § 9, s. 83; Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 2, s. 903.

uygulanabilirler¹⁶⁵⁹. Ceza yaptırımının kusurlu fiil sonucu korunan hukuki değerlere saldırıya yeltenilmesinin denkleştirilmesi¹⁶⁶⁰, ödetilmesi¹⁶⁶¹, öcünün alınması¹⁶⁶² ve norm geçerliliğinin vurgulanması için büyük bir katkısı varken, güvenlik tedbirinin hükmedilmesi ile toplumun ileride işlenme ihtimali olan başka suçlardan korunması amaçlanmaktadır¹⁶⁶³. Tedbirin yegâne amacı, tehlikenin bertaraf edilmesidir; yani gelecekteki suçları önlemek suretiyle kamusal güvenliğin korunmasıdır¹⁶⁶⁴. Bu bakımdan cezanın esası adalet, güvenlik tedbirlerinin esası ise toplum için yararlı olmalarıdır¹⁶⁶⁵. Sonuç olarak denilebilir ki, her iki yaptırımın odaklandığı olgular farklılık arz eder. Cezalarda işlenmiş fiildeki kusurluluğa güçlü şekilde odaklanma mevcut iken¹⁶⁶⁶, güvenlik tedbirlerinde bu odaklanma gelecekteki işlenme ihtimali bulunan suçlar, yani failin bu yöndeki “tehlikeliliği” olmaktadır. Güvenlik tedbirlerinde işlenmiş fiille zayıf şekilde bağlantı söz konusudur. Zira bu durum ancak tehlikelilik öngörüsü açısından önem ifade edebilir. Tedbire hükmedilme bakımından esas unsuru oluşturmamaktadır.

Kusur temelindeki bu farklılığın ceza hukukunun amaçları açısından da önemli sonuçları bulunmaktadır. Ceza yaptırımının suçun önlenmesi amacı açısından etkililiği kusura uygunluğu ile sınırlanmıştır¹⁶⁶⁷. Ceza, özellikle hapis cezaları, yalnızca kusura uygunluk çerçevesi içinde -başka bir deyişle kusur nedeniyle yukarı doğru sınırlanmış hapis cezasının infaz süresi çerçevesinde- iyileştirme ve güvenlik amaçlarını izleyebilmektedir¹⁶⁶⁸. Hakkında hapis cezasına hükmedilmiş failin,

¹⁶⁵⁹ Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, s. 917; Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 686.

¹⁶⁶⁰ Lackner/ Kühl, § 46, kn. 1; Öztürk/ Erdem, s. 50.

¹⁶⁶¹ Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 693; Cezanın birinci amacı kefaret ve genel önlemedir. Ceza uygulandığı kişiye acı ve ızdırap verir. Suç karşılığı uygulanan cezanın amacı, geçmişte işlenen fiilin karşılığını ödetmektir. Hükümlüyü ceza aracılığıyla ıslah ederek topluma kazandırma (cezanın özel önleme fonksiyonu) cezanın ikincil amacıdır. Her ceza bu yönüyle bir güvenlik tedbidir. Bkz. Hamide Zafer, “Emniyet Tedbirleri Muhakemesinin Özellikleri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM)**, C. LXII, S. 1-2, 2004, s. 266.

¹⁶⁶² İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 699.

¹⁶⁶³ Schreiber/ Rosenau, s. 115.

¹⁶⁶⁴ BGHSt 50, 93 [101]; BGH, NJW 2013, 3735 [3736] (Schreiber/ Rosenau, s. 115); Jescheck/ Weigend, § 77, s. 803.

¹⁶⁶⁵ Ayşe Nuhoglu, **Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri**, Adil Yayınevi, Ankara, 1997, s. 66.

¹⁶⁶⁶ Heinz Müller-Dietz, **Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems**, R. v. Decker's Verlag, Heidelberg-Hamburg, 1979, s. 73.

¹⁶⁶⁷ Lackner/ Kühl, § 61, kn. 2.

¹⁶⁶⁸ Streng, Strafrechtliche Sanktionen, s. 165.

cezasını tamamen çekmesi halinde, onun topluma yeterince yeniden kazandırılmamış olması durumunda ya da birlikte yaşadığı diğer insanlar için bir tehlike oluşturması durumlarında dahi, tahliye edilmesi gerekir¹⁶⁶⁹. Oysa akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinde kusur çerçevesinde hükmedilme zorunluluğu bulunmadığı için, böyle bir sınırlama söz konusu değildir. Alman Federal Mahkemesi bir kararında bu hususa işaret etmektedir: “Eğer azalmış kusur yeteneği bulunan bir kişi cezayı gerektiren bir fiil işlemiş ve kamu güvenliği kusura uygun olarak verilmiş bir cezanın çekilmesinden sonra failin bir tedavi veya bakım kurumuna yerleştirilmesini gerektiriyorsa, o zaman bundan sarfı nazar edilemez ve bunun yerine güvenlik nedenlerinden ötürü haddinden fazla ve işlenen kusura uygun olmayan bir hapis cezasına hükmedilemez”¹⁶⁷⁰

Ceza hukukunun amaçlarını sağlama bakımından yukarıda belirtilen farklılığın nedeni, her iki yaptırım türünün hükmedilme amaçlarının birbirileri ile örtüşmemesidir. Ceza yaptırımı, kusurun ölçüsü ile sınırlıdır, çünkü salt önleme amacına yönelik değildir. Ceza yaptırımının temelinde failin fiilini gerçekleştirirken hukuka uygun olan fiili seçme imkân ve iktidarına sahip olduğu halde, yine de hukuka aykırı olan fiili gerçekleştirmesi nedeniyle kınanması bulunmaktadır. Söz konusu bu hukuka sadakat eksikliği içeren irade nedeniyle toplumsal reaksiyon olarak failin kusuruna karşı ceza yaptırımı uygulanmaktadır. Bir anlamda kusura karşı toplumsal misillemede bulunmaktadır (=Schuldvergeltungsprinzip)¹⁶⁷¹. Ceza şeklindeki karşılığın ulaşmak istediği hedef ise salt önleyici gereksinimler değil, aynı zamanda kınanmış olan fiilin ödetilmesidir¹⁶⁷². Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinde ise failin gerçekleştirmiş olduğu fiilin ödetilmesi amacı söz konusu değildir¹⁶⁷³. Bu tedbirlerle amaçlanan, psikopatolojik hali nedeniyle bir ceza

¹⁶⁶⁹ Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, s. 917-918.

¹⁶⁷⁰ BGHSt 20, 264, 1965 (Kretschmer, s. 35)

¹⁶⁷¹ Nowakowski, s. 66.

¹⁶⁷² Aynı zamanda cezalandırma ile güdülen birincil amacın, suç teşkil eden bir haksızlığı gerçekleştiren kişinin, bu suçu işlemek dolayısıyla içinde bulunduğu kusurluluk durumundan ibra olmasını sağlamak olduğu belirtilmektedir. Bkz. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 687.

¹⁶⁷³ Erem, “Türk Ceza kanununda Emniyet Tedbirleri”, s. 352. Ayrıca güvenlik tedbirleri azap düşüncesine yabancıdır. Bkz. Nuhoğlu, Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri, s. 66; aynı yönde Erem, “Türk Ceza Kanununda Emniyet Tedbirleri”, s. 353. *Centel/ Zafer/ Çakmut*’ a göre ise, güvenlik tedbirleri suç işleyen kişilere, onların istekleri dışında uygulandıkları için azap verme

normunu ihlal etmiş, bir başka deyişle haksızlık işlemiş olan failin, ileriki bir zaman diliminde yine aynı hali nedeniyle benzer haksızlıkları gerçekleştirme tehlikesi bulunduğundan, bu kişinin tedavi edilerek toplumsal barışı bozan fiillerde bulunmasının önüne geçmektir. Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri gibi iyileştirici ve güvenlik sağlayıcı tedbirler, öncelikle kusur yeteneği yokluğu durumunda, yani kusursuz olarak eylemde bulunan ve bu eylemleri nedeniyle cezalandırılması mümkün olmayan tehlikeli failerin davranışlarına gösterilen bir tepkidir¹⁶⁷⁴. Ancak bu tedbirlere salt kusur yeteneği yokluğu durumunda değil, azalmış kusur yeteneği durumunda da başvurulabilmektedir. Böylece azalmış kusur yeteneği durumunda uygulanacak tedbirler cezayı tamamlayıcı önlemler olarak, kusura uygun kabul edilen cezanın tehlikeyi yeterince bastıramadığı durumlarda uygulanmaktadır¹⁶⁷⁵. Bu amaç doğrultusunda akıl hastalığı etkisinde suç işlediği tespit edilen faile tedavi uygulanarak bu kişilerin, yeniden ceza normlarının davranış taleplerini algılayan ve iradelerini bu talepler doğrultusunda yönlendirebilen bireyler haline getirilmesi yolu ile tehlikeliliklerinin önüne geçilmektedir. Bu sebeplerle denilebilir ki, cezalar ile akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri, özellikle ilişkilendirme konusunda birbirlerinden farklılık gösterir. Tedbir failin kişiliğine yönelir ve işlenmiş suçta ifadesini bulan, failin toplum için oluşturduğu tehlikeye bir tepkidir. Buna karşın ceza, işlenmiş suç teşkil eden fiile yöneliktir ve suçun işlenmesiyle kusurlu haksızlığa bir tepkidir¹⁶⁷⁶. Bir başka deyişle tedbirlerde söz konusu olan bağlantı ve ölçüm kriteri, işlenmiş olan fiilin geçmişe yönelik kınama değerlendirmesi değil, başka suçların işlenmesiyle ilgili olarak failin gelecek için tahmin edilen tehlikesidir¹⁶⁷⁷. Tedbirlerde cezanın aksine geçmişteki bir haksızlığın

özelliğine sahiptirler. Ancak güvenlik tedbirlerinin amacı kişiye acı ve ızdırap çektirmek değildir. Bkz. Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 695.

¹⁶⁷⁴ Schreiber/ Rosenau, s. 115; *Hafizoğulları* ise, güvenlik tedbirlerinin fiile verilen bir cevap veya tepki olmadığını savunmaktadır. Yazara göre, tedbirler suç teşkil eden fiille nedensel veya isnadi bir bağlantı içinde değildir. Güvenlik tedbirlerinin bağlantı içinde olduğu durum, suç teşkil eden fiilin failinin içinde bulunduğu statüdür. Bu statü ise, failin tehlikelilik halidir. Bkz. Hafizoğulları, “Emniyet Tedbirleri”, s. 46.

¹⁶⁷⁵ Schreiber/ Rosenau, s. 116.

¹⁶⁷⁶ Geiger, s. 177.

¹⁶⁷⁷ Maurach/ Gössel/ Zipf, § 67, kn. 1, s. 893.

faile ödetilmesi artık söz konusu değildir. Bunun yerine bakış açısı yalnızca geleceğe doğru çevrilmiştir¹⁶⁷⁸.

Öğretide akıl hastalarına özgü iyileştirme ve güvenlik sağlayıcı tedbirlerin salt önleyici karaktere sahip oldukları belirtilmektedir. Tedbirlerin hedefi, tehlikeli bir failden kamunun (toplumun) korunması ve failin iyileştirilmesi sayesinde (ilerideki olası) suçların önlenmesidir. Bu nedenle fail tarafından gerçekleştirilmiş haksızlık nihayetinde, tedbire hükmetmek için bir neden (gerekçe) değil, yalnızca bir vesiledir (burada hukuki tedbire vesile olan fiilden söz edilir = “Anlasstat”)¹⁶⁷⁹.

Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin kusurdan bağımsız olması, sadece kusursuz bir failin ceza hukuku anlamında bu tedbirle karşı karşıya gelebileceğine neden olmamaktadır. Bir diğer neticesi de, kusurun sınırlayıcı işlevinin tedbirin müdahale derinliği ve süresi açısından etkin olamamasıdır. Ceza hukukunda sorumlu olan fail, ancak kusuru ölçüsünde cezalandırılabilir. Suçun tehlike veya tekrarlanma niteliği, cezayı arttıracak şekilde değerlendirilemez¹⁶⁸⁰. Yani makul cezanın en üst limiti, daima kusurun ölçüsüdür. Buna karşın kusur yeteneği olmayan veya kusur yeteneği azalmış olan bir failin güvenlik tedbiri olarak bir psikiyatri kurumuna yatırılma süresi kusur ölçüsünden bağımsızdır; kavramsal olarak bile “kusura uygun” kuruma yatırma işlemi söz konusu olamaz¹⁶⁸¹. Kişinin kuruma yatırılması, **ölçülülük** prensibi çerçevesinde, sadece tehlikelilik ile belirlenmektedir. Kişinin kuruma yatırılmasındaki amaç, ancak tehlikenin ortadan kalkmış olmasıyla ortadan kalkmaktadır¹⁶⁸².

¹⁶⁷⁸ Kett-Straub/Kudlich, s. 199; Güvenlik tedbirlerinde amaç failin tekrardan suç işlemesini önlemek ve onu ıslah ederek topluma kazandırmaktır. Bu nedenle güvenlik tedbirleri sadece geleceğe yönelik iken, cezalar hem kefareti hem de genel-özel önlemeyi sağlamaya yönelik olduklarından geçmiş ve geleceğe yöneliktir. Bkz. Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 694; aynı yönde Artuk/ Alan Akcan, s. 19.

¹⁶⁷⁹ Kett-Straub/Kudlich, s. 199; Freund, “Gefahren und Gefährlichkeiten im Straf- und Maßregelrecht”, s. 198; aynı yönde Nuhoğlu, Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri, s. 65; Hafızoğulları, “Emniyet Tedbirleri”, s. 46.

¹⁶⁸⁰ Şayet bir fail toplum için bir tehlike arz ediyorsa, mahkûmun gelecekteki başka suçlarını hiç olmazsa belirli bir süreliğine engellemek adına ceza miktarı failin kusur ölçüsünü aşamaz. Söz konusu failin tehlikelilik hali kusura uygun olmayan şekilde cezanın ağırlaştırılmasına yol açamaz. Bu durum kusur ilkesine aykırılık teşkil eder. Bkz. Maurach/ Gössel/ Zipf, § 67, kn. 1, s. 893.

¹⁶⁸¹ Schreiber/ Rosenau, s. 116.

¹⁶⁸² Schreiber/ Rosenau, s. 116.

Belirtildiği üzere, suç işlemiş olan akıl hastalarının toplum açısından tehlikelilik arz etmesi nedeniyle uygulanacak tedbirlerde, cezalarda olduğu gibi bir süre sınırı söz konusu değildir¹⁶⁸³. Bu tedbirlerin uygulanmasına kural olarak akıl hastası failin toplum açısından tehlikeliliği ortadan kalkana dek devam edilebilir. TCK m. 57’ de de akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri için herhangi bir süre sınırı getirilmemiştir. Aynı şekilde TCK m. 57/2’ de hükmedilmiş tedbirin sona ermesi ile ilgili olarak, fail hakkında “...yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca düzenlenen raporda toplum açısından tehlikeliliğinin ortadan kalktığına veya önemli ölçüde azaldığına belirtilmesi üzerine mahkeme veya hakim kararıyla serbest bırakılabilir.” düzenlemesi yer almaktadır. Kanun düzenlemesi açısından da tedbirin uygulanma süresi açısından dikkate alınacak kriter, failin toplum açısından göstermiş olduğu “tehlikelilik” olmaktadır. Bu tehlikeliliğin ortadan kalkması ya da önemli ölçüde azalması durumunda tedbire son verilecektir.

2. Cezalar ile Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri Arasındaki Benzerlikler

Ceza ile tedbir arasındaki ilk benzerlik, bu iki yaptırımın da, fail tarafından işlenmiş olan haksızlık teşkil eden fiile devletin gösterdiği bir reaksiyon olmalarıdır¹⁶⁸⁴. Her iki yaptırım da ceza normunun geçerliliğinin güçlendirilmesine hizmet eder. Her iki yaptırım da suç teşkil eden fiilin içinde hukuki temelini bulmaktadır ve gelecekteki suç fiillerini engellemeye yönelik olmalıdır. Tedbir ve cezanın ilgili kişinin hukuki konumuna (pozisyonuna) müdahale etmesi ve bu kişi için bir fenalığı (=rahatsızlığı) ifade etmesi de aynı şekilde müşterek bir durumdur. Ceza için bu fenalık yaşamsal önemde gereklidir. Zira failin ileri ki yaşamında tekrardan suç işlemesinin önüne geçen caydırıcılık unsuru bu fenalığı gerektirir. Fakat akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri için fenalık unsurunun mutlak

¹⁶⁸³ Bir doktorun hastasının ne kadar zaman içinde iyileşeceğini bilemeyeceği gibi, failin toplum bakımından gösterdiği tehlike halinin devam süresi önceden öngörülemez. Bkz. Artuk/ Alan Akcan, s. 19.

¹⁶⁸⁴ Ceza tedbirlerinden farksız olarak, emniyet tedbirlerinin amacı toplumsal savunmadır. Bkz. Hafizoğulları, “Emniyet Tedbirleri”, s. 45.

olmadığı söylenebilecektir¹⁶⁸⁵. Zira özellikle kusur yeteneğinin tam olarak kalktığı durumlarda, işlediği fiilin haksızlığını algılayamayan ya da davranışlarını bu haksızlık algısına göre yönlendiremeyen failin, bu fenaliğe duyarlı olup olmayacağı her duruma göre değişkenlik gösterebilecektir. Örneğin, bağımlılıktan kurtulma tedavisi yapan bir kuruma zorla yerleştirme durumu, failin bakış açısından, bu önlemlerde ona yardımcı olması amaçlanmış olsa bile, özgürlüğe getirilen bir kısıtlamadır. Bu nedenle infaz aşamasından ceza ile tedbir arasında bir değiş tokuşun ya da mahsup ilişkisinin mümkün olduğu söylenmektedir¹⁶⁸⁶. Cezalar haklara müdahale ederek ileride suç teşkil eden fiillerin önlenmesine hizmet etmektedir. Aynı şekilde güvenlik tedbirleri de haklara müdahale karakterine sahip olduğundan ve normun geçerliliğinin güçlendirilmesine hizmet ettiğinden, bizce yerinde olmayarak öğretide ceza ve güvenlik tedbiri arasında birbirinin yerine geçmenin kural olarak mümkün olduğu savunulmaktadır¹⁶⁸⁷.

Belirtilen nedenlerle özgürlüğü kısıtlayan iyileştirme ve koruma güvenlik tedbirleri, “etiket dolandırıcılığı ya da etiket sahtekârlığı/hilesi¹⁶⁸⁸” yapmakla suçlanmaktadır¹⁶⁸⁹. Zira bu tedbirlerde, cezalarda olduğu gibi kusurun üst limitinin ceza miktarının sınırını çizmesi gibi bir sınırlama bulunmamakta, kusurun yerine geçen failin tehlikeliliğine bağlı olarak tedbirin uygulanmasına önceden bir sınır öngörülmesiz devam edilmektedir. Bu nedenle özgürlüğü kısıtlayan tedbirler daha ciddi müdahale ağırlığında olabilmekte ve uzun süreli cezalardan bile daha fazla

¹⁶⁸⁵ *Hafizoğulları*, emniyet tedbirlerinin özünde, kendilerine uygulanan kimselere bir eza-cefa vermek olduğunu belirtmektedir. Bu tedbirler çeken bakımından bir kötülük teşkil etmektedirler. Emniyet tedbirleri, kişinin hayatına son vermek hariç, hukuki değerleri azaltma, onlardan mahrum kılma, hukuki menfaatleri kısıtlama, bir başka deyişle niteliği ne olursa olsun hukuki anlamda bir zarar veya kötülük biçiminde gerçekleşmektedirler. Bu nedenle, bu tedbirler, bir anlamda azap verici niteliktedirler. Bkz. *Hafizoğulları*, “Emniyet Tedbirleri”, s. 45. Biz akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri bakımından bu görüşe katılmamaktayız. Zira zorunlu tedavi uygulanmasının icrası bakımından özgürlüğü kısıtlayıcı nitelikte olmakla birlikte, failin akıl hastalığının etkisini gidermek bakımından, özgürlük-menfaat dengesi gözetildiğinde failin lehine olduğu söylenebilecektir. Özellikle kusur yeteneğinin tamamen kalkmasına yol açan akıl hastalıklarının zorunlu olarak tedavi edilmesinde hem toplum hem de failin kendisi bakımından fayda olduğu belirtilebilir. Bu tedaviyi akıl hastalığının etkisi ile rasyonel karar verme durumunda olmayan failin bir yük olarak görmesi, belirtilen faydayı yok etmemektedir.

¹⁶⁸⁶ Geiger, s. 177.

¹⁶⁸⁷ Jescheck/ Weigend, § 9, s. 84.

¹⁶⁸⁸ Alm. “*Etikettenschwindel*”

¹⁶⁸⁹ Eduard Kohlrausch, “Sicherungshaft. Eine Besinnung aus den Streitstand”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, (44)1, 1924, s. 33; Jescheck/ Weigend, § 9, s. 87.

korkulan özgürlük müdahalesine olanak tanımaktadır¹⁶⁹⁰. Bir başka deyişle, tedbire hükmedilmesinin ve icrasının, ilgili kişiye özgürlüklerin kısıtlanması açısından daha fazla bir yük getirmeyi mümkün kılması ve bu nedenle uzun süreli hapis cezalarından bile daha korkutucu olmasıdır¹⁶⁹¹. Bu durumun özellikle akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneği azalmış olan failer hakkında söz konusu olabildiği söylenmektedir. Bu görüşe göre, cezanın yanında güvenlik tedbiri uygulandığında “kusur indirimiyle bağlantılı olan küçük iyilik, hukuki sonuçlar tarafında fail açısından bir yük” olmaktadır¹⁶⁹². Öte yandan tarihsel gelişim açısından bakıldığında cezalar ve özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirlerin infaz aşamasında çoğu zaman birbirinden hiçbir fark göstermediği belirtilmiştir. Bu nedenle aslında tedavi amaçlayan bir iyileştirme de, eski dönemlerde fiilen çoğu zaman ceza karakterini taşımaktaydı, çünkü tedbirlerin uygulanması için mevcut olan kurumlar, personel ve fizikî şartlar yeterli olamamaktaydı¹⁶⁹³. Bu haksız sonucun da önüne geçilebilmesi için tartışmalı olmakla birlikte, özgürlüğü kısıtlayan güvenlik tedbirlerinde geçen sürelerin infaz aşamasında ceza süresinden sayılması gibi, ceza ile güvenlik tedbirleri arasında değiş-tokuşun mümkün olduğu “yerine geçme sistemi/ temsil sistemi (*vikariierendes System*)” uygulamasının mümkün olduğu savunulmaktadır¹⁶⁹⁴.

Fiili işlediği sırada kusur yeteneğinin bulunmadığı ya da azalmış kusur yeteneğinin bulunduğu karar verilen failin “cezaya duyarlılık” hissini bulunmaması durumunda ise başkaca tartışmalar ortaya çıkacaktır. Nitekim cezanın içermiş olduğu, özgürlüklere müdahale şeklinde gerçekleşen fenalığa duyarlı olmayan failerde, ceza yaptırımının failin ileri ki yaşamında onu suçu işlemekten alıkoyacağı ya da bu konuda bir caydırıcılık sağlayacağı düşünülemez. Özellikle psikopati ya da akıl zayıflığı durumundaki zihinsel bozukluğa sahip olan fail gruplarında bu tartışmalar ortaya çıkmaktadır. Bu fail gruplarının bir psikiyatri kurumunda özgürlüğü kısıtlanarak zorla tedavi edilmesi durumunda da, söz konusu

¹⁶⁹⁰ Jescheck/ Weigend, § 9, s. 85.

¹⁶⁹¹ Jescheck/ Weigend bu durumun iki izlilik krizi olarak tartışmalı olduğuna dikkati çekmektedir. Bkz. Jescheck/ Weigend, § 9, s. 87.

¹⁶⁹² H. Schüler-Springorum, “Die ‘zweite Spur’ im Kriminalrecht. Zur Struktur und Gestaltung strafrechtlicher Maßregeln”, *Keio Law Review*, 4, 1983, s. 128’ den aktaran Schreiber/ Rosenau, s. 116.

¹⁶⁹³ Schreiber/ Rosenau, s. 116.

¹⁶⁹⁴ Jescheck/ Weigend, § 9, s. 87.

özgürlüğe müdahaleyi bir fenalık olarak hissetmeyeceği açıktır. Bu tür faillerin ceza sorumluluklarının bulunduğu hallerde, bu kişiler hakkında akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri uygulanacaksa, tedavinin failin toplum açısından “tehlikeliliğini” önleme amacına yönelik olması kadar, fail üzerinde ceza yaptırımının etkili olması amacının da devreye girmesi gerektiği söylenmelidir. Ancak bu şekilde suçun önlenmesi amacı sağlanabilecektir.

Ceza ile akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri arasındaki bir benzerlik de, söz konusu yaptırımların infazları ile ulaşılmak istenilen hedefin failin tekrardan topluma kazandırılması olmasıdır. Ceza yaptırımının uygulanması ile ilk olarak failin caydırılması (ona gözdağı verilmesi) ve gelecekte suç işlemekten uzak tutulması amaçlanmaktadır (negatif özel önleme). Diğer yandan ceza içinde gelecekte hukuka uygun bir davranış için bir teşvik de yer almaktadır (pozitif özel önleme)¹⁶⁹⁵. Bu bağlamda faile, eylemlerinin sorumluluğunu üstlenmesi gerektiği ve yine kamuya (topluma) karşı bir sorumluluk taşıması gerektiği açıklanmaktadır. Güvenlik tedbiri ile de aslında cezalardan farklı, bir biçimde aynı amaç olan özel önlemenin sağlanması hedeflenmektedir. Güvenlik tedbirlerinin icrası yoluyla failin iyileştirilmesi, yeniden sosyalleştirilmesi ile “pozitif özel önleme”, failin “himaye” altına alınması ile “negatif özel önleme” sağlanmaktadır. Böylece failden ileride gelebilecek suç teşkil eden fiillerin önüne geçilmeye çalışılmaktadır¹⁶⁹⁶. Nitekim 5275 sayılı CGTİHK m. 3’ te de bu hususa vurgu yapılarak, infazdaki bir amacın da “...hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamla ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmak” olduğu belirtilmiştir.

Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri özelinde bakıldığında, bu tedbirlerin infazı ile, akıl hastası olan faile psikiyatrik tedavi uygulanarak, bu kişinin ileride tıpkı akıl hastalığı bulunmayan bireyler gibi ceza normlarının davranış beklentilerini algılayabilecek ve davranışlarını bu normlara uygun şekilde kontrol edebilecek duruma getirilmesi yoluyla topluma kazandırmak amaçlanmaktadır. Cezalarda söz konusu topluma kazandırma ceza yaptırımının fenalığı (rahatsız ediciliği)

¹⁶⁹⁵ Geiger, s. 178.

¹⁶⁹⁶ Maurach/ Gössel/ Zipf, § 67, kn. 10, s. 896.

kullanılarak gerçekleştirilirken, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinde psikiyatrik tedavi kullanılmaktadır.

Failin topluma yeniden sorumlu bir birey olarak kazandırılması hedefi her ne kadar ceza ve güvenlik tedbirleri arasındaki benzerlik arz eden unsurlardan olsa da, failin topluma kazandırılmış olup olmadığının kontrol ve takibi bu iki tedbir arasındaki farklılığı ortaya koyar. Kural olarak¹⁶⁹⁷ ceza yaptırımını uygulanan failin topluma yeniden kazandırılmış olup olmadığının kontrol ve takibi yapılmamaktadır. Hükümlü hapis cezasının infazının tamamlanması ile birlikte salıverilmektedir. Ancak akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinde, hakkında güvenlik tedbiri uygulanmış olan kişi hakkında, tedbire son verilmesi durumunda TCK m. 57/3 gereğince, güvenlik bakımından kişinin tıbbi kontrol ve takibinin gerekmesi durumunda, kişinin belirli aralıklarla toplum açısından “tehlikelilik” durumunun ne ölçüde olduğu araştırılmaktadır. Burada kişinin “tehlikelilik” durumu incelenirken esasında failin ne ölçüde topluma yeniden sorumlu bir birey olarak kazandırılmış olduğu da takip edilmiş olmaktadır.

Cezalar ile akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri açısından bir ortak yön de, her iki yaptırıma da mahkeme ya da hâkim hükmedebilmektedir. 5237 sayılı TCK’ da güvenlik tedbirlerine karar verme konusunda “adli sistem” benimsemiştir¹⁶⁹⁸.

Daha sonra detaylı olarak açıklanacağı üzere, her iki yaptırım için de ortada işlenmiş bir haksızlığın bulunması gerekmektedir. Ortada haksızlığın, yani işlenmiş bir suçun bulunmaması halinde her iki yaptırıma da hükmedilemez¹⁶⁹⁹. Her iki yaptırım türü arasında kanunilik ilkesi bakımından, lehe olması halinde geriye

¹⁶⁹⁷ İstisnai olarak bazı durumlarda bu kontrol ve takip gerçekleştirilebilmektedir. Örneğin, TCK m. 51 çerçevesinde hapis cezasının ertelenmesi durumunda TCK m. 51/3 uyarınca failin denetim süresinde bazı yükümlülüklerle kontrol ve takibi yapılabilmektedir. Ayrıca bu hal için örnek olarak 5275 sayılı CGTİHK m. 107’ de düzenlenen koşullu salıverme durumundaki denetim gösterilebilir.

¹⁶⁹⁸ Dönmezer, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku C. II*, s. 751; Ünver, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, s. 179-181; Bayındır, s. 149. Adli sistemin avantajları için bkz. Nuhoglu, *Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri*, s. 85-86.

¹⁶⁹⁹ Erem, “Türk Ceza kanununda Emniyet Tedbirleri”, s. 352.

yürüyebilmesi açısından benzerlikler vardır. Konu ile doğrudan ilgilerinin olmaması açısından burada sadece belirtilmekle yetinilmektedir¹⁷⁰⁰.

III. TEDBİRİN AMAÇLARI

A. İyileştirme Amacı

Failin iyileştirilmesi¹⁷⁰¹ özel önleme bakış açısının sonucudur. Failin iyileşmesi için tedavi uygulanarak, failin gelecekte yaşamını suç işlemeden sürdürmesi amaçlanmaktadır. Fakat özel önleme aynı zamanda ceza yaptırımını için de bir amaçtır. Ancak daha önce de belirtildiği üzere her iki özel önlemenin sağlanması için kullanılan araçlar farklıdır. Özel önleme açısından cezalarda, cezanın içermiş olduğu fenalık ve rahatsız edicilik özelliği etkili olurken, akıl hastaları için öngörülen güvenlik tedbirlerinde uygulanan “tedavi” etkilidir. *Nuhoğlu*’na göre, failerin iyileştirilmesi yoluyla toplum korunmalıdır. Bu nedenle güvenlik tedbirlerinin amacı salt koruma değil, aynı zamanda toplum için tehlikeli failin iyileştirilmesidir¹⁷⁰². *Özgenç*’e göre, uygulanan güvenlik tedbiri ile toplumun ve ailesinin akıl hastasına karşı korunmasının yanı sıra, akıl hastasının tedavi edilmesinin de amaçlanması gerekmektedir. Bu nedenle akıl hastasına özgü güvenlik tedbirleriyle sadece koruma veya sadece tedavi amacı güdülemez¹⁷⁰³.

Güvenlik tedbirleri kusurdan bağıştır. Bu nedenle, sadece katı şekilde ölçülülük ilkesine bağlı olarak uygulanabilirler¹⁷⁰⁴. Amaçlanan hedef, tedbiri uygulamak suretiyle failin iyileşmesi ve korunmasının sağlanmasıdır. Failin iyileştirilmesi, yani daha iyi olmasının sağlanması, tedavi edilmesi veya bakımı sadece amaca götüren bir enstrüman aracıdır; tedbirin yegâne gerekçesi değildir¹⁷⁰⁵. Failin özgürlük temel hakkının sınırlanması ile güvenlik tedbirinin tedavi edici

¹⁷⁰⁰ Bu benzerlikler için bkz. *Nuhoğlu*, *Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri*, s. 82 vd.; *Erem*, “Türk Ceza kanununda Emniyet Tedbirleri”, s. 352.

¹⁷⁰¹ Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine, toplumu korumak ve suçluyu iyileştirmek amacıyla başvurulmaktadır. Bkz. *Centel/ Zafer/ Çakmut*, s. 717.

¹⁷⁰² *Nuhoğlu*, *Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri*, s. 5.

¹⁷⁰³ *Özgenç*, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 861.

¹⁷⁰⁴ *Maurach/ Gössel/ Zipf*, § 68, kn. 1, s. 903.

¹⁷⁰⁵ *Schreiber/ Rosenau*, s. 116.

niteliğinin bağdaştırılması gerekir. Çünkü, güvenlik tedbirleri de tıpkı ceza hukuku ve ceza yaptırımları gibi “son çare olma (*ultima ratio*)” özelliğine sahiptir¹⁷⁰⁶.

Fail için amaçlanan iyileştirme, hiçbir zaman sadece asıl amaç olamaz. Bu nedenle failin sözde menfaati için akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilemez. Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri, ilgili kişi için özgürlüğü kısıtlayan nitelikte ve daha çok sadece ulaşılması hedeflenen menfaat ölçülmesi sonucunda, muhtemel bir tehlikeye karşı reaksiyon olarak uygun görülen özel bir katlanma durumudur. Tıpkı toplum açısından bir güvenlik menfaati olmaksızın alkol bağımlısı bir failin alkolü bıraktırma amacıyla bir kuruma yatırılmasında olduğu gibi, sadece terapötik sebeplerle tedbirin uzatılması mümkün değildir¹⁷⁰⁷. Burada tedbirin icrasında mutlak surette failin “tehlikelilik” durumu ve toplumun bu durumdan korunması ile ilişkilendirilmenin yapılması gerekmektedir. Bu nedenle akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri gibi özgürlüğü kısıtlayan tedbirlerde amacın değil, ilgili tedbirin failin teşkil ettiği tehlikeyi gidermekte yararlanmak istediği enstrümanların tespitinin gerektiği belirtilmektedir¹⁷⁰⁸.

Suç işlememiş hastaların tedavisinde semptomların hafifletilmesine odaklanılırken, suç işlemiş kişilerin tedavisinde yani adli psikiyatrik tedavideki amaç, psikopatolojinin remisyonunu sağlamaya çalışmak, gelecekteki potansiyel şiddet davranışlarını azaltmak ya da bunları elimine edip yeni suçları azaltarak toplumu korumak, bu bireylerin sağlıklı gelişimlerine ve kişiler arası ilişkilerde sorumluluk almalarına yardımcı olmaktır¹⁷⁰⁹.

765 sayılı TCK döneminde m. 46/4’ te¹⁷¹⁰ akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin son bulması açısından failin “şifa” bulması kriteri düzenlenmişti. Bu

¹⁷⁰⁶ Yener Ünver, “Güvenlik Tedbirleri ile Cezalar Arasında Bir Fark Kaldı mı? Alman Anayasa Mahkemesi’ nin Konuyla İlgili Bir Kararı Üzerine Kısa Bir Değerlendirme”, **Prof. Dr. Köksal Bayraktar’ a Armağan C. I, Galatasaray Üniversitesi hukuk Fakültesi Dergisi**, 2010/1, s. 369.

¹⁷⁰⁷ BGH, NStZ 2003, 86 (Schreiber/ Rosenau, s. 116)

¹⁷⁰⁸ Maurach/ Gössel/ Zipf, § 67, kn. 11, s. 897.

¹⁷⁰⁹ Fatih Öncü / Hüseyin Soysal / Niyazi Uygur / Füsün Özdemir / Solmaz Türkcan / Doğan Yeşilbursa / Gazi Alataş, “Zorunlu Klinik Tedavi Sonrası Yineleyici Suç İşleyen Adli Psikiyatri Olgularının Tanı ve Suç Niteliği Açısından Değerlendirilmesi”, **Düşünen Adam**, 2002, 15(3), s. 147.

¹⁷¹⁰ “*Muhafaza ve tedavi altına alınan şahıs; muhafaza ve tedavinin icra kılındığı müessesesinin sıhhi heyetince, şifası tebeyyün ettiğine dair verilecek rapor üzerine aynı kazai mercice serbest bırakılır.*”

kritere yerinde olarak 5237 sayılı TCK m. 57' de yer verilmemiştir¹⁷¹¹. Bu konuda 5237 sayılı TCK m. 57' de, tedbire akıl hastası failin “*toplum açısından tehlikeliliğinin ortadan kalktığına veya önemli ölçüde azaldığına*” sağlık raporu ile bildirilmesi üzerine, mahkeme veya hakim kararıyla sona erdirilebileceği düzenlenmiştir. İyileştirme failin mutlak anlamda “şifa bulması” gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır. İyileştirme ile anlaşılması gereken, suç işleyen akıl hastasının tıbbi durumunun tedavi uygulanarak, mümkün olduğu ölçüde gelecekteki davranışlarını, akıl hastalığının semptomlarının etkisi altında gerçekleştirmemesinin sağlanmasıdır. Bu bakımdan akıl hastalığının etkisinin bu yönde baskılanması durumunda, akıl hastalığı nedeniyle “şifa” bulunup bulunmadığı ya da halen ilaç tedavisinin devam ediyor olması gibi hususlar önem arz etmemektedir. Sonuç olarak iyileştirmenin yegâne amacı, sağlık kurumuna yatırılan kişinin tehlike arz eden suç işleme eğilimini kontrol etmeyi öğrenmesidir. Bu nedenle tedbir açısından önemli olan, “*Şifa bulma değil, yeterli seviyede otokontroldür.*”¹⁷¹² Kuşkusuz failin tekrardan otokontrole sahip bir birey gibi davranışlarını sergileyebilmesi, ilk olarak haksızlık bilincine sahip, yani TCK m. 32' deki ifade ile “*failinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilen*” bir birey haline gelmesi durumunda mümkün olabilir. Bu nedenle akıl hastalığı türü de dikkate alınarak, tedavinin bu çerçevede yürütülmesi gerekmektedir. Daha sonra ise failin haksızlık bilincine sahip olmasına karşın, davranışları üzerinde kontrolünü yitirmesine neden olan, bir başka deyişle davranışlarını yönlendirme yeteneğine mani olan sebeplerin önüne geçilmesine yönelik tedavi uygulanmalıdır. İyileşmesi mümkün olmayan psikiyatrik hastalarda ise, en azından tedavi uygulanması suretiyle bu kişilerin bakımının üstlenilmesinin gerektiği belirtilmektedir¹⁷¹³.

¹⁷¹¹ “Şifa bulma” kriterinin kaldırılarak, failin “tehlikelilik halinin kalkması veya önemli derecede azalması” kriterinin getirilmiş olması yerinde bir değişiklik olarak değerlendirilmektedir. Bkz. Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 357.

¹⁷¹² van Gemmeren, MK, § 63, kn. 1, dp. 2; Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 2, s. 903, dp. 5.

¹⁷¹³ BGHSt 44, 338 (339) bkz. Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 2, s. 903.

B. Güvenlik (Koruma) Amacı

Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri ile asıl ulaşılmak istenilen amaç, failin akıl hastalığı nedeniyle toplum açısından oluşturduğu tehlikeliliğin önüne geçilmesidir. Böylece suç işleyen akıl hastaları zorunlu olarak tedaviye tabi tutularak, ileride bu kişilerin suç işleme tehlikesine karşı toplumun korunması amaçlanmaktadır. Bir bakıma tedbirin iyileştirme amacı aracı kılınarak failin tehlikelilik halinden, bir başka deyişle failin başkaca suçları işleme potansiyelinden toplum korunmaktadır. TCK m. 57/1' de, akıl hastaları hakkında güvenlik tedbirlerinin “koruma ve tedavi” amaçlı olarak hükmedileceği düzenlenmiştir. Burada yer verilen “koruma” amacına, failin suç işlemek konusunda tehlikelilik arz etmesi ve bu fail hakkında ceza yaptırımına kusur yeteneği tam olan bireyler gibi başvurulamaması nedeniyle ihtiyaç duyulmaktadır. Bu nedenle toplumsal barışın bozulma tehlikesi ile karşı karşıya kalınmasına verilen bir tepkidir. Bu husus, Anayasa Mahkemesi' nin vermiş olduğu bir kararda güvenlik tedbirleri açıklanırken vurgulanmıştır. Buna göre, güvenlik tedbirleri “«suç karşılığı olarak ve suçludaki tehlike haliyle orantılı bir biçimde hükmedilen ve esas itibariyle suça ve suçluya karşı toplum savunması amacına yönelmiş bulunan yaptırımlardır»”¹⁷¹⁴ Benzer şekilde toplumun korunması amacı 5275 sayılı CGTİHK m. 3'te de, infazın amaçları arasında “...hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak...” şeklinde ifade edilmiştir.

Öğretide Meier bir psikiyatri kurumuna yatırılma güvenlik tedbirinde, iyileştirme düşüncesinden çok, güvenlik düşüncesinin ön planda olduğunu belirtmektedir¹⁷¹⁵. Öncelikli olarak toplum için tehlikelilik arz eden psişik hasta ya da psişik bozukluğa sahip failin kapalı bir kuruma yatırılması sağlanarak, devam edebilecek suçların engellenmesi sağlanmaktadır¹⁷¹⁶. İyileştirme düşüncesi ise ikinci sırada anlam kazanmaktadır. İyileştirme düşüncesi tedbire karar verilmesinde değil, tedbirin infazında önem kazanmaktadır. Böylece “iyileştirme”, tedbirin tamamen yan amacı olmakta ve bu netice istenmekle birlikte tedavinin her zaman ulaşılabilir bir

¹⁷¹⁴ Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1970/42, K. 1971/30, T. 09/03/1971 (R.G. 23.11.1971, S. 14021, s. 3)

¹⁷¹⁵ Aynı yönde Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 2, s. 903.

¹⁷¹⁶ Meier, s. 314.

hedefi olma zorunluluğu bulunmamaktadır¹⁷¹⁷. Aynı görüşte olan *Maurach/ Gössel/ Zipf* e göre de, iyileştirme amacının, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin yan amacı olduğu, öncelikli amacın ise toplumun tehlike arz eden faillerden korunması olduğu söylenebilecektir. Bu sonuca tedavi edilemeyen ya da bakıma muhtaç olmayan kişilerin tamamen gözetim altında tutularak muhafazasının sağlanması amacıyla psikiyatri hastanesinde tutulabilmesi nedeniyle ulaşılabilir. Kuşkusuz bu durumda da ölçülülük ilkesi büyük öneme sahip olacaktır¹⁷¹⁸.

IV. TEDBİRİN UYGULANMA KOŞULLARI

A. Fail Tarafından İşlenmiş Hukuka Aykırı Bir Fiilin Varlığı

Ceza hukukunda öngörülen tüm yaptırım türleri için geçerli olduğu üzere, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilebilmesi için ortada akıl hastası fail tarafından gerçekleştirilmiş olan, bir ceza normunu ihlal eden, hukuka aykırı bir fiilin bulunması gerekmektedir¹⁷¹⁹. Bu bakımdan suç tipinin objektif ve subjektif nitelikli unsurlarının sağlanması gerektiği gibi, fiilin hukuka aykırı da olması gerekmektedir¹⁷²⁰. Esasen toplum açısından tehlikelilik arz eden akıl hastalarına uygulanacak idarî tedbirler ya da diğer hukuki tedbirler ile akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri arasındaki fark bu unsurdur¹⁷²¹. Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinde fail akıl hastalığının etkisi altında toplum barışının bozulmasına yol açmış bir suç işlemiştir. Bunun tekrarlanmaması amacı ile tedbire başvurulmaktadır. İdarî tedbirlerde ise henüz toplum barışının bozulmasına yol açan bir haksızlık, dolayısıyla suç işlenmemiştir. Belirtilen hususa TCK m. 2' de yer verilen kanunîlik ilkesi düzenlemesi ile de dolaylı olarak işaret edilmektedir. Bu düzenlemeye göre,

¹⁷¹⁷ OLG Hamburg, NJW 1995, 2424 (2425) bkz. Meier, s. 314.

¹⁷¹⁸ Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 2, s. 903-904.

¹⁷¹⁹ Jescheck/ Weigend, § 77, s. 808. Güvenlik tedbirine ancak "*post delictum*", yani suçun işlenmesinden sonra hükmedilmelidir. Bkz. Mehmet Emin Artuk / Ahmet Gökçen / A. Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Makaleleri**, Güven Kitap Kırtasiye, İstanbul, 2002, s. 136-137; Artuk/ Alan Akcan, ss. 11-13.

¹⁷²⁰ Meyer, "Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus", s. 409.

¹⁷²¹ Polis tedbirleri de nitelikleri itibarıyla salt önleme tedbirleridir. Ancak güvenlik tedbirlerinin polis tedbirlerinden farkı işlenmiş belli bir suç vesilesiyle hükmedilmeleridir. Bkz. Hafizoğulları, "Emniyet Tedbirleri", s. 56.

kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Bu düzenlemeden dolayı olarak çıkarılacak sonuç, güvenlik tedbirinin uygulanabilmesi için kanunun suç saydığı bir fiilin işlenmiş olması gerektiğidir. Bu konuda kuşkusuz gerçekleştirilecek ilk inceleme maddi gerçeklik çerçevesinde yapılacak olan, fiilin akıl hastası fail tarafından gerçekleştirildiğinin şüpheden uzak bir şekilde tespit edilmesidir¹⁷²². Bu tespiti yargılama sonucunda mahkeme gerçekleştirecektir. Bu nedenle akıl hastalığı nedeniyle şüphelinin ceza sorumluluğunun bulunmadığı gerekçesiyle ya da bu durumun şahsi cezasızlık sebebi olarak kabulü¹⁷²³ yoluyla Cumhuriyet savcısı tarafından kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilemez¹⁷²⁴.

¹⁷²² “...TCK' nin ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerden birisi olarak 32. maddesinde düzenlediği akıl hastalığının, suçun sübutuyla bir ilgisi bulunmamaktadır. Akıl hastası şüpheli hakkında kamu davası açılmayacağına ilişkin bir yasal düzenleme de yoktur. Aksine mahkemece yapılacak yargılama faaliyeti sonucu yükletilen suçu işlediği kesin biçimde saptanan akıl hastası sanık hakkında, CMK'nın 223/3-a maddesi uyarınca kusurunun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığına ve 5237 sayılı TCK' nin 32 ve 57. maddeleri gereğince güvenlik tedbirine hükmedilecektir. **Anılan kararların verilebilmesi için öncelikle yükletilen suçun akıl hastası sanık tarafından işlenip işlenmediğinin mahkemece araştırılıp saptanması gerekmektedir.** Akıl hastası olduğu iddia edilen şüpheli hakkında soruşturma aşamasında uzman hekim raporu aldırılması zorunluluğu bulunmadığından bu husus iddianamenin iadesi nedeni olarak kabul edilemez...” **Yargıtay, 4. CD., E. 2009/4326, K. 2009/11761, T. 10.06.2009** (Kazancı İçtihat Programı); “Sanığın kusurunun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığına ve 5237 sayılı TCK' nin 32 ve 57. maddeleri gereğince güvenlik tedbirine hükmedilebilmesi için öncelikle atılı suçun akıl hastası sanık tarafından işlenip işlenmediğinin kesin biçimde saptanması ve hükmün gerekçeli olarak yazılması gerektiği gözetilmelidir.” **Yargıtay, 15. CD., E. 2013/20014, K. 2014/10288, T. 26.05.2014** (YKD., C. 40, S. 7, Temmuz 2014, s. 1570); aynı yönde **Yargıtay, 8. CD., E. 2015/7380, K. 2015/22275, T. 07.10.2015** (YKD., C. 42, S. 2, Şubat 2016, s. 437)

¹⁷²³ “Akıl hastalığı bir şahsi cezasızlık sebebi olmayıp kusurluluğu ortadan kaldıran bir haldir, bu sebeple Cumhuriyet savcısı C.M.K.nın 171. maddesi hükmüne dayanarak takdir yetkisini kullanıp suçu işlediği tarihte akıl hastası olan fail hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar veremez, soruşturma evresi sonunda toplanan deliller suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa iddianame düzenlemek suretiyle dava açmak zorundadır.” **Yargıtay, 9. CD., E. 2009/3444, K. 2011/2270, T. 13.04.2011** (Kazancı İçtihat Programı)

¹⁷²⁴ “Kasten yangın çıkarma suçundan şüpheli hakkında, soruşturma evresinde Manisa Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesinden alınan 13.10.2010 tarihli, 20492 sayılı sağlık kurulu raporunda işlediği suçun hukuki anlam ve sonuçlarını algılamayacak durumda olup, davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli ölçüde azalmış olduğu ve 5237 sayılı Kanunun 32/1. maddesinden istifade edebileceği bildirilmiş olması ve anılan fıkrada bu durumda olan kişiye ceza verilmeyeceğinin düzenlenmiş bulunması karşısında, akıl hastası olan şüpheli hakkında Cumhuriyet Bassavcılığınca kovuşturmaya yer olmadığına karar verilemeyeceği, mahkemesince yapılacak yargılama sonucunda beraatine karar verilmeyip suçun sabit olması halinde anılan madde kapsamında kaldığı anlaşılan sanık hakkında ceza verilmeyip, güvenlik tedbirine

Yapılan yargılama sonucunda fiili gerçekleştiren kişinin sanık olmadığı anlaşılırsa, sanığın akıl hastası ve tehlikeli olması tek başına TCK m. 57’deki tedbirlere hükmedilmesine gerekçe olamaz ve sanık hakkında beraat kararı verilmelidir¹⁷²⁵. Fiili gerçekleştirdiği konusunda şüphe varsa, “in dubio pro reo (şüpheden sanık yararlanır)” ilkesi gereği fail hakkında derhal beraat kararı verilecektir. Fiilin akıl hastası tarafından yapıldığının şüpheden uzak şekilde tespit edilebilmesi için, suç ile ilgili yargılama yapılması gerekmektedir. Burada da diğer durumlarda olduğu gibi tanıklar dinlenebilmekte, bilirkişiye başvurulmakta ve maddi gerçeğe ulaşılmaya çalışılmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu akıl hastası sanığın duruşmada sorgusunun yapılmaksızın, doğrudan hakkında bilirkişi raporuna dayanılarak güvenlik tedbirlerine hükmedilemeyeceğine karar vermiştir¹⁷²⁶. Bu kararda, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin sanık açısından ağır sonuçlar doğuracağı, bu önleme karşı adil yargılanma hakkı çerçevesinde sanığa kendisini bizzat savunma hakkının tanınması gerektiği vurgulanmıştır¹⁷²⁷. Aynı zamanda haklı

hükmedilmesi gerekeceği cihetle talebin reddi yerine yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi,...Yasaya aykırı...” Yargıtay, 8. CD., E. 2011/10974, K. 2011/13420, T. 24.11.2011 (Kazancı İçtihat Programı)

¹⁷²⁵ “Sanık hakkında yapılan yargılama sonucunda, suçu işleyen kişinin sanık olmadığı anlaşıldığı gerekçesiyle beraat kararı verildiği cihetle. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 32/1. maddesinde yer alan ‘Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur.’ ve aynı Kanun'un 57/1. maddesinde yer alan ‘Fiili işlediği sırada akıl hastası olan kişi hakkında, koruma ve tedavi amaçlı olarak güvenlik tedbirine hükmedilir. Hakkında güvenlik tedbirine hükmedilen akıl hastaları, yüksek güvenlikli sağlık kurumlarında koruma ve tedavi altına alınırlar.’ şeklindeki düzenlemeler karşısında, her hangi bir suç işlemeyen sanık hakkında yazılı şekilde güvenlik tedbiri uygulanamayacağına gözetilmemesinde,...kanun yararına bozulmasına...” Yargıtay, 3. CD., E. 2013/19735, K. 2013/31042, T. 18.09.2013 (Kazancı İçtihat Programı)

¹⁷²⁶ “Alkole bağlı psikotik bozukluk nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin önemli derecede azaldığı ve davranışlarını yönlendirme kabiliyetinin de ortadan kalktığı adli raporlarla tespit edilen sanık hakkında soruşturma aşamasında sorgusu yapıldıktan sonra akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine ve suça konu silahın müsaderesine karar verilmesi istemiyle açılan davada yerel mahkemece, duruşmada sanığın sorgusu yapılmadan müdafî tayiniyle yetinilerek, muhafaza ve tedavi tedbiri ile suçta kullanılan tabancanın müsaderesine hükmolunması, usul ve kanuna aykırıdır.” YCGK, E. 2013/8-119, K. 2014/448, T. 30.10.2014 (YKD., C. 41, S. 4, Nisan 2015, s. 809); aynı yönde Yargıtay, 14. CD., E. 2012/7225, K. 2012/6156, T. 30.05.2012 (Kazancı İçtihat Programı)

¹⁷²⁷ Yargılamada sanığa bir müdafii atanması da zorunludur. “Akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneği bulunmayan sanığa CMK’ nın 150/2. maddesi uyarınca müdafî atanmadan yargılamaya devamla hükümlülük kararı verilmesi isabetsizdir.” Yargıtay, 4. CD., E. 2014/12344, K. 2016/15165, T. 12.12.2016 (YKD., C. 43, S. 1, Ocak 2017, s. 741)

olarak hâkimin bilirkişi raporunu denetlemesi, değerlendirmesi ve gerektiğinde yeni bir bilirkişi görüşüne başvurması açısından duruşmadaki sorgusu sırasında sanığı bizzat görmesinin gerekli olduğu söylenmiştir¹⁷²⁸.

Belirtildiği üzere TCK m. 57' de yer verilen akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesinin ilk şartı, ortada haksızlık teşkil eden bir fiilin bulunması, yani tüm unsurları ile oluşmuş bir suçun var olmasıdır¹⁷²⁹. Bu hususa haklı olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulu da vurgu yapmaktadır. Buna göre, “...*Yeni ceza adalet sistemimizde akıl hastalığı; kusur yeteneğini etkilemesi nedeniyle, ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran sebeplerden birisi olarak düzenlenmiştir. Buna göre, ortada tüm unsurlarıyla oluşmuş bir suç bulunmakta ise de; akıl hastası olduğu saptanan sanık, işlemiş bulunduğu fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamayacak durumda olduğundan, bu suçun işlenmesinden dolayı hukuki anlamda ‘kınanamaz’, yani sorumlu tutulup cezalandırılmaz... akıl hastalığının saptanması durumunda yapılacak uygulamanın sınırlarını belirleme açısından, işlenen fiilin bir suç oluşturup oluşturmadığını, eğer oluşturuyor ise suç vasfının belirlenmesini ve gerek sübuta ve gerekse vafsa ilişkin gerekçeli değerlendirmenin hükme dercedilmesini zorunlu kılmaktadır.*”¹⁷³⁰

Yargıtay bir kararında 75 yaşında senil Demas hastası bir kişiye, hukuka aykırı olarak yetkili idari merci veya görevli tarafından yedieminlik görevi verilmesi halinde, bu kişinin hastalığı nedeniyle yükümlülüklerini yerine getirememesi durumunda, TCK m. 289’ da¹⁷³¹ yer alan “Muhafaza görevinin kötüye kullanılması”

¹⁷²⁸ YCGK, E. 2013/8-119, K. 2014/448, T. 30.10.2014 (YKD., C. 41, S. 4, Nisan 2015, s. 809)

¹⁷²⁹ Güvenlik tedbirlerinin, cezalar gibi, suç karşılığında öngörülen yaptırımlar olması nedeniyle, suç işlememiş kişilere uygulanmaması gerekir. Bkz. Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 693. Güvenlik tedbirine hükmedilebilmesi için suç mutlaka ispatlanmalı ve kuşku bulunan hallerde sanık hakkında ne ceza ne de güvenlik tedbirine hükmedilmelidir. Bu durumda sanık hakkında beraat kararı verilmelidir. Bkz. Ünver, “Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri”, s. 147.

¹⁷³⁰ YCGK., E. 2011/1-451, K. 2012/115, T. 20.03.2012 (emsal.yargitay.gov.tr)

¹⁷³¹ “Muhafaza görevini kötüye kullanma

Madde 289- (1) Muhafaza edilmek üzere kendisine resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan mal üzerinde teslim amacı dışında tasarrufla bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis ve üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Kişinin bu malın sahibi olması halinde, verilecek ceza yarı oranında indirilir.

(2) Birinci fıkrada tanımlanan suçun konusunu oluşturan eşyayı kovuşturma başlamadan önce geri veren veya bunun mümkün olmaması halinde bedelini ödeyen kişi hakkında verilecek cezaların beşte dördü indirilir.

suçunun oluşmadığı sonucuna varmıştır. Yargıtay bu kararda yedieminlik görevinin üstlenilmesi için kişinin ayırt etme gücüne sahip olması şartını, suçun unsuru olarak kabul etmiştir. Bu nedenle söz konusu olayda suçun unsurları gerçekleşmediğinden beraat kararı verilmesi gerektiği ve böylece TCK m. 57' deki akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine de hükmedilemeyeceğine karar vermiştir¹⁷³².

Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi için vesile teşkil eden fiilin ağır ya da ciddi olması gerekli değildir. Ancak tedbire başvurulmasında ölçülülük ilkesinin çerçeve çizeceği söylenmelidir¹⁷³³.

Önceki bölümlerde tartışıldığı üzere, ceza hukukunda hareket sayılamayan insan davranışları bu tedbirlerin uygulanabilmesi için yeterli değildir. Zira güvenlik tedbirlerinin uygulanmasının sorgulanma aşaması, aynı kusur unsurunda olduğu gibi, tipe uygun fiil ve hukuka aykırılık unsurlarının mevcudiyeti saptandıktan sonra gelmektedir. Ortada ceza hukuku anlamında hareket mevcut değilse, artık o insan davranışının cezalandırılıp cezalandırılmayacağı, cezalandırılmazsa failin toplum

(3) *Muhafaza edilmek üzere kendisine resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan malın dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle kaybolmasına veya bozulmasına neden olan kişi, adli para cezası ile cezalandırılır.*

(4) *Bir suçla ilişkin soruşturma veya kovuşturma kapsamında elkonulan eşyayı amacı dışında kullanan kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”*

¹⁷³² “İncelenen dosyada borcu nedeniyle haczedilen malı, yöntemince tebliğ edilmesine karşın satış yerine getirmemesi nedeniyle muhafaza görevini kötüye kullandığı sabit görülüp, Adli Tıp Uzmanının 18.4.2006 tarihli raporu uyarınca 75 yaşında olan sanığın ilerlemiş Senil Demans tanısı nedeniyle 5237 sayılı TCY.nin 32/1.maddesi kapsamında fiilinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin ileri derecede azaldığı için ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmiş ise de;

TCY.nin 32.maddesi uyarınca sanığın akıl hastalıkları hastanesine ya da Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesine sevk edilip muayene ettirilerek, suç tarihinde işlediği ileri sürülen suç bakımından anılan maddeden yararlanıp yararlanamayacağına ilişkin sağlık kurulu raporu alınması ve sonucuna göre durumunun anılan madde kapsamında olduğu saptanırsa; TCY.nin 289.maddesinde düzenlenen muhafaza görevini kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için, yetkili idari merci veya görevlinin verdiği yedieminlik görevini üstlenen kişinin temyiz/ayırtım gücünün bulunmasının zorunlu bulunması karşısında, suç tarihinde fiilinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış bir kişinin ayırtım gücü bulunmayacağından, yasaya uygun biçimde yedieminlik görevinin üstlenildiğinden söz edilemeyeceği ve suç öğeleri gerçekleşmediğinden sanığın beraatine karar verilmesi ve bu durumda güvenlik tedbirine de hükmedilemeyeceğinin gözetilmesi gerekirken, tek uzman hekim raporunun hükme esas alınması ve açıklanan yasal gereklere aykırı biçimde güvenlik tedbirine hükmedilmesi,... Yasaya aykırı...” Yargıtay, 4. CD., E. 2008/4389, K. 2009/17845, T. 04.11.2009 (Kazancı İçtihat Programı)

¹⁷³³ BGHSt 24, 134= NJW 1971, 1849 (Meyer, “Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus”, s. 409)

açısından tehlike arz edip etmediği gibi hususlar yaptırım hukuku kapsamında ele alınamaz. Bu durum, sadece idarî kolluk kapsamına toplum geneli açısından tehlikelilik arz eden akıl hastaları için alınacak tedbirlerin konusunu teşkil edebilir. Bu bakımdan kanımızca akıl hastalığı nedeniyle manipüle olmuş olsa da, üzerinde merkezi bir kontrolün bulunmadığı uyku bozuklukları (parasomnia, seksomnia, REM uykusu davranış bozukluğu), tik bozuklukları (tourette sendromu, koprolali) ya da epilepsi nöbeti gibi hallerde, bu hallerin ceza hukukunda hareket sayılmamaları nedeniyle akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi mümkün değildir. Bu zihinsel bozukluk hallerinde insan davranışının irade taşıma özelliğine sahip olmaması, başka bir ifade ile hareket süreçlerinde zihinsel güçlerin katkısının olmaması¹⁷³⁴, merkezi bir kontrolün bulunmaması ya da bir “kişiliğin ifadesi”¹⁷³⁵ bulunmaması, bu haller kapsamında gerçekleştirilen davranışların ceza hukuku anlamında hareket sayılmalarına engeldir¹⁷³⁶. Burada kişinin toplum açısından tehlikelilik arz etmesi önemli değildir. Bu tehlikeliliğin ceza hukuku aracılığıyla değil, idarî ya da diğer alanlardaki hukuki tedbirlerle önüne geçilmesi gerekmektedir.

Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanmasının ilk şartı açısından bir başka önem arz eden durum da, ceza hukukunun devreye girebilmesi için failin dış dünyaya yansıyan bir hareketinin bulunmasıdır. Bu bakımdan henüz herhangi bir fiilde bulunmamış ancak daha önceki akıl hastalığı teşhisi nedeniyle ileride suç işleyebileceği pek muhtemel kişiler hakkında, TCK m. 57’ de yer alan akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri uygulanamaz. Tedbire hükmedilebilmesi açısından önem arz eden, akıl hastasının herhangi bir davranışı değil, ceza normunu ihlal eden davranışdır. Bu bakımdan suç yolu (*Iter Criminis*) aşamalarında en azından cezalandırılabilir aşama olan suçun icra hareketleri aşamasına geçilmiş olmalıdır¹⁷³⁷. Ceza hukukunda istisnai olarak hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı

¹⁷³⁴ Rengier, § 7, kn. 13, s. 42.

¹⁷³⁵ Roxin, AT I, § 20 A, s. 901.

¹⁷³⁶ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için birinci bölümdeki ceza hukukunda hareket kavramı ve akıl hastalığının kusur yeteneğine etkisi arasındaki ilişkinin açıklandığı başlığa bakılmalıdır.

¹⁷³⁷ Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 4, s. 904. Suç yolu (*Iter Criminis*) sırasıyla, suç fikrinin ortaya çıkması, hazırlık hareketleri, icra hareketleri, suçun tamamlanması ve suçun sona ermesi aşamalarından oluşmaktadır. Öğretide suç yörüngesi olarak da ifade edilmektedir. Bkz. Sami Selçuk, “Suç, Suç Yörüngesi ve Kalkışmanın Konumu”, **Adalet Dergisi (AD)**, Eylül-Ekim, S. 5, 1974, s. 801.

durumlar dışında, kural olarak hazırlık hareketleri¹⁷³⁸ cezalandırılmamaktadır. Bu nedenle akıl hastaları tarafından gerçekleştirilen hareketlerde ilgili suçun icra hareketlerine başlanılıp başlanılmadığı¹⁷³⁹ öncelikli olarak tespit edilecek hususlardan olmalıdır. Ortada icra hareketleri aşamasına varmış bir hareket yoksa, bu hareket nedeniyle ceza ya da akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri şeklindeki yaptırımların uygulanması da söz konusu olamaz¹⁷⁴⁰. **Kanımızca** benzer açıklamalar işlenemez suç açısından da geçerli olmalıdır. İşlenemez suç bir suç tipini ihlale yönelmiş olmasına rağmen, ya hareketin (vasitanın) ihlal edilmek istenen suçu oluşturan zarar veya tehlikeyi meydana getirmeye elverişli olmaması, ya da suçun maddi konusunun bulunmaması nedeniyle başarısız kalmak durumunda olan davranıştır¹⁷⁴¹. Söz gelimi akıl hastalığının etkisi altında doğaüstü güçlerle iletişim

¹⁷³⁸ Hazırlık hareketlerinde fail suçun icrasına doğrudan doğruya girişmekten çok, suçun daha sonra icrası için gerekli koşulları yaratmaya çalışmaktadır.

¹⁷³⁹ Bir hareketin ne zaman icra hareketi sayılabileceği ve icra hareketlerin başlangıcı açısından subjektif ve objektif teoriler için bkz. Doğan Soyaslan, **Teşebbüs Suçu**, Kazancı Yayınevi, Ankara, 1994, s. 65-86; Adem Sözüier, **Suçta Teşebbüs**, Kazancı Yayınevi, İstanbul, 1994, s. 202 vd.

¹⁷⁴⁰ Yargıtay'ın değişik suç tipleri açısından icra hareketleri aşamasına geçilip geçilmediğine ilişkin vermiş olduğu kararlar şu şekildedir: “Sanıklardan Mustafa'nın; diğer sanık Ali'ye, dayısı mağdur müdahili öldürüp parasını almayı teklif ettiği, bu amaçla birlikte plan yaptıkları, plan gereği sanık Mustafa'nın ekmeğe bıçağını alıp mağdur müdahil Mahmut'un evinin bodrumunda beklemeye başladığı, sanık Ali'nin de mağdurun dükkanına giderek mutlaka eve gitmesini söylediği, mağdur Mahmut'un şüphelenip polise haber vermesi üzerine sanık Mustafa'nın mağdura ait evin bodrumunda bıçakla yakalandığı olayda; eylem, öldürmeye kalkışma suçunun icrai hareketi boyutuna ulaşmadığından öldürmeye eksik kalkışma suçundan mahkumiyet kararı verilemez.” **Yargıtay, 1. CD. , E. 1994/102, K. 1994/136, T. 1.2.1994** (Kazancı İçtihat Programı); “...Bağcılar Yıldıztepe Mahallesi 153 nolu sandıkta oyunu kullandıktan sonra, ikinci defa 152 nolu sandıkta mükerrer oy vermek üzere sıraya girdiği esnada, her iki sandığın aynı salonda bulunması nedeniyle dikkati çekerek görevlilerce kendisine müdahale edildiği, eylemin bu aşamada kaldığı anlaşılmış, her ne kadar 298 sayılı Kanunun 160. maddesinde (teşebbüs hali) dahi müeyyideye bağlanmış ise de sanığın bu suçun icrai hareketlerine henüz başlayamadığı, müşahede edilen davranışlarının ancak ihzari hareketler olarak değerlendirilebileceği, eksik teşebbüs safhasına dahi erişmediği cihetle norma uygun suç tipi oluşmadığından beraatine hükmedilmesi uygun olacak iken yazılı şekilde ceza hükmü tesisi...” **Yargıtay , 8. CD. , E. 1994/358, K. 1994/1484, T. 17.2.1994** (Kazancı İçtihat Programı); “ Define aramanın, definenin İçine gömüldüğü veya saklandığı yerden çıkarılması için elverişli vasıtalarla bir takım icrai hareketlerde bulunmayı gerektirmesine, gizli bir maddenin izlerini tespitte yarayan dedektör ile kontrolde bulunma faaliyetinin, define izlerine rastlansa bile ilerde ne şekilde hareket edeceğinin belli olmaması karşısında izinsiz define arama suçu yönünden icrai hareket sayılmayacağı, hazırlık hareketi kapsamında değerlendirilmesi gerekir.” **Yargıtay, 11. CD. , E. 2004/10178, K. 2006/1686, T. 8.3.2006** (Kazancı İçtihat Programı).

¹⁷⁴¹ Uğur Alacakaptan, **İşlenemez Suç**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, Tarihsiz, s. 1-2.

halinde olduğunu düşünen ve bu güçlerin kendisine bahsettiği büyü yapma yeteneği ile bir başkasını öldürmeye yönelik büyü yapma hareketlerinde bulunan failin, bu fiilinden dolayı akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirine hükmedilmesi mümkün değildir. Aynı sonuç ölmüş bir kişinin akıl hastalığının etkisi altında tekrardan öldürülmeye çalışılması açısından da geçerli olmalıdır. Ancak “nekrofil (ölü sevicilik)” cinsel sapkınlık zihinsel bozukluğuna sahip bir failin, cinsel ilişkiye girmek için bir kişiyi öldürmesi durumunda tipe uygun hukuka aykırı bir fiil olduğundan bu kişiler hakkında akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri uygulanabilecektir. Öldürmemekle birlikte, ölmüş bir kişi ile cinsel ilişki gerçekleştiren failin özellikle TCK m. 130 (Kişinin hatırasına hakaret) kapsamındaki suç, söz konusu zihinsel bozukluğun etkisi ile işlediği tespit edilmişse hakkında akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceği söylenmelidir.

TCK’ da işlenemez suç halinde faile ceza verilebileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır¹⁷⁴². Bu nedenle suçun maddi konusunun bulunmaması ya da hareketin neticeyi gerçekleştirmek için elverişsiz olması durumunda fiil cezasız kalacaktır. Ancak bu durumlarda failin gerçekleştirmiş olduğu hareket, her ne kadar suçun işlenebilmesine elverişli olmasa da, failin suç işleme iradesini ve tehlikeliliğini ortaya koymuş olacaktır. Bu bakımdan akıl hastalığının etkisiyle bir kişiyi öldürmek isteyen bir failin, fiili yönelttiği kişinin zaten ölü olması durumunda, her ne kadar fiil cezalandırılmazsa da toplum açısından tehlikelilik arz ettiği şüphe götürmez bir gerçektir. Bu gibi durumlarda akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanamaması nedeniyle, idarî ya da diğer hukuki tedbirlerin alınarak söz konusu faillerden toplumun korunması gerekmektedir.

TCK m. 36¹⁷⁴³ uyarınca gönüllü vazgeçmede olduğu gibi, cezayı ortadan kaldıran sebepler, çoğunluğun görüşüne göre psikiyatri kurumuna kaldırılma

¹⁷⁴² TCK’ da bu konuda hüküm bulunmama ile birlikte, Alman Ceza Kanunu § 23/3’ te bu konuda bir düzenleme mevcuttur. Bu düzenlemeye göre: “Fail ağır bir bilgi ve anlama hatası yapması nedeniyle, suçun konusunu teşkil eden şeyin veya fiili işlemekte kullanılan vasıtaların cinsinden dolayı, suçu işlemeye teşebbüs ederken yaptığı hareketlerin suçun tamamlanmasına yol açamayacağını idrak etmemişse, mahkeme ceza vermekten vazgeçebilir veya cezayı takdiren indirebilir.” Bkz. Yenisey/ Plagemann, s. 20-21.

¹⁷⁴³ “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.”

tedbirinin gereğini ortadan kaldırır¹⁷⁴⁴. Nasıl kusur yeteneği olan bir failin suçun icrasından gönüllü vazgeçmesi durumunda, faile ceza yaptırımı uygulanması “önleme” amacı için gerekli değilse ise, kusur yeteneği bulunmayan ya da azalmış kusur yeteneği bulunan failin gönüllü vazgeçmesi durumunda da, gönüllü vazgeçen failin “tehlikelilik” durumunu gösterebilecek, tedbire konu olan bir eylemin bulunmadığı söylenmelidir¹⁷⁴⁵. Bulunduğu eylemi tamamlama iradesinin bulunmaması veyahut fail tarafından neticenin engellenmesi, failin davranışına kural olarak özel bir tehlikelilik hali kazandırmaktadır¹⁷⁴⁶. *Hanack*, suçun icrasından gönüllü vazgeçme durumuna rağmen kusur yeteneği olmayan failin, kusur yeteneği azalmış olan faile göre daima daha tehlikeli olduğu varsayımının, psikiyatri kurumuna yatırma tedbirine gerekçe gösterilemeyeceğini, bu tip bir karşılaştırmanın genelleştirilemeyeceğini isabetli olarak belirtmiştir¹⁷⁴⁷.

Aynı şekilde akıl hastasının hata (TCK m. 30) hallerinde davrandığı durumlar açısından da akıl hastalarına özgü güvelik tedbirlerine hükmedilemeyeceği savunulmaktadır¹⁷⁴⁸. Ancak söz konusu hata TCK m. 32’ de belirtilen akıl hastalığına dayanıyorsa, yani bu sebepten ileri gelen bir hata hali söz konusuysa, TCK m. 57’ de yer alan tedbirlere hükmedilebilecektir¹⁷⁴⁹. Hata durumu için TCK m. 30 açısından bakıldığında kastı kaldırın hata hali (TCK m. 30/1) ile kusurluluğu kaldırın diğer hata halleri (TCK m. 30/2, 3 ve 4) arasında ayırım yapılabilecektir. Öğretide kastı kaldırın hata hali bulunması durumunda, bu hata hali akıl hastalığına dayanıyor olsa bile, tedbirlere hükmedilemeyeceği savunulmaktadır¹⁷⁵⁰. Bunun gerekçesi olarak da kastı kaldırın hata halinde (TCK m. 30/1), kastın bulunmaması nedeniyle fiilin tipikliğin subjektif nitelikteki unsurlarını karşılayamayacağı ve bu nedenle tipik olmayacağı savunulmaktadır. Tedbirlere hükmedilebilmesi için ise, tipe uygun hukuka aykırı bir fiilin bulunması şarttır. Örneğin, kişinin akıl hastalığı nedeniyle

¹⁷⁴⁴ Lackner/ Kühl, § 63, kn. 2; Jescheck/ Weigend, § 77, s. 808; Schreiber/ Rosenau, s. 118; Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 4, s. 904.

¹⁷⁴⁵ BGHSt 9, 48 [52]; BGHSt 14, 75 [80] (Schreiber/ Rosenau, s. 118); Lackner/ Kühl, § 24, kn. 2.

¹⁷⁴⁶ BGHSt 31, 132 [135] (Schreiber/ Rosenau, s. 118).

¹⁷⁴⁷ Hanack, LK 1992, § 63, kn. 34’ den aktaran Schreiber/ Rosenau, s. 118.

¹⁷⁴⁸ Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 4, s. 904.

¹⁷⁴⁹ BGH, NSStZ 1991, 528 (Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 4, s. 904); van Gemmeren, MK, § 63, kn. 12, 14.

¹⁷⁵⁰ Jescheck/ Weigend, § 77, s. 808.

başkasına ait bir malı kendisinin zannederek alması durumunda, kasten hareket etmediğinden fiili tipik olmayacaktır. Bu nedenle güvenlik tedbirlerine hükmedilemeyeceği belirtilmiştir¹⁷⁵¹. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, bu görüş Alman Ceza Kanunu (StGB) § 63’ de yer alan, tedbirlere hükmedilebilmesi için “hukuka aykırı fiil” unsurunun açıkça arandığı düzenleme nedeniyle yapılmaktadır. Bu açık düzenleme karşısında, kastı kaldıran hata durumunda tedbirlere hükmedilmesinin kıyas yasağının ihlali olacağı savunulmuştur¹⁷⁵². TCK m. 57 bakımından ise, sadece “*Fiili işlediği sırada akıl hastası olan kişi...*” den bahsedilmiştir. Bu nedenle hukukumuz bakımından bu durumun bir sorun teşkil etmediği söylenebilirse de, suç ve kusur teorisi açısından bu tartışma önem arz etmektedir. Nitekim akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilebilme şartlarından birisi de, failin fiil sırasında kusur yeteneğinin akıl hastalığı nedeniyle etkilendiğinin tespit edilmiş olmasıdır. Suç teorisi açısından kusur daima haksızlıktan sonra gelen bir unsurdur. Bu bakımdan haksızlığın bulunmadığı yerde, kusurun sorgulanmasının bir önemi bulunmamaktadır. Bu nedenle gerçekleştirilen fiilde tipikliğin subjektif unsurları olan kast ve taksirin bulunması, fiilin haksızlık olarak nitelendirilmesinin şartıdır. Sonuç olarak bu tartışmalar ışığında kanımızca, fail fiili gerçekleştirirken akıl hastası olsa bile, söz konusu hata halinin (TCK m. 30/1) akıl hastalığı durumuna dayanmadığı durumlarda, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanamayacağı açıktır. Kastı kaldıran hata halinin akıl hastalığına dayanması durumunda ise, güvenlik tedbirlerinin uygulanması mümkün olmalıdır. Akıl hastalığının etkisi ile suçun maddi unsurlarını bilmeme durumunda, failin kasten hareket etmediği söylenemeyecektir. Zira burada bilmemeyi yaratan faildeki akıl hastalığının semptomlarıdır. Karşısındaki kişiyi akıl hastalığının etkisi ile insan olarak değil, şeytan olarak gören fail onu öldürürse, burada öldürme suçunun maddi konusunu oluşturan yaşayan bir insanın fail tarafından hata nedeniyle bilinmediği ve bu nedenle kasten davranılmadığı iddia edilemez¹⁷⁵³.

¹⁷⁵¹ Jescheck/ Weigend, § 77, s. 808.

¹⁷⁵² Jescheck/ Weigend, § 77, s. 808.

¹⁷⁵³ Akıl hastası olan bir kişinin avlandığı sırada, av hayvanı olduğunu zannederek bir insanı öldürmesi halinde bu hata akıl hastalığından kaynaklanmadığından, kusur yeteneğine sahip kişilerin hatası ile aynı sonuçları doğurması gerekir. Bkz. Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 425; Devrim Güngör, **Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 49.

Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilebilmesi açısından önem arz eden diğer bir husus da, akıl hastası fail tarafından gerçekleştirilen fiilin hukuka aykırı olmasıdır. Bu bakımdan akıl hastasının gerçekleştirmiş olduğu fiil her ne kadar tipe uygun olsa da, tedbirin uygulanabilmesi için hukuka aykırı da olması gerekmektedir. Burada akıl hastası fail tarafından gerçekleştirilen fiillerde hukuka uygunluk sebebinin bulunması halinde, failin bu hukuka uygunluk sebebini akıl hastalığı nedeniyle algılayamaması ya da bu bilinçle hareket etmemesi durumunda, bu hukuka uygunluk sebebinden yararlanabilip yararlanamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Örneğin, boğazına kaçan bir nesne nedeniyle boğulmak üzere olan bir bebeği çok fazla ağladığı için, öldürmek amacıyla onu balkondan aşağıya atan anne, majör depresyon hastalığının etkisi ile fiili gerçekleştirmişse, ve fakat aşağıya düşen bebek yere çarpmanın etkisi ile zarar görmeden boğulmaktan kurtulmuşsa, annenin meşru savunma hukuka uygunluk sebebinden yararlanıp yararlanamayacağı önem arz etmektedir. Bir başka örnek verilecek olursa, şizofren ya da manik depresif failin hiç sebep yokken, trafikte kırmızı ışıkta bekleyen araç sürücüsüne saldırması durumunda, araç sürücüsünün yaralanması ve fakat gerçekte arabası ile başkasının çocuklarını kaçırdığı anlaşılırsa, üçüncü kişi lehine meşru savunma şartları oluşmuştur. Failin bundan yararlanıp yararlanamayacağının tartışılması gerekir. Bilindiği üzere hukuka uygunluk sebeplerinden faydalanabilmek için failin fiilini bir hukuka uygunluk sebebi kapsamında gerçekleştirdiği bilinci ile gerçekleştirmek zorunda olup olmamasına göre, hukuka uygunluk sebeplerinin sübjektif ya da objektif nitelikte olduğu görüşleri bulunmaktadır. Hukuka uygunluk sebeplerinin objektif nitelikte oldukları varsayılırsa, akıl hastası fail her ne kadar bu bilinçle hareket etmese de bu durumdan yararlanacaktır. Bu görüşün benimsenmesi halinde ortada hukuka aykırı olan bir fiil olmadığından, akıl hastası fail hakkında TCK m. 57 kapsamında akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanması mümkün değildir. Hukuka uygunluk sebeplerinin sübjektif nitelikte olduğu görüşü esas alınır, akıl hastası failin gerçekleştirmiş olduğu fiilde, bu fiilin hukuka uygunluk sebebi kapsamında gerçekleştirme bilincinin bulunmaması sebebi ile, fiil haksızlık niteliğini koruyacak ve bu nedenle TCK m. 57’ de yer verilen akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilebilmesi mümkün olacaktır.

Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilebilmesi için, mevcut

hukuka aykırı bir fiilin cezalandırılabilir bir fiil olmasının gerekip gerekmeyeceği önem arz etmektedir. Bir başka deyişle hukuka aykırı bir fiil bulunmakla birlikte şayet olayda mazeret sebebi, kişisel cezasızlık sebebi, cezalandırılabilme şartları vs. gibi failin cezalandırılmasını engelleyen hallerin varlığında bu tedbirlere hükmedilip hükmedilemeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Öğretide akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilebilmesinin, akıl hastalığının etkisi nedeniyle kusur yeteneğinin etkilenmesi durumu istisna tutulduğunda, tamamen cezalandırılabilir bir eylemi şart koştuğu savunulmaktadır¹⁷⁵⁴. Bu görüşün desteklenmesi açısından söz konusu olabilecek hallerin özel durumları dikkate alınmalıdır. Bu nedenle olası durumlara değinilmesinde fayda olacaktır.

Şayet olayda mazeret sebebi teşkil eden bir durumun şartları akıl hastalığının etkisi ile oluşmuş ise ortada hukuka aykırı bir fiilin bulunduğu söylenmelidir. Nitekim CMK m. 223/3-b, c' de amirin emri, zorunluluk hali ya da meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaşla aşılması durumunda kusurun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceği düzenlenmiştir. Bu bakımdan mazeret sebebi teşkil eden söz konusu bu hallerde, failin fiili hukuka aykırı olmaya, dolayısıyla haksızlık teşkil etmeye devam edecektir. Bu fiilleri gerçekleştiren akıl hastası fail hakkında TCK m. 57' de yer verilen akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilmesinin mümkün olup olmayacağı irdelenmelidir. Örneğin, piromani (yangın çıkarma dürtü kontrol bozukluğu) nedeniyle, evinde yangın çıkaran, ancak yangın tehlikesinden içgüdüsel olarak kurtulmak amacıyla, komşusunun balkonundaki demirlere zarar veren kişi, zorunluluk halinden yararlanması ve ceza yaptırımına maruz kalmaması gerekirken, fiilin haksızlık teşkil etme niteliği devam etmektedir. Ancak daha önce de belirtildiği üzere, TCK m. 57' deki tedbirlere, kusur yeteneği istisna tutulduğunda diğer şartlar bakımından cezalandırılabilir bir eylem bulunması halinde hükmedilebilecektir. Burada TCK m. 25/2' de yer alan tehlikeye failin bilerek sebep olmaması unsuru sağlanmaktadır. Zira tehlikeye neden olan kontrol edilemeyen yangın çıkarma dürtüsüdür. Verilen örnekte başkasının balkonundaki demirlere zarar verilmesi, ağır bir tehlikeden kurtulmak amacıyla gerçekleştirildiğinden zorunluluk hali olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle kişinin mala zarar verme suçu açısından

¹⁷⁵⁴ BGH 31, 132; BGH, NStZ 1991, 528 bkz. Jescheck/ Weigend, § 77, s. 808.

cezalandırılması ve dolayısıyla hakkında TCK m. 57' deki tedbirlere hükmedilmesi söz konusu olmaz. Ancak olayda dikkat edilmesi gereken bir başka husus ise, kişinin yangın çıkararak genel güvenliği tehlikeye sokma suçunu (TCK m. 170) işlemiş olmasıdır. Bu halde kişi hakkında her ne kadar mala zarar verme suçu bakımından zorunluluk hali nedeniyle güvenlik tedbiri uygulanamasa da, TCK m. 170 çerçevesinde akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirine hükmedilebilir.

Benzer durumun TCK m. 129' da düzenlenen haksız fiil nedeniyle veya karşılıklı hakaret durumunda geçerli olup olmadığı tartışılmalıdır. Kuşkusuz bu durumda da CMK m. 223/4-c uyarınca fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. Dolayısıyla işlenen fiil haksızlık olma niteliğini devam ettirmektedir. Ancak akıl hastalığının etkisi ile de olsa, kendisine karşı gerçekleştirilen haksız bir fiile tepki olarak hakaret suçu işleyen ya da karşılıklı olarak hakaret suçu işleyen akıl hastası hakkında güvenlik tedbirinin uygulanması kanımızca ölçsüz olacaktır. Burada akıl hastalığı bulunmayan kişiler için dahi öngörölmüş bir kişisel cezasızlık hali söz konusu iken, failin sırf akıl hastalığı etkisi ile bu fiilleri gerçekleştirmiş olması durumunda özgürlüğü kısıtlayıcı bir tedbir ile karşı karşıya bırakılması TCK m. 57' de yer verilen tedbirlerin amaçlarına uygun değildir. İleride cezalandırılabilir olmayan söz konusu bu fiilleri gerçekleştirme tehlikesi olsa dahi, akıl hastası failin bu nedenle yüksek güvenli bir sağlık kurumuna yerleştirilmesi, ceza hukukunun amaçlarını sağlamak bakımından yerinde ve ölçülü olmayacaktır.

Şahsi cezasızlık sebeplerinin bulunması nedeniyle faile ceza verilemeyen durumlarda da, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanması ölçülülük ilkesine uygun olmayacaktır. Örneğin, TCK m. 167 gereği yakın akrabalık ilişkisi içinde olduğu kişi zararına hırsızlık suçu işleyen akıl hastası failin gerçekleştirmiş olduğu fiil, haksızlık niteliğini korumakla birlikte, cezalandırılmamaktadır. Cezalandırılmasında bir yarar görölmeyen bu tarz haksızlıklar hakkında akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine başvurmak, TCK m. 57 ile ulaşılmak istenen amaca uygun olmayacaktır.

Objektif cezalandırılabilme şartlarında¹⁷⁵⁵ da, fiilin icra hareketleri ve hukuka

¹⁷⁵⁵ Bu şartlar, suçun bütün unsurları ile tamam olmasından sonra söz konusu olan ve o suçtan dolayı failin ceza görmesine imkân veren hususlardır. Bu itibarla kronolojik bakımdan unsurlardan sonra

aykırılığının sağlanmasına karşın, cezalandırılabilme belirli şartların gerçekleşmesine bağlanmaktadır. Bu şart gerçekleşmeden fail tarafından gerçekleştirilen fiil haksızlık vasfına sahip olsa¹⁷⁵⁶ da, ceza yaptırımını uygulanamamaktadır. Objektif cezalandırılabilme şartı içeren suçlarda, failin fiili akıl hastalığının etkisi altında gerçekleştirilmesi ve fakat cezalandırılabilme şartının gerçekleşmemiş olması durumunda, akıl hastası fail hakkında TCK m. 57' de yer alan güvenlik tedbirlerinin uygulanabilip uygulanamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. **Kanımızca** aynı karşılıklı hakaret suçlarında olduğu gibi, akıl hastası olmayan failerin dahi, cezalandırılabilme şartı gerçekleşmediği için yaptırıma maruz kalmadığı durumlar için, akıl hastası fail açısından akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirine hükmetmek ölçülülük ilkesine aykırı olacaktır. Bu halde güvenlik tedbirine hükmetmek, TCK m. 57' nin amacına uygun değildir. Aynı yönde görüş, suç sonrası pişmanlık hali, yani akıl hastası failin etkin pişmanlık göstermesi açısından da savunulabilir. Ancak burada etkin pişmanlık nedeniyle faile ceza yaptırımının tamamen uygulanamayacak olacağı durum söz konusu olmalıdır. Şayet etkin pişmanlık sadece cezada indirimi öngörüyorsa, failin tehlikelilik hali nedeniyle TCK m. 57 kapsamında akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri uygulanması mümkün olmalıdır.

Fail hakkında akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirine hükmedilebilmesi için failin doğrudan fail olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu bakımdan suça yardım eden, azmettiren olunması durumunda da güvenlik tedbirine hükmedilebilir¹⁷⁵⁷.

Aynı zamanda şikâyete tabi suçlarda şikâyet olmaması da, failin psikiyatri kurumuna yatırılması tedbirinin uygulanma ihtimalini ortadan kaldırmaktadır¹⁷⁵⁸. Yani, kusur yeteneği azalmış bir kimse veya kusur yeteneği olmayan bir kimse, sadece talep olması durumunda kovuşturulması mümkün olan bir suç işlemişse ve bir şikâyet yoksa failin işlemiş olduğu bu suç sebebiyle tedbire hükmedilmesi mümkün değildir. Fakat bu durumda toplumun korunmasına yönelik idari ya da diğer hukuki tedbirler kapsamında psikişik hastaların himaye altına alınma ihtimali vardır¹⁷⁵⁹. Yine

veya hiç olmasa unsurlarla birlikte gerçekleştirirler; unsurlardan önce gerçekleşemezler. Bkz. Dönmezer/ Erman, C. I, s. 316.

¹⁷⁵⁶ Dönmezer/ Erman, C. I, s. 318; Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 690, dp. 26.

¹⁷⁵⁷ Artuk/ Alan Akcan, s. 12.

¹⁷⁵⁸ BGHSt 31, 132 (Schreiber/ Rosenau, s. 118); Lackner/ Kühl, § 63, kn. 2.

¹⁷⁵⁹ Schreiber/ Rosenau, s. 118. Almanya' da değişik eyaletlerdeki bu konudaki düzenlemeler için bkz. Schöch, LK, § 63, kn. 158 vd.

de kanımızca şikâyete tabi olan suçların çoğunlukla orta ağırlığa ulaşmayan suç tiplerini oluşturdukları göz önüne alındığında, bu durumlarda ilgili mağdurun şikâyetinin bulunmaması durumunda, akıl hastası faillerin ceza hukuku dışındaki diğer tedbirler kapsamında dahi bir psikiyatri kurumuna yatırılması ölçülü olmayacaktır.

Ceza ilişkisini ortadan kaldıran ceza zamanaşımı gibi hallerin bulunması durumunda da kanımızca her ne kadar ortada işlenmiş bir haksızlık söz konusu ise de, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanması söz konusu olmamalıdır. Zira belirli sürelerin geçmesi nedeniyle artık cezalandırma konusundaki toplumsal ihtiyacın ortadan kalktığı hallerde, failin tehlikeliliğinin irdelenmesinin de bir anlamı kalmamaktadır.

Benzer şekilde akıl hastalığının etkisi altında uzlaşmaya tabi olan bir suçun işlenmesi durumunda da, şayet kovuşturma aşamasında uzlaşma yoluna gidilmişse, artık akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilememesi gerekecektir. Nitekim bu durumda CMK m. 254/2 gereği davanın düşmesine karar verilecektir. Davanın düşmesi kararı, TCK m. 32/1 kapsamında ceza verilmesine yer olmadığı kararı ve güvenlik tedbirine hükmedilmesi kararından fail açısından daha lehe bir uygulama olduğundan bu yolun tercih edilmesi gerekmektedir. Ayrıca uzlaşmaya tabi bir suçun akıl hastalığının etkisi ile işlenmesi ve fakat mağdurun zararının giderilerek uzlaşımın istenmesi, failin tehlikelilik arz etmemesi konusunda bir gösterge olabilecektir. Bu nedenle uzlaşmaya tabi olan suçun akıl hastalığı etkisi nedeniyle işlenmesi, ancak uzlaşma yoluna gidilmesi durumunda TCK m. 57' de yer verilen akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi ölçülü olmayacaktır. Yargıtay söz konusu durumlar için aksi yönde bir görüş benimsemektedir. Bu karara göre, *“Uzlaşma hükümlerinin uygulanabilmesi için her şeyden önce fiilin ‘soruşturulabilir’ veya ‘kovuşturulabilir’ olması zorunludur. Fiilin soruşturulabilir ve kovuşturulabilir olmasından maksat, fiilin ceza kovuşturmasına tabi olması, yani muhakeme (soruşturma ve kovuşturma) şartlarının bulunmasıdır. Bir fiilin soruşturulabilir olması, uzlaşma hükümlerinin uygulanabilmesi için tek başına yeterli değildir. Ayrıca, failin cezalandırılabilir olması, yani kusurunu ortadan kaldıran nedenlerin bulunmaması da gereklidir. Failin yaşının küçüklüğü, sağır ve dilsizlik, akıl hastalığı gibi nedenlerle kusur yeteneğinin bulunmadığı*

*hallerde faile ceza verilemez. Uzlaşma güvenlik tedbirlerinin değil, ceza sorumluluğunun alternatifidir. Bu nedenle bu kişilere karşı güvenlik tedbiri uygulanabilir ise de ceza verilemediğinden, uzlaşma hükümlerinin uygulanması mümkün bulunmadığından mahkemenin uygulamasında bir isabetsizlik görülmemiştir.*¹⁷⁶⁰ Aynı şekilde Yargıtay bir başka kararında, sanığın akıl hastası olduğu iddiası çözümlendikten sonra uzlaşma hükümlerinin tartışılması gerektiği yönünde karar vermiştir¹⁷⁶¹.

¹⁷⁶⁰ **Yargıtay, 8. CD., E. 2017/4112, K. 2017/8750, T. 06.07.2017.** Ancak belirtilen kararda bizim savunduğumuz görüş doğrultusunda karşı düşünce oyu açıklaması bulunmaktadır. Buna göre, “Sanık ... hakkında mala zarar verme suçundan TCK.nun 151/1. maddesi gereğince cezalandırılması talebiyle açılan kamu davasının yerel mahkemece yapılan yargılaması sonunda TCK.nun 32/1, CMK.nun 223/3-a maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına ve TCK.nun 57/1. maddesi uyarınca da güvenlik tedbirini uygulanmasına dair hükmün onanmasına dair sayın çoğunluğun görüşüne katılma olanağı olmamıştır.

Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı mala zarar verme suçu 6763 sayılı Yasanın değişik 34. maddesi uyarınca CMK.nun 253. maddesi gereğince uzlaşma kapsamına alınmıştır. Uzlaşma sağlanması halinde sanık hakkında CMK.nun 254/2 ve 223/8. maddeleri uyarınca DÜŞME kararı verilecektir. Herhangi bir hukuki sonuç doğurmayan Düşme kararının ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin karara göre lehe olduğu tartışmasız bir husustur.

Somut olayda, sanığın işlemiş olduğu mala zarar verme suçu ile ilgili olarak akıl hastalığı nedeniyle sanık hakkında TCK.nun 32/1, CMK.nun 223/3-a maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına ve TCK.nun 57. maddesi uyarınca da güvenlik tedbirine hükmedilmiştir. Ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin kararlar sanığın adli sicil kaydına işlenmekte ve ayrıca cezaya bağlı olarak hükmolunan güvenlik tedbiri ile kişi yükümlülük altına sokulmaktadır. Bu sebeple, hiçbir hukuki sonuç doğurmayan DÜŞME kararının sanık lehine sonuçlar içermesi gözönüne alındığında, sanık hakkında 6763 sayılı Yasa ile değişik CMK.nun 253. maddesi uyarınca uzlaşma hükümlerinin uygulanması ve sonucuna göre de sanığın hukuki durumunun yeniden belirlenmesi için yerel mahkeme kararı bozulmalıdır.”

¹⁷⁶¹ “1-)Sanığın 26.11.2012 tarihinde talimatla alınan savunmasında ‘‘Bir süre Manisa Ruh ve Sinir Hastalıkları hastanesinde alkol ve sinir tedavisi gördüğünü’’ belirtmesi karşısında, sanığın akıl hastası olup olmadığını, akıl hastası ise ne zamandan beri hasta olduğunu ve bunun, kişinin davranışları üzerindeki etkilerini saptamak için, varsa tedavi belgeleri, kullanılan ilaçların yazıldığı reçeteler de temin edilerek, CMK 74. maddesi gereğince müdafî atandıktan sonra uzman hekimden görüş alınması, sonrasında sanığın işlediği iddia olunan suç yönünden suç tarihi itibarıyla 5237 Sayılı TCK'nın 32. maddesi kapsamında işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayıp algılayamadığı, bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalıp azalmadığı hususlarında yöntemince rapor alınması ve sonucuna göre hukuki durumunun belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi,

2-)Sanığın TCK'nın 32. maddesi kapsamında olmadığına anlaşılması durumunda ise, 02/12/2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe giren 6763 Sayılı Kanun'un 34. maddesiyle değişik 5271 Sayılı CMK'nın 253. maddesi ve maddeye eklenen fıkraya göre uzlaşma hükümleri yeniden düzenlenmiş ve sanığa isnat edilen TCK'nın 106/1. maddesi kapsamındaki tehdit suçunun uzlaştırma kapsamında bulunduğu anlaşılmasıyla, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2 ve 7. maddeleri de gözetilerek, uzlaştırma işlemi uygulanarak sonucuna göre

Kusur yeteneği olmayan bir failin kastı için hangi gereksinimlerin geçerli olduğu, yani “içsel tipiklik (*inneren Tatbestand*) ya da tipikliğin sübjektif unsurları” gereksinimlerinin neler olduğu tartışmalı bir konudur¹⁷⁶². Ceza hukuku öğretisinde hâkim görüş kastın, tipikliğin sübjektif unsurları içinde yer alan bir unsur olduğu yönündedir¹⁷⁶³. Bu konuda akıl hastalarının gerçekleştirmiş olduğu fiillerin, sübjektif anlamda tipe uygun sayılması için nasıl bir değerlendirme yapılacağı önem arz etmektedir. Çünkü sübjektif anlamda tipik sayılmayan fiilin, haksızlık olduğu söylenemeyecek ve bu nedenle bu kişiler hakkında akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri de uygulanamayacaktır. Öğretideki hâkim olan görüşe göre¹⁷⁶⁴, bir fiilin sübjektif anlamda tipik sayılabilmesi için, “doğal” kast olarak adlandırılan, eylemde bulunma iradesi yeterli olmaktadır; buna göre teknik anlamda kastın ne olduğu, önem arz etmemektedir¹⁷⁶⁵. Failin hastalığa dayanan yanlış düşünceleri ya da tasavvurları olması durumunda, bu nedenden ötürü bir psikiyatri kurumuna yatırılma uygulamasının mümkün olmayacağı gerekçesi yerinde değildir¹⁷⁶⁶. Örneğin bir fail, hastalığı nedeniyle her şeyin sahibi olduğuna inanıyorsa, TCK m. 141 manasında kendisinin olmayan (yabancı) şeyleri (ç)alma kastı bulunmamaktadır. Ancak buna rağmen yine de psikiyatri kurumuna yatırılabilir. Çünkü burada faili tehlikeli yapan ve olayın tekrarlanması riskini doğuran, tam da hastalığa bağlı olan hata unsurudur. Bu türdeki vakalarda kastın yokluğuna dayanarak psikiyatri kurumuna yatırılma kararının alınmamasına hükmetmek, TCK’ nın 57 maddesindeki koruma amacına aykırı olacaktır¹⁷⁶⁷. Taksirli suçlara konu olan fiiller de kural olarak akıl hastalarına

sanığın hukuki durumunun bu kapsamda tekrar değerlendirilip belirlenmesinde zorunluluk bulunması,...Bozmayı gerektirmiş...” Yargıtay, 4. CD., E. 2014/32791, K. 2017/1363, T. 17.01.2017 (Kazancı İçtihat Programı)

¹⁷⁶² Schreiber/ Rosenau, s. 118.

¹⁷⁶³ Jakobs, AT, s. 255 vd.; Maurach/Zipf, § 22 I, kn. 1 vd., s. 301 vd.; Gropp, AT, kn. 110 vd., s. 150 vd.; Rengier, § 14, kn. 1 vd., s. 100 vd.; Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, s. 248 vd.; Murmann, s. 66; Otto, s. 75 vd.; Ebert, s. 49 vd.; Heinrich, s. 97 vd.; Krey/ Esser, s. 373 vd.; Kindhäuser, AT, s. 125 vd.; Wessels/ Beulke/ Satzger, s. 92 vd.; Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 224 vd.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Genel Hükümler, s. 236 vd.; Koca/ Üzülmez, s. 135 vd.

¹⁷⁶⁴ BGHSt 3, 287 (Schreiber/ Rosenau, s. 118); Fischer, § 63, kn. 3.

¹⁷⁶⁵ Schönke/ Schröder, § 63, kn. 7.

¹⁷⁶⁶ Schreiber/ Rosenau, s. 118.

¹⁷⁶⁷ BGHSt 3, 287 (Schreiber/ Rosenau, s. 118); Kaspar, SSW-StGB, § 63, kn. 11.

özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilmesine vesile olan fiiller olabilecektir¹⁷⁶⁸. Ancak bu durumda, kuruma yerleştirmenin ölçülü olup olmayacağını dikkatlice sorgulanıp tartışılması gerekmektedir¹⁷⁶⁹.

Daha önce de belirtildiği üzere ceza yaptırımından farklı olarak, işlenmiş hukuka aykırı fiil sadece tedbirin uygulanması bakımından vesile teşkil etmektedir. Bu bakımdan yüksek güvenli bir sağlık kurumuna yerleştirme tedbirinde bağlantı kurulacak husus, geçmişte işlenmiş fiil değil, ileriye dönük olarak failin kişiliği ve göstermiş olduğu tehlikeliliktir. İşlenmiş olan fiilin ağırlığı ve önemi, sadece fail hakkında yapılacak tehlikelilik öngörüsünde dikkate alınacak göstergelerden birkaçı olabilir. TCK m. 57' ye bakıldığında da, yüksek güvenli sağlık kurumuna yerleştirme tedbirine vesile olan fiilin önemi veya ağırlığı hakkında bir belirleme yapılmadığı görülmektedir. Böylece önemsiz suçların işlenmesi durumunda dahi bu tedbire hükmedebilmek teorik olarak mümkündür. Ancak önem arz etmeyen ve fakat tedbire vesile olan bir suç fiili söz konusu olduğunda tehlikelilik öngörüsü son derece özenli bir biçimde ortaya konmalıdır¹⁷⁷⁰. Buradaki esas alınacak ölçüt, ceza yaptırımında kusur ilkesi olduğu gibi, tedbir için de ölçülülük ilkesi olacaktır.

B. Suçun İcra Edildiği Sırada Akıl Hastalığı Nedeniyle Failin Kusur Yeteneğinin Bulunmadığı ya da Azalmış Kusur Yeteneğine Sahip Olduğunun Tespit Edilmesi

Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi için söz konusu aranacak bu şart aslında üç alt unsuru içinde barındırmaktadır. Bu unsurlar:

¹⁷⁶⁸ “Taksirle yaralama suçundan sanığın mahkumiyetine ilişkin hükme yönelik temyiz isteminin reddine ilişkin karar, sanık tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü:…Dosya kapsamında bulunan 03.12.2009 tarihli Baltkesir Devlet Hastanesinin Sağlık Kurulu Raporunda, sanığın atipik psikoz ve karışık madde kötüye kullanımı rahatsızlığının olduğu ve kendi işlerini görememesi nedeni ile kendisine vasi atanmasının uygun olduğunun belirtildiği, bu nedenle suç tarihinde işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayıp algılayamadığı, bu fiil ile ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerekirken, sanığın cezai ehliyetinin olduğu tespit edilmeden eksik soruşturma ile yazılı şekilde karar verilmesi, Kanuna aykırı olup,…” Yargıtay, 12. CD., E. 2012/25864, K. 2013/18786, T. 09.07.2013 (YKD., C. 39, S. 11, Kasım 2013, s. 2437-2438)

¹⁷⁶⁹ BGH, BecksRS 2008, 05027, kn. 7 (Meyer, “Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus”, s. 409)

¹⁷⁷⁰ Kett-Straub/Kudlich, s. 207.

- Fail fiilin icrası sırasında akıl hastası olmalıdır,
- Failin fiil sırasında kanunda belirtilen yeteneklerinden en az birinin akıl hastalığı nedeniyle etkilenmiş olması,
- Faildeki psikopatolojik durum ile psikolojik-normatif nitelikteki “*fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama*” ya da “*fiille ilgili davranışlarını yönlendirme*” yeteneklerinin etkilenmesi arasında nedensel ilişki bulunması, olarak belirtilebilir¹⁷⁷¹.

Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilebilmesi için öncelikle aynı kusur yeteneği değerlendirmesinde olduğu gibi, fiilin icrası sırasında failin akıl hastası olması gerekmektedir¹⁷⁷². Bu bakımdan fiilin icrası öncesinde ya da sonrasında failin akıl hastası olmasının, kusur yeteneği değerlendirmesi açısından ya da güvenlik tedbirine hükmedilebilmesi açısından bir önemi bulunmamaktadır. Failin fiilin icrası sırasında akıl hastası olmamakla birlikte, ceza yargılaması sırasında akıl hastalığına yakalanması, maddi ceza hukukunun değil, şekli ceza hukukunun konusudur. Bu hususu Yargıtay da kararında vurgulamaktadır: “*İşlediği iddia edilen suçlara karşı ceza ehliyeti tam olan ancak TCY.nın 46. maddesine mümas akıl hastalığına yargılama sürecinde yakalanmış bulunan sanık hakkında, muhakemeye devam ve neticelerini idrakten aciz bulunacağı cezalar tertip etmeye yasal olanak bulunmadığından; CYUY.nın 253. maddesi mucibince ‘muhakemenin durmasına’ hükmedilmeli, sanık bir akıl hastalıkları hastanesinde muhafaza, müşahade ve tedaviye tabi tutulmalı, amaca uygun aralıklarla salaha ulaşım ulaşıldığı sorulup tıbben saptanmalı, hakkında kurulacak ceza yaptırımını hükmünün nedeni ve sonuçlarını idrak derecesinde salaha kavuştuğu bildirildiğinde durma işlevine son verilip yargılanması başlatılmalı, bu süreçte sanığın tutukluluk halinin Usul Yasasına uygun periyotlarla değerlendirmesi yapılmalı, iyileştiğinin tıbbi raporla belirlenmesini takiben sanığın hukuki durumu değerlendirilerek hüküm*

¹⁷⁷¹ “...sanığa ceza verilemiyor olması, hakkında bir güvenlik tedbirine hükmolünmesine engel değildir. O halde akıl hastası sanığın tedavi ve muhafazasına karar verilebilmesi için, açılan davada isnat yeteneği ile ‘fiil-fail-akıl hastalığı’ arasındaki ilişkinin belirlenebilmesi için bir yargılama faaliyetine ihtiyaç vardır...” YCGK, E. 2013/8-119, K. 2014/448, T. 30.10.2014 (YKD., C. 41, S. 4, Nisan 2015, s. 806)

¹⁷⁷² Ünver’ e göre, TCK’ da akıl hastalıklarının tıbbi tasnifi yapılmamıştır. Bu nedenle akıl hastalıklarının bazıları TCK m. 32 ve 57’ nin kapsamı dışında bırakılmamıştır. Bkz. Ünver, “Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri”, s. 141.

*kurulmalıdır...Bu merasime uymayan ve tam akıl hastalığının yargılamaya ve hükümlendirilmeye engel olduğunu gözetmeyen yerel mahkemenin mahkumiyet kararı usule aykırıdır.”*¹⁷⁷³ Benzer şekilde CMK m. 223/8’ de de, soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olması durumunda, şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa, gerçekleşmesini beklemek üzere, durma kararı verileceği düzenlenmiştir. Cezanın kesinleşmesi sonrasında infaz aşamasında akıl hastalığına tutulan kişi açısından ise, 5275 sayılı CGTİHK m. 16/1’ e göre, cezanın infazı geriye bırakılır ve hükümlü, iyileşinceye kadar TCK m. 57’ de belirtilen sağlık kurumunda koruma ve tedavi altına alınır. Sağlık kurumunda geçen süreler cezaevinde geçmiş sayılır.

Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilebilmesi için, fiilin icrası sırasında failin akıl hastalığı nedeniyle TCK m. 32/1 ve 2’ de belirtilen derecelerde fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği ya da davranışlarını yönlendirme yeteneği etkilenmiş olmalıdır¹⁷⁷⁴. Bir başka deyişle failin işlediği fiili, kusur yeteneği olmaksızın ya da azalmış kusur yeteneği durumunda işlediği pozitif olarak tespit edilmelidir¹⁷⁷⁵. Mahkemenin bu hususu hesaba katmayarak ya da bu soruyu cevaplandırmaksızın herhangi bir tedbire hükmedebilmesi mümkün değildir¹⁷⁷⁶. Mahkemenin “in dubio pro reo (şüpheden sanık yararlanır)” ilkesi kapsamında failin kusur yeteneğine sahip olmadığını ya da azalmış kusur yeteneğine sahip olduğunu varsayması ve bu nedenle tedbire hükmetmesi yeterli değildir¹⁷⁷⁷. Bu duruma ilişkin öğretide failin akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneğinin etkilendiği tespit edilmiş olmakla birlikte, kusur yeteneğinin bulunmadığı ya da sadece azalmış kusur yeteneğine sahip olduğu iki durum arasında şüphe bulunması halinde cezalandırmanın mümkün olmayacağı, ancak güvenlik tedbirlerine hükmedilmesinin mümkün olduğu savunulmaktadır¹⁷⁷⁸. Ancak failin kusur yeteneğinin tam olduğu

¹⁷⁷³ **Yargıtay, 1. CD., E. 1995/1866, K. 1995/2064, T. 28.06.1995** (YKD., C. 21, S. 10, Ekim 1995, s. 1623)

¹⁷⁷⁴ Bir psikiyatri kurumuna yerleştirme tedbirinin uygulanabilmesi için, mahkemece tedbire konu teşkil edecek fiilin, failin kusur yeteneği bulunmadığı ya da azalmış kusur yeteneğine sahip olduğu durumda gerçekleştirildiğinin mahkemece tespiti şarttır. Bkz. Meyer, “Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus”, s. 409.

¹⁷⁷⁵ Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 4, s. 904.

¹⁷⁷⁶ Meyer, “Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus”, s. 409.

¹⁷⁷⁷ Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 4, s. 904.

¹⁷⁷⁸ BGH 18, 167 (Jescheck/ Weigend, § 77, s. 809)

durum ve kısmen bulunduğu iki durum arasında bir şüphe söz konusu ise, psikiyatri kurumuna yatırılma güvenlik tedbirlerine hükümlenemeyeceği söylenmektedir. Zira bu durumda şüphe halinde de olsa, ceza sorumluluğu tam failer hakkında akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilemeyecektir¹⁷⁷⁹. Böylece TCK m. 32/1 ve 2 dikkate alındığında, kusur yeteneğini etkileyen akıl hastalığı nedeniyle uygulanacak tedbirler konusundaki anlayışın, cezanın yanında ceza yaptırımını tamamlayan güvenlik tedbirlerine hükmetme anlayışı olmadığı görülmektedir. Bu anlayışın aksine, ceza yaptırımını yerine geçen güvenlik tedbirine hükmetme anlayışının esas alındığı belirtilmelidir. Benzer şekildeki anlayışın Anayasa'nın 38. maddesinin üçüncü fıkrasında da kabul edildiği görülmektedir. Buna göre, "*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.*"

Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri çerçevesinde bir psikiyatri kurumuna yatırılması uygun görülen kişiler, ceza mahkemesince kusur yeteneği yokluğu veya azalmış kusur yeteneği tespit olmuş olan kişilerdir. Bu nedenle failde ilk olarak kanunda belirtilen psikopatolojik halin fiilin gerçekleştirildiği sırada mevcut olması aranmaktadır. Bu hal ise kanunda "akıl hastalığı" olarak düzenlenmiştir. Psikopatolojik hal bakımından TCK m. 32' de bir gruplandırma yapılmadığından, bu halin somatik olarak tespit edilebilen "dar anlamda psikiyatrik hastalık" kavramı içinde değerlendirilebilecek zihinsel bozukluklar olması gerekmemektedir. Bu bakımdan akıl zayıflığı, psikopati, nevrotik bozukluklar ya da dürtü bozuklukları durumunda da bu tedbirlere hükmedilebilecektir. Alman ceza hukuku öğretisinde, Alman Ceza Kanunu (StGB)' na göre hastalıklı olmayan zihinsel bozukluklar sınıfına giren, "ciddi akli anormallik" kategorisinde yer alan nevrotik veya psikopatik kişilik bozukluğu olan failer hakkında da akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanmasının zorunlu olduğu belirtilmektedir. Ancak bu noktada bu zihinsel bozukluklara sahip kişilerin normalde psikiyatri hastanesinin "klasik" hastalarından olmayan kişiler olduklarına dikkat çekilmektedir¹⁷⁸⁰. Bu nedenle bu kişilerin, özellikle psikopatların psikiyatri hastanesi yerine kendilerine özel kurumlara yatırmanın daha uygun olup olmayacağı da değerlendirilmektedir¹⁷⁸¹.

¹⁷⁷⁹ BGH 34, 22 [26]; BGH, NJW 1983, 350; NStZ 1990, 538 (Jescheck/ Weigend, § 77, s. 809)

¹⁷⁸⁰ Lackner/ Kühn, § 63, kn. 1; Schreiber/ Rosenau, s. 117.

¹⁷⁸¹ Jescheck/ Weigend, § 77, s. 807.

Aynı durum başka bir ruhsal bozukluk yoksa mental retarde ve demansiyel hastalarda da söz konusudur. Bu kişilerin günlük bakımları dışında psikiyatrik tedaviye ihtiyaçları yoktur ve hastane ortamına ciddi uyum güçlüğü gösterirler¹⁷⁸². Bu kişilerin zorunlu olarak sağlık kurumuna yerleştirilmesi ve burada tutulması tedbirin amacına uygun düşmeyecektir.

Daha önce de vurgulandığı üzere, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi bakımından, failin kusur yeteneğinin etkilenmiş olması gerekir. Buradan çıkarılacak sonuç, TCK m. 32 gereği, failde bulunan psikopatolojik halin, fiilin gerçekleştirildiği sırada, en azından failin davranışlarını yönlendirme yeteneğini etkilemiş olması gerekmektedir. Bu durum tedbirlerin uygulanabilmesi açısından asgarî etki derecesidir. Kuşkusuz akıl hastası failin fiilini gerçekleştirirken, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması ya da davranışlarını önemli derecede yönlendirememesi durumunda, tedbire başvurmak evleviyetle mümkündür ve hatta bu durumda zorunludur¹⁷⁸³. Bir başka deyişle tedbire başvurulabilmesi için en azından TCK m. 32/2’ deki akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneği şartlarının şüphe olmaksızın tespit edilerek, bu halin varlığının sağlanması gerekmektedir¹⁷⁸⁴. Bu nedenle, bu hususta *in dubio pro reo* (şüpheden sanık yararlanır) ilkesi geçerlidir¹⁷⁸⁵. Failin fiili gerçekleştiği sırada akıl hastası olmasının tespiti ile yetinilemez. Mutlaka bu akıl hastalığı durumunun TCK m. 32’ de yer verilen yeteneklere etki ettiği pozitif olarak tespit edilmelidir. Bu tespit yapılmadan, failin fiilini gerçekleştirdiği esnada akıl hastası olduğu ve fiilin hukuki anlam ve

¹⁷⁸² Özkan/ Hakeri, s. 98.

¹⁷⁸³ “5237 sayılı Yasa’ nun 32/1. maddesi gereğince hakkında ceza tertibine yer olmadığına karar verilen sanık hakkında aynı madde gereğince güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi gerekir. Ayrıca bu durum karşısında katılanın manevi tazminat talebi yönünden hukuk mahkemesinde dava açmakta serbest olduğuna karar verilmelidir.” **Yargıtay, 2. CD., E. 2007/5066, K. 2007/10887, T. 17.07. 2007** (YKD., C. 33, S. 10, Ekim 2007, s. 2137 vd.); “...Hastanesi tarafından düzenlenen 18/09/2012 tarihli ve 3691 sayılı sağlık kurulu raporuna göre, atılı fiillerin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azaldığı tespit edilen sanık hakkında 5237 sayılı TCK’nın 32/1 ve 5271 sayılı CMK’nın 223/3-a maddeleri gereğince ceza verilmesine yer olmadığına karar verildikten sonra güvenlik tedbirine hükmedilmesi gerektiğinin gözetilmemesi...Bozmayı gerektirmiş...” **Yargıtay, 23. CD., E. 2015/11835, K. 2015/5607, T. 26.10. 2015.**

¹⁷⁸⁴ BGH, NJW 1983, 350 (Schreiber/ Rosenau, s. 118); Schönke/ Schröder, § 63, kn. 12; Fischer, § 63, kn. 5.

¹⁷⁸⁵ Meyer, “Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus”, s. 409; Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 4, s. 904.

sonuçlarını algılayamaması ya da davranışlarını yönlendirememesi durumunun salt olasılık halinde bırakılması yeterli değildir¹⁷⁸⁶. Alman ceza hukuku öğretisinde sadece failin algılama yeteneğinin azalmış olması halinin tespit edilmiş olmasının tedbirlerin uygulanması bakımından yeterli sayılmayacağı söylenmektedir. Zira bu algılama yeteneğinin azalmasına rağmen, failin somut fiili gerçekleştirirken haksızlık bilincine sahip olabileceği, yani fiilin haksızlığını algılamış olabileceği ve özellikle bu hususun araştırılması gerektiği belirtilmektedir¹⁷⁸⁷. Algılama yeteneğinin azalması, algılamanın yokluğuna sebebiyet vermediği ve suçlara neden olmadığı sürece, failin psikiyatri hastanesine yatırılması suretiyle toplumun güvenliğinin sağlanmasına da sebebiyet veremez¹⁷⁸⁸. TCK m. 32 açısından bakıldığında ise, failin fiilinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği, azalıp çoğalabilen, yani nicel bir yapıya sahip olacak şekilde düzenlenmemiştir. Bu nedenle bu yetenek nitel şekilde, somut olayda ya vardır, ya da yoktur. Böylece failin fiilini gerçekleştirirken algılama yeteneğindeki azalmalar, ya failin haksızlık bilincinin varlığına etki etmeyecektir, ya da haksızlık bilincinin bulunmamasına neden olacaktır. Bu açıdan algılama yeteneğinin tıbbi ya da normatif yönünün olduğu söylenebilecektir. Tıbbi anlamda algılama yeteneğinin azalması, failin haksızlık bilincini kaldırmıyorsa, bu algılama eksikliğinin failin davranışlarını yönlendirme yeteneğine etki edip etmediği değerlendirilmelidir.

Failin fiilini icra ettiği sırada akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneğinin etkilendiği belirlendikten sonra, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine başvurma zorunlu olup olmadığı tartışılması gereken bir husustur. **Kanımızca** bu konuda TCK m. 32 ve 57 arasında bir çelişki söz konusudur. Failin TCK m. 32/1 kapsamına giren bir akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneğinin bulunmadığı saptandığında, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine hükmetmek zorunlu iken, TCK m. 32/2 kapsamına giren azalmış kusur yeteneği durumunda tedbirlere hükmedip hükmetmemek konusunda hâkime takdir hakkı bırakılmıştır. TCK m. 32/2' de, "*Mahkûm olunan ceza, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen,*

¹⁷⁸⁶ Lackner/ Kühl, § 63, kn. 3; BGHSt 58, 242= NJW 2013, 2043 (Meyer, "Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus", s. 409)

¹⁷⁸⁷ BGHSt 21, 27 (28); 34, 22 (26 vd.); 40, 341 (349) (Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 4, s. 904); Fischer, § 63, kn. 5.

¹⁷⁸⁸ BGH, NStZ 2006, 682 (683) bkz. Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 4, s. 904, dp. 10.

*akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir.” düzenlemesine yer verildiğine göre, cezalar ve güvenlik tedbirleri arasında bir değişimin mümkün olduğu ancak bunun zorunlu olmadığı anlaşılmaktadır. Bu düzenlemeden çıkarılacak bir başka sonuç ise, mahkûm olunan ceza miktarının aynı kalmasına karar verilmesi halinde, **her ne kadar fail toplum açısından tehlikelilik arz ediyor olsa dahi, mahkûm olunan cezanın yanında akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirine hükmedilememesidir.***

Akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneği hali için TCK m. 57/6’ da¹⁷⁸⁹ ise, TCK m. 32/2’ ye benzer bir düzenlemeye yer verilmek istenmiş, ancak içerik itibariyle kanımızca TCK m. 32/2’ den farklı bir düzenlemeye gidilmiştir. Bu düzenlemeye bakıldığında akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneği saptanan failin **yerleştirildiği yüksek güvenlikli sağlık kuruluşunda düzenlenen rapor üzerine**, mahkûm olunan hapis cezasının, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, mahkeme kararıyla akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri olarak da uygulanabileceği düzenlenmiştir. Buna göre, akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneği saptanan fail, ilk olarak zorunlu olarak yüksek güvenlikli sağlık kuruluşuna yerleştirilecektir. Bu konuda mahkemenin takdir hakkı bulunmamaktadır¹⁷⁹⁰. Bu yerleştirmenin ardından hükmedilen cezanın, kısmen ya da tamamen güvenlik tedbiri olarak uygulanabileceği düzenlenmiştir. Şayet mahkeme, bir failde kusur yeteneğinin azalmış olduğunu hesaba katmadan, salt kusurun azalması nedeniyle TCK m. 61/1-f uyarınca temel cezanın belirlenmesi aşamasında indirim gitmişse, failin hastaneye yatırılması tedbirine hükmedilemez. Zira azalmış kusur yeteneği kesin olarak, yani şüpheden uzak şekilde tespit edilmemiştir¹⁷⁹¹. Mahkemenin failin fiili gerçekleştirdiği sırada akıl hastalığı nedeniyle davranışlarını yönlendirme yeteneğinin etkilendiğini tespit etmekle birlikte, bunun “önem” derecesi hakkında

¹⁷⁸⁹ “İşlediği fiille ilgili olarak hastalığı yüzünden davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişi hakkında birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre yerleştirildiği yüksek güvenlikli sağlık kuruluşunda düzenlenen kurul raporu üzerine, mahkûm olduğu hapis cezası, süresi aynı kalmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, mahkeme kararıyla akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir.”

¹⁷⁹⁰ Öğretide akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinde olduğu gibi özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirlerin yasal şartlarının oluşması durumunda uygulanmasının zorunlu olduğu belirtilmektedir. Fakat mahkemenin bu şartların tespitinde çoğu zaman önemli ölçüde bir değerlendirme toleransına sahip olduğu söylenmektedir. Bkz. Maurach/ Gössel/ Zipf, § 67, kn. 9, s. 896.

¹⁷⁹¹ BGH, NSStZ 1986, 237 (Schreiber/ Rosenau, s. 118)

kuşkuya düşmesi durumu, güvenlik tedbirinin hükmedilmesine engel teşkil etmez. Çünkü burada aranan asgarî şart sağlanmıştır.

Benzer sorunların TCK m. 57/7' de¹⁷⁹² düzenlenen alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı kişiler hakkındaki uygulanacak güvenlik tedbirleri hakkında da bulunduğu söylenebilir. Bu kişiler hakkında m. 57/7 düzenlemesi çerçevesinde güvenlik tedbirine hükmedilebilmesi için kusur yeteneklerinin ne derecede etkilenmiş olması gerektiği belirtilmemiştir. Bir başka anlatımla bu kişilerin kusur yetenekleri olmadıklarına karar verilebileceği gibi, söz konusu bağımlılığın fiil gerçekleştirilirken failin davranışlarını yönlendirme yeteneğini önemli olmayan derecede etkilemiş olduğuna, yani azalmış kusur yeteneği haline de karar verilebilir. Her iki durum için de TCK m. 57/7' de zorunlu olarak güvenlik tedbiri uygulanacağı belirtilmiştir¹⁷⁹³. Bu durumlarda fail hakkında alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşunda tedavi altına alınmasına karar verileceği düzenlenmiştir. Bu konuda mahkemeye takdir hakkı tanınmamış, azalmış kusur yeteneği durumunda hükmedilen cezanın yerine süresi aynı olmak şartıyla kısmen veya tamamen bu tedbirlere başvurulabileceğine yer verilmemiştir. Söz konusu bağımlılıklar hakkında TCK m. 32/2 ve TCK m. 57/6 arasında bu farklılığa neden yer verildiği anlaşılamamaktadır. Ayrıca bağımlılık nedeniyle uygulanacak güvenlik tedbirinin, infaz aşamasında ceza ile olan ilişkisine de yer verilmemiştir. Bu halde tedbirin cezanın infazından önce mi, sonra mı olacağı, önce uygulanacaksa ceza miktarından mahsup edilip edilmeyeceği de öğretisi ve içtihatlarla bırakılmıştır. Kanımızca bu konuda açık bir düzenleme yapılmalıdır.

TCK m. 57/7' de alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımına bağlı bağımlılıklarda, fail hakkında güvenlik tedbiri olarak bu bağımlılıktan kurtarmaya yönelik sağlık kuruluşlarında tedavi altına alınma düzenlenmiştir. Buna karşın kumar bağımlılığı gibi madde kullanımına bağlı olmayan, failde ciddi kişilik

¹⁷⁹² “Suç işleyen alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı kişilerin, güvenlik tedbiri olarak, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşunda tedavi altına alınmasına karar verilir. Bu kişilerin tedavisi, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığından kurtulmalarına kadar devam eder. Bu kişiler, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca bu yönde düzenlenecek rapor üzerine mahkeme veya hakim kararıyla serbest bırakılabilir.”

¹⁷⁹³ Alman öğretisinde bir psikik bozukluğa neden olmayan alkol, uyuşturucu veya ilaç bağımlılığının, bir suçlunun Alman Ceza Yasası (StGB) madde 63 gereği bir kliniğe yerleştirilmesi için yeterli olmadığı savunulmaktadır. Bkz. Kett-Straub/Kudlich, s. 207.

değişikliklerine ve mahrumiyet hissine neden olan bağımlılık türlerinde ise durum farklıdır. Bu gibi durumlar da failin davranışlarını kontrol etme yeteneğini ciddi şekilde etkileyebilmektedir. Ancak madde kullanımına bağlı olmayan bağımlılık durumlarında genelde temelde bir psikişik bozukluğa dayandırma durumu mevcut değildir. Bu nedenle bu gibi durumlarda çok istisnai durumlarda sağlık kuruluşuna yerleştirme tedbiri verilebileceği savunulmaktadır¹⁷⁹⁴.

Alman ceza hukuku öğretisinde, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak failin bir sağlık kurumuna yerleştirilmesine hükmedilebilmesi için, kusur yeteneğinin kalkmasına ya da azalmasına neden olan durumun psikiyatrik olarak önemli ve devam eden bir durum olması gerektiği savunulmaktadır¹⁷⁹⁵. Ancak bu durumun devam eden bir durum olarak kabul edilebilmesi için, semptomların sürekli ortaya çıkma şeklinde kendisini gösteriyor olması gerekmektedir. Bu semptomlar geçici olarak gizlenmiş de olabilmektedir. Gündelik olaylardaki davranışların bile kusur yeteneğinin akut olarak ciddi olumsuz etkilemesine yol açabilecek derecede kişilik bozukluğunun bulunması yeterlidir¹⁷⁹⁶. Yukarıda belirtilmiş olduğu gibi, hukuki tedbire vesile olan suç fiili, psikopatolojik durum için semptomatik olmak zorundadır¹⁷⁹⁷. Prensip olarak daha hafif suç fiillerinden yola çıkılarak da, failin kişiliği duruma dahil edilerek önemli suç fiillerinin işlenmesi riskinin bulunduğu çıkarımı yapılabilir¹⁷⁹⁸. Kusuru kaldıran ya da kusuru azaltan ani duygulanım (*Afekt*) altında işlenen fiillerde, duygulanım hissini tetikleyen fiilin tekrarlanması ihtimali değerlendirilmelidir. Bu duygulanım gelecekte de benzer durumlar için tetiklenecekse, güvenlik tedbirine konu olan patolojik halin devam ettiği söylenebilecektir¹⁷⁹⁹.

¹⁷⁹⁴ BGH, NJW 2013, 1462 (Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 8, s. 906)

¹⁷⁹⁵ BGHSt 34, 22 (27); 44, 369 (372 vd.); BGH, NStZ 1998, 406; NStZ-RR 2012, 367; 2013, 141 (Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 5, s. 905); Jescheck/ Weigend, § 77, s. 809. Aynı failin tehlikeliliği öngörüsü ile bağlantılı olduğu gibi, fiil anında kusur yeteneğine etki eden durum uzun süredir devam eden nitelikte olmak zorundadır. Bkz. Fischer, § 63, kn. 6.

¹⁷⁹⁶ BGH, NStZ-RR 2008, 141 (Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 5, s. 905, dp. 16)

¹⁷⁹⁷ van Gemmeren, MK, § 63, kn. 47.

¹⁷⁹⁸ Streng, Strafrechtliche Sanktionen, s. 196.

¹⁷⁹⁹ Karşı görüş için bkz. Jescheck/ Weigend, § 77, s. 809.

C. Fail Hakkında Tehlikelilik Öngörüsü (=Kriminalprognose)

Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilmesinin öncelikli sebebi, halihazırda akıl hastalığı etkisi altında hukuka aykırı bir fiili gerçekleştirerek toplumsal barışın bozulmasına neden olmuş failin, gelecekte¹⁸⁰⁰ benzer şekilde toplumsal düzeni bozucu fiilleri gerçekleştirmek bakımından tehlikelilik arz etmesidir. Bu nedenle akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi için esas şart fail hakkındaki “tehlikelilik” öngörüsüdür¹⁸⁰¹. Hakkında tedbir hükmedilecek olan kişinin işlediği suç, yani hukuka aykırı fiil, tehlike halinin bir belirtisi sayılır¹⁸⁰². Ancak tehlikelilik öngörüsü için esas alınacak değerlendirme zamanı yargılamanın sona erdiği aşamadır¹⁸⁰³. Asıl olan öngörülen bu tehlikeliliğin ceza hukuku yaptırımını uygulanarak önlenmesidir. Bu nedenle faile zorunlu tedavi uygulanmaktadır. TCK m. 57’ de de, benzer anlayışın hâkim olması nedeniyle güvenlik tedbirinin çerçevesini failin tehlikeliliğinin belirlediği yönünde düzenlemeye gidilmiştir. Zira TCK m. 57/2’ de tedbirin uygulanmasının sona ermesi, failin toplum açısından tehlikeliliğinin ortadan kalkmasına ya da önemli ölçüde azaldığının sağlık raporu ile belirtilmesine bağlanmıştır. Aynı şekilde TCK m. 57/7’ de, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığı bulunan fail hakkında uygulanacak zorunlu tedaviye, ilgili failin bu bağımlılıktan kurtulması üzerine son

¹⁸⁰⁰ Tedbir açısından aranacak tehlike, gerçek ve fiili değil, mümkün ve muhtemel tehlikedir. Dolayısıyla hale ve geçmişe ait değil, geleceğe ait bir tehlikedir. Bu bakımdan amacı suçta tekrerrün önlenmesidir. Bkz. Hafızoğulları, “Emniyet Tedbirleri”, s. 46; Artuk/ Alan Akcan, s. 17.

¹⁸⁰¹ Pollähne, NK-StGB, § 61, kn. 52. Tüm güvenlik tedbirlerinde gelecekteki davranış üzerinde yapılan bir tahmin analizi bulunmaktadır. Bkz. Jescheck/ Weigend, § 9, s. 89; Türkiye Psikiyatri Derneği’ nin hazırlamış olduğu Ruh Sağlığı Yasası Taslağı m. 2/9’ da “*Ruhsal hastalığa bağlı tehlikelilik*” şu şekilde tanımlanmaktadır: “*Ruhsal bir hastalığa bağlı olarak, kişinin kendisine ya da başkalarına yönelik zarar verici ya da yaşama kastedici davranışlarını ifade eder. Davranış gerçekleşmiş olabilir ya da gerçekleşme olasılığının artmış olduğu ruh sağlığı ve hastalıkları uzmanı bir hekim tarafından hastalığın belirtileri değerlendirilerek, öngörülebilir.*” Bkz. Yanık, s. 73.

¹⁸⁰² Nuhoglu, Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri, s. 65. Ceza suçun ağırlığı ile mütenasiptir. Suçtaki vehamet ceza ölçüsüne tesir eder. Ancak güvenlik tedbirlerinde işlenilmiş olan suçun vahametinin, tedbirin şiddetini takdir bakımından bir kıymeti yoktur. Güvenlik tedbirleri suçlunun, cemiyet için arz ettiği tehlike halinin derecesine göre verilir. Bkz. Erem, “Türk Ceza kanununda Emniyet Tedbirleri”, s. 353.

¹⁸⁰³ BGHSt 15, 59; BGH, NStZ-RR 2005, 370 (Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 9, s. 906-907); Schöch, LK, § 63, kn. 132.

verilebileceği düzenlenmiştir. Bu fail grubu için kanunkoyucu faildeki tehlikeliliğin, ilgili bağımlılık durumunun sona ermesi ile ortadan kalkacağı yönünde yasal bir karine yaratmıştır.

Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirine hükmedilebilmesi için gerekli olan tehlikelilik koşulunun varlığı açısından öncelikli koşul, failin kusur yeteneği yokluğuna ya da azalmış kusur yeteneği bulunmasına neden olan ve kendi ruhsal ya da zihinsel sağlığını olumsuz etkileyen durumun sürmesidir¹⁸⁰⁴. Söz konusu bu ruhsal ya da zihinsel bozukluğun devam etmekte olması gerekliliği, zihinsel bozukluğun semptomlarının güncel olması gerektiği, yani her an devamlılık arz etmesi gerektiği şekilde anlaşılmalıdır. Bu zihinsel bozukluğun herhangi bir durumda aktif hale gelebileceği durumlarda da, zihinsel bozukluğun sürdüğü söylenmelidir. Örneğin duygulanımsal (afektif) bozukluklarda, gündelik hayatta herhangi birinin karşılaşılabileceği durumda, zihinsel bozukluğun etkisi ile aktif olabilecek aşırı tepki durumları da söz konusu olabilecektir. Bu durumda söz konusu bozukluğun aktif olmadığı zaman diliminde, failin tehlikelilik arz etmemesi önemli değildir. Zihinsel bozukluğun herhangi bir durumda failin reaksiyonlarına ya da tepkilerine eşlik edebilme ihtimali yeterli görülmelidir.

İnsan davranışlarıyla ilgili yapılacak tüm tahminlerin aslında imkânsızın istenmesi niteliğinde olacağı şeklindeki haklı eleştirilere rağmen¹⁸⁰⁵ ceza hukuku mevcut imkânlar arasında en uygun olanı seçmek zorundadır. Bu nedenle her tahmin içinde geniş bir değerlendirme alanı ve yanılma payı olsa da, tahminde kullanılan araçlarla bu olumsuz etkinin en aşağı düzeye indirilmesi sağlanmaya çalışılmalıdır.

Fail tarafından başka ciddi suçların işleneceğinin mutlak olması zorunlu değildir¹⁸⁰⁶. Fakat, failin tehlikeli olarak değerlendirilebilmesi için, tespit edilmiş olan hastalık ya da bozukluk nedeniyle gelecekte de suç teşkil edecek fiillerde bulunacağına dair basit bir olasılık değil, “yüksek derecede olasılık” bulunmalıdır¹⁸⁰⁷. Bu olasılık failin kişiliği, önceki hayatı ve tedbire vesile olan

¹⁸⁰⁴ BGHSt 44, 369= NJW 1999, 3422 (Meyer, “Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus”, s. 409); BGHSt 7, 35; 34, 22 (27); 44, 369 (373) bkz. Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 2, s. 903.

¹⁸⁰⁵ Freund, “Gefahren und Gefährlichkeiten im Straf- und Maßregelrecht”, s. 199.

¹⁸⁰⁶ Schöch, LK, § 63, kn. 71.

¹⁸⁰⁷ Schöch, LK, § 63, kn. 72; BGH, NStZ-RR 2013, 42 (Meyer, “Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus”, s. 409)

işlenmiş fiilin genel değerlendirilmesi sonucu ortaya çıkacak, failin durumu itibariyle kendisinden ciddi hukuka aykırı fiiller beklenebileceği ve bu nedenle toplum için tehlikeli olduğu tespitine işaret etmektedir¹⁸⁰⁸. Ciddi suçların işlenebileceği öngörüsü için aranacak sebep, halen failin süregelen “durumu”, yani hükme esas suçun işlenmesi sırasında kusur yeteneğini olumsuz yönde etkilenmesine neden olan psikik bozukluktur¹⁸⁰⁹. Failin tehlikeliliği psikopatolojik durumunun semptomu olmak zorundadır. Bu psikopatolojik bozukluğun, hükme esas olan suçla aynı ya da benzer suçlara neden olabileceği öngörüsü tedbirlere hükmedilmesi bakımından önemli değildir. Ancak failden durumu itibariyle beklenilebilecek suçların ciddi sayılabilecek suçlar olması gerekmektedir¹⁸¹⁰. Eğer bir kliniğe yerleştirme kararından, kararın hangi olaya dayandığı ve hangi suç fiillerinin işlenmesinden endişe edildiği açıkça anlaşılır biçimde ortaya çıkmıyorsa, o zaman ölçülülük ilkesinin ihlal edildiği kabul edilmektedir¹⁸¹¹.

Failin “iyileştirilmesi ve ıslahı” hedefinin içinde failin kuruma yatırılarak tedavi edilmesi olduğu gibi, bu amaçla bütünleşmiş hedef olarak failin kurumdan mümkün olduğunca çabuk taburcu edilmesini teşvik etmek de vardır. Çünkü tedbire konu olan failin “tehlikelilik” durumuna ilişkin öngörüye neden olan durum bertaraf edilmişse, yani fail artık bir tehlike yaratmayacak şekilde ıslah olmuşsa, yüksek güvenli bir kurumda zorunlu tedavi uygulanmasının meşruiyeti de ortadan kalkmaktadır¹⁸¹². Burada fail için öngörülen tedavi planına mutlak anlamda sadık kalınması da *kanımızca* gerekmemektedir. Bir başka deyişle failin tehlikeliliği, henüz tedavi planındaki aşamaların hepsi sona ermemiş olsa dahi, ortadan kalkmışsa ya da önemli derecede azalmışsa, failin taburcu edilmesi gerekmektedir. Bu güvence birey açısından da önem arz etmektedir. Bireyin özgürlüğüne belirli bir süre sonra tekrar kazanacağı beklentisinin de güvence altına alınması gerekmektedir¹⁸¹³.

¹⁸⁰⁸ Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 9, s. 906.

¹⁸⁰⁹ Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 9, s. 907.

¹⁸¹⁰ BGH, NJW 1998, 2986 (Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 9, s. 907)

¹⁸¹¹ Bu açıklama için, Alman Federal Anayasa Mahkemesi’ nin 28.01.1992 tarihli kararına atıf yapılmaktadır. Bkz. Axel Dessecker, **Gefährlichkeit und Verhältnismäßigkeit: Eine Untersuchung zum Maßregelrecht**, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 2004, s. 335.

¹⁸¹² Schreiber/ Rosenau, s. 116. Güvenlik tedbiri failin tehlike haliyle orantılı olmalıdır. Bkz. Zafer, “Emniyet Tedbirleri Muhakemesinin Özellikleri”, s. 266.

¹⁸¹³ Ünver, “Güvenlik Tedbirleri ile Cezalar Arasında Bir Fark Kaldı mı?”, s. 372.

Kanımızca TCK m. 57’ de failin tehlikeliliği konusunda yol gösterici olabilecek, ileride fail tarafından işlenmesi öngörülen suçlarda herhangi bir ağırlık derecesinin aranmıyor olması önemli bir eksikliklerdir. Failin toplum açısından tehlikeliliğinin hangi kapsamda öngörüleceği konusunda belirsizlik mevcuttur. İleride akıl hastalığı nedeniyle ağırlık derecesi bakımından herhangi bir suçu işleyebilecek olan fail, başkasına ait korunan hukuki değerlere zarar verebilecek ya da bu değerleri tehlikeye düşürebilecek niteliktedir. Bu bakımdan herhangi bir suçun işlenme ihtimalinde de toplum açısından tehlikelilik söz konusu olabilecektir. Ancak bu ihtimalin varlığı, akıl hastası olan failin yüksek güvenlikli bir sağlık kurumuna kapatılmasına yeterli olmamalıdır. Bu noktada mutlaka kanun düzenlemesinde akıl hastası failin, ileride işleyebileceği suçlar konusunda, bu suçların ciddiyet derecesine ilişkin bir ifadeye yer verilmelidir. Bir başka deyişle failin kapalı bir psikiyatri kurumuna kapatılmasıyla failin kişisel özgürlüğüne yapılacak ağır müdahale, ancak yatırılmaması halinde çok ciddi hukuk ihlallerinin meydana gelebileceği durumlarda söz konusu olmalıdır¹⁸¹⁴. Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirine vesile olan failin ve failin kişiliğinin (özellikle ruhsal bozukluğun etkisinin) genel değerlendirilmesi sonucu¹⁸¹⁵, failden durumu itibariyle gelecekte ciddi derecedeki hukuka aykırı fiillerin beklenebileceği ve kendisinin bu nedenle tehlike arz ettiği kanaatine varılması durumunda tedbirlere başvurulmalıdır¹⁸¹⁶. Söz konusu ayırt edici husus birinci fıkraya eklenerek, TCK m. 57/1 şu şekilde düzenlenebilecektir: “*Fiili işlediği sırada akıl hastası olan kişinin akıl hastalığı nedeniyle ileride ciddi hukuka aykırı fiiller işleme ihtimalinin bulunması ve bu nedenle toplum açısından tehlikelilik arz etmesi halinde, yüksek güvenlikli sağlık kurumlarında tedbir amaçlı zorunlu tedavi altına alınmalarına hükmedilir.*”

Kuşkusuz “**ciddi suçlar**” olarak kabul edilecek suçlar için de, **mutlak anlamda kriterler bulunmamaktadır**. Ancak “rahatsız edici” olarak nitelendirilse bile, düşük oranda ciddiyeti olan ve küçük suçlar kategorisinde değerlendirilen

¹⁸¹⁴ Jescheck/ Weigend, § 77, s. 809-810.

¹⁸¹⁵ Tehlikelilik öngörüsünde “failin ve failin” genel değerlendirilmesi esastır. Bkz. BGH, NStZ 1990, 122; 1992, 538 (Jescheck/ Weigend, § 77, s. 809, dp. 48)

¹⁸¹⁶ Meyer, “Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus”, s. 409.

eylemlerin yeterli olmadığı konusunda fikir birliği söz konusudur¹⁸¹⁷. Bu suçların genel olarak hukuki barışın ciddi oranda bozulmasına yol açan suçlar olması gerektiği söylenebilecektir¹⁸¹⁸.

Failin tehlikeliliğini oluşturan suçların mutlaka şiddet suçları olması gerekmemektedir. İşlenmesi beklenen ciddi derecedeki hukuka aykırı fiiller, özellikle seri eylemler söz konusu olduğunda örneğin orta dereceli suçlar içinde yer alan mülkiyet suçları da olabilmektedir¹⁸¹⁹. Bu konuda Alman Federal Yüksek Mahkemesi, yağma yoluyla şantaj suçuna (§ 255 StGB¹⁸²⁰) teşebbüs durumunda, Alman Ceza Kanunu 63. maddesi uyarınca bir psikiyatri kurumuna yatırılmanın mümkün olamayacağı yönünde karar vermiştir. Çünkü işlenen önceki fiiller bireysel durumlarda ciddi olmayan suç kategorisinde değerlendiriliyorsa, işlenmek istenen ağır suçun değil, bu fiillerin esas alınması gerekmektedir¹⁸²¹. Kusur yeteneği bulunmayan failin bir psikiyatri hastanesine yatırılmasının yanında ceza hukukuna uygun başkaca bir tedbir alternatifi bulunmamaktadır. Bu nedenle tedavi amacının da göz önünde bulundurulması gerekmektedir¹⁸²². Orta dereceli ciddiyet arz eden suçlar söz konusuysa, işlenmiş suçlar ve beklenen eylemlerle ilgili olarak geniş kapsamlı bir değerlendirme yapılması ve akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri ile bağlantılı gerçekleştirilecek müdahalenin, failin arz ettiği tehlikeye oranla kıyaslanması gerekmektedir¹⁸²³. Tedbire gerekçe olarak gösterilen eylemin düşük oranda ciddiyet arz etmesi durumunda tehlike tahminlerinin özel olarak incelenmesi gerekmektedir¹⁸²⁴.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi, akıl hastalığından kaynaklandığı sabit olan hakaret içerikli yazı dağıtılması veya saldırıya maruz kalan kişinin hukuki

¹⁸¹⁷ BGHSt 27, 246 [248]; BGH, NStZ 1986, 237 (Schreiber/ Rosenau, s. 118); Jescheck/ Weigend, § 77, s. 810.

¹⁸¹⁸ BGH, NJW 1989, 2959 (Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 10, s. 907)

¹⁸¹⁹ BGHSt 27, 246 vd.; BGH, NJW 1976, 1949 (Schreiber/ Rosenau, s. 118); Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 10, s. 907.

¹⁸²⁰ “Şantaj suçu, diğer bir kişiye karşı cebir uygulanarak veya vücut veya hayat için halihazırdaki bir tehlike ile tehdit edilerek işlenirse, fail yağma suçu işleyen bir kişi gibi cezalandırılır.” Yenisey/ Plagemann, s. 366.

¹⁸²¹ Schreiber/ Rosenau, s. 118.

¹⁸²² Lackner/ Kühl, § 63, kn. 5.

¹⁸²³ BGHSt 20, 232; BGH, NStZ 2014, 22 [23] (Schreiber/ Rosenau, s. 118)

¹⁸²⁴ BGH, NJW 2001, 3560 (Schreiber/ Rosenau, s. 118-119)

çevresinde tehlikeye düşmesine yol açmadıkça antisemitik nitelikli el afişlerinde¹⁸²⁵ işlenen suçların ve işlenmesi öngörülen fiillerin ciddi sayılamayacağına hükmetmiştir. Aynı şekilde kurumlara bir başkasının onurunu zedeleyici dilekçe verilmesinde¹⁸²⁶, düşük çaplı hesabın ödenmemesi yoluyla yarar sağlama eylemlerinde¹⁸²⁷, küçük çaplı hırsızlıklarda¹⁸²⁸, basit mala zarar verme, yaralama, cebir ve tehdit suçlarında¹⁸²⁹ ve baştan beri açıkça fark edilebilir olan ve bu nedenle başarıya ulaşması söz konusu olmayan dolandırıcılık teşebbüslerinde¹⁸³⁰ ciddi suç kategorisi açısından ciddiyetten söz edilemeyeceğine karar vermiştir. Bu kararların aksine 61 ayrı suçtan sabıkası bulunan bir failin yeniden küçük çaptaki altı dolandırıcılık fiilini gerçekleştirmesinde, failin güvenlik tedbiri olarak muhafaza altına alınması tedbiri için (§ 66 StGB) aranan “ciddiyet” derecesinin varlığı kabul edilmiştir. Aynı şekilde “küçük çaplı dolandırıcılıklara bu denli olan eğilim... ve bu tip suçlar için doğan tehlike” güvenlik tedbirlerine hükmedilmesine yeterli olabilir¹⁸³¹. Bu noktada “ciddiyet” unsurunun tam ve mutlak olarak ölçülen bir büyüklükteki nicelik olmadığı, daha çok zararın miktarı, sıklık ve zamansal akışa

¹⁸²⁵ BGH, NJW 1968, 1683 [1684]; BGH, StV 1992, 571 (Schreiber/ Rosenau, s. 119)

¹⁸²⁶ Schönke/ Schröder, § 63, kn. 18.

¹⁸²⁷ BGHSt 20, 232 (Schreiber/ Rosenau, s. 119); BGH, NStZ 1992, 178 (Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 10, s. 907); Dessecker, s. 336. Uygulamada bu şekildeki fiillerde ceza sorumluluğunun bulunup bulunmadığı değerlendirilmesi yapılmaktadır. Daha önce de belirtildiği üzere güvenlik tedbiri olarak bir sağlık kurumuna yerleştirme kararının verilebilmesi, akıl hastalığının kusur yeteneğine etki ettiği kesin bir şekilde tespit edildikten sonra söz konusu olmaktadır. Gerçekleşen bir olayda kişi 2011-2015 yılları arasında devlet hastanesinde ayaktan psikiyatrik tedavi olmuştur. Bu kapsamda belli ilaçlar kullanmaktadır. Alışveriş için girmiş olduğu markette almış olduğu ürünleri poşete koyduktan sonra, ödeme yapmadan marketten çıkmıştır. Kişi olayla ilgili kullanmış olduğu psikiyatrik ilaçların etkisi nedeniyle dalgın ve unutkan olduğundan ödeme yapmayı unuttuğunu belirtmiştir. Olayla ilgili görevlendirilen bilirkişi, mahkemenin göndermemesine rağmen, ilgili marketteki güvenlik kamera kayıtlarını istemiştir. Bu şekilde görüntülerin incelenmesi sonucunda, kişinin market içinde gezindiği, bazı ürünleri etrafını kontrol ederek ve başkalarının görmeyeceği alanlara doğru uzaklaştıktan sonra elindeki torbaya koyduğu dikkati çekmiştir. Bu nedenle kullanmış olduğu ilaçların etkisi altında unutkan ve dalgın şekilde fiilini gerçekleştirmediği ve ceza sorumluluğunun tam olduğu raporda gösterilmiştir. Bkz. Altan Eşsizoglu, “Adli Psikiyatrik Bilirkişilik Uygulamalarında Kamera Kayıtlarının Önemi”, **Türk Psikiyatri Dergisi**, C. 27, S. 1, 2016, s. 72.

¹⁸²⁸ BGH, NJW 1955, 837 [838] (Schreiber/ Rosenau, s. 119); BGH, NJW 1989, 2959 (Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 10, s. 907)

¹⁸²⁹ Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 10, s. 907.

¹⁸³⁰ OLG Hamm, MDR 1971, 1026 (Schreiber/ Rosenau, s. 119)

¹⁸³¹ RGSt 68, 98 [99] (Schreiber/ Rosenau, s. 119)

göre eylemler dizisine göre belirlendiği anlaşılmaktadır¹⁸³². Alman Anayasa Mahkemesi' nin yeni tarihli bir kararına göre, en fazla beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacak olan suçların (somut olayda cebir veya tehditle belirli yönde davranmaya zorlama ve konut dokunulmazlığını ihlali suçları) her zaman kolaylıkla failin bir psikiyatri hastanesine yerleştirilmesi kararını hukuka uygun hale getirmeyeceğine karar vermiştir¹⁸³³. Alman Federal Yüksek Mahkemesi bir kararında çocuklar önünde gerçekleşmiş olsa bile, teşhircilik teşkil eden eylemlerde bulunma davranışlarını, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak bir psikiyatri kurumuna yerleştirmek için aranan “ciddi suç” işleme beklentisindeki suç kategorisinde görmemiştir¹⁸³⁴. Bu konuda Alman Ceza Kanunu (StGB) § 176/4-(1)' de düzenlenen “bir çocuk önünde cinsel davranışlarda bulunma” yoluyla çocukların cinsel istismarı (*Sexueller Mißbrauch von Kindern*) fiili işlenmiş olsa bile, bu suçun failden beklenecek “ciddi suçlar” kategorisine girmeyeceği belirtilmektedir¹⁸³⁵. Biz bu karara katılmamaktayız. Kanımızca çocuklar önünde gerçekleştirilecek teşhircilik eylemlerinde, failin psikopatolojik hali özel bir tehlikelilik oluşturmaktadır. Zira bu gibi durumlar başlı başına, toplumun geleceği olan ve kişilikleri gelişim içinde olan çocukların psikolojisinde, ileride onarılamaz hasarlar bırakabilecektir. Öte taraftan sadece teşhircilik kabul edilen eylemlerin, ileride cinsel istismar boyutuna ulaşabilecek eylemlere de yol açabileceği söylenmelidir. Bu nedenlerle benzer durumlarda failin TCK m. 57 kapsamında zorunlu tedaviye alınarak ıslah edilmesi gerekmektedir.

Alman Yüksek Mahkemesi bir başka kararda, failden işlenmesi beklenen suçun orta ciddiyet derecesindeki konut içine girilerek yapılan hırsızlık fiillerinin olması halinde, bir psikiyatrik kuruma yerleştirme tedbirine hükmetmenin ölçülü olmayacağına karar vermiştir¹⁸³⁶. Alman Yüksek Mahkemesi bir psikiyatri kurumuna yerleştirme tedbirinin, fail tarafından işlenmiş fiilin, failin patolojik durumu nedeniyle gelecekte ciddi ağırlıkta olan suçları işleme “tehlikesi” bulunması halinde

¹⁸³² BGH, NStZ 2012, 39 (Schreiber/ Rosenau, s. 119).

¹⁸³³ BVerfG, BeckRS 2013, 54084, kn. 21 (Meyer, “Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus”, s. 409)

¹⁸³⁴ BGH, NJW 1998, 1428 (1429); NStZ 1995, 228; NStZ-RR 2006, 203 (Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 10, s. 907)

¹⁸³⁵ Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 10, s. 907, dp. 44.

¹⁸³⁶ Dessecker, s. 337.

verileceğini belirtmektedir. Özellikle işlenmiş fiilin ileride şiddet suçları işlenebileceği yönünde kaygı yaratması durumunda, tedbirin hukuka uygun sayılabileceğine hükmetmiştir¹⁸³⁷.

Failin patolojik durumu nedeniyle ileride işlemesi ihtimali bulunan suçların hangilerinin ciddi ya da önemli sayılabileceğine ilişkin kesin kriterler bulunmamaktadır. Ancak failden ileride beklenebilecek suçlar, sağlıklı bir fail tarafından işlenmesi halinde dahi, failin özgürlüğünün kısıtlanmasına yol açmamayı sonuçlayan bir takım hukuki kurumların şartlarına uygun suçlar ise, **kanımızca** bu durumda akıl hastası failin hakkında da tedbir uygulanarak özgürlüğünün kısıtlanması yoluna gidilmemelidir. Bu hukuki mekanizmalara, TCK m. 75' de düzenlenen önödeme tabi suçlar, TCK m. 51' de yer verilen hapis cezasının ertelenmesi¹⁸³⁸ kapsamındaki suçlar örnek olarak gösterilebilir. Kanımızca akıl hastası fail tarafından işlenen ve ileride işlenmesi beklenen şikâyete tabi olan suçlarda da, özgürlüğe hukuk düzeni içerisinde en yoğun müdahaleyi içeren, bir sağlık kurumuna yerleştirme tedbirinin uygulanmaması gerekmektedir. Ancak daha önce de belirtildiği üzere bu konuda önceden kesin kriterler verilmesi mümkün değildir. Somut olaydaki özellikler gerekçelendirilmek kaydıyla farklı sonuçlara ulaşılabilecektir. Yine de sonuç olarak, bir psikiyatri kurumuna yerleştirme tedbirinin istisnai bir tedbir olması gerektiği, fail tehlikelilik arz etse dahi, bu tedbirlere hükmedilirken mutlaka diğer önlemlerle bu tehlikeliğin önüne geçilmesinin mümkün olup olmadığının detaylı şekilde tartışılması gerektiği söylenmelidir.

Ciddi derecedeki hukuka aykırı eylemlerin beklenebilmesi, **başka eylemlerde bulunmak üzere “belirli bir olasılık”** koşulunu şart koşmaktadır¹⁸³⁹. Bu olasılığın “yüksek” dereceli olasılık olması gerektiği söylenebilir¹⁸⁴⁰. Sadece “örtülü (gizli) tehlike” olması ihtimali yetersiz kabul edilmektedir; öte yandan tehlikenin akut olması gerekmediği de savunulmaktadır¹⁸⁴¹. Bu bakımdan psikiyatrik hastalık tabloları göz önüne alınarak zihinsel bozukluğun nedenleri, failin ilerideki

¹⁸³⁷ BGH, NStZ-RR 1999, 298 (Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 10, s. 907 dp. 44)

¹⁸³⁸ Öğretide de artık ertelenmesi mümkün olmayan iki yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçların, ölçü alınması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 11, s. 908.

¹⁸³⁹ Schreiber/ Rosenau, s. 119; Schönke/ Schröder, § 63, kn. 17.

¹⁸⁴⁰ Schreiber/ Rosenau, s. 119.

¹⁸⁴¹ Hanack, LK 1992, § 63, kn. 43a' den aktaran Schreiber/ Rosenau, s. 119.

eylemlerine ne şekilde etki edebileceği gerekçeleriyle ve şüpheden uzak bir şekilde aydınlatılarak açıklanmalıdır¹⁸⁴². Ancak hemen belirtmek gerekir ki, bir bireyin ileride hukuka uygun davranışlarda bulunacağına dair bir öngörü için güvenilir metotlardan söz edilemez. Çok kez suç işlemiş olan bir alkol ya da uyuşturucu madde bağımlısının bir bağımlılıktan kurtarma merkezinde tedavi altına alınmasının onun gelecekte hukuka daha uygun davranmasına yol açabileceğine ilişkin güvenilir ampirik gerekçeler söz konusu değildir¹⁸⁴³. Burada asıl olan kişinin kendi kişiliğinde yer alan suça neden olan etkenlerin araştırılması değil, onun hukuka uygun davranmak istemesi halinde dahi, hukuka uygun davranmasına mani olan etkenlerin, yani akıl hastalığının etkilerinin ya da bağımlılığın ortadan kaldırılmasıdır. Bu şekildeki bir tedavinin sonuç vermesi halinde, kişi cezadan uzak kalacak şekilde yaşamına yön verebilecek duruma getirilmiş olacaktır. Toplum açısından tehlike arz etmeyecek nitelikte sayılan kişinin sahip olduğu özellik de bu olmaktadır.

Karar için gerekli olan, failin gelecekte arz edebileceği tehlike üzerindeki değerlendirme ve tahmin, güvenlik tedbirlerinin uygulanması aşamasındaki en zor kısımlardan bir tanesidir. Failin ve eyleminin genel değerlendirmesine¹⁸⁴⁴ dayanan ceza hukukunda sezgisel öngörü yönteminin kullanılması yaygındır¹⁸⁴⁵. Burada önem arz eden, faktörler arasında değerlendirmeyi yapan kişinin subjektif olarak belirlenen insan tecrübesi (insan bilgisi), meslek tecrübesi, hayat tecrübesi¹⁸⁴⁶ ve bireysel değer yargısıdır¹⁸⁴⁷. Karar için kullanılan faktörler, kazanılmış (süzülen) tecrübeye dayanmaktadır, çünkü bu faktörler büyük ölçüde *common sense* (ortak akıl ya da ortak sağduyu) olarak adlandırılan prensibe uygundur¹⁸⁴⁸. Detaylı ve ayrıntılı olacak şekilde objektif tutulabilen değerlendirme kriterleri bu metotta mevcut değildir. Daha iyi sayılabilecek bilimsel alternatiflerin olmaması nedeniyle, bu metot yaygındır¹⁸⁴⁹.

¹⁸⁴² BGHSt 42, 385 (Schreiber/ Rosenau, s. 119)

¹⁸⁴³ Jescheck/ Weigend, § 77, s. 805.

¹⁸⁴⁴ Fischer, § 63, kn. 20.

¹⁸⁴⁵ Schreiber/ Rosenau, s. 119.

¹⁸⁴⁶ Jescheck/ Weigend, § 9, s. 89.

¹⁸⁴⁷ Schreiber/ Rosenau, s. 119.

¹⁸⁴⁸ Heinz Schöch, "Prognosefall- Schwerpunkt: Kriminologie", **Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug** (Hrsg.: Günther Kaiser/ Heinz Schöch), München, 2010, s. 91; Schreiber/ Rosenau, s. 119.

¹⁸⁴⁹ Schreiber/ Rosenau, s. 119.

Sezgisel tahmin yöntemi dışında kullanılacak diğer yöntemler ise, klinik ve istatistiksel tahmin yöntemleridir. Klinik ve istatistiksel tahmin yöntemleri, daha bilimsel odaklı bir çalışma sergilemektedir. **Klinik veya ampirik bireysel öngörü (tahmin), psiko-tanısal test yöntemleri de uygulanmak suretiyle psikiyatrik muayene ve gözlem yapılarak ilgili kişinin kişiliğinin her yönden araştırılmasına dayanır**¹⁸⁵⁰. Burada önem arz eden, failin özgeçmiş, aile ilişkileri ve çalışma davranışı ile boş zamanlarını nasıl geçirdiğidir. Daha başka fiziksel ve klinik incelemeler de yapılır. Psikiyatrik bilirkişi için klinik bireysel öngörü (tahmin) değerlendirmesi metotları, bugüne kadar çoğunlukla bilirkişi değerlendirmesinin temelini oluşturmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, failin tehlikeliliğinin öngörülmesi (tahmini) için CMK m. 74 uyarınca gözlem altına alma müessesesi kabul edilmemiştir.

Öngörü (tahmin) için tespit edilen bulguların ağırlık derecelendirmesi ise psikiyatrik psikolojik kalifikasyonların (nitelemelerin) yanı sıra kriminolojik bilgi birikimi ve suçlarla tecrübeyi de gerektirir. Bu nedenle ancak yeterince kriminolojik tecrübe edinmiş olan psikiyatri ve psikoloji uzmanları için yararlı bir metot olarak kullanılabilir¹⁸⁵¹. Aynı şekilde burada da kararlar açısından fazlasıyla büyük bir özgürlük ve kontrolsüzlük tehlikesi olduğu eleştirisi yapılmıştır. Bir diğer itiraz ise, bu metot kapsamındaki yöntemlerin bugüne kadar hep ampirik olarak kriminolojik ekstrem gruplarda kanıtlanmış olduğu ve bu nedenle incelenen deneklerin orta seviyelerinde güvenilirliğinin azaldığı gerekçesine dayanmaktadır¹⁸⁵². Nihayet, klinik metodun failin tüm kişiliğini değişik bilimsel açılardan değerlendirmesi nedeniyle en iyi sonuç verdiği söylenebilirse de, bu metot uzun sürelidir ve maliyeti yüksektir¹⁸⁵³.

İstatistiksel öngörü (tahmin) yöntemi, gelecekte olabilecek suçlarla ilgili öngörü, faildeki çeşitli türdeki suç üretmeye etkili (*kriminojen*) faktörlere dayandırmaktadır¹⁸⁵⁴. Kullanılan öngörüselle faktörler, bazı suçlu gruplarının özgeçmişleri üzerindeki analizlerin ampirik olarak genelleştirilmesi yoluyla

¹⁸⁵⁰ Schreiber/ Rosenau, s. 119.

¹⁸⁵¹ Schreiber/ Rosenau, s. 119.

¹⁸⁵² Schöch, "Prognosefall- Schwerpunkt: Kriminologie", s. 91; Schreiber/ Rosenau, s. 119.

¹⁸⁵³ Jescheck/ Weigend, § 9, s. 89.

¹⁸⁵⁴ Schöch, "Prognosefall- Schwerpunkt: Kriminologie", s. 88.

saptanmıştır¹⁸⁵⁵. Bunlar, bir denekte negatif unsurlar çoğaldıkça tekrar suç işleme olasılığının o denli yüksek olduğu varsayımına dayanan, sözde tahmin tablolarında bir araya getirilmektedir¹⁸⁵⁶. Aynı şekilde istatistiksel öngörü (tahmin) yöntemlerine karşı da çok yönlü bir eleştiriler bulunmaktadır. Buradaki başlıca itiraz, belirli bir tekrarlama olasılığı olan istatistiksel bir gruba aidiyetinin tespitiyle bireysel vakanın somut değerlendirmesi için çok bir bulgu edinilmediğidir¹⁸⁵⁷. Bir başka deyişle istatistiksel değerlerin otomatik olarak bireysel duruma göre uyarlanması mümkün değildir¹⁸⁵⁸. İstatistiksel öngörü (tahmin) enstrümanları hangi risk faktörlerinin ampirik olarak sık olduğu ve dikkate alınması gerektiği konusunda önemli uyarılar sağlasa da, bireysel durumda izin verdiği tahmini değerlendirme, çok sınırlı olmaktadır¹⁸⁵⁹. Haklı olarak bugüne kadar uygulanmakta olan istatistiksel yöntemlerin güvenilirliği, isabet oranı ve ampirik kanıtı şüpheyle ele alınmaktadır¹⁸⁶⁰. İstatistiksel tahminin bu yöndeki olumsuz özelliği, statik olarak işlenmiş, örneğin deneğin önceki suçlarına veya hatalarına odaklanmayı gerektirmektedir ve yaptırımların veyahut kriminal prognostik kararın etkileri, yeterince dikkate alınamamaktadır¹⁸⁶¹. Ceza davasında bir hükmün istatistiksel metotlara dayandırılması mümkün değildir¹⁸⁶².

İstatistiksel tahmin yöntemlerinin sezgisel yöntemlere göre üstün olup olmadığı tartışmalıdır¹⁸⁶³. İstatistiksel tahmin yöntemlerinin hiç olmazsa belirli fail gruplarında arz olan tehlikeler veyahut tekrarlama riskleri açısından sınırlı da olsa bir çıkarımda bulunmayı mümkün kıldığı ve böylece tahmin kararı için ek faktörler teşkil ettikleri söylenmektedir¹⁸⁶⁴.

Sezgisel, istatistiksel ve klinik yöntemlerinin barındırdıkları unsurları içeren

¹⁸⁵⁵ Schöch, “Prognosefall- Schwerpunkt: Kriminologie”, s. 92 vd.

¹⁸⁵⁶ Hans Göppinger, **Kriminologie**, 6. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2008, s. 238 vd.

¹⁸⁵⁷ Göppinger, Kriminologie, s. 240.

¹⁸⁵⁸ Jescheck/ Weigend, § 9, s. 89.

¹⁸⁵⁹ Schreiber/ Rosenau, s. 119.

¹⁸⁶⁰ Schreiber/ Rosenau, s. 119.

¹⁸⁶¹ Göppinger, s. 238 vd.

¹⁸⁶² BGHSt 50, 121 [130 vd.] (Schreiber/ Rosenau, s. 119)

¹⁸⁶³ Schöch, “Prognosefall- Schwerpunkt: Kriminologie”, s. 102.

¹⁸⁶⁴ Schreiber/ Rosenau, s. 119-120.

bir suç tahmini muhakemesi, *Göppinger* tarafından geliştirilmiştir¹⁸⁶⁵. Hayat boyu gözlemleri ve kesit gözlemleri kombine eden ve uygulayıcısını özel bir mesleki eğitim gerekmeksizin sorunsuzca yönlendiren bu metodun ne ölçüde yardımcı olduğu ve istatistiksel tahmin yönteminin noksanlıklarını ne ölçüde giderdiği henüz kanıtlanmamıştır¹⁸⁶⁶.

Bir psikiyatri kurumuna yerleştirme söz konusu olduğunda psikiyatri uzmanının incelemeleri ve raporu, TCK m. 57 maddesi kapsamında gelecek için beklenen tehlikelilik tahminini de kapsayacaktır. Bunlar için failin kişiliğinin araştırılması çeşitli boyutlarda ve bağlantılarda önem arz ettiği gibi, kusur yeteneğinin tespiti konusunda da önem arz etmektedir. Tehlikelilik öngörüsüne ilişkin soruların da konuya dâhil edilmesiyle birlikte bilirkişinin görevi, fiil esnasında geçmiş psikik durumların tespitine yönelik geriye doğru değerlendirme azalmaktadır ve daha çok geleceğe odaklı bir boyut kazanmaktadır¹⁸⁶⁷. Psikiyatri kurumuna yerleştirme tedbiri kararı için mahkeme, sezgisel öngörülere (tahminlere) bağlı kalmadığı yerde, uygulamakta olduğu inceleme metotlarıyla önemli veriler sağlayan psikiyatrik-psikolojik uzmanın desteğine ihtiyaç duymaktadır¹⁸⁶⁸.

Eğer failin ve tedbire vesile olan fiilin genel değerlendirmesinde bir semptomatik suç fiili sonucuna varılmışsa, failin gelecekte söz konusu psikopatolojik durumu nedeniyle hukuka aykırı önemli fiilleri işleme olasılığı yüksek miktarda mevcutsa, failin ileride haksız fiillerde bulunmayacağı konusunda negatif genel bir öngörünün olduğu söylenebilecektir¹⁸⁶⁹. Böylece failin tehlikeliliği konusunda bir çerçeve çizilmektedir. Bunun için ilk olarak failin psikik durumu ile toplum için tehlikelilik arasında bir ilişkinin tespit edilmesi gerekir. Beklenen suç fiillerinin, potansiyel mağdurlara ruhsal veya bedensel bakımdan önemli miktarda zarar verilmesine veya korunan hukuki değerlerin önemli miktarda tehdit altına girmesine ya da ağır ekonomik zararlara uğratılmasına yol açabilecek hukuka aykırı fiiller olması gerekmektedir¹⁸⁷⁰. Failin tehlikeliliğinin bulunmaması öngörüsünde ise, failin

¹⁸⁶⁵ Schreiber/ Rosenau, s. 120.

¹⁸⁶⁶ Streng, Strafrechtliche Sanktionen, s. 390.

¹⁸⁶⁷ Schreiber/ Rosenau, s. 120.

¹⁸⁶⁸ Schreiber/ Rosenau, s. 120.

¹⁸⁶⁹ Kett-Straub/Kudlich, s. 207-208.

¹⁸⁷⁰ Kett-Straub/Kudlich, s. 208.

önceki davranışının tahlili neticesinde, kişinin gelecekte karşılaşılabileceği belirli durumların üstesinden gelmede sadece “suç işlemek” yolunu seçmeyeceği, hukuka uygun davranışı gerçekleştirmede başarılı olacağı öngörüsü söz konusudur¹⁸⁷¹.

Saldırı ve şiddet suçu tehlikesi, her durumda tedbirler için aranan “ciddi suçları işleme tehlikesi” için yeterlidir. Buna karşın failin gelecekte önemsiz, belirli bir boyuta ulaşmayan salt kamuyu rahatsız eden suç fiillerini işlemesi bekleniyorsa, failin bu suçları seri olarak işleyebileceği tahmini yapılsa bile, bu durum yüksek güvenli psikiyatri kurumuna yerleştirme tedbiri için yeterli değildir. Böylece fail hakkında örneğin ödeme yapılmaksızın toplu taşımadan yararlanma fiillerinde olduğu gibi, basit nitelikteki suçların işlenmesi öngörüsü nedeniyle yüksek güvenli sağlık kurumuna yerleştirme tedbirine başvurulamaz¹⁸⁷². Genel olarak, beklenen suç fiillerinin en azından orta düzey kriminalite olarak sınıflandırılabilir olması gerektiği söylenebilir¹⁸⁷³.

Malvarlığına yönelik suçlar söz konusu olduğunda, ağır ekonomik zararların beklenmesine yol açacak suç fiillerinin işleme tehlikesi tedbire hükmedilme gerekçesi olabilmektedir. Bu türden bir zararın varsayılması için referans değer olarak (=kıymet olarak) alman öğretisinde ve Alman Ceza Kanunu (StGB)’ nun ilgili hükmü gerekçesinde 5.000 Avro tutarı belirtilmiştir (bu tutar ortalama net aylık gelirin yaklaşık üç katına karşılık gelmektedir). Böylelikle daha küçük bedelli “sahtekârlıklar” yasanın uygulanma alanı dışında tutulmaktadır. Konuta zorla girilerek yapılan hırsızlık suçları söz konusu olduğunda, mağdurun önemli miktardaki ruhsal zararı da dikkate alınmalıdır¹⁸⁷⁴.

Alman öğretisinde, kamuyu rahatsız edici olmakla birlikte, önemli ağırlıkta olmadıkları için bir psikiyatri kliniğine yerleştirme tedbirinin uygulanamayacağı suçlar için örnek olarak teşhircilik fiilleri gösterilmektedir. Şizofren A birden fazla teşhircilik arz eden fiillerden dolayı hüküm giymiştir. Onun bu türden suçları işlemeye devam etmesi beklenmelidir. Ancak bu kişinin güvenlik tedbiri olarak bir psikiyatri kliniğine yerleştirilmesinin mümkün olmadığı söylenmektedir. Çünkü beklenen suç fiilleri yalnızca kamuyu rahatsız edici niteliktedir, fakat önemli

¹⁸⁷¹ Jescheck/ Weigend, § 77, s. 805.

¹⁸⁷² LG Kleve Beschl. v. 04.12.2014 (Kett-Straub/Kudlich, s. 208)

¹⁸⁷³ Kett-Straub/Kudlich, s. 208; BGHSt 27, 246 (Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 10, s. 907)

¹⁸⁷⁴ Kett-Straub/Kudlich, s. 208.

ağırlıkta değildir. Aynı sonucun, hakaret ve ısrarlı bir şekilde izleyerek rahatsız etme suçları için de, bu suçların saldırganlık düzeyinde bir tacizle işlenmemiş olması koşuluyla geçerli olması gerekir¹⁸⁷⁵.

Psikiyatri kurumuna yerleştirme güvenlik tedbirinin alınmasının koşulu, failin toplum için tehlike arz ediyor olmasıdır. Bu nedenle failin sadece kendisi için tehlike teşkil ediyor olması yeterli bir neden değildir¹⁸⁷⁶. Ancak toplumun tehlike altında bırakılması, sadece belirsiz sayıdaki kişinin tehlike altında bulunduğu durumda söz konusu değildir¹⁸⁷⁷. Daha çok belirsiz olarak toplumun bir “temsilcisi” sıfatına sahip tek bir kişinin veya somut şekilde belirli bir birey olarak tek bir kişinin tehlikede olması da toplum açısından tehlikeye işaretir¹⁸⁷⁸. Bu bakımdan zihinsel bozukluk temelli olan saplantılı şekilde kıskançlık sonucu eşini yaralayan kişinin, sadece eşi için tehlike arz etmesi durumunda da toplum için “tehlike” arz etme koşulunun varlığı kabul edilmelidir¹⁸⁷⁹. Ancak bu durum gibi örneğin, obsessif (takıntılı) şekilde sadece bir kişinin tehdit edilmesinde olduğu gibi durumlarda, daha az müdahale içeren ceza hukuku dışı hastaneye yerleştirme tedbirleri varsa, bu tedbirin yeterli olacağı savunulmaktadır¹⁸⁸⁰. Bu gibi durumlarda zamansal sınırı belli olmayan sağlık kurumuna yatırılma yerine değişik şekildeki tehlikenin önlenmesi yollarının öncelikli olarak uygulanması¹⁸⁸¹, bunların yetersiz olması halinde sağlık kurumuna yatırma tedbirine başvurulması gerektiği de söylenebilir.

Failin tehlike arz etmesi, yani failden ciddi nitelikteki hukuka aykırı eylemlerin bekleniyor olması, kusur yeteneği yokluğuna veyahut kusur yeteneğinin azalmış olmasına bağlı olmalıdır. Aynı zamanda tehlikeliliğin, tedbire gerekçe gösterilen eylemin de ilişkilendirildiği psikopatolojik duruma dayanması gerekmektedir. Yani, tedbire hükmedilebilmesi için hem gerekçe gösterilen eylem, hem de olası eylemler aynı “arıza (defekt) kaynağına” sahip olması

¹⁸⁷⁵ Kett-Straub/Kudlich, s. 208-209.

¹⁸⁷⁶ Schreiber/ Rosenau, s. 120.

¹⁸⁷⁷ Schönke/ Schröder, § 63, kn. 19.

¹⁸⁷⁸ BGHSt 26, 321 (Schreiber/ Rosenau, s. 120)

¹⁸⁷⁹ BGHSt 26, 323 = NJW 1976, 1159 (Meyer, “Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus”, s. 409); Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 9, s. 906, dp. 31.

¹⁸⁸⁰ Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 9, s. 906, dp. 31.

¹⁸⁸¹ Jescheck/ Weigend, § 77, s. 810.

gerekmektedir¹⁸⁸². Davanın görülmesine neden olan eylemin, benzer eylemleri getireceği tahmini gerekli değildir. Esas olan, aynı psikişik bozukluğa dayanıyor olmasıdır¹⁸⁸³. Kusur yeteneği yokluğu veyahut azalmış kusur yeteneği ile gelecekteki olası suçlar arasındaki **nedensel ilişki, fiilen sadece uzun süreli zihinsel bozuklukların güvenlik tedbiri alınmasına neden olabileceği anlamına gelmektedir**. Söz konusu suçun ani ve şiddetli bir duygulanım (heyecan) durumunda işlenmiş olan, ancak sağlıklı kabul edilen bir failde genelde aynı sebepten ötürü tekrar suç işleyeceğine dair bulguların (işaretlerin) olmaması gerekir. Bu nedenle bu tür vakalarda güvenlik tedbiri amaçlı failin bir merkeze yatırılması, ender yer verilen bir sonuçtur¹⁸⁸⁴.

Sonuç olarak unutulmamalıdır ki, kişiyi kendisi veya başkaları için tehlikeli kılması yönünden psikiyatrik hastalıklar arasında ciddi farklar olduğu gibi, aynı hastalıkta da hastalığın gidişi aynı olmamaktadır¹⁸⁸⁵. Örneğin, şizofrenik hastalık bazı kişilerde yüksek tehlikeliliğe yol açarken, bazılarında hiçbir tehlikelilik söz konusu olmayabilir. Tedaviye yanıt verme ve direnç gösterme kişisel ve dönemsel farklılıklar arz edebilecektir¹⁸⁸⁶. Bu nedenle her somut vakanın uzman kişi tarafından genel değerlendirmeye tabi tutulması ve “tehlikelilik” bulunsa dahi, bu tehlikenin önüne geçilebilmesinin adli psikiyatri hastanesinde tedavi ile mümkün olabilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan bir sağlık kurumuna kapatılabilmek için gerekli olan “tehlikelilik öngörüsü”, hiçbir durumda kişinin basit bir suç işleyeceği ve bir anlamda toplumdan izole edilmesine yönelik şekilde uygulanamaz. Bu tedbirin uygulanması, “şüphede halinde güvenli bir yere kapatma (*in dubio contra*)¹⁸⁸⁷” şekline dönüştürülmemelidir. İstenmeyen sonuçların önüne geçilebilmesi ise, her somut vakanın dikkatle tıp ve hukuk bilimi uygulayıcıları tarafından sıkı işbirliği ile ele alınması yoluyla gerçekleştirilebilir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda failin tehlikelilik değerlendirmesini de kapsayacak genel yargılama kuralları dışında özel bir güvenlik

¹⁸⁸² BGH, NJW 1998, 2987; BGH, NStZ 2004, 331 vd. (Schreiber/ Rosenau, s. 120)

¹⁸⁸³ Schreiber/ Rosenau, s. 120.

¹⁸⁸⁴ Schreiber/ Rosenau, s. 120.

¹⁸⁸⁵ Yanık, s. 45.

¹⁸⁸⁶ Yanık, s. 45.

¹⁸⁸⁷ Ünver, “Güvenlik Tedbirleri ile Cezalar Arasında Bir Fark Kaldı mı?”, s. 372.

tedbiri yargılamasına ilişkin kurallara yer verilmemiştir. Bu nedenle bu hususlarda genel yargılamaya ilişkin kuralların uygulanacağı söylenmelidir¹⁸⁸⁸.

V. TEDBİRİN UYGULANMA ŞEKLİ VE SÜRESİ

A. Genel Olarak

TCK m. 57 çerçevesinde akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirine hükmedilmesi için, akıl hastalığının etkisi altında bir suçun işlenmesi gerekmektedir. Fiili işlediği sırada akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneğine sahip olmayan ya da azalmış kusur yeteneğine sahip olan fail hakkında, TCK m. 57/1 uyarınca yüksek güvenliğini sağlıklarında koruma ve tedavi altına alma tedbirine hükmedilecektir. Bu konuda TCK m. 57/1’ de yalnızca “fiili işlediği sırada akıl hastası olan” şeklinde vurgu yapılması kanımızca yerinde değildir. Burada failin hastalığına değil, hastalığın kusur yeteneğine etki edip etmediğine vurgu yapılması daha yerinde olacaktır. Nitekim fiilin işlediği sırada fail akıl hastası olabilir, ancak bu hastalık failin kusur yeteneğine etki etmemiş olabilecektir. TCK m. 57/1 ve m. 57/6 düzenlemelerinden çıkarılacak bir başka husus ise, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak yüksek güvenliğini sağlıklarında koruma ve tedavi altına alınacak kişi gruplarının, akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneği bulunmayan ya da azalmış kusur yeteneğine sahip kişiler olduğudur. Bir başka deyişle TCK m. 32/1 ya da TCK m. 32/2 kapsamına giren her iki durumda da, fail hakkında yüksek güvenliğini sağlıklarında koruma ve tedavi altına alınma kararı verilecektir. Bu konuda mahkeme ya da hâkime herhangi bir takdir hakkı bırakılmadığından, somut olayda, kusur yeteneğinin akıl hastalığı nedeniyle herhangi bir şekilde etkilendiği yönünde karar verilmesi halinde, failin yüksek güvenliğini sağlıklarında koruma

¹⁸⁸⁸ “...Akıl hastaları hakkındaki güvenlik tedbiri yargılamasının nasıl yürütüleceği hususunda Ceza Muhakemesi Kanunu’nda açık bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, bu yargılamada fiilin akıl hastası fail tarafından işlenip işlenmediği, yasada öngörülen suç tiplerinden birine uyup uymadığı, ayrıca kişinin kusur yeteneği ve sorumluluğunun bulunup bulunmadığı gibi hususların çözüme kavuşturulması gerekeceğinden, Ceza Muhakemesi Kanunu’ nun yargılamaya ilişkin hükümlerinin gerekli görüldüğü ölçüde uygulanması da zorunludur...” **Yargıtay, 9. CD., E. 2008/6230, K. 2009/1, T. 30.12.2008** (YKD., C. 35, S. 3, Mart 2009, s. 583)

gönderilmesi zorunludur¹⁸⁸⁹. Bu durum öğretide her failin tedaviye muhtaç olarak ele alınması nedeniyle eleştirilmektedir¹⁸⁹⁰. Gerçekten de önceden belirtilmiş olduğu üzere, psikopati, nevrotik kişilik bozukluğu, mental retardasyon, demans ya da dürtüsel zihinsel bozukluğa sahip olan kişilerin psikiyatrinin klasik yatılı hastaları olmadığı açıktır. Bu kişilerin işledikleri suçlarda belli bir ağırlık aranmaksızın zorunlu olarak bir tedavi kurumuna yerleştirilmesinin, toplumsal savunma amacını yerine getirmek için ölçülü bir tedbir olamayacağı açıktır. Kuşkusuz kapalı bir kurumda tutulmalarının durumlarını kötüye götüreceği tıbbi olarak anlaşılan bu kişilerin TCK m. 57/1 çerçevesinde zorunlu olarak yüksek güvenliğini sağlık kurumuna yerleştirilseler dahi, hızlı bir şekilde TCK m. 57/2 uyarınca toplum açısından tehlikeliliklerinin belirli bir seviyeye ulaşmaması nedeniyle derhal taburcu edilmeleri gerekmektedir. Bu yolun kullanılması bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Zira TCK m. 57’ de, akıl hastası failerin kapalı bir sağlık kurumunda tedaviye ihtiyaç duyup duymadıkları, kapatılmaları durumunda durumlarının kötüye gidebileceği ya da tedavinin mümkün olup olmadığı yönünde bir düzenlemeye gidilmemiştir.

Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin icrası TCK m. 57’ de belirtildiği şekilde “yüksek güvenliğini sağlık kurumlarında” gerçekleştirilecektir. Kuşkusuz bu kurumun güvenlik önlemleri alınmış herhangi bir sağlık kurumu olması yetmemekte, adli psikiyatrik tedavi hizmetinin fiilen gerçekleştirildiği bir sağlık kurumu olması gerekmektedir. Bu kurumlara suç işlemiş akıl hastasının yerleştirilmesinin amacı, onun toplumdan izole edilmesi değil, tekrardan ceza normları ile etkileşim içinde davranışlarını düzenleyebilen, sorumluluk üstlenebilecek bir birey olarak topluma entegre edilmesidir. Esasen tedavinin uygulanma amacı da budur. Kanunda 2005 yılından bu yana yer alan “yüksek güvenliğini sağlık kurumu” ifadesine rağmen, ülkemiz pratiğinde fiziki şartların bu düzenlemenin gerisinde kaldığı söylenebilecektir. Yakın geçmişe kadar kanunda yer alan bu sağlık kurumlarının

¹⁸⁸⁹ Aynı yönde van Gemmeren, MK, § 63, kn. 68; Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 12, s. 908; Fischer, § 63, kn. 21.

¹⁸⁹⁰ Geçici olarak tam veya önemli derecede akıl hastalığı etkisi yaratan ve failin tedavi tedbirine ihtiyaç duymadığı hallerin göz ardı edilerek, zorunlu olarak kapalı bir kurumda tedavi ve koruma tedbirine maruz bırakılması ciddi eleştiriye açık bir düzenlemedir. TCK m. 32/2’ de ise geçici ve tedaviye muhtaç olunmayan hallerin göz ününde bulundurularak, tedavinin zorunlu kılınmaması yerindedir. Bkz. Ünver, “Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri”, s. 136-137.

Türkiye’ de aslında bulunmadığı görülmüştür¹⁸⁹¹. Öyle ki uygulamada da, 01.05.2007 tarihinde Zonguldak 1. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından TCK m. 57 kapsamındaki tedbirlerin uygulanma yerinin belirlenmesi için Adalet Bakanlığı’ndan görüş istenmiştir. Bu bilgi istemine Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü 14.09.2007 tarihinde şu şekilde cevap vermiştir: “Yüksek güvenlikten ne anlaşılması gerektiği yasalarda belirtilmemektedir. Bu boşluğun 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 9’uncu maddesinin birinci fıkrasının kıyasen uygulanması suretiyle doldurulabileceği değerlendirilmekte olup, anılan maddede yüksek güvenlikli kapalı ceza infaz kurumları; ‘İç ve dış güvenlik görevlilerine sahip, firara karşı teknik, mekanik, elektronik ve fiziki engellerle donatılmış, oda ve koridor kapıları sürekli kapalı tutulan, ancak mevzuatın belirttiği, aynı oda dışındaki hükümlüler arasında ve dış çevre ile temasların geçerli olduğu, sıkı güvenlik rejimine tabi hükümlülerin bir veya üç kişilik odalarda barındırıldıkları tesislerdir. Bu kurumlarda bireysel veya grup halinde iyileştirme yöntemleri uygulanır.’ şeklinde tanımlanmıştır.

Bu çerçevede; söz konusu kurumların, çevresinin özellikle akıl hastalarının kaçmasını önleyecek, içeride de birbirlerine ve görevlilere zarar vermesini engelleyecek fizikî, elektronik ve güvenlik donanımları ile düzenlenmesi ayrıca iç ve dış güvenlik personeline sahip olması gerekmektedir.

Diğer yandan; Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü’nün 09.08.2006 tarihli ve B.10.0.THG.0.10.00.02-251.99/15108 sayılı yazılarında, Bakanlıklarına bağlı ruh sağlığı ve hastalıkları hastanelerinde yüksek güvenlikli birim oluşturulamadığı bildirilmiştir. Bakanlığımızca, akıl hastası olan ve hakkında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 57’nci maddesinin birinci fıkrası gereğince, koruma ve tedavi amaçlı olarak güvenlik tedbirine hükmedilen kişinin, yüksek güvenlikli sağlık kurumlarında koruma ve tedavi altına alınması gerektiği, ancak ülkemizde henüz yüksek güvenlikli sağlık kurumlarının kurulamamış olması nedeniyle, bu kurumların kurulmasına kadar, yukarıdaki tanımda belirtilen donanım ve özelliklere en fazla sahip mevcut sağlık kurumlarının, ruh sağlığı ve sinir hastalıkları hastanelerinin özel bölümlerinden birinde tedavi ve koruma altına alınması suretiyle ilâmın infazının yerine getirilebileceği görüşü bazı yer Cumhuriyet

¹⁸⁹¹ Yanık, s. 26.

başsavcılıklarımıza bildirilmiştir.”¹⁸⁹² Bu yaklaşım ruh sağlığı hastaneleri içinde sınırlı sayıda adli psikiyatri yataklarının bulunduğu, bu yatakların modern konseptlere uygun olmadıkları ve ayrıca hastanelerin esas görevi olan akut dönem tedavisi hizmetlerini engelleyici etki oluşturmakta olduğu yönde eleştirilmiştir¹⁸⁹³. Nihayet TCK m. 57’ de yer alan “yüksek güvenliqli sağlık kurumu” ilk olarak Adana Şehir Hastanesi bünyesinde kurulmuştur. Bu hastanelere adli psikiyatri hastanesi ismi de verilmektedir. Öğretide *Zafer*, bu kurumların devlete ait bir resmi kurum olup olmaması gerekliliğine ilişkin bir açıklığın bulunmadığına dikkat çekmektedir¹⁸⁹⁴.

Ünver’ e göre, akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneği durumunda failin tedaviye muhtaç ve uygulanacak hapis cezasının tedaviyi olanaksız hale getireceği veya güçleştireceği hallerde ceza yerine tek seçenek olarak güvenlik tedbirinin kabul edilmemesi ya da bu tür bir mecburi uygulamanın kanunda düzenlenmemesi hatalı olmuştur¹⁸⁹⁵. Aynı şekilde yazara göre, TCK m. 32/2’ de hapis cezası ile güvenlik tedbirine hükmetmek açısından hâkime keyfi bir takdir yetkisi tanınması, hâkimin ne zaman bu seçeneklerden birisini seçmek zorunda olduğunun belirtilmemesi, bu konuda bilirkişiye danışmak zorunluluğunun bulunmaması ve hapis yerine kısmen güvenlik önleminin seçilmesi durumunda geriye kalan hapis cezası hakkında ne yapılacağıının belirtilmemesi ve nihayet kısmen hapis kısmen güvenlik tedbiri uygulanmasını olanaklı kılan ifade biçimine yer verilmesi hatalı olmuştur¹⁸⁹⁶.

Kusur yeteneği bulunmayan ya da azalmış kusur yeteneği bulunan failer hakkında bir psikiyatri hastanesine yatırılma kararına süre olmaksızın hükmedilebileceği belirtilmektedir¹⁸⁹⁷. Ancak bu konuda TCK m. 32/2 ve 57/6’ da

¹⁸⁹² Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Yazışması bkz. <http://www.cigm.adalet.gov.tr/yukse-guvenlikli-saglik-kurumlari-01398> (Erişim Tarihi: 04.07.2018)

¹⁸⁹³ Yanık, s. 26.

¹⁸⁹⁴ Zafer, Ceza hukuku Genel Hükümler, s. 579.

¹⁸⁹⁵ Ünver, “Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri”, s. 137.

¹⁸⁹⁶ Ünver, “Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri”, s. 137.

¹⁸⁹⁷ Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 13, s. 909. Bu tedbirlere herhangi bir süre sınırlaması olmadan hükmedilmesinin, özgürlükten yoksun bırakan tedbirlerin amacına uygun olduğu belirtilebilir. Bu tedbirler, mahkûmun önemli hukuki değerler için arz ettiği tehlike bertaraf edilinceye kadar veya

farklı bir sistem belirlenmiştir. Azalmış kusur yeteneği bulunan fail hakkında bir sağlık kurumuna yerleştirme süresi, fail hakkında hükmedilen ceza miktarına bağlı kılınmıştır. Fail hakkında hükmedilen ceza miktarının sağlık kuruluşunda alınan sağlık kurulu raporu üzerine kısmen veya tamamen mahkeme kararı ile güvenlik tedbiri olarak da uygulanabileceği düzenlenmiştir. Bu bakımdan kusur yeteneğinin bulunmadığı durumlarda güvenlik tedbiri hayat boyu sürebilecekken, azalmış kusur yeteneğinde fail hakkında hükmedilebilecek ceza miktarları TCK m. 32/2’ de sınırları belli olarak düzenlendiğinden, hayat boyu tedbir uygulama imkânı bulunmamaktadır.

Tedavinin amacı, yatırılanın iyileşmesi veya durumunun, artık tehlikeli olmayacak şekilde düzeltilmesidir. Alman Ceza İnfaz Kanunu (*StVollzG*) § 136’ da, bir psikiyatri hastanesine yatırılan kişinin tedavisinin tıbbi bakış açısına göre düzenleneceği belirtilmiştir. Kuşkusuz bu tıbbi bakış açısında hekimin mesleki özerkliği söz konusudur. Uygulanacak tedavi yöntemini modern tıbbın gerektirdiği ölçüde kendisi belirleyecektir. Bu husus 1987 yılında yayımlanan Madrid Bildirgesi’ nde şu şekilde açıklanmıştır: “*Hekim bireysel olarak hastaların bakım ve tedavisinde profesyonel yargılarına göre uygulama, inceleme yapma özgürlüğüne sahip olarak hasta bireylerin yararına davranmakla yükümlüdür. Sürekli ve kaliteli bakım hizmeti verilmeli, bilimsel olarak tıptaki ilerlemeleri izleyecek yetkinlik ve sorumlulukta olmalıdır. Güvenli ve etkili tedavi ile yükümlüdür.*”¹⁸⁹⁸

Alman Ceza İnfaz Kanunu (*StVollzG*) § 136’ da aynı zamanda kişinin artık tehlikeli olmayana dek mümkün olduğunca iyileştirilmesinin ya da durumunun iyileştirilmesinin gerektiği belirtilmiştir. Bu lüzum üzerine kişinin gözetimi, koruma ve bakımı yapılacaktır. Bu tedbirlerin uygulanması, tedbirin infazında kişinin anayasal haklarına müdahale koşullarının ve izin verilen müdahalenin kapsamının açıkça ortaya konulduğu yasal bir esası gerektirmektedir. Sadece “tedavi gerekçelerinin” müdahale için gösterilmesi, müdahalenin hukuka uygunluğu için yeterli değildir¹⁸⁹⁹. Kuşkusuz tedavinin icrasında anayasal düzeyde olan insan onurunun korunması, işkence yasağı, hukuk devleti gibi temel ilkeler göz önünde

önemli ölçüde azalınca kadar uygulanması gerekir. Bu halin ne zaman vuku bulacağı baştan kesin bir şekilde söylenemez. Bkz. Jescheck/ Weigend, § 77, s. 804.

¹⁸⁹⁸ Yanık, s. 45.

¹⁸⁹⁹ BVerfG, NStZ-RR 2007, 92 (93) bkz. Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 13, s. 909.

bulundurulacaktır¹⁹⁰⁰. 5275 sayılı CGTİHK m. 2/2’ de, ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazında zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı ve onur kırıcı davranışlarda bulunulamayacağı vurgulanmıştır. Buradaki uygulamanın özünde akıl hastasına yönelik tıbbi bir tedavi uygulaması olduğundan, bu konudaki mesleki etik ve uygulama genel şartlarına uyulması önem arz etmektedir.

Kanımızca akıl hastalarına kapalı bir sağlık kurumunda uygulanacak tedavi kapsamındaki özgürlük kısıtlamalarının kapsam ve koşulları da, bir yasal düzenleme ve bu düzenlemeye dayanacak yönetmelikle çerçeve altına alınmalıdır. Burada hastalık türlerinden çok, örneğin hangi durumlarda adli hastanın yatağa bağlanabileceği ya da el ve kollarını hareket ettirmesini engelleyen özel kıyafetlerin ne zaman kullanılabilceği, bu tedbirlere karşı başvuru yolları gibi hususların çerçevesi çizilmelidir. Bir kimseye karşı zorunlu olarak tedavi uygulanması için bir psikiyatri kurumuna yerleştirme tedbirine hükmedilmesi, kurumda gerçekleştirilecek her müdahalenin hukuka uygun olacağı düşüncesini yaratmamalıdır. Kişinin toplum açısından tehlikeliliğinin önlenmesi esas olmakla birlikte, bu sonuca ancak modern tıbbın öngördüğü şekilde ve ilgili kişinin kişilik haklarına saygı duyularak erişilmesi, hukuk devletinin benimsediği bir sistem olacaktır.

Tedbir hükmünün verilmesinden yalnızca, tedbirin amacına daha az müdahaleci olarak başka bir biçimde ulaşılabılır olması koşuluyla vazgeçilebilir. Bir kliniğe yerleştirme süresi için maksimum süre yoktur¹⁹⁰¹. Mükerrer şekilde bu tedbire de hükmedilebilmektedir¹⁹⁰². 765 sayılı TCK m. 46/3’ de suçun “ağır cezalı” bir suç olması durumunda muhafaza ve tedavi altında bulundurma süresinin bir yıldan az olamayacağı kabul edilmişti¹⁹⁰³. Buna karşılık, 5237 sayılı TCK’ da akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanma süresi açısından herhangi bir asgari süreye yer verilmemiştir. Bu konuda esas alınacak tek kriterin failin tehlikeliliği olması anlayışı benimsenmiştir.

¹⁹⁰⁰ 1989 tarihli Dünya Psikiyatri Birliği Genel Kurulunda kabul edilen Atina Bildirgesi’ nde, “*Akıl hastası bireyler profesyonelce verilen insani ve erdemli bir tedavi hakkına sahip olmalıdır. Sömürü, kötüye kullanma ve aşağılanmadan korunmaları gerekir (Hawai Deklerasyonu)*” açıklaması yer almaktadır. Bkz. Yanık, s. 45.

¹⁹⁰¹ Kett-Straub/Kudlich, s. 209; Jescheck/ Weigend, § 9, s. 89.

¹⁹⁰² Fischer, § 63, kn. 21.

¹⁹⁰³ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 861.

Belirtmek gerekir ki, TCK' da tedbire hükmedilmekle birlikte bu tedbirin infazının ertelenebilmesi imkânına yer verilmemiştir. Bu konuda Alman Ceza Kanunu § 67 b' de¹⁹⁰⁴, özel durumların tedbirin infazının ertelenmesi yoluyla da tedbirin amacına ulaşılabileceği umudunu haklı göstermesi halinde, tedbirin infazının ertelenebileceğini düzenlemiştir. Örneğin, sanığın kendi isteği ile tedaviye katılması gibi hallerde bu tedbirin infazının ertelenebileceği söylenmektedir¹⁹⁰⁵.

Ünver' e göre, TCK m. 32/2 kapsamında azalmış kusur yeteneğine sahip fail, daha önce iyileşmesine karşılık, ceza miktarı kadar içeride tutulmaya devam edileceğinden, bu durum bilime ve hukuka aykırı olacaktır. Ceza yaptırımlarının amacına da uygun değildir. Her ne kadar hâkim cezanın kısmen tedavi tedbiri şeklinde uygulanmasına karar verebilirse de, önceden bu kişinin ne zaman iyileşeceğini bilmediği ve infazı sırasında erken iyileşen failin artakalan ceza süresini ceza olarak çekmesine veya geriye kalan cezadan vazgeçilmesine karar verme mekanizması kurulmadığı için, TCK m. 32/2 ve 57. maddelerinin hatalı olduğu belirtilmektedir¹⁹⁰⁶.

B. Tekrardan Sağlık Kurumuna Yerleştirme Kararı

TCK m. 57/2' ye göre, hakkında güvenlik tedbirine hükmedilen akıl hastası, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca düzenlenen raporda toplum açısından tehlikeliliğinin ortadan kalktığı veya önemli ölçüde azaldığının belirtilmesi¹⁹⁰⁷ üzerine mahkeme kararıyla serbest bırakılabilir. Yine TCK m. 57/3' e göre, bu yönde bir karar alınması için gerekli olan sağlık raporunda, güvenlik bakımından kişinin

¹⁹⁰⁴ “ (1) Mahkeme bir psikiyatri kliniğine veya bağımlılıktan kurtulma tedavisi yapan kuruma yerleştirilme kararı verirse ve özel durumlar tedbirin amacına ulaşılabileceği umudunu haklı gösteriyorsa, tedbirin infazını aynı karar ile erteler. Eğer failin, tedbir ile hükmedilmiş ve ertelenmemiş olan bir hapis cezasını çekmesi gerekiyorsa, tedbirin infazı etkilenmez.

(2) Tedbirin infazının ertelenmesiyle birlikte, hükümlünün hal ve gidişinin denetim altına alınması başlar.” Bkz. Yenisey/ Plagemann, s. 83-84.

¹⁹⁰⁵ Meyer, “Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus”, s. 410.

¹⁹⁰⁶ Ünver, “Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri”, s. 140.

¹⁹⁰⁷ Akıl hastasının toplum açısından tehlikeliliğinin ortadan kalkması veya önemli derecede azalması halinde salıverilmesinin yerinde bir düzenleme olduğu söylenmektedir. Zira psikiyatri bilimine göre, akıl hastalarında şifa değil, salah söz konusudur. Bu kimselerin tehlikeli olmaktan çıkıp toplumsal hayata ayak uydurabilecek hale gelmeleriyle salaha erdikleri kabul edilecektir. Bkz. Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 354.

tıbbi kontrol ve takibinin gerekip gerekmediği, gerekiyorsa, bunun süre ve aralıkları belirtilir. TCK m. 57/5' e göre, tıbbi kontrol ve takipte, kişinin akıl hastalığı itibarıyla toplum açısından tehlikeliliğinin arttığı anlaşıldığında, hazırlanan rapora dayanılarak, yeniden güvenlik tedbirine hükmedilecektir. Bu durumda önceki işlemler tekrarlanacaktır. TCK m. 57/5' deki düzenlemeye dikkat edildiğinde, akıl hastası kişinin toplum açısından tehlikeliliğinin arttığı anlaşıldığında, kişinin tekrar sağlık kurumuna yerleştirilmesi kararı zorunlu olarak verilecektir. Kanunda “hükmedilir” şeklinde ifadeye yer verilerek, mahkemeye bu konuda herhangi bir takdir hakkı bırakılmamıştır. Akıl hastası kişinin kurumdan taburcu edildikten sonra, tıbbi kontrol ve takip aşamasında tekrardan kuruma yerleştirilmesi kararı, “tehlikeliliğin artmasına” bağlanmıştır. **Kanımızca** bu durumun dışında, akıl hastası kişinin tıbbi kontrol ve takip esnasında yeniden kuruma yerleştirmeyi gerektiren bir suçu akıl hastalığının etkisi altında işlemesi durumunda da tekrardan sağlık kurumuna yerleştirme söz konusu olacaktır. Nitekim bu tedbirin hükmedilmesini gerektiren vasıftaki bir suçu tıbbi takip ve kontrol süresi devam ederken işleyen kişinin “toplum açısından tehlikeliliği” artmış olarak kabul edilmelidir. Bu açıklamalar ışığında akıl hastası kişinin tekrardan sağlık kurumuna yerleştirilmesi iki durumda gerçekleştirilecektir. Bunlar:

1. Tıbbi kontrol ve takipte kişinin toplum açısından tehlikeliliğinin arttığı anlaşılmaması,

2. Tıbbi kontrol ve takip devam ederken, kişinin akıl hastalığının etkisi ile akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirine hükmedilmesini gerektiren ağırlıkta bir suçu işlemesi durumudur. Bu ikinci durumda fail işlemiş olduğu ikinci suçun yargılamasının sonuçlanması beklenmeden, ilk işlemiş olduğu suç kapsamında koruma ve tedavi amacıyla, yeniden sağlık kurumuna yerleştirilecektir.

Akıl hastalığı nedeniyle işlenen suçun tekrarlanabileceği öngörüsü, bir başka deyişle failin tehlikeliliği öngörüsü, mutlak bir kesinlik ortaya koymamaktadır. Kişinin sağlık kurumundan taburcu edilmesi durumunda daha sonraki zaman diliminde tekrarlayıcı suç işleme olguları gerçekleşebilmektedir. Tekrarlayan suç olgularında en sık rastlanan tanının şizofreni, en sık tekrarlayan suçların ise adam

öldürme ve yaralama olduğu söylenmektedir¹⁹⁰⁸. Hastaneye yatırılarak tedavisi sürdürülmüş ve sosyal şifa halinde çıkarılmış bireylerin toplumda yaşadıkları süre içinde hastalıklarının nüksettiği veya alevlendiği, bu nedenle tekrarlayan suç davranışları gösterebildikleri görülmektedir. Burada özellikle hastaneden çıkış sonrası izleme standartlarının oluşturulamamış olması, izlemede adli sistemin yetersiz kalması ve tıbbi kurumlarca tedaviye yönelik bir izleme de yapılamayışının tekrarlayıcı suçun önde gelen nedenleri olduğu belirtilmektedir¹⁹⁰⁹.

Sağlık kurumuna tekrardan yatırılma kararı verilebilmesi için, tıbbi kontrol ve takip süresi içinde¹⁹¹⁰ işlenen suç ile önceden işlenen suçun aynı olması gerekmemektedir. Fakat ikinci işlenen suçun da, kişide var olan akıl hastalığının semptomları ile nedensel ilişki içinde olması gerekmektedir. Bu bakımdan akıl hastalığının etkisinin suç fiilinden anlaşılması gerekmektedir. Piromani (patolojik yangın çıkarma dürtü bozukluğu) hastasının tıbbi kontrol ve takip süresi içinde cinsel saldırı suçu işlemesi durumu, tekrardan sağlık kurumuna yerleştirilmeye neden olmaz. Ancak bu halde bu fiil için ayrı bir kusur yeteneği değerlendirilmesi yapılarak, sonucuna göre hareket edilmelidir.

Aklıl hastalığı nedeniyle tekrarlayıcı suç işleme durumu ile ilgili ilgi çeken bir araştırmaya göre, önceki ve sonraki işlenen suçun niteliği, kişinin tedavi süresi, kişi hakkındaki tanı gibi hususlar tablo halinde gösterilerek tekrarlayıcı suçların genel görünümünün ne olduğu ortaya konulmuştur. Bu çalışmaya göre, 1990 yılında gaspa teşebbüs suçu işleyen, hakkında iki uçlu mizaç bozukluğu (manik hecme) tanısı bulunan ve 1 ay tedavi gören kişi, sonradan 1996 yılında tecavüz suçu işlemiştir. Aynı şekilde 1991 yılında yangın çıkarma suçu işleyen, hakkında şizofreni tanısı koyulan ve 3 ay tedavi gören kişi, 1993 yılında cinayet suçu işlemiştir. 1983 yılında cinayet suçu işleyen, hakkında şizofreni tanısı bulunan ve 5 yıl 11 ay tedavi gören kişi, 1989 yılında cinayet ve kundaklama suçunu işlemiştir¹⁹¹¹.

¹⁹⁰⁸ Solmaz Türkcan / Doğan Yeşilbursa / Ömer Saatçioğlu / Latif Alpkan / Niyazi Uygur, “Adli Psikiyatri ve Kurum dışı İzleme”, **Düşünen Adam**, 1997, 10(2), s. 41.

¹⁹⁰⁹ Türkcan/ Yeşilbursa/ Saatçioğlu/ Alpkan/ Uygur, s. 41.

¹⁹¹⁰ İyi bir adli psikiyatrik izleme ile saldırgan davranışlar ve tekrarlayan suç davranışının başarıyla önlenildiği bildirilmektedir. Bkz. Öncü/ Soysal/ Uygur/ Özdemir/ Türkcan/ Yeşilbursa/ Alataş, s. 136.

¹⁹¹¹ Türkcan/ Yeşilbursa/ Saatçioğlu/ Alpkan/ Uygur, s. 42-43.

C. Yüksek Güvenlikli Bir Sağlık Kurumuna Yerleştirme Tedbirinde Ölçülülük

1. Genel Olarak

Çalışmanın daha önceki bölümlerinde üzerinde durulduğu üzere, ceza hukukunda işlenmiş olan bir haksızlığa karşı iki temel enstrümanın bulunduğu söylenmelidir. Bunlar ceza yaptırımı ve güvenlik tedbirleridir. Bu şekilde toplum düzenin sağlanması amacıyla yönelik olarak iki yaptırım türü bulunmaktadır. Ceza normunun failin kınanabilir iradesi kapsamında ihlâl edilmesine karşı ceza yaptırımı uygulanmakta, kınanmanın önemli olmadığı ancak ileriye dönük olarak benzer hukuka aykırı fiilleri işleme olasılığı bulunan failerin, söz konusu bu tehlikeliliklerinin önüne geçmek için ise, güvenlik tedbirleri uygulanmaktadır. Bu şekilde toplum düzeninin bozulmasına yol açan suçların önüne geçilmesi amaçlanmakta ve özellikle koruma altına alınmış hukuki değerlerin zarar görmesine ya da tehlikeye düşürülmesine mani olunmaya çalışılmaktadır. Bu faaliyetler gerçekleştirilirken özellikle ceza yaptırımında kusurun ödetilmesi, caydırıcılık unsuru gibi etkenlerden yararlanılmakta iken, güvenlik tedbirlerinde suç işleyen kişinin ıslahı, bünyesinde barındırdığı ileriki dönemde hukuka aykırı fiile neden olabilecek unsurların giderilmesi için iyileştirici ve koruyucu araçlardan faydalanılmaktadır.

Hukuk devleti düzeni, vatandaşların haklarına yalnızca meşru bir amaç için müdahale etmek ve bu amaca ulaşmak için yalnızca uygun, gerekli ve makul araçları seçmeye dikkat etmek zorundadır¹⁹¹². Ceza yaptırımı hukuk devleti olmanın bir gereği olan kusur ilkesi nedeniyle katı şekilde kusur ile bağlıdır. Bu nedenle kişiye karşı ceza yaptırımının uygulanabilmesi ile uygulanması halinde ceza yaptırımının ölçüsü gibi hususlar doğrudan failin kusuruna bağlı olmaktadır. Bu bağlamda kusur ilkesi, Anayasanın öngördüğü temel haklara müdahalede ölçülülük ilkesinin yerine getirilmesini sağlayan bir fonksiyon icra etmektedir. Bu nedenle kusur, ölçülülük ilkesi için bir kriter olarak görülmektedir¹⁹¹³.

¹⁹¹² Freund, "Gefahren und Gefährlichkeiten im Straf- und Maßregelrecht", s. 193.

¹⁹¹³ Baumann, Zweckrationalität und Strafrecht, s. 253 vd.

Güvenlik tedbirleri de işlenmiş olan haksızlığa karşı hukuk düzeninin bir reaksiyonu olarak görülmelidir. Bu reaksiyonun nedeni failin içinde bulunduğu durum itibariyle ceza normlarının anlam ve sonuçlarını idrak edememesi, hukuka uygun yönde motivasyon sağlayarak davranışlarını bu yönde kontrol edememesi, bu nedenle ceza normunun var olmasının ve geçerliliğinin bireyler üzerindeki etkisinin hiç ya da gerektiği gibi gerçekleşmemesidir. Failin bu özel durumunun düzeltilmesi, tekrardan toplum içinde sorumluluk taşıyan bir birey haline getirilmesi, böylece hukuku ihlâl etme olasılığı anlamındaki tehlikeliliğinin önüne geçilmesi amacıyla güvenlik tedbirleri icra edilmektedir.

Tıpkı ceza yaptırımında olduğu gibi, nitelik itibariyle özgürlükleri kısıtlayıcı olarak icra edilen bir psikiyatri kurumuna yerleştirme tedbirinin de belirli sınırlar içerisinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu tedbirin icrasında failin temel hak ve özgürlüklerine ciddi derecede müdahale söz konusu olduğundan, bu müdahalenin keyfi olmaması gerekmektedir. Cezalarda bu keyifliliğin önüne geçen kusur ilkesi, güvenlik tedbirlerinde bir öneme sahip olmadığından, güvenlik tedbirlerinin icrasında bu keyifliliğin önüne geçen ilke ölçülülük ilkesidir. Ölçülülük ilkesi failin bir psikiyatri kurumuna yerleştirilmesi ya da kapatılması kararında ve bu karar verilmişse bu tedbirin icrasında bir sınırlama işlevi görmektedir¹⁹¹⁴.

Burada TCK m. 57' deki akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri açısından bakıldığında “ölçülülük” ilkesinin sadece tedbirlerin uygulanması açısından, bir başka deyişle kurumda kalma süresi açısından dikkate alındığı görülmektedir. Bu sonuca TCK m. 57' deki tedbirlere hükmetmek bakımından mahkemeye takdir hakkının bırakılmaması anlayışı etkili olmaktadır. Şayet TCK m. 32' de yer alan unsurlar çerçevesinde bir kişinin akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneğinin etkilendiği tespit edilmiş ise, mahkeme TCK m. 57' de yer alan tedbirlere hükmetmek zorundadır. Failin “tehlikeliliği,” fail hakkındaki yerleştirme kararı sonrasında failin yeniden serbest bırakılmasında incelenecek bir kriter olarak öngörülmüştür. **Kanımızca** ölçülülük ilkesinin hem tedbire hükmetmek, hem de tedbirin uygulanması aşaması açısından dikkate alınacak bir kriter olarak alınması gerekmektedir. Bir akıl hastasının hastalığının etkisi ile çok basit bir suçu işlemesi durumunda bir psikiyatri hastanesine yatırılarak özgürlüğünün kısıtlanması, her ne

¹⁹¹⁴ Dessecker, s. 334.

kadar daha sonraki “tehlikelilik” değerlendirmesi sonucunda çabucak taburcu olacak olsa dahi, tedbirlerin amacına hizmet etmez. Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi’ nin eski bir kararında akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine hükmetmede ölçülülük esasının hâkim olduğu ve tedbirlerin bu ilkenin kontrolünde gerçekleştirilebileceği vurgulanmıştır¹⁹¹⁵. Karara göre ilgili kişinin özgür bırakılma talebiyle, kişiden beklenen önemli derecedeki hukuksal değer ihlallerine karşı kamunun güvenlik ihtiyacı arasındaki gerilimli ilişki, “*adil ve kabul edilebilir bir dengelemeyi*” gerektirir. Bu nedenle potansiyel mağdurların güvenlik ihtiyacı ile bir kuruma yerleştirilmiş kişinin özgürlük talebinin karşılıklı etki sağlayan unsurlar olarak birbiriyle dengelenmesi gerekmektedir¹⁹¹⁶.

Kusurdan bağımsız veya kusur ölçüsü dışına çıkan yaptırımlar olarak akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin ancak toplumun suçtan korunması amacıyla uygulanması uygundur¹⁹¹⁷. Bu amaç, tedbir kararının da dar sınırlar çerçevesinde verilebileceği anlamına gelmektedir. Sadece somut durumda toplum menfaatinin suçun önlenmesinde ilgili kişinin özgürlüğünün sınırlandırılmasına göre daha ağır olarak tartışıldığı durumlarda bunların uygulanmasına izin verilmektedir¹⁹¹⁸. Bu tür bir değerlendirmenin gerekliliği, Alman Ceza Kanunu (StGB) § 62’ de ifade edilmekte olup bu maddede her bir tedbir için **ölçülülük** prensibi esas sayılmaktadır: “*Bir iyileştirme ve güvenlik tedbiri, fail tarafından işlenen ve ileride işlenmesi muhtemel olan suçlar ve failden kaynaklanan tehlikenin derecesine göre ölçülü değilse, buna hükmedilemez.*”¹⁹¹⁹ Türk Ceza Kanunu açısından bakıldığında ise, bu konuda TCK m. 3/1’ de, “*Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükümlenir.*” düzenlemesine yer verilmiştir. Bu düzenlemede güvenlik tedbirine hükmedilme konusunda “fiilin ağırlığı”nın esas alınacak olması eleştirilmelidir¹⁹²⁰. Zira önceden de vurgulandığı üzere güvenlik tedbirinde esas

¹⁹¹⁵ BVerfGE 70, 297, 311 (Dessecker, s. 335)

¹⁹¹⁶ Dessecker, s. 335.

¹⁹¹⁷ Schönke/ Schröder, Vor § 61, kn. 2.

¹⁹¹⁸ Fischer, § 62, kn. 2; Stratenwerth/ Kuhlen, s. 17; Schreiber/ Rosenau, s. 116.

¹⁹¹⁹ Yenisey/ Plagemann, s. 67.

¹⁹²⁰ Centel/ Zafer/ Çakmut, de bu düzenleme ile hataya düşüldüğünü belirtmektedir. Bkz. Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 700; aynı yönde Artuk/ Alan Akcan, s. 21. Güvenlik tedbirleri, suçla (ihlalle) değil, var olmaları nedeni olan tehlikelilik haliyle oranlı olmak ve ona uygun bulunmak zorundadır. Bkz. Hafızoğulları, “Emniyet Tedbirleri”, s. 46. Öztürk/ Erdem’ e göre, güvenlik tedbirlerine hükmedilirken tedbirin süresi önceden belli değildir. Failin tehlikelilik durumunun

alınacak husus failin toplum açısından arz ettiği “tehlikelilik”tir. Nitekim fiil ne kadar ağır olursa olsun, failin tehlikeliliği son bulduğunda, tedbire de son verilmesi gerekmektedir. Somut olayda, etkisi yoğun olan bir tedbir olarak akıl hastalarına özgü bir psikiyatri kurumuna yerleştirme tedbirinin etkileri ve bununla beraber toplum için önüne geçilmesi gereken tehlikelerin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁹²¹. Aynı şekilde “talî ya da ikincil nitelikte olma prensibi (*Subsidiaritätsprinzip*)”nin bu durumlarda geçerli olup olmadığı tartışmalıdır. Bu prensibe göre, daha az yoğunlukta müdahalesi olan tedbirlerin aynı sonucu temin ettiği durumlarda, psikiyatri kurumuna yerleştirme tedbirine hükmedilemeyeceği açıktır. Ancak bu prensibin kanuni düzenlemeler karşısında geçerli olmadığı söylenebilir. Zira TCK m. 57’ de de düzenlendiği gibi, şartlar sağlandığında bu tedbire hükmedilmesi zorunludur¹⁹²². Tehlikeliliğin önüne geçilebilmesi için diğer imkânların sorgulanması gerektiği kanun metninde yer almamaktadır. Öğretide kanun metninde bu tedbire hükmedilebilmesi için “...*kamusal güvenlik için gerekli ise...*” ifadesine yer verilmesi durumunda tedbire hükmedilmesi bakımından ikincillik prensibinin geçerli olabileceği söylenmektedir¹⁹²³. Medeni Kanun hükümlerine göre, failin vesayet altına alınması tek başına uygun bir seçenek olarak görülmemektedir. Zira burada toplumun korunmasına yönelik bir faaliyetten çok, failin korunması esas alınmaktadır¹⁹²⁴. Yine de medeni kanun hükümlerine göre, hastaneye yatırılma tedbirinin daha hafif bir tedbir olarak, TCK m. 57’ de yer alan tedbirlerle amaçlanan özel önlemeyi yerine getireceği muhakkak ise, bu tedbirlerin öncelikli olarak uygulanması gerektiği savunulmaktadır¹⁹²⁵. Ancak kanımızca bu görüşe katılmak mümkün değildir. Her iki tedbirin hükmedilme amaçları ve kapsamaları farklıdır. Aksinin kabulü TCK m. 57’ deki tedbirlerin hiçbir durumda uygulanmaması anlamına gelecek ve TCK m. 57’ de yer alan hükmü sadece medeni kanun hükümlerine gönderme yapan ve fiilen uygulanması imkânsız işlevsiz bir norm haline getirecektir. Diğer yandan medeni kanun hükümlerine göre kişinin

sona ermesi ile tedbire son verilir. Bu nedenle “*failin ağırlığı*” kriteri yerine “*failin tehlikeliliği*” kriterinin esas alınması gerekmektedir. Bkz. Öztürk/ Erdem, s. 50.

¹⁹²¹ van Gemmeren, MK, § 63, kn. 67.

¹⁹²² Jescheck/ Weigend, § 77, s. 810.

¹⁹²³ Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 12, s. 908.

¹⁹²⁴ BGHSt 15, 279 (Maurach/ Gössel/ Zipf, § 68, kn. 12, s. 909); Schöch, LK, § 63, kn. 139.

¹⁹²⁵ Jescheck/ Weigend, § 77, s. 810.

yatırılması tedbirinin, TCK m. 57’ de yer alan tedbire göre daha hafif olduğu da tartışmalı bir kabul olacaktır. Örneğin, kanımızca Medeni Kanun m. 432’ de kişinin tekrar özgürlüğüne kavuşması açısından yer verilen “*elverir elvermez*” kriteri, TCK m. 57’ de yer alan kriterlerden keyfiyet ve muğlaklık içermesi sebebiyle daha az hukuki güvenlik sağlamaktadır. Bu nedenle kişinin özgürlüğüne müdahale açısından daha ciddi müdahalenin önünü açtığı söylenebilecektir.

Ulaşılmak istenilen amaca daha hafif tedbirlerle de varılabileceği değerlendirmesinin aslında ölçülülük ilkesi içinde yer alan aşırıya kaçma yasağı (=Übermaßverbot) unsurunun bir sonucu olduğu söylenebilir¹⁹²⁶. Bu bakımdan fail hakkında kapatılmak dışında devamlı kontrol ve takip gerçekleştirilebiliyorsa, hastanın yakınları ile sosyal kontrol sağlanması mümkün ve bu anlamda kişinin gözetim ve tedavisinin gerçekleştirilerek tehlikeliliğinin önüne geçilebiliyorsa, bu yolların öncelikli olarak tercih edilmesi gerekmektedir.

Esas olarak buradaki amaç, “*nihayetinde tedbirlerin özel önleme odaklı amacının somut durumda hukuk devletince¹⁹²⁷ kabul edilebilir ölçü ile*” sınırlanmasıdır¹⁹²⁸. **Ölçülülük** prensibi, tıpkı ceza için kusur prensibinin olduğu gibi, tedbir için bir sınırlayıcı ve düzeltici işlev arz etmektedir. Güvenlik tedbirlerinde göz önüne alınacak ölçülülük ilkesi, cezalarda kusur ilkesinin yerine getirdiğinden daha da güçlü bir şekilde, koruma sağlama işlevini üstlenmektedir¹⁹²⁹. Bunun sonucu olarak tedbirlerin icrasında da **ölçülülük** prensibi geçerlidir¹⁹³⁰. Önemsiz olan suçlarda, bu suçların büyük bir ihtimalle tekrarlanması beklense bile, tedbire hükmedilmemesi veyahut tedbirin uygulanmaması gerekmektedir. Çünkü bu tür bir müdahalede, failin kamuya ve topluma verebileceği zarar tehlikesine göre, failin haklarına müdahale daha ağırdır¹⁹³¹. Tedbire son verildikten sonra, tıbbi takip ve kontrol sürecinde kişinin tekrar kuruma yatırılması, ancak hâkim tarafından yapılan

¹⁹²⁶ Dessecker, s. 337.

¹⁹²⁷ Ölçülülük ilkesi zaten hukuk devleti için geçerli olan “aşırılık yasağı” ilkesinden açıkça ortaya çıkmaktadır. Bkz. BVerfGE 16, 194 [202] (Jescheck/ Weigend, § 9, s. 85)

¹⁹²⁸ Schöch, LK, § 62, kn. 1.

¹⁹²⁹ Jescheck/ Weigend, § 9, s. 85.

¹⁹³⁰ BGHSt 50, 199 [204] (Schreiber/ Rosenau, s. 116)

¹⁹³¹ BVerfGE 70, 297 [312] (Schreiber/ Rosenau, s. 116); Bir psikiyatri kurumuna yatırılma tedbirinin süresi ve icrası konusunda Alman Federal Anayasa Mahkemesi’ nin kararlarının değerlendirilmesi için bkz. Heinz Müller-Dietz, “Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus und Verfassung”, **Juristische Rundschau (JR)**, Heft 2, 1987, s. 45 vd.

yeni bir muhakemeye göre, önceki tedbirin infaz şeklinde ve icra süresinde etkisi olabilecek tanılar ortaya çıkabilmesi durumunda ölçülü olacaktır¹⁹³².

Güvenlik tedbirleri gelecekteki hukuk ihlallerini önlemeye yönelik olduğundan, neticede fail tarafından işlenmiş olan suçun değil, failden beklenebilecek tehlikenin ağırlığı asıl önem arz eden husustur. Bu nedenle sadece hükme esas olan suçun ağırlığı, tedbire hükmedilmesine gerekçe olamaz¹⁹³³. İşlenen suçun ağırlığı sadece, failin gelecekte ciddi suçları işleyebileceği yönündeki tehlikeliliğin değerlendirilmesinde belirti ya da gösterge olabilir¹⁹³⁴. Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine hükmetme ve bu tedbirlerin icrasında uygulanacak ölçülülük ilkesi, tedbirlerin uygunluğu, gerekliliği ve elverişliliği üzerinden anlam kazanmaktadır¹⁹³⁵. Failin arz etmiş olduğu tehlike daha hafif ya da eşit derecede uygun tedbirlerle giderilebiliyorsa, bu husus failin kapalı bir sağlık kurumuna yerleştirilmesine veya bu tedbirin uygulanmasına engel teşkil eder¹⁹³⁶. Ancak bu halde sırf failin özgürlüğüne daha az müdahalede bulunması nedeniyle, failin “tehlikelilik” halinin sona ermemesine rağmen, failin önlem amaçlı olarak yüksek güvenli olmayan bir kurumda tedavisinin devamına karar verilemez. Bu konu ile ilgili olarak TCK m. 57, failin tehlikeliliğinin ortadan kalkması ya da önemli derecede azaldığının tıbbi olarak belirtilmesi üzerine tedbire son verilebileceğini düzenlemiştir.

2. Tedbirin Süresinde Ölçülülük

Belirtmek gerekir ki, ölçülülük ilkesi sadece tedbire hükmedilip hükmedilmemesi açısından yapılan değerlendirmede geçerli bir ilke değildir. Ölçülülük ilkesi aynı zamanda güvenlik tedbirinin devam edip etmemesine ilişkin kararlarda¹⁹³⁷ ve tedbirin icrasında da geçerlidir. Bir başka deyişle failin yüksek güvenli bir sağlık kurumunda kalma süresi ya da tedbire son verilen kişinin

¹⁹³² BGHSt 50, 199 [205] (Schreiber/ Rosenau, s. 116)

¹⁹³³ BGH 24, 134 (Jescheck/ Weigend, § 77, s. 804)

¹⁹³⁴ Hanack, LK 1992, § 62, kn. 11’ den aktaran Jescheck/ Weigend, § 77, s. 804, dp. 12.

¹⁹³⁵ van Gemmeren, MK, § 62, kn. 4 vd.; Meyer, “Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus”, s. 410.

¹⁹³⁶ Meyer, “Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus”, s. 410.

¹⁹³⁷ BVerfGE 70, 297 [315] bkz. Jescheck/ Weigend, § 77, s. 805.

tekrardan yatırılması kararlarında da ölçülülük ilkesine riayet edilmelidir. Bir psikiyatri kliniğine yerleştirme uygulamasının devam etmesine yönelik kararlar hukuk devleti ilkesiyle bağlantılı olarak, anayasal anlamda korunan kişi hürriyetinin dokunulmazlık hakkıyla doğrudan ilişkilidir. Temel hak ihlali bizzat yaptırım normlarından değil, tam tersine bunların ceza mahkemeleri tarafından uygulanmasından kaynaklanmaktadır¹⁹³⁸. TCK m. 57/2' ye göre, failin toplum açısından tehlikeliliğinin ortadan kalkması veya önemli ölçüde azalması durumunda serbest bırakılabileceği düzenlenmiştir. Yine TCK m. 57/3' de failin serbest bırakılmasına ilişkin raporda, fail hakkında tıbbi kontrol ve takibin uygulanabileceği ve TCK m. 57/4' de ise failin tehlikeliliğinin artması halinde tekrar güvenlik tedbirleri kapsamında sağlık kurumuna yatırılabilmesi düzenlenmiştir. Bu gibi hallerde de ölçülülük ilkesinin geçerli olduğu söylenmelidir.

Bir psikiyatri kurumuna yerleştirme süresi ile ilgili Alman Federal Anayasa Mahkemesi' nin önemli bir kararına değinmekte fayda vardır: “Eğer bir kuruma yerleştirilmiş kişi uzun bir süredir bir ve aynı psikiyatri kliniğinde bulunuyorsa, o zaman prensip olarak, zaman zaman kurum dışından bir bilirkişinin devreye sokulması zorunludur. Çünkü bir kurumda yerleştirilerek kalma süresi ne kadar uzunsa, tedbirin kuruma yerleştirilmiş kişinin özgürlük temel hakkına etki gücü nedeniyle, **rutin değerlendirmelerin oluşturduğu riske karşı** mümkün olduğunca önlem almak için olayın açıklığa kavuşturulmasıyla ilişkili daha katı standartların getirilmesi gerekmektedir.”¹⁹³⁹ TCK m. 32 ve 57' de akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneği ortadan kalkmış kişilerin ne kadar süre ile yüksek güvenli bir sağlık kuruluşunda tedavi göreceği hakkında bir süre öngörülmediğinden, bu konuda ölçülülük ilkesi büyük önem kazanmaktadır. Aynı kararda şu hususa da vurgu yapılmıştır: “Ölçülülük ilkesi, Ceza Yasası (StGB) Madde 63 gereği failin bir psikiyatri kliniğine yerleştirilmesini yalnızca, **bu tedbirin amacı bunu reddedilemez biçimde gerektirdiği ve bu amaca erişilmesi için daha az yük yükleyen önlemlerin- adli kontrol şartıyla infazın ertelenmesi çerçevesinde (bakınız: Ceza Yasası (StGB) Madde 67d Fıkra 2, Madde 68a, 68b)- kliniğe yerleştirilecek kişiler için yeterli olmadığı sürece, emreder. (...)** **Fakat bir psikiyatri kliniğine yerleştirme süresi**

¹⁹³⁸ Dessecker, s. 338-339.

¹⁹³⁹ BVerfGE 70, 297 (310 vd.) aktaran Dessecker, s. 339.

ne kadar uzun sürüyorsa, özgürlükten mahrum bırakmanın ölçülülüğü için aranacak koşullar o denli katı hale gelir.¹⁹⁴⁰

Genel olarak aşırılık yasağı konusunda üç ölçütün ön plana çıktığı söylenebilir. Bunlar: 1. Temel hakka yapılan müdahalenin şiddeti ölçütü, 2. Kamu menfaatleri ölçütü ve nihayet 3. Koruma altındaki temel hak pozisyonlarının müdahale karşısındaki durumu ölçütü. Böylece denilebilir ki, “*Müdahale insanın eylem özgürlüğünün temel ifade biçimlerine ne kadar fazla dokunursa, vatandaşın temel özgürlük hak talebinin aleyhine olarak, müdahalenin mazur gösterilmesi için getirilen nedenlerin o denli özenli mülahaza edilmesi gerekir.*”¹⁹⁴¹ Bu çerçevede tedbirin infazında artık tedavi gerekli değilse veya uygulanacak tedavi ümitsiz olarak değerlendiriliyorsa, tedbire son verilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁹⁴².

Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri için kanunkoyucu herhangi bir süre sınırına yer vermemiştir. Bu bakımdan failin yüksek güvenliqli sağlık kurumunda kalma süresi ömür boyu özgürlüğünün kısıtlanması anlamına gelebilecektir. Böylece özgürlüğün kısıtlanması dikkate alındığında, failin kusur yeteneğinin bulunması halinde hükmedilecek süreli hapis cezasının çok üzerinde olabilecektir¹⁹⁴³. Aksine TCK m. 57/7’ de suç işlediği sırada alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı olan fail hakkında, güvenlik tedbiri olarak, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşunda tedavi altına alınmasına karar verilir. Bu kişilerin tedavisi, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığından kurtulmalarına kadar devam eder. Bu kişiler, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca bu yönde düzenlenecek rapor üzerine mahkeme veya hâkim kararıyla serbest bırakılabilir. Bu düzenlemenin örneğın kasten öldürme suçu işlemiş olan bir alkol bağımlısının, birkaç aylık bir tedaviden sonra serbest bırakılmasına yol açabilecek bir düzenleme olması nedeniyle sakıncalı olduğu belirtilmektedir¹⁹⁴⁴.

¹⁹⁴⁰ BVerfGE 70, 297 (314 vd.) aktaran Dessecker, s. 339.

¹⁹⁴¹ Alman Federal Anayasa Mahkemesinin 07.04.1964 tarihli kararı (BVerfGE 17, 306, 314) aktaran Dessecker, s. 340.

¹⁹⁴² Dessecker, s. 342.

¹⁹⁴³ Meyer, “Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus”, s. 410.

¹⁹⁴⁴ Öztürk/ Erdem, s. 542.

3. Ölçülülüğün Somutlaştırılması

a. Genel Çerçeve

Ölçülülük ilkesi öğretide birbiri ardına devreye giren üç inceleme aşaması yoluyla somutlaştırılmaya çalışılmaktadır. Eğer ölçülülük ilkesinden tüm hukuk düzenini ilgilendiren genel bir hukuk ilkesi anlaşılıyorsa, o zaman üç aşamayı ceza hukuku kapsamındaki güvenlik tedbiri hukuku için de geçerli saymak ve bu ilkeyi temel hak ve özgürlük müdahalesi teşkil eden her durum için korumak anlamlı görünmektedir¹⁹⁴⁵. Ölçülülük ilkesinin somutlaştırılması açısından kabul edilen üç unsur¹⁹⁴⁶: 1. *Uygunluk*, 2. *Gereklilik* ve 3. *Orantılılık, Aşırılık Yasağı* (Dar anlamda ölçülülük) olarak belirtilebilecektir. Bu unsurların tedbirin ölçülü olarak nitelendirilebilmesi açısından açıklanmasında fayda vardır.

b. Uygunluk

Temel hak ve özgürlüklere ciddi müdahale teşkil eden tedbirlerde ölçülülük incelemesi açısından birinci aşamada çoğunlukla ulaşılmak istenen bir amaca erişmek için kullanılan aracın uygunluğu kontrol edilir. Bir yasanın ulaşılmak istenen amaçlara erişmeye uygun olması gerekmektedir. TCK m. 57 açısından bakılacak olursa, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinde ulaşılmak istenen amaç akıl hastalığı nedeniyle işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan ya da davranışlarını bu algı çerçevesinde yönlendiremeyen failin, zorunlu tedaviye maruz bırakılarak bu yeteneklerini tekrar kazanmasının sağlanması, bu sağlanamıyorsa en azından toplum açısından tehlikeliliğinin önemli derecede azaltılmasıdır. Bu amaca uygun olmayan şekilde örneğin, tedavinin sonuç vermeyeceği tıbben kesin olan kişinin sırf güvenlik gerekçeleri ile yüksek güvenli bir psikiyatri kurumunda tutulması kabul edilemez. Aynı şekilde akıl hastası olan kişinin uygun olmayan bir sağlık kurumunda tedavi altına alınması da ölçülü olarak kabul edilmemelidir. Bu sağlık kurumunun psikiyatrik tedaviyi sağlayabilmesi gerekmektedir. Burada amaç

¹⁹⁴⁵ Dessecker, s. 343.

¹⁹⁴⁶ Dessecker, s. 343 vd.

tehlikeli olan failin toplumdan tecrit edilmesi değil, ıslahı olmalıdır. Amaca ulaşmanın zayıf olduğu hallerde bu tedbire başvurulması, onun ölçüsüz bir müdahale olduğu anlamına gelmemektedir. Her şeyden önce kişilik bozukluğu olan hastalarda terapötik yöntemler az miktarda geliştirilmiştir. Buna karşın bu grup söz konusu olduğunda da psikiyatrik tedbirin infazının tüm hasta grubu için işe yaramaz olduğu önceden söylenemez¹⁹⁴⁷.

c. Gereklilik

Ölçülülük ilkesinin somutlaştırılabilmesi için incelenecek bir diğer unsur da tedbirin gerekli olmasıdır. Eğer ulaşılmak istenen amaca erişmek için daha az müdahale içeren bir araç işe yarıyorsa, bu yolun öncelikli olarak tercih edilmesi gerekecektir. *“Birden fazla olası (=amaca erişmeye uygun) araç arasında yalnızca, en az radikal sonuçlar doğuran araç seçilebilir.”*¹⁹⁴⁸

Burada tartışılabilir bir diğer husus ise, alkol ya da uyuşturucu veya uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılıkları hakkında uygulanacak tedbirler ile akıl hastalarına uygulanacak tedbirler arasında gereklilik ilişkisi çerçevesinde hakka müdahale açısından bir ağırlık farkının olup olmadığıdır. Madde istismarı ve madde bağımlılığı aynı zamanda psikişik bozukluğun içine girdiği ve kusur yeteneği üzerinde olumsuz etki gösterebildiği için, bu her iki tedbirin yarışma durumu ortaya çıkmaktadır. Psikotrop maddelerin tüketimine “eğilim” ve psikişik bakımdan aykırı “durum” birbiriyle kesişmektedir¹⁹⁴⁹. Ancak kanımızca burada bir amaca uygun olan daha düşük müdahalenin seçilmesi anlamına gelen gereklilik incelemesinde bulunulma ihtimali bulunmamaktadır. Zira bağımlılık tedavisi için kanun koyucunun iradesinin özel olarak düzenleme yapmak üzere madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşlarından yana olduğu görülmektedir (TCK m. 57/7).

Öncelikle her iki yaptırımın da tehlikeye karşı toplumu savunmaya yönelik genel amaca hizmet ettiği söylenebilecektir. Ancak bir bağımlılıktan kurtulma tedavisi yapan kuruma yerleştirme, genellikle ihtisaslaşmış kuruluşlar veya büyük

¹⁹⁴⁷ Dessecker, s. 344.

¹⁹⁴⁸ Dessecker, s. 345.

¹⁹⁴⁹ Dessecker, s. 347.

liniklerin ihtisaslaşmış bölümlerinde uygulanan özel bir bağımlılık tedavisini amaçlar. Bunların tedavi programları, büyük bağımlılık sorunu olan suçlulara özeldir. Bu hedef grup için bir bağımlılık tedavisi yapan kliniğe yerleştirme, içinde bağımlılık sorununun daha ziyade eşlik eden semptom olarak tedavi edildiği ve hükmedilen tedbirin infaz edildiği bir başka psikiyatrik kuruluştaki bulunmaktan daha fazla başarı vadedebilir¹⁹⁵⁰.

Bir psikiyatri kliniğine yerleştirmeye alternatif olarak önerilen başkaca hukuki tedbirler de vardır. Eğer daha ziyade önemsiz nitelikteki suçların engellenmesi söz konusu ise, yetişkinler için vesayet hakkının yürürlüğü sırasında bir vesayet kararı, her durumda daha az müdahale içeren bir tedbir olarak dikkate alınmıştır. Ancak pozitif hukukumuz açısından bakıldığında Medeni Kanun' da yer alan hükümlerin kişinin temel hakkına TCK m. 57' de öngörülen tedbirlerden daha az müdahale teşkil ettiği söylenemez.

Kişinin bir psikiyatrik kuruma yerleştirilmesi yerine aile üyelerinin bu kişiden sorumlu olması ya da tehlikeliliğin bertaraf edilmesinde bu kişilerin kullanılması ise kabul edilmemektedir. Bu bağlamda, gelecekteki ciddi suçlara karşı bir koruma olarak psikiyatrik tedbirin infazı anlamında bir yerleştirme ile bu türden ihtiyari edimleri eşdeğer tutmak uygun görünmemektedir¹⁹⁵¹.

d. Orantılılık, Aşırılık Yasağı (*Dar anlamda ölçülülük*)

Eğer bir tedbirin uygunluğu ve gerekliliği söz konusu ise, o zaman genel ilkelere göre bunların dar anlamda orantılılığının kontrol edilmesi gerekmektedir. Ulaşılmak istenen amaç ve bunun için kullanılan araç, birbiriyle makul bir ilişki içinde olmalıdır. Bir başka deyişle birbiriyle orantılı olmalıdır¹⁹⁵².

Alman Federal Anayasa Mahkemesi bir psikiyatri kliniğinde tedbirin infazı için yapılan ve devam eden yerleştirme kararlarıyla ilişkili standartları iki aşama halinde somutlaştırmayı denemektedir. İlk olarak tehlikeye karşı savunmanın amacına daha az keskin önlemlerle erişilmesinin mümkün olup olmadığı sürekli

¹⁹⁵⁰ Dessecker, s. 348.

¹⁹⁵¹ Dessecker, s. 351.

¹⁹⁵² Dessecker, s. 351-352.

olarak kontrol edilmelidir. Bu bakımdan tedbirin gerekliliği hakkındaki açıklamalara gönderme yapılabilir. İkinci olarak dar anlamıyla ölçülülük sorunu için esnek bir formül geçerlidir. Bu formüle göre tedbirin infazı bağlamındaki gereklilikler, yüksek güvenli kuruma kalma süresi uzunluğuyla her zaman daha katı hale gelmektedir¹⁹⁵³.

Akıl hastalarında tam bir iyileşme söz konusu olamayacağından, güvenlik tedbirinin süresinin hastanın topluma uyumlu hale gelmesi ve tehlike halinin kalkması esas alınarak belirlenmesi yerindedir¹⁹⁵⁴. Toplumun güvenliğinin sağlanması amacıyla artık gerekli olmadığı vakit, kişinin hastanede yatırılması tedbirine son verilmelidir¹⁹⁵⁵.

VI. HÜKMÜN NİTELİĞİ VE İÇERİĞİ

Akıl hastalığının etkisi altında bir suç işleyen kişi hakkında, kusur yeteneğinin bulunmaması nedeniyle ceza yaptırımını uygulanamaması ya da azalmış kusur yeteneği durumunda güvenlik tedbirlerine hükmedildiğinde, hükmün niteliğinin nasıl olması gerektiği önem arz eden bir durumdur. Bu konuda hüküm çeşitlerinin ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hüküm vasfının düzenlendiği CMK m. 223/1 ve 6' nın belirtilmesi gerekmektedir. CMK m. 223/1' de, "*Duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hüküm verilir. Beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı, hükmüdür.*" düzenlemesine yer verilmiştir. CMK m. 223/6' da ise, "*Yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde, belli bir cezaya mahkûmiyet yerine veya mahkûmiyetin yanı sıra güvenlik tedbirine hükmolunur.*"

Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, TCK m. 32/1 çerçevesinde akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneği bulunmadığı tespit edilen fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı ile birlikte (cezaya mahkûmiyet yerine) akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır¹⁹⁵⁶. TCK m. 32/2

¹⁹⁵³ Dessecker, s. 352.

¹⁹⁵⁴ Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 719.

¹⁹⁵⁵ Jescheck/ Weigend, § 77, s. 810.

¹⁹⁵⁶ Kuşkusuz bu hükümlerde, bir mahkeme hükmünde yer alması gereken açıklamalar yer almalıdır. "*Gerek yüze karşı, gerekse yoklukta verilen hüküm ve kararlarda, başvurulacak yasa yolunun,*

çerçevesinde akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneği tespit edilen fail hakkında ise, kural olarak cezaya mahkûmiyet kararı verilecektir. Ancak TCK m. 32/2 ve TCK m. 57/6 uyarınca mahkeme cezanın kısmen veya tamamen akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanmasına karar verebilecektir. Bu durumda ise, CMK m. 223/6 uyarınca cezaya mahkûmiyetin **yani sıra** akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirine hükümlenacaktır. Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirine hükmedilmesi durumunda bu hükmün mahkûmiyet hükmü olup olmadığı 765 sayılı TCK' nın yürürlükte olduğu dönemde tartışılmaktaydı. Yargıtay bu konuda eski tarihli bir kararında, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirine hükmedilmesinin bir mahkûmiyet hükmü olmadığı yönünde karar vermiştir¹⁹⁵⁷. 5271 sayılı CMK m. 223/1' de açıkça düzenlendiği üzere, ceza verilmesine yer olmaması kararı ve güvenlik tedbirine hükmedilmesi mahkûmiyetten ayrı birer hüküm çeşidi olarak belirtildiğinden, kusur yeteneği bulunmayan fail hakkında güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi durumunda bir mahkûmiyet hükmünün olmadığı söylenmelidir. TCK m. 32/2 çerçevesinde tespit edilmiş azalmış kusur yeteneği durumunda ise, bir mahkûmiyet hükmü söz konusudur. Bu konuda hükmedilen cezanın kısmen veya tamamen akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak uygulanmasına karar verilmesi durumunda ise CMK m. 223/6 uyarınca cezaya

süresinin, başvuru yapılacak merci ile başvuru şeklinin hiçbir tereddüte yer vermeyecek biçimde açıkça belirtilmesi zorunludur.

Bu hususların birinin eksikliği halinde, mahkemelerce eksikliği gidermeye yeterli açıklamalı tebligat ile ilgililerin bilgilendirilmesi zorunludur. Böyle bir bilgilendirme yapılmadan, yapılan bildirim ve tebliğ geçerli değildir.” YCGK., E. 2009/5-81, K. 2009/196, T. 07.07.2009 (YKD., C. 35, S. 12, Aralık 2009, s. 2279 vd.)

¹⁹⁵⁷ “Mahkûmiyet hükmünün; beraatın karşılığı olduğu (CMUK. 253/2) ve sanığa isnat olunan suçun sabit sayıldığını ifade eder olduğu içeriğinin ise; suçun kanuni unsurları ile tatbik olunan kanun maddelerini ve tayin olunan ceza miktarı gibi hususlardan teşekkül ettiği (CMUK. 260, 268) suçu işlediği sırada tam akli maluliyet halinde olduğu tıbben belirlenen failere ceza tertip olunmayarak tıbben şifa buluncaya kadar MUHAFAZA ve TEDAVİ altında bulundurulma (TCK. 45/3) kararı verileceği her ne kadar bu durumun sanık açısından hürriyeti bağlayıcı cezaların sonuçlarına benzer nitelik arz ettiği; ancak tahkikatın her aşamasında sulh veya duruşma hakimi tarafından verilebilmesi de nazara alınarak muhafaza ve tedavinin toplumu korumak ve suçluyu iyileştirmek amacına matuf bulunması karşısında bu kararın mahkûmiyet kararı sayılamayacağı aksi halde; infaz tarzı, süresi, yeri ve infazın sonuçları (tekerrür vs.) zamanaşımaları gibi sayılamayacak sonuçları bakımından cevaplandırılmayacak bir çok sorunlar çıkartacağı açıktır.” YCGK., E. 1994/1-91, K. 1994/116, T. 25.04.1994 (YKD., C. 20, S. 10, Ekim 1994, s. 1671)

mahkûmiyet yerine¹⁹⁵⁸ ya da cezaya mahkûmiyetin yanı sıra güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi gerekecektir. Yargıtay bir kararında her iki durumda da temyiz incelemesine tabi olan bir hükmün söz konusu olduğunu belirtmiştir¹⁹⁵⁹.

Sanık hakkında TCK m. 32 ve CMK m. 223 kapsamında ceza verilmesine yer olmadığı kararı ya da güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi kararı verilmesi durumunda, CMK m. 325/1 uyarınca yargılama giderlerinin sanığa yükletilmesi yönünde karar verilecektir. Zira burada akıl hastası sanık tarafından işlenmiş bir suç söz konusudur¹⁹⁶⁰. Burada yukarıda belirtilen akıl hastası hakkında güvenlik tedbirine hükmedilmesinin bir mahkûmiyet hükmü olmadığı açıklamasının hatırlatılmasında fayda vardır. Nitekim CMK m. 223/1’ de güvenlik tedbirine hükmedilmesi kararı, mahkûmiyet kararından ayrı bir hüküm çeşidi olarak sayılmıştır. Ancak bu noktada CMK düzenlemelerinin birbiri ile çeliştiğinin belirtilmesi gerekmektedir. Nitekim CMK m. 325/1’ e göre, “*Cezaya veya güvenlik tedbirlerine mahkûm edilmesi hâlinde, bütün yargılama giderleri sanığa yüklenir.*” Bu düzenlemede sanık hakkında güvenlik tedbirlerine hükmedildiğinde, bu hükmün bir mahkûmiyet kararı olduğu gibi bir sonuç çıkmaktadır. Kanımızca bu çelişki giderilecek şekilde, ilgili düzenlemenin “*Cezaya mahkûmiyet veya güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi hâlinde, bütün yargılama giderleri sanığa yüklenir.*” şeklinde yeniden formüle edilmesi gerekmektedir.

Yargıtay bazı kararlarında, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi durumunda mahkemenin, kararında kişinin tehlikeliliğinin son bulması ya da önemli ölçüde azalması durumunda serbest bırakılacağına ilişkin açıklamaya da yer vermesi gerektiğine karar vermiştir¹⁹⁶¹. Yargıtay bir başka kararında ise bu hususu bozma nedeni olarak görmemiştir¹⁹⁶².

¹⁹⁵⁸ Hükmedilen cezanın tamamen güvenlik tedbiri olarak uygulanmasına karar verilmesi halinde, bu durum söz konusu olacaktır.

¹⁹⁵⁹ “*Gerek mahkûmiyete ek, gerekse bağımsız olarak hükmedilen güvenlik tedbirleri nedeniyle, kesin nitelikteki hükümlerin de her yönüyle temyizden incelenmesi gerekir.*” **YCGK., E. 2009/2-241, K. 2009/286, T. 08.12.2009** (YKD., C. 36, S. 5, Mayıs 2010, s. 926 vd.)

¹⁹⁶⁰ “*Sanık hakkında akıl hastalığı nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığına hükmedildikten sonra yargılama giderlerinin sanığa yükletilmesi yerine kamu üzerinde bırakılmasına karar verilmek suretiyle 5271 sayılı CMK’ nın 325/1. maddesine aykırı davranılması, Bozmayı gerektirmiş,...*” **Yargıtay, 23. CD., E. 2015/11835, K. 2015/5607, T. 26.10.2015.**

¹⁹⁶¹ “*...TCK’nın 57. maddesinin 1. fıkrası uyarınca yüksek güvenlikli bir sağlık kurumunda koruma ve tedavi altına alınmasına karar verilen sanık hakkında aynı maddenin 2. fıkrası gereğince toplum*

Ceza sorumluluğu olan akıl hastaları hakkında mahkeme, suçtan dolayı failin mahkûmiyetine ve güvenlik tedbirine karar verecektir. Önce güvenlik tedbiri uygulanacak, sonra ceza infaz edilecektir¹⁹⁶³. Ceza sorumluluğu bulunan, yani kusur yeteneği tam olarak kalkmamış olmakla birlikte, işlediği fiille ilgili olarak hastalığı yüzünden davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan akıl hastaları hakkında hem cezaya hem de güvenlik tedbirine hükmedilmektedir. Bu failer hakkında önce güvenlik tedbiri uygulanır, daha sonra ceza infaz edilir. Ancak, akıl hastası hükümlünün yerleştirildiği yüksek güvenlikli sağlık kuruluşunda düzenlenen kurul raporunda, akıl hastası hükümlünün mahkûm olduğu hapis cezasının kısmen veya tamamen güvenlik tedbiri olarak infaz edilmiş sayılması da önerilebilir. Mahkeme bu öneriyi değerlendirerek, süre aynı kalmak koşuluyla, hapis cezasının kısmen veya tamamen güvenlik tedbiri olarak uygulanmasına karar verebilir¹⁹⁶⁴. Yargıtay, kişinin yatırıldığı (yerleştirildiği) sağlık kurumunun raporunda bu hususta bir kanaatin bulunmamasına rağmen hükmedilen cezanın kısmen veya tamamen güvenlik tedbiri olarak uygulanması durumunu hukuka aykırı bulmaktadır¹⁹⁶⁵.

açısından tehlikeliliğinin ortadan kalktığına veya önemli ölçüde azaldığının belirtilmesi üzerine mahkeme veya hakim kararıyla serbest bırakılabileceği hususunun kararda gösterilmemesi,...Kanuna aykırı...” Yargıtay, 4. CD., E. 2014/27093, K. 2014/33119, T. 17.11.2014; aynı yönde “Mahkemece suç işlediği kanaatine varılan ve akıl hastası olan sanık hakkında, öncelikle TCY 32. maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmiş ise de, aynı Yasanın 57. maddesi uyarınca ‘... tehlikelilik ortadan kalkıncaya ya da önemli ölçüde azalıncaya kadar yüksek güvenlikli sağlık kurumlarında koruma ve tedavi altına alınmasına...’ karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, bu husustaki hüküm fıkrasının uygulamada tereddüde yol açacak ve sanığın özgürlüğünü zedeler biçimde ‘... TCY 57/1 maddesi uyarınca yüksek güvenlikli bir sağlık kurumunda koruma ve tedavi altına alınmasına...’ karar verilmesi...Yasaya aykırı...”

Yargıtay, 4. CD., E. 2009/20633, K. 2011/25314, T. 27.12.2011 (Kazancı İçtihat Programı)

¹⁹⁶² “Akıl hastalığı sebebiyle ceza ehliyetin bulunmadığından bahisle hakkında 5237 sayılı TCK'nin 32/1. maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına ve 57/1. maddesi gereğince bir Akıl Sağlığı Hastanesinde kontrol ve tedavi altına alınmasına karar verilirken, aynı yasanın 57/2. maddesi gereğince ‘hakkında güvenlik tedbirine hükmedilmiş olan akıl hastası, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca düzenlenen raporda toplum açısından tehlikeliliğinin ortadan kalktığına veya önemli ölçüde azaldığının belirlenmesi üzerine mahkemece serbest bırakılmasına’ dair kısmın yasal sorumluluk olması nedeniyle mahallince karara eklenmesi mümkün görüldüğünden bozma nedeni yapılmamıştır.” **Yargıtay, 3. CD., E. 2014/1023, K. 2014/19893, T. 21.05.2014** (Kazancı İçtihat Programı)

¹⁹⁶³ Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 719.

¹⁹⁶⁴ Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 720.

¹⁹⁶⁵ “Akıl hastalığı sebebiyle işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişi hakkında 5237 Sayılı TC.nun 32/2. maddesindeki ‘ceza altında birinden az olmamak üzere indirilebileceği gibi mahkum olunan ceza, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl

TCK m. 57/7' de, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirleri düzenlenmiştir. Bu kişilerin tedavisi, söz konusu bağımlılıktan kurtulmalarına kadar devam edecektir. Failin TCK m. 191 kapsamında, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alması, kabul etmesi veya bulundurması ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanması durumunda, beş yıl süre ile kamu davasının ertelenmesine karar verilerek bu kişiler hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanacaktır. Hakkında denetimli serbestlik tedbiri verilen kişi, gerek görülmesi halinde denetimli serbestlik süresi içinde tedaviye tabi tutulabilir. Uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı olan kişilerin bu suç işlemleri halinde, bu hüküm (TCK m. 191), akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin hükmedilmesine engel teşkil edecektir¹⁹⁶⁶. Zira bu durumda kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilecektir. Ortada TCK m. 32/1 ya da m. 32/2 anlamında bir hüküm söz konusu olmadığı için güvenlik tedbirlerinin uygulanması da söz konusu olmayacaktır. Bu sonuca güvenlik tedbirlerine hükmedilebilmesi açısından fail hakkında bir yargılama yapılarak suç işlediğinin şüpheden uzak bir şekilde tespit edilmiş olması zorunluluğundan da ulaşılabılır. TCK m. 191 kapsamında kamu davasının açılmasının ertelenmesi durumunda ise, ortada bu şekilde gerçekleştirilen bir yargılama ve tespit söz konusu değildir.

Ancak TCK m. 191 çerçevesinde hakkında kamu davasının ertelenmesi kararı verilen kişinin, erteleme süresi içinde (5 yıl), kendisine yüklenen yükümlülüklerle veya uygulanan tedavinin gereklerine uygun davranmamakta ısrar etmesi, tekrar kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alması, kabul etmesi veya bulundurması, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanması durumunda kamu davası açılacaktır (TCK m. 191/4). Bu halde yapılan yargılama sonucunda uyuşturucu veya

hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabileceği', aynı Kanun'un 57/6. maddesindeki 'işlediği fiille ilgili olarak hastalığı yüzünden davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişi hakkında birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre yerleştirildiği yüksek güvenlikli sağlık kuruluşunda düzenlenen kurul raporu üzerine, mahkum olduğu hapis cezası, süresi aynı kalmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, mahkeme kararı ile akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak uygulanabilir' şeklindeki düzenlemeler karşısında hükme dayanak yapılan Katip Çelebi Üniversitesi Atatürk Eğitim ve Araştırma Hastanesinin 04.11.2016 tarihli raporunda bu yönde bir kanaat bulunmadığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması,... Yasaya aykırı..." Yargıtay, 8. CD., E. 2017/20511, K. 2018/6267, T. 31.05.2018 (Kazancı İçtihat Programı)

¹⁹⁶⁶ Öztürk/ Erdem' e göre, TCK m. 191' de yer alan suçların bağımlı kişi tarafından işlenmesi durumunda bu düzenlemenin, diğer başkaca suçların bağımlı tarafından işlenmesi durumunda ise TCK m. 57/7' nin uygulanması gerekir. Bkz. Öztürk/ Erdem, s. 542.

uyarıcı madde bağımlılığı durumunun kişinin kusur yeteneğini etkilediği tespit edilirse, bu kişiler TCK m. 57/7 çerçevesinde bağımlılıktan kurutulmaları amacıyla bağımlılığa özgü sağlık kuruluşunda tedavi altına alınabilecektir.

Failin fiil anında akıl hastası olup olmadığı ve önceden akıl hastası ise fiil anında bu hastalığın kusur yeteneğine etki edip etmediği gibi hususları, günümüz tıbbının gelmiş olduğu seviyede tespit edecek araç ve yöntem bulunmamaktadır. Bilirkişiler bu konuda bilimsel veri ve tecrübelerle dayanarak bir tahminde bulunmaktadır. Çünkü hastalığın fiil anındaki etkisinin ve etki derecesinin ölçülmesi olanaksız denecek kadar zordur. Fakat, bilimsel olarak bu sorunu giderecek daha iyi bir bilimsel araç ve yöntem olmadığı için, ceza hukuku uygulaması ve kanuni düzenlemeler bu yolu tercih etmektedir. Bu tercih zorunluluktan ve çaresizlikten ortaya çıkan bir uygulamadır. Bu uygulamada haksız sonuçlara yol açılmaması için, mümkün olduğunca en modern ve gelişmiş araç ve yöntemler ile gerçekten konusunda uzman bilirkişilere başvurmak gerekmektedir¹⁹⁶⁷.

Belirtmek gerekir ki, akıl hastası fail hakkında uygulanan güvenlik tedbirlerinin sona erdirilmesine, hükmü veren mahkemece karar verilmelidir. Ancak yeni TCK' nın TBMM Adalet Komisyonundaki görüşmeleri sırasında, İnfaz Kanunu üzerinde yapılacak çalışma ile etkin bir infaz hâkimliği müessesesinin oluşturulmak istenmesi nedeniyle TCK m. 57/2' de "*mahkeme ya da hâkim kararıyla*" ifadesine yer verildiği belirtilmektedir. Fakat belirtilen çalışmaların gerçekleşmemesi nedeniyle, uygulanan güvenlik tedbirine son verilmesi hükmünün, münhasıran hükmü veren mahkemeye ait olması gerektiği söylenmektedir¹⁹⁶⁸.

Akıl hastası hakkında tedavi ve koruma tedbirine hükmedilmesi halinde, infazı kısıtlayacak şekilde¹⁹⁶⁹, bu tedbirin infaz edileceği yer kararda

¹⁹⁶⁷ Ünver, "Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri", s. 141.

¹⁹⁶⁸ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 862. Ünver de TCK m. 57' de yer alan "mahkeme veya hakim kararı" ifadesinin "hükmü veren mahkeme" olarak anlaşılması gerektiğini, maddede yer alan "hakim" ifadesinin gereksiz bir fazlalık olması nedeniyle madde metninden çıkarılmasını önermektedir. Bkz. Ünver, "Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri", s. 148.

¹⁹⁶⁹ "...infaz yetkisini kısıtlayacak şekilde 'üçer aylık süreler halinde rapor alınmak üzere adı geçen Bakırköy Ruh Sağlığı Hastanesine sevkine' karar verilmesi, Yasaya aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden hükmün bozulmasına, ancak bu durumun yeniden yargılama yapılmaksızın CMUK' un 322. Maddesine göre düzeltilmesi mümkün bulunduğundan, 191/3. maddesinin aslına bağlı kalınarak, yukarıda belirtilen hüküm fıkrasında yer alan 'Bakırköy Ruh Sağlığı Hastanesi' ibaresi çıkarılmak suretiyle hükmün düzeltilerek onanmasına..."
Yargıtay, 10. CD, 2005/11410, 2006/1679, T. 8.2.2006 (Yaşar/ Gökcan/ Artuç, C. II, s. 1915)

gösterilmemelidir. Bu hususun tespit ve tayin yeri, infazdan sorumlu savcıya aittir. Mahkemenin hükmünde bu yeri göstermesi cumhuriyet savcısının yetkisine müdahale teşkil edeceğinden, infaz savcısının infaz konusundaki takdir yetkisini kısıtlayıcı hukuka aykırı bir işlemdir¹⁹⁷⁰. TCK m. 57/2' ye göre mahkeme kararı ile serbest bırakılan akıl hastası hakkında, TCK m. 57/3 uyarınca sağlık kurulu raporu ile tıbbi kontrol ve takibin gerektiği ve bunun süreleri yer almışsa, Cumhuriyet savcısı infaz evrakını mahkemeye göndermez. TCK m. 57/4 uyarınca söz konusu kişilerin teknik donanımı ve yetkili uzmanı olan sağlık kuruluşlarına göndermeleri Cumhuriyet savcısı tarafından sağlanır. Yargıtay bir kararında sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verildikten sonra, genel ifade ile “güvenlik tedbiri uygulanmasına” karar verilmesi suretiyle infazda duraksamaya neden olunmasını hukuka aykırı bulmuştur. Karara göre, sanığın yüksek güvenli bir sağlık kurumunda “koruma ve tedavi altına alınmasına” şeklinde karar verilmesi gerekmektedir¹⁹⁷¹.

TCK m. 57' ye göre, sayı ve süre sınırı olmaksızın tehlikelilik hali her baş gösterdiğinde, kişinin tekrar koruma ve tedavi için özgürlüğü kısıtlanacak, tehlikeliliği kalkınca salıverilecek ve bu sürekli tekrar edecektir. Bu durum ise, katlanılması son derece zor ve hukuken de gerekçelendirilemeyecek bir yaptırım infaz biçimidir¹⁹⁷². Bu nedenle tedbirlere hükmedilmesi ve tedbirlerin infazı hakkında geçerli olan ölçülülük ilkesinin, tedbirin infazı süresi arttıkça daha katı olarak sorgulanması gerekmektedir.

¹⁹⁷⁰ Ünver, “Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri”, s. 148.

¹⁹⁷¹ “Sanık hakkında müştekiye karşı tehdit eylemi sebebiyle kurulan ceza verilmesine yer olmadığı kararı yönünden; akıl hastalığı sebebiyle hakkında 5237 Sayılı TCK'nin 32/1. maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığına karar verilen sanığın aynı Kanun'un 57/1. maddesi gereğince yüksek güvenli bir sağlık kurumunda ‘koruma ve tedavi altına alınmasına’ karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, ‘güvenlik tedbiri uygulanmasına’ denilmek suretiyle infazda duraksamaya neden olunması,...Bozmayı gerektirmiş,...” Yargıtay, 4. CD., E. 2015/28621, K. 2017/24077, T. 06.11.2017 (Kazancı İçtihat Programı)

¹⁹⁷² Ünver, “Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri”, s. 149.

VII. CEZA YAPTIRIMININ GÜVENLİK TEDBİRİ OLARAK İNFAZ EDİLMESİ SORUNU

A. Genel Olarak Sorunun Tespiti

Ceza hukukunun, yaptırım türleri açısından cezalar ve güvenlik tedbirlerine yer vererek iki izlilik prensibini benimsemiş olması değişik açılardan gerekçelendirilebilmektedir. Her ne kadar ceza hukukunda “kusuru ödetme ya da kusura karşı misillemede bulunma” görevi ile “failin tehlikeliliğine karşı koyma” görevleri farklı şeyler olarak görülse de, her ikisinin de ceza hukukunun meşru görevleri oldukları söylenebilir¹⁹⁷³. Birer hukuk devleti enstrümanı olan güvenlik tedbirlerinin de cezalarda olduğu gibi hukuka uygunluğunun sağlanması şarttır. Bu nedenle bu tedbirlerin sadece amaca uygun olmaları değil, aynı zamanda adaleti sağlama açısından da işlevlerinin bulunduğu söylenmelidir. Anayasal düzenin her vatandaşa sağlamış olduğu özgürlüğün, aslında “toplumla bağlantılı bir özgürlük” olduğu, bu nedenle toplum içinde başkalarını önem arz edecek derecede tehlikeye düşürmeden yaşayamayan kişilerin, kendi özgürlüklerine birtakım müdahalelerde bulunulmasına katlanmak zorunda olduğu açıktır¹⁹⁷⁴.

Ceza ve güvenlik tedbiri yaptırımları, yöneldikleri hedefler ve koşulları itibariyle farklıdır. Ancak infaz durumunda bu yaptırım türlerinden birinin kısmen diğerinin görevlerini ortak şekilde yerine getirebileceği iddia edilmektedir. Geçerli hukuk sisteminde infaz aşamasında cezaların ve tedbirlerin kümülasyonu suretiyle mahkûmun çifte yüke maruz kalmasını önlemek ve tekrar sosyalleşmesi için mümkün olan en iyi koşulları sağlamayı amaçlayan tek izlilik sistemi bu anlayışa uygundur¹⁹⁷⁵. İşlenmiş olan suç hakkında önleyici tedbirler ile ceza yaptırımları arasında bağlantı kurulmasının avantajının, her iki yaptırım türünün infaz aşamasında “mahsup” edilme ilişkisine sahip olabilmesi olduğu belirtilebilir¹⁹⁷⁶. Şayet cezanın infazından önce mahkûm, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri kapsamında bir sağlık kurumunda zorunlu tedaviye alınmışsa, bu durum kişinin özgürlüğünün ciddi

¹⁹⁷³ Jescheck/ Weigend, § 9, s. 86.

¹⁹⁷⁴ Jescheck/ Weigend, § 9, s. 86.

¹⁹⁷⁵ Jescheck/ Weigend, § 77, s. 818.

¹⁹⁷⁶ Jescheck/ Weigend, § 77, s. 803.

oranda kısıtlanması anlamına geleceğinden, en azından ceza miktarının bir kısmından feragat edilmesinin mümkün olacağı savunulmaktadır¹⁹⁷⁷. Şartlara bağlı olarak ceza hukukunun meşru amaçlarına ulaşmak için tek müdahale ile, ceza ve güvenlik tedbiri kendi özellikleriyle birlikte eş zamanlı olarak uygulanabilir¹⁹⁷⁸. Ceza yaptırımını ile güvenlik tedbiri arasında yapılacak dogmatik ayırım, ulaşılmak istenen her iki farklı etkinin bağdaşık bir müdahale ile gerçekleştirilmesi olanağını ortadan kaldırmamaktadır¹⁹⁷⁹. Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri gibi özgürlükten mahrum bırakıcı bir müdahaleden aynı zamanda makul düzeyde cezalandırıcı bir müdahale olarak da yararlanmak mümkünse, bunun da göz önüne alınması gerekmektedir¹⁹⁸⁰. Böylece ceza ve akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin infazının birbiri ile ilişkilendirilmesi gerektiği söylenebilir.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi bu hususa şu şekilde vurgu yapmaktadır: *“Hapis cezası ve tedbir (...) farklı amaçlar güder. Bu nedenle bunlara, birbirinin yanında da hükmedilebilir. Bununla beraber devletin bir suça gösterdiği her iki reaksiyon da özgürlükten mahrum bırakma uygulamasına bağlanmıştır. Anayasa (GG) Madde 2 Fıkra 2 Cümle 2’de yer alan temel hakların korunması nedeniyle her iki yolun, münferit olarak ilgili kişinin özgürlük hakkına gereğinden daha fazla müdahale etmeden, amaçlarına mümkün olduğunca erişilebilecek biçimde birbirleriyle ilişkilendirilmesini gerektirir.”*¹⁹⁸¹

Bu bakış açısından anayasal düzeyde, tedbirin infaz süresinin cezanın süresiyle kısmen mahsup edilme ilişkisini öngören infaz normlarının aleyhine bir yorum getirilemeyeceği söylenmektedir. Yasa koyucu, cezanın amaçlarıyla tedbirin amaçlarını birbirine nasıl uyarlayacağı konusunda karar vermede ve bu konuda bir düzenleme yapabilmek için hareket alanına sahiptir. Sınırlama yapmak zor olsa da, eğer tedbirin uygulanmasında ilgili kişinin “itibar edilebilir hiçbir nedeni olmaksızın” tedaviyi istememesi nedeniyle tedbir amacına ulaşmak başarısız oluyorsa, içinde

¹⁹⁷⁷ Jescheck/ Weigend, § 77, s. 803-804.

¹⁹⁷⁸ Freund, “Gefahren und Gefährlichkeiten im Straf- und Maßregelrecht”, s. 199.

¹⁹⁷⁹ Freund, “Gefahren und Gefährlichkeiten im Straf- und Maßregelrecht”, s. 199-200.

¹⁹⁸⁰ Freund, “Gefahren und Gefährlichkeiten im Straf- und Maßregelrecht”, s. 200.

¹⁹⁸¹ BVerfGE 91, 1 (31) aktaran Dessecker, s. 341.

hiçbir mahsup uygulamasının gerçekleşmediği durum tasavvurları da düşünülebilir¹⁹⁸².

Ceza yaptırımını ile akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin iç içe geçtiği ve tartışmaların odak noktası haline gelen düzenlemeler TCK m. 32/2 ve TCK m. 57/6 olarak göze çarpmaktadır. Zira bu düzenlemelerin içeriğine bakıldığında akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneği azalmış fail hakkında akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi adeta ceza yaptırımının miktarına bağlı kılınmıştır. Bu düzenlemelerde yer alan, kişinin mahkûm olduğu hapis cezasının süresi aynı kalmak koşuluyla kısmen ya da tamamen, mahkeme kararıyla akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabileceği ifadesi bir bakıma cezadan çevrilme güvenlik tedbirlerinin olduğu yönünde bir anlayışın bulunduğu gibi bir algı uyandırmaktadır. Öyle ki azalmış kusur yeteneğinin tespit edildiği durumlarda, hükmedilen cezanın tedbirlere çevrilmesi olanağının mutlaka tartışılması gerektiği de yargı kararlarında belirtilmektedir¹⁹⁸³. Bu hükümlerin içeriğinin anlaşılması, yerindeliliğinin sorgulanması ve başkaca sistemlerin uygulanabilirliğinin tartışılması bakımından şu sorulara cevap bulunması gerekmektedir:

1. Cezalar ile akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri bir arada uygulanabilir mi? Uygulanabilir ise, bu yaptırımların hangi sıralama ile infazı gerçekleştirilmelidir? Tedbirler önce uygulanırsa, uygulanan tedbirin süresi hükmedilen ceza miktarından mahsup edilebilir mi?

2. Ceza yaptırımları güvenlik tedbiri olarak uygulanabilir mi? Ya da daha doğru bir ifade ile ceza yaptırımının akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirine çevrilmesi mümkün müdür? Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine, ceza yaptırımının uygulanması ile amaçlanan hedefler ya da cezanın işlevleri aktarılabilir mi? Bu tedbirlerin bu işlevleri üstlenebilmesi mümkün müdür?

¹⁹⁸² Dessecker, s. 341.

¹⁹⁸³ “Akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneğinin azaldığı Adana Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesi'nin 04/04/2012 tarihli raporuyla saptanan sanık hakkında, TCK' nın 32/2 ve 57. maddeleri uyarınca, mahkum olunan cezanın tamamen ya da kısmen akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da çektirilmesine karar verilebileceği gözetildiğinde bu hususun tartışmasız bırakılması,...Kanuna aykırı,...” **Yargıtay, 18. CD., E. 2015/3864, K. 2015/9548, T. 28.10.2015.**

Bu sorulara cevap bulunabilmesi için öncelikle akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneği azalmış olan fail hakkında ceza yaptırımının ne şekilde uygulanacağı, bu kişiler hakkında hangi şekilde akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri hükmedileceği tartışılmalıdır. Bu konu ceza hukuku öğretisinde de değişik sistem ve ihtimaller üzerinden tartışılmaktadır. Aşağıda bu sistemlerin özelliklerine değinilmeye çalışılacaktır.

B. Ceza Yaptırımı ve Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirlerinin İnfaz Aşamasında Birbirine Göre Konumu

1. Genel Olarak

Ceza hukukunun meşru amaçlarını gerçekleştirmek üzere birlikte hükmedilen cezalar ve güvenlik tedbirlerinin ne şekilde ve hangi sıralama ile uygulanacağı sorunu, ceza hukuku sistemi içinde yaptırım hukukunun iki izliliği prensibinin ne şekilde geçerli olduğu konusunu da yakından ilgilendirmektedir. Zira azalmış kusur yeteneğine sahip fail, hem ceza sorumluluğuna sahip olarak ceza yaptırımı uygulanmaya layık olan kişi, hem de kendisinde mevcut akıl hastalığı nedeniyle toplum açısından tehlikelilik arz etmesi dolayısıyla hakkında akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi gereken kişidir. Bu iki yaptırım türünün infaz aşamasında ne şekilde bağdaştırılacağı ya da birbirinin süresi ve infazına etki edip etmeyeceği hususları tartışmaların temelini oluşturmaktadır. Eski dönemlerde bir suç işlemiş ve toplum açısından tehlikelilik arz eden azalmış kusur yeteneğine sahip akıl hastası failer için bazı uygulama önerileri belirtilmiştir. *Delbrück* ve *Kahl*' a göre, toplum açısından tehlikeli, kriminal nitelikteki azalmış kusur yeteneğine sahip failer için özellikle merkezi, cezanın infazı ve muhafaza altında tutma amaçlarına hizmet eden güvenlik altına alan kurumların (=tedbir kurumlarının) kurulması gerektiği belirtilmiştir. Yazarlara göre bu kurumlar, cezaevi çalışanları ve hekimlerin ortak yönetimi altında bulunması gerekmektedir. Buna göre cezanın niteliği, hâkim tarafından kabul edilmiş hapis cezası süresi içinde giysi, çalışmaya zorlama ve sıkı disiplinle belirginleştirilmelidir. Cezanın çekilmesinden sonra azalmış kusur yeteneğine sahip olan kişi, güvenlik kurumu içinde toplum için tehlikeli olma hali

ortadan kalkıncaya kadar kalır¹⁹⁸⁴. Bu öneri değişik açılardan yerinde görülmemiştir. Fizikî bir kurumun cezaevi ve akıl hastanesi arasında bulunmasının fiilen mümkün olmadığı, ya cezaevi niteliğinin ya da hastane niteliğinin egemen olacağı belirtilmiştir. Örneğin cezaevi niteliğinin egemen olması durumunda azalmış kusur yeteneğine sahip olan kişinin cezasını çektiği aynı yerde tecrit altında tutulmasının hem fail hem de toplumun diğer bireyleri açısından acı verici bir adaletsizlik olarak algılanacağı söylenmiştir. Ayrıca böyle bir uygulamanın adeta zamansal bakımdan sınırlanmamış bir ceza hükmü yaratacağı da belirtilmiştir. Oluşturulacak olan fizikî kurumun tedbir niteliği ağır basarsa, o zaman da gerçekte yalnızca bir tedbir olan cezanın çekilmesi amacının, hangi nedenden dolayı görünürde bir ceza ile gerçekleştirildiğini açıklama imkânı kaybolmuş olacaktır¹⁹⁸⁵.

2. Ceza ile Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirine Birarada Hükmedilmesi

Akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneğine sahip olan failer hakkında hem ceza yaptırımını hem de akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri yaptırımının uygulanması açısından iki ihtimal söz konusudur. Bunların ilki cezanın tedbirden önce uygulanması, yani *cezanın zamansal olarak öne çekilmesi* durumudur. Bu uygulamada esasen ceza sorumluluğunun bulunduğu tespit edilen azalmış kusur yeteneğine sahip akıl hastası failer hakkında hükmolunan cezanın infazı gerçekleştirilmekte, daha sonra ise failin toplum açısından tehlikelilik durumuna göre hakkında akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine başvurulmaktadır. Bu uygulama biçimi kuşkusuz cezanın bir karşılık verme ya da misilleme olduğu öğretisi bakımından gerekçelendirilmektedir¹⁹⁸⁶. Akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneğine sahip kişi, cezayı sağlıklı suçlularla birlikte ıslah- veya cezaevinde sonuna kadar çekip bitirdikten sonra, bir sağlık kurumunda tehlikeliliğinin önlenmesi amacıyla zorunlu tedaviye maruz bırakılacaktır. Bu uygulama öğretilere

¹⁹⁸⁴ Adolf Asper, **Die Sicherung der Gesellschaft vor gemeingefährlichen verbrecherischen Geisteskranken (Unzurechnungsfähigen und Vermindert-Zurechnungsfähigen)**, Verlag von F. C. W. Vogel, Leipzig, 1917, s. 117-118.

¹⁹⁸⁵ Asper, s. 118.

¹⁹⁸⁶ Asper, s. 118.

maruz kalmıştır. Bu eleştirilere göre, ne bu kişinin ne de onun ailesi ve toplumun çoğunluğunun, failin toplum için tehlikeli olduğuna dair yeni delilleri ortaya koymadan, onu doğrudan cezanın içinden alıp belirsiz bir süre boyunca bir akıl hastanesine kapatmanın gerekçesini anlayamayacaktır. Bu türden tedbirlerle bu insanların, gereksiz yakınma eğilimini ve suçsuz yere takibata uğradıklarına yönelik inançlarını arttırmak için tahrik etmek söz konusu olabilir¹⁹⁸⁷. Bu uygulamaya getirilecek bir başka eleştiri de, ceza uygulaması ve bir psikiyatri hastanesine kapatma tedbirinin her ikisinin de özgürlüğü kısıtlayıcı bir müdahaleye neden olması ve bunun failin çifte yük altına sokulması anlamına gelmesi eleştirisidir. Gerçekten de bu yaptırım türlerinin amaçlarının farklı olmasına rağmen uygulanış biçimlerinin birbirine yaklaşması, toplumda ve bizzat failde bir psikiyatri kurumuna kapatılma durumunda da, aynı cezalarda olduğu gibi bir fenalık, kötülük olduğu inancı, failin çifte yük altında bırakıldığı görüşünü destekler niteliktedir.

Cezaların ve tedbirlerin birbiri yanında hükmedilmesi açısından ikinci ihtimal ise, azalmış kusur yeteneğine sahip akıl hastaları hakkında hükmedilen cezaların infazı öncesinde, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanmasıdır. Bu durumda tedbirlerin infazının, ceza infazının önüne çekilmesi söz konusudur. Azalmış kusur yeteneğine sahip olan kişiler hakkında bu uygulamanın daha yerinde bir uygulama olduğu savunulmaktadır. Bu görüşe göre, toplumun tehlikelilik arz eden failden korunması, kusura ceza aracılığıyla karşılık verilmesinden, yani kusura ceza aracılığıyla misillemede bulunulmasından daha önemlidir¹⁹⁸⁸. Tehlikeli olan azalmış kusur yeteneğine sahip kişi, tehlikeliliği büyük oranda hastalığına bağlı olan bir hastadır. Bu yüzden ruhsal bozukluğun iyileştirilmesiyle suçlunun toplum için mevcut olan tehlikeliliğinin de ortadan kaldırılması denenmiş olacak ve böylece toplumun korunmaya yönelik talebi de en iyi şekilde karşılanmış olacaktır¹⁹⁸⁹. Söz konusu görüş temelde haklı olmakla birlikte özellikle cezaya ve tedaviye yeterince duyarlılığı bulunmayan psikopati durumunda geçerliliğini yitirmektedir. Çalışmanın önceki bölümlerinde de belirtildiği üzere bu fail grupları esasen bir psikiyatri hastanesinin klasik yatılı hastaları arasında yer almamaktadır. Bu kişilere

¹⁹⁸⁷ Asper, s. 119.

¹⁹⁸⁸ Asper, s. 119.

¹⁹⁸⁹ Asper, s. 119.

uygulanacak tedavinin, ne ölçüde bu kişilerin ileri ki yaşamlarındaki davranışlarında tehlikeliliğini önleyeceği en azından şüphelidir. Öğretide v. *Liszt* ve *Haft*, azalmış kusur yeteneğine sahip ve toplum açısından tehlikelilik arz eden kişileri iki gruba ayırmaktadır¹⁹⁹⁰. Bunlar, cezanın infaz edilmesinin üzerlerinde dezavantaj oluşturan bir etkisinin olmadığı suçlular ve cezanın üzerlerinde dezavantaj oluşturan bir etki yaratmasından korkulan suçlular olarak belirtilebilir. Cezanın infaz edilmesinin üzerlerinde dezavantaj oluşturan bir etkisi olmayan kişiler hakkında ilk olarak cezanın infazının uygulanması gerekmektedir. İkinci grup suçlular açısından ise, koruma ve gözetim tedbirlerinin uygulanması ile başlanmalıdır. *Asper*' e göre, “*Ruhsal durumları nedeniyle hekim denetimi altında muhafaza altına alınması gereken kişiler, bu durum devam ettiği sürece ceza evine ait değildir.*”¹⁹⁹¹ Kanımızca burada tartışılan husus cezaya duyarlılık ve hükümlünün ceza infazına engel olan ruhsal rahatsızlığa sahip olması durumudur. Bu durum ise daha çok ceza infazını durdurucu nedenlerden birisidir. Bu nedenle söz konusu görüşlerin akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneğine sahip olan fail hakkında hangi yaptırımın önce uygulanacağı tartışmaları açısından doğrudan bir belirleyicilik işlevi bulunmamaktadır.

3. Güvenlik Tedbirlerinin Cezanın İşlevini Üstlenmesi (Temsil İlkesi = *Das Prinzip des Vikarierens*)

Cezalar ile güvenlik tedbirlerinin birbiri yanında hükmedilmesi ve infaz aşamasında uygulanan güvenlik tedbirlerinin hükmedilen ceza süresinden mahsubu ile ilgili iki sistem bulunmaktadır. Bunlar: 1. Temsil Sistemi, 2. Toplanma Sistemi olarak belirtilebilir. Temsil sisteminde güvenlik tedbirlerinin cezanın işlevlerini de görebileceği kabul edildiğinde, infaz sırasında güvenlik tedbirleri ceza yerine uygulanır¹⁹⁹². Bu sistemde cezanın yanında akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilmekte, infaz sırasında önce uygulanan akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin içermiş olduğu zorunlu tedavinin ve kapatılmanın özgürlüğü

¹⁹⁹⁰ Aktaran *Asper*, s. 120.

¹⁹⁹¹ *Asper*, s. 120.

¹⁹⁹² Nuhoğlu, *Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri*, s. 150.

kısıtlayıcı özellik arz etmesi nedeniyle, uygulanan güvenlik tedbiri süresi, hükmedilen ceza süresinden mahsup edilmektedir. Burada uygulanan akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin içermiş olduğu fenalığın (kötülüğün), ceza yaptırımının içermiş olduğu fenalığı içermiş olduğu varsayımından hareketle böyle bir uygulamaya gidilmektedir. Buradaki amaç failin çifte özgürlüğü kısıtlayıcı yük altında bırakılmamasıdır¹⁹⁹³. Bir psikiyatri kurumuna yerleştirme tedbiri de zorunlu olarak özgürlükten mahrum bırakma anlamına gelir ve tedbire maruz kalan kişi bu uygulamayı bir tür ceza olarak hisseder. Bu kişinin tedavi ve bakım kurumundan taburcu olduktan sonra hükme uygun olarak belirlenmiş tüm ceza süresini çekmek zorunda olması adaletsiz olabilir¹⁹⁹⁴. Toplanma sisteminde ise, ceza uygulamasının yetersiz kaldığı failer hakkında cezaların yanında güvenlik tedbirleri uygulanmalıdır¹⁹⁹⁵. Toplanma sistemi güvenlik tedbirlerinin istisnasız olarak cezanın yanında uygulanmasını ve genellikle cezanın güvenlik tedbirlerinden önce infaz edilmesini öngörmektedir¹⁹⁹⁶. Kanımızca TCK m. 32/2 ve m. 57/6 çerçevesinde tartışılması gereken temsil sistemi üzerinde durulması gerekmektedir.

Tedbirin cezadan önce infaz edilmesi ve özellikle cezalar ile tedbirler arasında değiş-tokuş ilişkisini içeren sisteme (Alm. *Vikariierung*), sistemin ceza fonksiyonlarının kabul edilemez biçimde tedbire aktarılmasını içermesi ve bu şekilde tedbir ile ceza arasında belirsiz bir alan yaratması nedeniyle itiraz edilmiştir¹⁹⁹⁷. Eleştiriler bir yana bırakılırsa infaz düzeyinde cezanın fiilen kapsamlı olarak tedbirle ikame edilmesi durumu akla yatkın olarak değerlendirilebilecektir. Ancak bu durumda cezanın işlevlerinin açıkça anlaşılır biçimde akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri tarafından devralınmak zorunda olduğu söylenmelidir¹⁹⁹⁸. Bir işlev aktarımı yalnızca, güvenlik tedbirinin infazının cezanın infazından farklı işlevleri yerine getirmek zorunda olması koşuluyla kabul edilebilir. Zira bu türden farklı işlevlerin yerine getirilmesi söz konusu değilse, salt cezanın infazından başka bir uygulamaya gitmeye de ihtiyaç yoktur. Bu tarz akıl hastalarına özgü güvenlik

¹⁹⁹³ Freund, "Gefahren und Gefährlichkeiten im Straf- und Maßregelrecht", s. 200.

¹⁹⁹⁴ Asper, s. 120.

¹⁹⁹⁵ Nuhoğlu, Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri, s. 158.

¹⁹⁹⁶ Nuhoğlu, Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri, s. 158.

¹⁹⁹⁷ Helmut Marquart, **Dogmatische und kriminologische Aspekte des Vikariierens von Strafe und Maßregel**, Duncker & Humblot, Berlin, 1972, s. 41.

¹⁹⁹⁸ Marquart, s. 41.

tedbirlerinin cezanın işlevlerinden farklı işlevleri yerine getirmesi görüşü en azından kuşku olarak görülmektedir¹⁹⁹⁹.

Sorunun temelinde cezanın işlevleri ile güvenlik tedbirlerinin işlevlerinin örtüşüp örtüşmediği kadar, cezanın infazının ve güvenlik tedbirinin infazının işlevlerinin aynı olup olmadığı veya bunların ne ölçüde örtüştüğü de yatmaktadır. Her ne kadar bunun bilimsel olarak tespiti mümkün görülme de, her durumda her iki infaz biçiminin de farklı fonksiyonlara sahip olması gerektiği söylenmelidir. Çünkü ceza ve güvenlik tedbiri ceza hukuku dogmatığı açısından farklı yapılandırılmıştır. Hem gerçekleştirilmelerinin spesifik evrelerinde (örneğin hükmedilme yöntemlerinde), hem de işlevsel bakımdan tam olarak örtüşmezler²⁰⁰⁰.

Buna karşın ceza yaptırımının akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri ile ikame edilebileceği de savunulabilecektir. Çünkü her iki yaptırım biçimi fiili etkileri bakımından esasen farklılık göstermemektedir. Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri spesifik ceza fonksiyonlarının yerine getirilmesi için önemli unsurları içermektedir. Bu unsurlar “işlenen haksızlık niteliğindeki bir fiile karşı tepki olma”, “özgürlükten yoksun bırakarak rahatsızlık verme ya da fenalık, kötülük içirme ve bu sayede kefaretin mümkün kılınması” ve “bozulmuş hukuk düzeninin telafi edilmesi” şeklinde sayılabilecektir²⁰⁰¹. Bu durum elbette, cezanın fonksiyonlarını gözetdiği halde dahi tedbirin artık bir tedbir değil, tam tersine bir ceza olduğu anlamına gelmez²⁰⁰². Nesnel olarak tedbir cezaya dönüşmez. **Daha ziyade yalnızca hukuk devletinin standartlarını karşılamak amacıyla makul bir cezalandırma çerçevesinde hak edilen özgürlükten mahrum bırakma uygulaması, tedbirin amacına ulaşmak için anlamlı bir şekilde zaten kullanılmıştır.** Böylelikle ceza süresinin bitmesini beklemek, tedbirin amacına ulaşmak için gereksiz bir ilave özgürlük yoksunluğuna yol açacaktır²⁰⁰³. Koşulları bakımından “failin kişiliğiyle ilişkilendirme” ve spesifik hedefleri bakımından “kriminolojik öneme sahip derin psikik bozuklukların veya fiziksel kusurların ortadan kaldırılması”, tedbirin yapısal ve işlevsel olarak cezadan farklı olduğunu göstermektedir. Bu farklılığın yansıması

¹⁹⁹⁹ Marquart, s. 42.

²⁰⁰⁰ Marquart, s. 42.

²⁰⁰¹ Marquart, s. 43.

²⁰⁰² Marquart, s. 43.

²⁰⁰³ Freund, “Gefahren und Gefährlichkeiten im Straf- und Maßregelrecht”, s. 200, 210.

olarak cezalar ile özgürlüğü bağlayıcı güvenlik tedbirlerinin kümülasyonu uygulaması, özellikle çifte cezalandırma tartışması ve anayasal düzeyde ölçülülük ilkesine aykırılık gibi problemlerle karşı karşıya kalmaktadır²⁰⁰⁴.

Temsil sisteminin olumlu yanının ceza infaz sistemini fazla yükten, örneğin akıl hastalarından, mesleki suçlulardan kurtarması olduğu belirtilmektedir²⁰⁰⁵. Temsil sistemi hiçbir zaman genel veya özel önleme etkisinin kaybı anlamına gelmemektedir. Ayrıca belirsiz süreli güvenlik tedbirlerinin belirli süreli cezadan çok daha etkili oldukları savunulmaktadır²⁰⁰⁶.

Temsil sisteminin ceza hukuku dogmatığı açısından olumlu olduğu yönünde görüşler olduğu gibi, bu sisteme eleştiriler de yöneltilmektedir. Bu eleştirilerden ilki, infazda ceza yerine güvenlik tedbirlerinin uygulanması ve uygulanan sürelerin ceza sürelerinden mahsup edilmesinin, iki izlilik ilkesinin esasıyla bağdaşmadığı noktasındadır²⁰⁰⁷. Aynı şekilde temsil sisteminin ceza hukukunun temel ilkesi olan kusur ilkesini ihlâl edeceği de belirtilmektedir. Çünkü ceza yaptırımına failin fiili sonrasında kusurunun denkleştirilmesine, bir başka deyişle kefarete düşüncesine dayanılarak hükmedilmektedir. Kusurlu sayılan failin kusuru nedeniyle layık olduğu ceza yaptırımının güvenlik tedbiri olarak uygulanması kusur ilkesine aykırılık teşkil edecektir²⁰⁰⁸. Öte yandan ceza yerine güvenlik tedbirlerinin uygulanması ile, cezanın ölçüsünün sadece kusurla değil, failin tehlikeliliği ile de bağlantılı bir hale getirilmiş

²⁰⁰⁴ Marquart, s. 43.

²⁰⁰⁵ Nuhoğlu, Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri, s. 150.

²⁰⁰⁶ Nuhoğlu, Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri, s. 150-151.

²⁰⁰⁷ Nuhoğlu, Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri, s. 156.

²⁰⁰⁸ Bu eleştiriye karşı öğretilerde karşı argümanlar ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, kefarete sırf ölçü olarak düşünülemez, aynı zamanda fail tarafından kusurunun kabulü ve faile bireysel sorumluluk uyarısı olarak kabul edilir. Bu halde ise kusur ilkesi ile çatışma yoktur. Bu görüş için bkz. Nuhoğlu, Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri, s. 157. Ancak pratikte bu görüşün yerinde olmayacağı söylenebilir. Zira genellikle zihinsel bozukluk nedeniyle kusur yeteneği azalmış olarak kabul edilen fail grupları, psikopatlar, akıl zayıflığına sahip kişilerde kusurun kabulü ya da bireysel sorumluluk uyarısının gerçekleşmediği belirtilmektedir. Öyle ki bu kişiler psikiyatri hastanesinin olağan hastaları olarak dahi görülmemektedir. Bir psikopatın gerçekleştirmiş olduğu kusurlu fiil sonrasında cezalandırılmayarak, zorunlu tedavi altına alınmasının onun ileri ki fiillerinde sorumlu bir birey olarak davranacağı önkabulü, çalışmanın önceki bölümlerinde yer verildiği üzere klinik ve kriminolojik gerçeklikle bağdaşmamaktadır. Zira bu kişilerin duygusal kapasiteleri gelişmemiştir. Cezaya duyarlılığı dahi tartışmalı olan bu kişilerin tedavi ile bireysel anlamda sorumluluğunun hatırlatılmasına cevap vereceğini düşünmek yanlış olacaktır.

olacağı söylenmektedir²⁰⁰⁹. İnfaz aşamasında cezanın güvenlik tedbiri olarak uygulanması durumunda, güvenlik tedbirlerinin ceza işlevi taşımak zorunda kalacağı eleştirileri de bulunmaktadır²⁰¹⁰.

Temsil sistemine yapılan eleştirilerden bir başkası da, bu sistemin eşitlik ve adalet ilkesi ile çatıştığı yönündedir²⁰¹¹. Failin henüz hakkında ceza yargılaması sonucunda bir ceza ya da güvenlik tedbirine hükmedilmemiş olması ancak akıl hastalığı nedeniyle toplumsal tehlikeliliği mevcut olduğu durumlarda Medeni Kanun hükümleri uyarınca fail hakkında zorunlu tedaviye karar verilebilecektir. Bu halde de akıl hastası olan failin özgürlüğü kısıtlanacak ve bu süre zarfında aynı akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinde olduğu gibi zorunlu tedaviye maruz kalacaktır. Ancak bu şekilde zorunlu tedaviye maruz kalan failin, zorunlu olarak sağlık kurumunda geçirdiği sürenin ileride hükmedilecek cezadan mahsup edilip edilmeyeceği hususu, tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Nitekim bu tedbirin bir ceza hukuku tedbiri olmaması nedeniyle kişinin ileride hastalık nedeniyle işlediği suçtan dolayı hükmedilecek cezadan mahsup edilmemesi gerekecektir. Temsil sisteminde ise, sağlık kurumunda geçirilen süre ceza miktarından doğrudan mahsup edilmektedir. Bu iki durum arasındaki farklılığın toplumun geneli açısından anlaşılabilmesi güçtür.

Temsil sistemine yönelik eleştirilerden bir diğeri de, bu sistemle tehlikeli faille iltimas geçildiği iddiasıdır²⁰¹². Bu iddianın temelinde tedbirin infazı uygulanması uygun görülüş fail grubunun normal failden “daha tehlikeli” olduğu itirazı yer almaktadır. Bu durumda “tehlikeli” olması nedeniyle tedbirin infazına maruz kalan kişiye, “tehlikelilik” arz etmeyen ve dolayısıyla tedaviye ihtiyaç duymayan faille kıyaslandığında iltimas sağlandığı iddia edilmektedir. Ancak kuramsal olarak bu türden bir iltimasın söz konusu olabilmesi için, ya tedbir infazının cezanın infazıyla kıyaslandığında önemli ölçüde kişiye daha fazla rahatlık sunması gerekecektir veya tedbirin infazı sırasında özgürlükten mahrum bırakma süresinin infaz edilmesi gereken cezanın önemli miktarda gerisinde kalması gerekecektir²⁰¹³.

²⁰⁰⁹ Nuhoğlu, Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri, s. 157.

²⁰¹⁰ Nuhoğlu, Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri, s. 157.

²⁰¹¹ Marquart, s. 43-44.

²⁰¹² Marquart, s. 57.

²⁰¹³ Marquart, s. 57.

Tedbirin cezadan önce infaz edilmesi ilkesi aleyhine gösterilen son gerekçe ise, kamuoyunun bu kuruma ve ceza hukuku uygulaması için bu kurumdan kaynaklanan sonuçlara muhtemelen gösterdiği eksik anlayışa işaret eder²⁰¹⁴. Bu türden varsayımlar, özellikle bilimsel bir tartışma için daha az uygundur. Her şeyden önce dayanak alınabilecek olguların ortaya konamaması durumunda bilimsel tartışmaya pek uygun olmaz. Bu nedenle bu itiraz karşısında doğrudan, bu türden iddiaları ortaya atan kişinin iddiasını ispatlamak zorunda olduğu ve bu gerçekleşmediği sürece bu iddiaları tartışmaya da ihtiyaç olmadığı şeklinde bir bakış açısı benimsenebilir. Elbette bu itiraz yukarıda zikredilmiş olan ve ceza infazı ile tedbir infazı arasındaki öncelik durumunun adaletsiz olduğu ve tehlikeli olan faile iltimas geçtiği biçimindeki çekinceyle ilişkilidir. Eğer bu görüş isabetli ise, kamuoyundaki eksik anlayışın kuşkusuz saptanması gerekir²⁰¹⁵. ***Öte yandan bu itirazın altında dile getirilmemiş bir korkunun bulunduğu söylenebilir. Başka bir deyişle tedbirin cezadan önce infaz edilmesi ve bu sürenin ceza süresinden mahsup edilmesi ile amaçlananın “ceza infazından vazgeçme” gibi algılanacağı, bu nedenle kamuoyunda ret ve anlayışsızlıkla karşılanacağı biçimindeki bir korku bulunduğu söylenmelidir.*** Bu varsayımın yine, suç fiilinin cezaya ve cezanın içindeki bağlayıcı infaza yol açması gerektiği biçimindeki bir yaptırım beklentisinden kaynaklanması gerekmektedir. Fakat bu eleştirinin yerinde olabilmesi için, failin kusuruna ceza şeklinde karşılık vermekten (=misillemeden) vazgeçme uygulamasının, genel olarak cezanın toplumdaki önleyici etkisinin vahim bir şekilde kaybedilmesi sonucunu doğurması gerekmektedir²⁰¹⁶. Zira toplumda bir kişinin kusurlu şekilde bir fiili işledikten sonra, bir sağlık kurumuna gönderilerek tedavi edilmesi durumunda ödüllendirildiği algısı mevcut ise, ceza yaptırımının genel önleyici etkisinin kaybolduğu, en azından akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanması ile cezanın bu işlevinin başarısız olduğu saptamasının yapılması gerekmektedir. Toplumda bu algının olup olmadığı ise, değişik disiplinlerle araştırılması gereken bir husustur. Ceza hukuku ise, bu araştırmaları da dikkate almak ve kuralların oluşumunda bu araştırma sonuçlarını da göz önüne almak

²⁰¹⁴ Marquart, s. 58.

²⁰¹⁵ Marquart, s. 58.

²⁰¹⁶ Marquart, s. 58.

zorundadır. Tedbirin cezadan önce infaz edilmesi ve tedbir süresinin ceza süresinden mahsup edilmesi sisteminin uygulanması sonucu ortaya çıkan çok sayıdaki vaka yardımıyla, bu vakaların sıklık, tür ve kriminalitelerinin kapsamı bakımından araştırılması gerekmektedir. Bu vakalarda faillerinin kişilik baskısı bakımından veya başka nedenlerden ötürü, hükmedilmiş cezanın infazından vazgeçilmesi durumunun kamuoyunda bir anlayışsızlıkla karşılanacağı veya halkın bir kısmının hukuka güvenini sarsacağına dair bir varsayıma yol açıp açmayacağı araştırılması ve bu incelemenin yapılması gerekmektedir²⁰¹⁷.

4. Türk Ceza Hukuku Öğretisindeki Görüşler

Türk ve Alman öğretisinde cezalarla güvenlik tedbirlerini, daha doğrusu ceza gerektiren fiiller ile güvenlik tedbirlerini gerektiren fiilleri bir araya getirme çabası göze çarpmaktadır. Ancak güvenlik tedbirlerini gerektiren fiillerin ceza yaptırımı gerektiren fiillere nazaran tamamen farklı bir yapıya sahip buldukları gerçeği bu çabaların anlamsız ve yararsız olduklarını ortaya koymaktadır. Çağdaş bir ceza hukukuna hukuk devleti ilkesi, insan onurunun korunması ilkesi, yasallık ilkesi ve kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesinin egemen olduğu kabul edildiğinde ceza hukukunun yanında özerk bir güvenlik tedbirleri hukukunun varlığı kabul edilmelidir. Böylece çağdaş ceza hukukunun temel prensipleri ihlâl edilmeden, toplumun hukuka aykırı fiillere karşı daha etkili bir biçimde korunması mümkün olabilecektir²⁰¹⁸.

Cezalar ile güvenlik tedbirleri arasındaki fark, yalnızca isim farklılığından ibaret olamaz²⁰¹⁹. Alman ceza kanununda (StGB) § 66 vd. düzenlemelerinde özel tehlikeli suçlular olarak belirtilebilecek kişiler hakkında cezanın yanı sıra, güvenlik tedbiri olarak bu kişinin muhafaza altına alınması yoluyla tehlikeliliğinin önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Bu tedbirin uygulanması suretiyle uzun sürelerle kişinin toplumdan uzaklaştırılarak, toplumun korunması ve failin tehlikelilik halinin geçmesi sağlanmaya çalışılmaktadır²⁰²⁰. Öğretide *Ünver* kısmî akıl hastası hakkında bir ceza

²⁰¹⁷ Marquart, s. 58.

²⁰¹⁸ Öztürk/ Erdem, s. 51.

²⁰¹⁹ Ünver, “Güvenlik Tedbirleri ile Cezalar Arasında Bir Fark Kaldı mı?”, s. 367.

²⁰²⁰ Ünver, “Güvenlik Tedbirleri ile Cezalar Arasında Bir Fark Kaldı mı?”, s. 369.

uygulanmasını doğru bulmamaktadır. Tedbirden önce uygulanacak ceza, kişiyi çok daha kötü duruma sokabilecek, tedbirden beklenen faydayı tehlikeye düşürebilecek hatta imkânsız kılabilir ve cezanın amaçlarından hiçbirine hizmet etmeyecektir. Tedbirden sonra ceza uygulanması ise, tedavi edilip iyileştirilen kişideki hastalığın nüksüne sebep olabilecektir. Tedbir ile varılan amacı, hafifletilmiş de olsa, uygulanacak ceza ortadan kaldıracaktır. Fail hakkında ceza ya da güvenlik tedbiri uygulamak konusunda takdir tanınması da, hâkimin konunun uzmanı olmaması nedeniyle yerinde değildir. Yazara göre, azalmış kusur yeteneğine sahip kişiler hakkında sadece güvenlik tedbiri uygulanmalıdır²⁰²¹.

Nuhoğlu' na göre, özgürlüğü bağlayıcı ceza ve özgürlüğü bağlayıcı güvenlik tedbirine birlikte hükmedilmesi, yani toplanma sisteminin uygulanması, ilgili kişiye ve dolayısıyla topluma çifte kötülük oluşturur. Bu çifte kötülük haksız olduğu gibi aynı zamanda gereksizdir. Failin iyileştirilmesi söz konusu ise ıslah edici tedbir uygulanmalı, toplumun korunması söz konusu ise koruyucu tedbir veya özgürlüğü bağlayıcı ceza uygulanmalıdır. Ayrıca tedbirin önce infaz edilmesi halinde sosyalleştirilmiş, ıslah edilmiş kişinin tekrar cezaevi ortamına sokulmasının bir faydası bulunmamaktadır. Önce özgürlüğü bağlayıcı cezanın infazı halinde ise, tedaviye ihtiyacı olan kişinin de önce cezaevine gönderilerek tedavisinin geciktirilmesinin bir anlamının olmadığı söylenmelidir²⁰²².

Mahmutoğlu/ Karadeniz' e göre, akıl hastasının işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği, TCK m. 32/1' de belirtilen derecede olmamakla beraber azalmış ise, bunlar hakkındaki güvenlik tedbirleri ceza yerine uygulanmaktadır. Başka bir ifadeyle burada cezanın infazının farklı şekilde gerçekleştirilmesi hususunda mahkemeye takdir yetkisi tanınması söz konusudur²⁰²³.

Özgenç' e göre, mahkeme kişi hakkında hapis cezasına hükmederken, bu cezanın akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak infazına karar verebilir. Hükmü veren mahkeme bilahere, yani hükmolunan hapis cezasının infazı sürecinde de, kalan kısmının akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak infazına karar verebilir²⁰²⁴. Bu hususta karar verilirken esas alınması gereken amacın, mümkün olduğunca ceza

²⁰²¹ Ünver, Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s. 130-131.

²⁰²² Nuhoğlu, Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri, s. 160.

²⁰²³ Mahmutoğlu/ Karadeniz, s. 1314.

²⁰²⁴ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 409.

infaz kurumuna sokmadan, kişinin toplum açısından oluşturduğu tehlikeyi önlemek ve mahkûm olduğu hapis cezasını akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak infazı suretiyle tekrar topluma kazanılmasını sağlamaktır²⁰²⁵. Bu durumda hükmolunan hapis cezasının kısmen veya tamamen akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak infazına karar verilmesi halinde, mahkûmiyet, bir ceza mahkûmiyeti olarak varlığını muhafaza etmektedir. Dolayısıyla, hapis cezasına mahkûmiyete bağlı hak yoksunluğu gibi hukuki sonuçlar bu durumda da doğmaktadır²⁰²⁶. Başka ifadeyle, yaptırım türü değişmemektedir. Sadece hükmolunan hapis cezasının infaz suretinde bir değişiklik söz konusu olmaktadır²⁰²⁷.

TCK m. 32/2' de ve TCK m. 57/6' da yer alan düzenlemelerde yer alan hükmedilen cezanın kısmen veya tamamen akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilmesi imkânında cezanın infazının farklı şekilde gerçekleştirilebilmesi hususunda mahkemeye bir takdir yetkisinin tanınması söz konusudur²⁰²⁸.

Güvenlik tedbiri kapsamında gerçekleştirilecek tedavinin mümkünse ceza öncesinde yapılması ve geniş kapsamlı, modern tıp biliminin gereklerine uygun şekilde yapılması, infaz tretmanı göz önünde bulundurularak uzman kişilerden yararlanılması ve kişinin infaz tretmanına aktif katılımını motive edici unsurlarla birlikte gerçekçi bir salıverilme bakış açısını yansıtmaya gerekmektedir²⁰²⁹.

TCK m. 32/2 çerçevesinde fiili işlediği sırada akıl hastalığı nedeniyle davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede olmayan şekilde azalmış olan kişi, hakkında ceza indirimini öngörülmüştür. Kural olarak bu kişilerin ceza sorumlulukları bulunmaktadır. Ancak kanunkoyucu söz konusu bu kusur yeteneği azalmış kişilere ceza yaptırımının uygulanması yerine, süresi aynı olmak üzere kısmen veya tamamen yüksek güvenli sağlık kurumuna yatırılma güvenlik tedbirinin de uygulanabilmesi imkânı getirmiştir. Böylece TCK m. 57/6 uyarınca azalmış kusur yeteneğine sahip fail hakkında yerleştirildiği yüksek güvenli sağlık kuruluşunda düzenlenen kurul raporu üzerine, mahkûm olduğu hapis cezası,

²⁰²⁵ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 409.

²⁰²⁶ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 409.

²⁰²⁷ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 409.

²⁰²⁸ Mahmutoğlu/ Karadeniz, s. 751.

²⁰²⁹ Ünver, "Güvenlik Tedbirleri ile Cezalar Arasında Bir Fark Kaldı mı?", s. 369.

tamamen ya da kısmen güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilecektir. Öğretide güvenlik tedbiri uygulanmasında izlenecek yol konusunda bir açıklık bulunmadığı, olasılıkla kişinin yerleştirildiği yüksek güvenli sağlık kuruluşu kendiliğinden veya talep üzerine, “kurul raporu” düzenleyeceği ve kendi raporuna istinaden ceza mahkûmiyetine karar veren mahkemeden, hükümlünün cezasının güvenlik tedbirlerine çevrilmesini isteyeceği belirtilmiştir²⁰³⁰. Mahkeme yüksek güvenli sağlık kuruluşunun isteği üzerine, daha önce vermiş olduğu ceza mahkûmiyeti hükmünü, bu kez, tamamen veya kısmen güvenlik tedbiri hükmüne çevirecektir. Bu durumun hükmü açıklamak olmadığı, kesin hükmü geri almak niteliğinde olduğu, hâkimin elini çektiği hükmü, kesin hükmü geri almasının temel yanlış olduğu yönünde eleştirilmektedir²⁰³¹.

TCK m. 57/6’ da yer alan hüküm uyarınca süresi mahkûm olunan cezanın süresi aynı kalmak şartıyla güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilmesinin teknik olarak yerinde bir düzenleme olduğu, zira yaptırım olarak ceza mahkûmiyetinin varlığını sürdürmekte olduğu ancak güvenlik tedbirine çevrildiği söylenmektedir²⁰³². Ancak TCK m. 57/6 uyarınca hapis cezasının, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirine çevrilmesinin “kısmen veya tamamen” olabilmesinin isabetli bir düzenleme olmadığı savunulmaktadır. Bu görüşe göre, hatta bu kişilerin cezaevlerine konmaları dahi, başlı başına yanlıştır. Kişinin ya akıl hastası olduğu kabul edilerek akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri uygulanmalıdır; ya da kişinin kusur yeteneğinin ve ceza sorumluluğunun bulunduğu kabul edilerek hakkında ceza uygulanmalıdır²⁰³³.

Eker Kazancı iki ihtimalden söz etmektedir. Bunlar²⁰³⁴: 1. Azalmış kusur yeteneği saptanan akıl hastasının ilk önce cezaevine koyulması, cezanın bir kısmını çektikten sonra akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri kapsamında geri kalan kısmının tedavi kurumunda geçirilmesi durumudur. Bu durumda hastalığı nedeniyle davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişinin, cezaevine girdikten sonra bu yeteneğinin daha da azalması muhtemeldir. Böyle olunca bu kişi sonradan tedavi

²⁰³⁰ Hafizoğulları/ Özen, s. 420.

²⁰³¹ Hafizoğulları/ Özen, s. 420.

²⁰³² Eker Kazancı, “Akıl Hastalarına Uygulanacak Güvenlik Tedbirleri”, s. 259.

²⁰³³ Eker Kazancı, “Akıl Hastalarına Uygulanacak Güvenlik Tedbirleri”, s. 259.

²⁰³⁴ Eker Kazancı, “Akıl Hastalarına Uygulanacak Güvenlik Tedbirleri”, s. 259-260.

kurumuna yerleştirilse bile, buradan alacağı fayda daha zor ve uzun sürecin sonunda olabilecek ve hatta belki de hiç olmayacaktır.

2. Kişinin mahkûm olduğu hapis cezasının güvenlik tedbirine çevrilerek kısmen tedavi kurumunda kaldıktan sonra cezaevine girmesi halinde, sağlık kurumunda gördüğu tedaviden faydalanan kişi, sonradan cezaevine girdiğinde, gördüğu fayda tamamen ortadan kalkacak ve hatta belki de suç işlediği andakinden daha geriye gidecektir.

5. Değerlendirme ve Görüşümüz

Azalmış kusur yeteneğine sahip olduğuna karar verilen fail, aynı zamanda kusur yeteneğine sahip bir kişi, dolayısıyla ceza sorumluluğu bulunan bir kişi olduğundan hakkında ceza yaptırımına hükmedilmekte ve fakat kişinin akıl hastalığı nedeniyle toplum açısından tehlikelilik göstermesi nedeniyle hakkında aynı zamanda güvenlik tedbirine de hükmedilmektedir. Bu iki yaptırım şeklinin amaçları tamamen farklı olduğundan, bu durumda hangi yaptırımın öncelikli olarak infaz edileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Gerek TCK m. 32/2' de, gerekse TCK m. 57/6' da fail hakkında hükmolunan cezanın süresi aynı kalmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, mahkeme kararıyla akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabileceği düzenlenmiştir. Her iki yaptırım çeşidinin somut durumda uygulanmasına mahkeme tarafından karar verilmesi halinde, hangisinin önce uygulanacağı anlaşılamamaktadır. Bir başka deyişle mahkeme ceza süresinin bir kısmının akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak uygulanmasına karar verirse, önce cezanın mı, yoksa akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin mi infazına başlanacağı kanun metninden anlaşılamamaktadır. Kanımızca bu hallerde failin tehlikelilik arz etmesi ve bu tehlikeliliğin önüne geçilmesi için psikiyatrik tedavinin gerekli olduğu yönünde sağlık raporu alınması gerekmektedir. Bu rapora istinaden öncelikle failin yüksek güvenliklı sağlık kurumunda tedavisi sağlanmalı ve daha sonra cezanın infazına başlanmalıdır. Nitekim cezalardan sonra özgürlüğu bağlayıcı güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi uygulaması, “hapis sonrası hapis” uygulaması şeklinde adlandırılmaktadır²⁰³⁵. Bu konuda infaz sırasının kanun metninden anlaşılamıyor

²⁰³⁵ Ünver, “Güvenlik Tedbirleri ile Cezalar Arasında Bir Fark Kaldı mı?”, s. 372.

olması önemli bir eksikliktir. Bu iki yaptırım çeşidinin infaz sırası kanun metnine alınarak, uygulamanın nasıl gerçekleştirileceği açıklığa kavuşturulmalıdır.

Öncelikle TCK m. 32/2 ve TCK m. 57/6 düzenlemeleri yakından incelendiğinde, mahkemenin akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneği azalmış olduğu tespit edilen kişi hakkında TCK m. 57 kapsamında akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine hükmetmek zorunluluğu bulunmamaktadır. Mahkeme bu kişi hakkında sadece TCK m. 32/2’ de belirtilen oranlarda cezada indirim yoluna giderek, bu cezanın uygulanmasına karar verebilecektir. Nitekim akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilmesinin nedeni, failin toplum açısından göstermiş olduğu “tehlikelilik”tir. Bu nedenle hastalığı itibariyle tehlikelilik arz etmeyen kişinin, salt ceza yaptırımının daha ağır olduğu kabulü ile ceza yaptırımının akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine çevrilmesi mümkün olmamalıdır. Failin tehlikeliliği konusunda mahkeme, bilirkişi raporunda yer alan görüşlerin de yardımıyla, bir yüksek güvenli sağlık kurumunda zorunlu tedavi altına alınmayı gerektiren bir psikopatolojik halin bulunup bulunmadığı konusunda kanaate varacaktır. Böylece tek başına indirimli ceza uygulamasına gidebileceği gibi, TCK m. 32/2 ve TCK m. 57/6 uyarınca failin yüksek güvenli sağlık kurumunda tedavi altına alınmasına da karar verebilir. Kanımızca failin tehlikeli olduğu öngörülse dahi, zihinsel bozukluğun türü itibariyle, bir psikiyatri kurumunda tedavi altına alınmanın baştan failin tehlikeliliğini önleyemeyeceği kişiler hakkında da, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilmemesi gerekmektedir. Bu fail grupları psikopati ve mental retarde zihinsel bozukluklarına sahip kişiler olarak belirtilebilir. Bu kişilerin tehlikeliliklerinin tedavi ya da terapi uygulamalarıyla önüne geçilememektedir. Bu kişilerin kapalı bir psikiyatri kurumunda tutulmaları yoluyla toplumdaki izole edilmeleri, bu süre zarfında tehlikeliliklerinin önüne geçme sonucunu doğurabilecektir. Ancak akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilmesinin amacı salt “belirli bir süre için” bu sonucun elde edilmesi olamaz. Bu tedbirlerin uygulanması ile, failin tedavisi sağlanarak tekrardan toplum içinde sorumluluk sahibi olan bir bireye dönüştürülmesi, bu amaçla iyileştirilmesi amaçlanmaktadır. Ancak bu yol ile failin “tehlikeliliği”nin önüne geçilebilir. Failin toplum açısından tehlikeli olduğu değerlendirilmesi yapılsa bile, onun iyileşmesine yönelik bir faaliyet söz konusu olmaksızın, bir kuruma kapatılarak toplumdaki izole edilmesi yoluyla

tehlikeliliğinin önüne geçilmesi, tedbirlerin amaçlarına hizmet etmez. Zira bu durumda, failin toplum açısından tehlikeliliğine sadece tedbir süresince engel olunmuş olacaktır. Kişinin özgürlüğünü kısıtlayıcı olarak süre sınırı olmaksızın bir tedbire hükmedilemeyeceğinden, kişi belki de tekrar özgürlüğüne kavuştuğunda önceki halinden daha fazla tehlikeli olmuş olacaktır.

Azalmış kusur yeteneği durumunda bir sağlık kurumuna yerleştirme kararının mahkemenin takdirinde olması gerektiğine ilişkin bir başka durum ise, failin suçu işlediği anda akıl hastası olması ancak hakkında hüküm verildiği sırada iyileşmiş olması halidir. Bu durumda hasta olmayan bir kişinin zorunlu olarak kapalı bir psikiyatri kurumunda zorunlu tedavi altına alınması, mantığa ve hukuka aykırı olacaktır.

Akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneğinin azalmış olduğuna karar verilen akıl hastasının tehlikelilik arz etmesi durumunda kanımızca hakkında akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirine hükmedilmelidir. Bu durumda akıl hastalığı nedeniyle toplum açısından tehlikelilik arz etme halinin, ceza yaptırımını ile ortadan kaldırılması mümkün olmadığından tedbirlere başvurulması gerekmektedir. Kanımızca kişi hakkında hükmedilmiş olan cezalar ile bu tedbirlerin birbiri yerine uygulanması söz konusu olmaması gerekir. Zira ceza yaptırımına hükmedilmesi yöntemleri ve cezanın uygulanma amaçları ile tedbirlere hükmedilmesi ve tedbirlerin uygulanma amaçları birbirinden tamamen farklıdır. Ceza yaptırımını işlenmiş olan haksızlık teşkil eden fiile odaklanırken ve bu noktadaki kusur ile ilişkili iken, tedbirler daha çok haksızlığı işleyen kişinin kişiliği ile ve gelecekteki tehlikeliliği ile ilişkilidir. Bu iki enstrüman ceza hukukunun meşru amaçlarına ulaşmak bakımından birbirini tamamlasa da, hiçbir durumda birinin işlevini diğerinin üstlenebilmesi mümkün değildir. Bu bakımdan kanımızca bu iki yaptırım türünün, TCK açısından da esas alınmış olan “ceza hukukunun iki izliliği” prensibi gereği, bağımsız olarak ele alınması gerekmektedir. Zira bu iki yaptırım türünün birbirlerinin işlevlerini üstlenebilmesi mümkün olsaydı, yasa metninde güvenlik tedbirlerinin de cezaların bir türü olarak düzenlenmesi gerekirdi. Böylece yaptırım sisteminde “tek izlilik” prensibinin benimsenmesi tercih edilebilirdi. Ancak tüm modern ceza hukuku sistemlerinde olduğu gibi TCK da, bu iki yaptırım türünün dogmatik temellerini esas alarak, her iki yaptırım türünü özel olarak farklı düzenlemiştir.

Ceza değerden soyut bir tepki değildir. Aksine işlediği fiil dolayısıyla failin sosyo-etik değerler ölçüsünde azarlanmasını ifade etmektedir²⁰³⁶. Ceza yaptırım uygulanması ile, suç teşkil eden bir haksızlığı gerçekleştiren kişinin, bu suçu işlemek dolayısıyla içinde bulunduğu kusurluluk durumundan ibra olması sağlanmaktadır²⁰³⁷. Tedbirler ise failin kusurundan bağışık olarak, gelecekte failin içinde bulunduğu durum nedeniyle hukuka aykırı fiiller işlemesi konusunda olasılık bulunması ve bu durumun toplum açısından tehlikelilik arz etmesi nedeniyle uygulanmaktadır. Bu işlevlerin sadece ceza yaptırımı ile ya da sadece tedbir uygulanması ile yerine getirilebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle sorunun, cezanın tedbire çevrilmesi şeklinde algılanması kesinlikle söz konusu olmamalıdır. Burada tartışılması gereken, akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneği durumunda farklı amaçları yerine getirmek üzere, ceza yaptırımı ve güvenlik tedbiri uygulanması ihtiyacı doğduğunda, bu iki yaptırım türünün infaz sırasının nasıl olacağı ve bu yaptırımların nasıl ilişkilendirileceği hususu olmalıdır.

Kanımızca akıl hastalığı nedeniyle TCK m. 32/2 kapsamında azalmış kusur yeteneği tespit edilen kişi, ileride ciddi hukuka aykırılıkları işleme olasılığı nedeniyle toplum açısından tehlikelilik arz ediyorsa, öncelikle akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilerek bu tehlikeliliğin önüne geçilmelidir. Zira bu durumda akıl hastası olduğu belirlenen kişinin cezaevinde tutulması, infazla ulaşılmak istenen amaca aykırı olacağı gibi, insan onurunun korunması ve hukuk devleti ilkelerine de aykırılık teşkil edecektir. Aynı zamanda akıl hastalığı, infazın durdurulması sebeplerinden biri olarak görülmektedir. Akıl hastası olan kişinin cezanın içermiş olduğu fenalığı ya da kötülüğü gerektiği gibi algılamayacağı da belirtilmelidir.

TCK m. 57/2' de düzenlenmiş akıl hastasının toplum açısından tehlikeliliğinin kalkması veya önemli derecede azalması durumunda, tedbire son verilecektir. Bu noktada fail hakkında infaz edilen tedbir süresinin, hükmedilen ceza süresinden mahsup edilip edilemeyeceğinin tartışılması gerekmektedir. Kanımızca tedbirin infazından sonra failin cezaevine gönderilmesi durumunda durumunun kötüleşeceği ya da hastalığının nüksedebileceği yönündeki endişe yersizdir. Bu

²⁰³⁶ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 686.

²⁰³⁷ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 685, 687.

durumda zaten infazın durdurulması ve hükümlünün tedavisinin yapılması gerekecektir. Tedavi süreleri ise, ceza süresinden sayılacaktır.

Bir psikiyatri sağlık kurumunda zorunlu tedavi altına alınma tedbiri, özgürlüğü kısıtlayıcı bir tedbir olduğundan aynı ceza yaptırımları gibi, tedbire maruz kalan kişi açısından bir fenalık ya da kötülük olarak hissedilecektir. Bu nedenle kişi hakkında tedbirlerden sonra, hükmedilen ceza miktarının aynen infazı durumunda, kişinin çifte yüke maruz kalma şeklinde özgürlüğü kısıtlanmış olacaktır. Bu nedenle tedbirlerin infazı süresinin, hükmedilen ceza süresinden mahsubu mümkün olmalıdır. Bu şekilde kişinin tedbirin infazı sürecinde tedaviye katılım anlamında teşvik edilmesi de mümkün olacaktır. Ancak fail hakkında hükmedilen ceza miktarının tümüyle tedbir süresi ile karşılanması sakıncalı olarak görülmelidir. Nitekim azalmış kusur yeteneğine sahip fail, esasen fiili nedeniyle kınanmış, ceza sorumluluğuna sahip olan kişidir. Özellikle bu tarz failerin suçun mağduru ya da toplumun geneli açısından, bir psikiyatri kurumunda tedavi altına alınması ile ödüllendirildiği algısı yaratılmamalıdır. Burada tedbirle sağlanmaya çalışılan özel önleme, yani failin tehlikeliliğinin önlenmesi, ceza yaptırımı ile amaçlanan genel önleme, yani caydırıcılık unsuru aleyhine işletilmemelidir.

Bu sonuca TCK m. 32/2' de yer verilen akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneğinin azalması durumunun failin “davranışlarını yönlendirme yeteneğinin” önemli derecede olmayan şekilde etkilenmesi şeklinde kurgulanması açısından da ulaşılabilir. Azalmış kusur yeteneğinin söz konusu olduğu durumlar, akıl hastalığının “önemli derecede” olmayan şekilde failin davranışlarını yönlendirme yeteneğini etkilediği durumlardır. O halde hukuk düzeni, söz konusu durumlarda kuvvetli manada failden hukuka uygun davranışı göstermesini beklemektedir. Ancak failin akıl hastalığının etki etmesi nedeniyle, hukuka uygun olan davranışı gerçekleştirmesinde önemli derecede olmayan bir zorlanma ortaya çıkmaktadır. Bu zorlanmanın önemli derecede olmaması da, ceza sorumluluğunun azaltılması yoluyla dengelenmektedir. Bu kişiler açısından akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri uygulanması ise, ancak failin “tehlikelilik yaratması” ve bu tehlikeliliğin önüne tedavi ile geçilebilmesine bağlı olmalıdır. Böyle bir zorunluluk söz konusu ise, kapalı bir sağlık kurumunda özgürlüğün kısıtlanması biçiminde geçirilen sürelerin ancak ceza miktarının bir bölümünü karşılayacak biçimde mahsup edilmesinin de

tartışılması gerekir. Zira akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirinin infazının amacı “özel önleme”dir. Bu nedenle ceza yaptırımının işlevi olan genel önlemeyi sağlamaya yetmemektedir. Böylece failin özgürlüğünün kısıtlanması sonucunda çifte yüke maruz kalmaması ile, cezanın amaçlarının yerine getirilmesi hedefleri bağdaştırılmaya çalışılacaktır.

Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanma süresinin, ceza miktarı ile eş tutulması mümkün olmamalıdır. Zira ceza miktarı failin “tehlikeliliği” temelinde değil, “kusuru” esas alınarak belirlenmektedir. Burada esas olan bağımsız olarak her iki yaptırım çeşidine kendi hükmedilme kuralları çerçevesinde hükmedilmesi, ancak ilk olarak infaz edilen tedbirlerin süresinin, ceza miktarının tümünü karşılamayacak ölçüde mahsup edilmesinin sağlanması olmalıdır. Bu yöntemle tedbirin infazında geçen süre ile, bu sürenin ceza miktarından mahsubu sonucunda arda kalan ceza süresinin toplamı, fail hakkında hükmedilen toplam ceza miktarını geçebilecektir.

SONUÇ

Demokratik hukuk sisteminde bireylerin ceza normları ile etkileşimi söz konusudur. Bu etkileşim, içerik itibariyle ceza normunun varlığını ve davranış beklentisinin esasını algılamak (kavramak) ve davranışlarını bu beklenti yönünde oluşturulmuş irade kapsamında düzene sokmak olarak belirtilebilir. Bu etkileşim vasıtasıyla bireylerin davranışları etki altına alınmaktadır. Bireyin kendi el değmemiş (akıl hastalığı etkisine maruz kalmamış) iradesi sonucu gerçekleştirmiş olduğu eylemde, normun davranış beklentisinin boşa çıkması durumunda ceza yaptırım uygulanarak, ceza normunun geçerliliği bizzat failde ve potansiyel faillerde hatırlatılmaktadır. Ceza normunun bu şekilde geçerliliğinin vurgulanması sosyal kontrolün sağlanmasına ve olası ihlallerin önlenmesi amacına hizmet etmektedir. İşte davranışlarını gerçekleştirdiği sırada akıl hastalığı etkisinde olan fail hakkında, ceza yaptırımının uygulanması halinde, sonraki ihlallerin önlenmesi amacı sonuçsuz kalmaktadır. Bir başka deyişle gerek söz konusu fail açısından, gerekse potansiyel failer açısından, eylem akıl hastalığı etkisi altında gerçekleştirilmiş ise, akıl hastası failde ceza yaptırım uygulanması gelecekteki eylemler açısından önleyici bir etki meydana getirememektedir. Zira bu kişilerin, davranışları harekete geçiren içgüdüleri, saikleri, motifleri kontrol altına alması ve bu unsurların eyleme dönüşmesini engelleyen, dizginleyen mekanizmaları hastalık nedeniyle bozulmaktadır. Söz konusu nedenlerle cezanın önleme amacı bu kişiler için işlevsiz bir özelliğe sahiptir.

Ceza normları ile etkileşim içinde bulunan failin, haklara ve özgürlüklere sahip sosyal bir varlık olarak, kendini ortaya koyması (kendini ifade etmesi), demokratik hukuk toplumunda kendi geleceğini tayin etmekte kullandığı manifesto hali, davranışları aracılığıyla gerçekleşmektedir. Bir başka deyişle birey, demokratik hukuk sistemi şeklinde kurgulanmış “değerler sistemi” içerisinde, kendi konumunu davranışları aracılığıyla belirlemektedir. Kuşkusuz bireyin konumunu belirleyen söz konusu davranışın bireyi yansıması gerekmekte, yani davranışını belirleyen kendisine yabancı bir etkiye maruz kalmamış iç mekanizmaların yansımaları şeklinde olması gerekmektedir. Bu mekanizmaların akıl hastalığı gibi durumlarla olduğundan

farklılaşarak ya da birey iradesine yabancı şekilde davranışa dönüşmesi durumunda, birey hakkında gerçek değer(sizlik) yargısının yapılabilmesi mümkün değildir.

Anayasa’ da öngörülen hukuk devleti, insan onurunun zedelenmemesi ve ölçülülük ilkeleri gereği, ceza yaptırımını ancak yukarıda ifade edildiği gibi gerçek iradenin yansımış olduğu davranışlar aracılığıyla kendi geleceğini tayin etmiş, “kusurlu” sayılabilen kişilere uygulanabilecek bir yaptırım çeşididir. Bu iradedeki esasen kişiye atfedilemeyecek bozulmalar, demokratik hukuk sistemi içerisinde kişinin eylemi nedeniyle “kınanabilmesi” ni engellemektedir. Kişinin kendi davranış biçimini tayin etme yeteneği kapsamında yapma ya da yapmama şeklindeki eylemi öncesi kararının, kişinin kendi iradesinin ürünü olması, yani bir başka deyişle başkaca sebeplerle aslından farklı olacak şekilde etkilenmemiş olması gerekmektedir. Failde bulunan akıl hastalığı, failin norma uygun davranış yönünde karar verme yeteneğini ortadan kaldırarak onun davranışlarını hukuka uygun şekilde tayin etme olasılığını ortadan kaldırmaktadır. Bu olasılığın kalkması nedeniyle, faile aslında hukuka uygun olana karar verebilecek iken, yasak olanı tercih ettiği suçlaması gerçekleştirilememektedir.

Demokratik hukuk düzeninde, bireylerin davranışlarını ceza normlarının davranış beklentilerine göre düzenleyebilmeleri, haklı olanı haksızlığa tercih edebilmeleri, kişilerde birtakım özelliklerin bulunmasına bağlıdır. Bu şartlar kapsamında bakıldığında bireyin davranışlarını gerçekleştirdiği sırada belirli bir olgunluğa sahip olması ya da herhangi bir zihinsel bozukluğa sahip olmaması gibi aranan özellikler esasen, bireyin davranışlarını ceza normları ile etkileşim içinde gerçekleştirmesi ve kınama yargısının bu şekilde gerçekleştirilen davranışlar üzerinde yapılmasına hizmet etmektedir. Böylece toplumu oluşturan her bireyin bu etkileşim içinde olduğu varsayımından hareketle, bu etkileşimin kopmasına ya da gerektiği gibi olmamasına neden olan istisnai durumların belirlenmesi sağlanmaktadır. Bu istisnalardan birisi de çalışmanın konusunu oluşturan “akıl hastalığı” durumudur. Çalışmada ulaşılan sonuçların daha kolay ifade edilebilmesi için devam eden numaralandırılmış paragraflarla açıklanması yerinde olacaktır:

1. Failin işlediği bir haksızlık nedeniyle kusurlu sayılabilmesi, onda birtakım özelliklerin bulunmasına bağlıdır. Ceza hukukunda bu özelliklere işaret eden kavram ise kusur yeteneği kavramıdır. Hukukun güvenilirliği için kusur yeteneği hakkındaki

kurallar gösterge niteliğindedir. Bu nedenle kusur yeteneği hakkındaki kuralların kurgulanmasında azami dikkatin gösterilmesi gerekmektedir. Özellikle bu kurallar içinde kullanılacak ifadelerde, hangi tıbbi hastalık görüşünün ceza sorumluluğunun ortadan kalkmasına ya da azalmasına neden olacağı sorusu ve öte yandan tıbbi bilgilerin kusur dogmatığı kapsamında nasıl işleneceği gibi konular önem arz eden hususlardır. TCK m. 32' ye bakıldığında “akıl hastalığı” kavramının kullanıldığı görülmektedir. Sağlıklı ve hasta arasında bir sınırın çizilmesi psikiyatri alanında, diğer tıp alanlarıyla kıyaslandığında daha güçtür. Ceza kanunu anlamında hastalık ya da hastalıklı durumlardan bahsedilmişse de, “hastalık” kavramının semantiği bugüne kadar hep yaklaşık olarak varsayılmıştır. Hastalık kavramı sürekli şekilde anlam değişimi içinde bulunan bir kavramdır. Failin zihinsel anormal durumunu yansıtan ve ceza kanunlarında kusur yeteneğine etki eden hal olarak yer alan akıl hastalığı, hastalıklı ruhsal bozukluk, bilinç bozukluğu vb. gibi ifadeler, farklı bilimsel alanları ve özellikle tıbbi, psikiyatrik, psikolojik, psiko analitik, hukuki ve nihayetinde felsefi bilimsel alanları ilgilendirmektedir. Bu ifadelerin her bir bilim alanı içindeki tartışmalı pozisyonları, ceza kanunlarında kullanılacak olan kavramın seçimi ve bu kavramların ne anlama geldiği konusundaki güçlükleri de beraberinde getirmektedir. Bu nedenle özellikle failin söz konusu durumu hakkındaki kavramın seçiminin, değişik bilimsel alanlardaki görüşleri birleştiren, bir anlamda ihtilaf çözümleme modelinin bir ifadesi olması gerekmektedir. Nitekim kanunda kullanılacak kavramın seçilmesi, değişik hukuki sonuçların düzenlendiği farklı maddelerin uygulanması konusunda da belirleyici olacaktır. Örneğin TCK m. 32' de “akıl hastalığı” kavramı, TCK m. 34' de “geçici neden” kavramı kullanılmıştır. Akıl hastalığı durumlarına verilecek anlam TCK m. 32 ve 34' ün uygulanma alanını da belirleyecektir. TCK m. 34' ün gerekçesinde, geçici neden olarak sayılan hallerin aslında akıl hastalığı dışında kusur yeteneğine etki eden durumlar oldukları belirtilmiştir. Bu anlamda madde gerekçesine göre örneğin diyabet, tansiyon gibi sistemik hastalıklar bu kapsamda değerlendirilmektedir. **Kanımızca** TCK' da böyle bir ayırma gidilmesi yerinde olmamıştır. Zira buradaki ayırım esas itibarıyla hangi durumun akıl hastalığı, hangi durumun ise sistemik hastalık olduğunun belirlenmesi zorunluluğunu içermektedir. **Kanımızca** bu kavramlar, ait oldukları bilim dallarında dahi net olarak ortaya konulamaz iken, ceza hukuku disiplininin merkezinde yer alan “kusurluluk”

gibi ceza sorumluluğunu etkileyen bir konuda, bu ayırımın esas alınması yerinde değildir. Bu durum işlevsel olmayacak şekilde medikal tartışmaları ceza hukukuna taşıyacaktır. Bu konuda ceza hukuku disiplini, kendine özgü bir “akıl hastalığı” kavramı yaklaşımını esas alabilecektir, ancak bu durum, temelinde psikiyatrik bulgulardan yola çıkılarak normatif bir değerlendirilmenin yapıldığı failin psikişik anormal durumu nedeniyle kusur yeteneği değerlendirilmesinde, ceza hukuku için önem arz eden tartışmanın merkezinden uzaklaşmayı sonuçlayacaktır. TCK m. 34 kapsamındaki hallerde bakıldığında geçici neden dışında irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisi halinin düzenlendiği görülmektedir. Ülkemizde yaşanan olaylar ve uygulanma sıklığı açısından irade ile alınan alkol ya da uyuşturucu madde etkisi altında suç işleyen kişilerin ceza sorumluluğu özel olarak belirtilebilecektir. Ancak geçici neden kavramı altında diyabet, tansiyon, uyku bozuklukları, hipnoz, ateşli hastalık, zehirlenme veya doğum sonrası kadının psikolojik durumu gibi nedenlerin, kanunda failin psikişik anormal durumunu belirten bir düzenleme varken, bu düzenlemeden ayrı şekilde düzenlenmesi kanımızca yerinde değildir. Nitekim bu durumlarda da failin olduğundan farklı bir halde davranışlar sergilediği, yani failin bilincinde karışıklığa ya da bozulmalara yol açan haller nedeniyle fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamadığı ya da davranışlarını hukuka uygun şekilde tanzim edemediği durumlar söz konusudur. Örneğin, doğum sonrası kadının psikolojisindeki değişiklikler psikiyatride “*postpartum (doğum sonrası) hüznün ve depresyonlar*” olarak kategorize edilmektedir. Ancak TCK m. 34 gerekçesinde bu durum geçici nedene örnek olarak gösterilmiştir. Kanımızca bu sorunların giderilebilmesi, failin mental süreçlerinde bozukluğa yol açan faktörler arasında etiyolojiden (sebebinden) bağımsız olarak, bir bütünlük sağlanması ve kanunda bu hallerin tümünü kapsar şekilde düzenlemelere gidilmesi ile sağlanabilir. Bir kişide fiilin haksızlığını algılamasına ya da davranışlarını bu algı çerçevesinde yönlendirmesine engel olan zihinsel mekanizmalardaki bozulmanın akıl hastalığı ya da diğer bir zihinsel bozukluktan kaynaklanması önemli olmamalıdır. Bu zihinsel mekanizmalardaki bozukluğa neden olan hal, şizofreni gibi psikotik bir akıl hastalığı olabileceği gibi, diyabet gibi kişinin o andaki zihinsel durumunda etki yaratabilecek başka bir durum da olabilecektir. Bu iki durumun ortak özelliği ise, zihinsel bozukluk yaratmalarıdır. Bu nedenle kanımızca kanunda “akıl hastalığı” kavramı

yerine, Şu an geçici neden olarak kabul edilen halleri de kapsayacak Şekilde “zihinsel bozukluk” kavramının tercih edilmesi ve geçici neden hallerinin de TCK m. 32 kapsamına alınması gerekmektedir. Daha önce de vurgulandığı üzere zihinsel bozukluk sonucunun etiyolojiden (sebeup olan nedenden) bağımsız olarak ele alınması gerekmektedir. Yani esas olan sebebin kendisi değil, yaratmış olduğu zihinsel bozukluk olmalıdır. Failin bilinci (Şuuru) de “akıl”, ”zihinsel” ya da “psişik” alan içinde değerlendirilmelidir. Failin bilincinde farklılık yaratan halin “hastalık” ya da “bozukluk” olması kanımızca önemli olmamalıdır. Bu bakımdan failin davranışlarını gerçekleştirip gerçekleştirmemek konusunda ya da belirli Şekilde davranma konusunda etkili olan, mental (zihinsel) süreçlerdeki herhangi bir işlev bozukluğuna yol açan her durumun TCK m. 32 kapsamına alınması gerekmektedir. Böylece TCK m. 32’ nin kapsamı, sadece içeriği tam olarak tespit edilemeyen “akıl hastalığı” kavramı ile sınırlı olmayacak, failin mental süreçlerinde işlev bozukluğuna yol açan her durumu kapsar Şekilde anlaşılacaktır. Esasen psikiyatri bilimi de bu yöntemi tercih ederek “hastalık” kavramının tartışmalı ve sorunlu doğasını, “bozukluk” kavramı ile gidermeye çalışarak uluslararası tanı ve tedavi kriterlerinde “zihinsel bozukluk (İng. *Mental disorder*, Alm. *geistige Störung*)” kavramını tercih etmektedir. TCK m. 34’ n gerekçesine bakıldığında diyabet, gebelik sonrası ortaya çıkan psikoŐlar ve üremi hastalıkları örneklendirilerek sistemik hastalıklardan söz edilmiştir. Bu tercih de en az “hastalık” kavramının belirsizliği kadar, belki de daha fazla tartışmalı olan “sistemik hastalıklar” kavramının nasıl belirleneceği sorusunu akıllara getirmektedir. **Kanımızca** belirtilen hastalık durumlarının da failin bilincinde, kognitif süreçlerinde, duygudurumunda ya da bir davranışın Şekillendirilmesinde etkili olan tüm mental süreçlerde etkili oldukları düşünüldüğünde, “zihinsel bozukluk” hallerinden farkı bulunmamaktadır.

Kanunda kullanılacak psikopatolojik bileşen hakkında tartıŐılabilecek bir başka husus ise, bu kavramların “esaslı”, “ciddi”, “nem arz eden” gibi nitelemelerle kanun metninde yer almasının gerekip gerekmediğidir. Örneğin, Alman ceza kanununda “esaslı Şuur bozukluğu” ifadesine yer verilmiştir. Buradaki “esaslı” ifadesinde de hâkimin değerlendirme sahasında olan normatif bir değerlendirmenin söz konusu olduğu belirtilmektedir. Kanımızca kanunda kullanılan “akıl hastalığı”, “bilinç bozukluğu”, “akıl zayıflığı” gibi psikopatolojik hallerin bu Şekilde

nitelendirilmesi gerekmemektedir. Zira bu hallerin “ciddi”, “esaslı”, “önem arz eden” nitelikte olup olmadıkları ceza hukuku açısından ancak, failin algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğine etki etmeleri halinde önem arz etmektedir. Bir zihinsel bozukluk önemli olarak nitelenemiyorsa, zaten failin söz konusu yeteneklerine etki etmeyeceği söylenmelidir. Bu yeteneklere etki derecesi, söz konusu halin türü ya da tıbbi önem derecesinden bağımsız olarak ele alınmaktadır. Örneğin ciddi olarak sayılan bir akıl hastalığının somut eylemde kusur yeteneğine etki etmediği haller olabileceği gibi, tıbbi olarak ciddi sayılmayan bir zihinsel bozukluk da failin kusur yeteneğine etki edebilir. “Esaslı”, “ciddi”, “önem arz eden” gibi nitelendirmelerle henüz kusur yeteneğinin birinci aşamasında hâkimin zihinsel bozukluğun derecesini ölçmesinin beklenmesi yerinde olmadığı gibi, hukuki bir konu da değildir. Bu konu esas olarak adli psikiyatri bilirkişinin yapacağı bir değerlendirmedir.

2. Akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneği değerlendirilmesi yapılabilmesi için, öncelikle fail tarafından gerçekleştirilen fiilin tipe uygun ve hukuka aykırı olması gerekmektedir. Bu açıdan kusur değerlendirilmesi, bu aşamaların varlığı sonrası gerçekleştirilecek bir aşamadır. Bu nedenle fail, davranışını bir zihinsel bozukluk kapsamında gerçekleştirirse de, bu davranışın ilk olarak hukuki anlamda hareket vasfına sahip bir davranış olması gerekmektedir. Zira bu vasıfa sahip değilse, fail hakkında beraat kararı verilecektir. Kusur yeteneği yokluğunda ise, fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. Bu iki durum arasındaki bir başka önemli farklılık ise, failin davranışında hukuki anlamda bir hareket vasfı söz konusu değilse, TCK m. 57’ de yer alan akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine de hükmedilemeyecek olmasıdır. Her iki durumun hukuki sonuçları farklılık arz etmektedir. Bu nedenle konunun yakından incelenmesi gerekmektedir. Kanımızca uyku bozuklukları, tik bozuklukları, bilincin olmadığı epilepsi nöbet halleri gibi durumlarda hukuki anlamda bir hareket söz konusu değildir. Çünkü bu gibi hallerde, bir davranışın hukuki anlamda hareket sayılabilmesi için gerekli olan “irade taşıma” vasfı bulunmamaktadır. Akıl hastasının suç teşkil eden bir davranışında ise hukuki anlamda bir hareket vardır. Çünkü bu davranışta her ne kadar akıl hastalığı nedeniyle manipüle olmuş da olsa, bir irade söz konusudur. Sadece bu irade nedeniyle fail kınanamamaktadır. Ancak refleks ve tik hareketleri, uyku bozuklukları, bilinç kaybı

durumları gibi hallerde değerlendirmeye konu olabilecek bir irade söz konusu değildir. Bir davranışın hukuki anlamda hareket sayılıp sayılmamasına ilişkin ceza hukukunda net bir kriter bulunmamakla birlikte, “hareket süreçlerine zihinsel güçlerin katkısı”, “merkezi bir kontrolün olup olmadığı”, “bir kişiliğin dışa vurumunun ifadesi” gibi kriterlerle kanımızca bu değerlendirme yapılabilecektir.

3. Akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneği değerlendirmesi ile kusurluluğun unsuru olan haksızlık bilinci arasındaki ilişkinin açıklanması önem arz eden bir konudur. Hukuk düzeni kural olarak bireyler tarafından ceza normlarının kapsamının bilindiği, yani herkesin davranışlarını gerçekleştirirken hangi hareket biçimlerinin yasak olduğu ya da hangilerine hukuk düzenince izin verildiği bilinci ile hareket ettiği varsayımından yola çıkmaktadır. Böylece bireyler davranışlarını normlar çerçevesinde düzene sokabilmek için, yani normu ihlal etmeyen davranışı gerçekleştirebilmek için gerekli motivasyonu oluşturabilecektir. Söz konusu bilincin bireyde bulunmaması, baştan hukuka uygun olan davranışın seçilmesine ilişkin motivasyonun oluşturulmasına engel teşkil edecektir. Bu nedenle kişinin eylemleri dolayısıyla kınanabilmesi için gerekli unsurlardan birisi de, eylemlerini gerçekleştirmeden önce kişide var olması beklenen haksızlık bilinci ya da algısıdır. TCK m. 32’ ye göre, akıl hastalığı nedeniyle işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan kişiye ceza verilmez. Bu düzenlemede esasen failin psikopatolojik durumu sebebiyle, gerçekleştirmiş olduğu fiilin haksızlık olduğu konusundaki algılama eksikliğinden söz edilmektedir. Kanımızca failin fiilin haksızlığını algılayamaması durumu, kusurluluğu kaldıran hal olan yasaklılık yanılığısı durumundaki failin fiilinin haksızlık olduğu konusundaki kaçınılmaz hatası nedeniyle algılama yeteneğinin bulunmaması hali ile aynı anlamdadır. Bu nedenle aslında kusur yeteneğindeki failin fiilinin haksızlığını algılama yeteneğinin bulunmaması, sadece kapsamlı yasaklılık yanılığısının özel bir uygulamasıdır. Zihinsel bozukluk nedeniyle kusur yeteneği incelemesindeki algılama yeteneği, yasaklılık yanılığısından bağımsız bir konu teşkil etmemekte, çünkü psikopatolojik durumlar sebebiyle algılama yeteneğinin olmamasında daima kaçınılmaz bir yasaklılık yanılığısının da bulunduğu söylenebilir. Ancak bu durumların aynı hukuki duruma işaret etmesi nedeniyle TCK m. 32’ de “fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması” ifadesine yer verilmesinin anlamsız olduğu sonucuna

varılmamalıdır. Bu düzenleme haksızlık bilincini ortadan kaldıran nedenler çerçevesinde akla uygun bir kategori olan “zihinsel bozukluk” durumunu belirtmeye yaramaktadır. Bu bakımdan toplumu oluşturan bireylerde hukuki güvenliği sağlayan ve bu yöndeki algıyı kuvvetlendiren bir etkiye sahiptir. Bu ifadeye ayrıca TCK m. 32 gibi kusur yeteneğini etkileyen haller içinde ayrıca yer verilmesinin bir başka önemli nedeni de, söz konusu durumlar için güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesidir. Nitekim TCK m. 30/3 ve 4’ de düzenlenen yasaklılık yanığı durumunda fail hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilmesi mümkün değildir.

4. Kusur kavramının, bireylerin özgürlüklerine müdahale teşkil eden ceza hukuku enstrümanları arasında en ağır olan ceza yaptırımı ile doğrudan ilişkili olması, klasik bir kusur iddiasının haklı gerekçelere dayanması zorunluluğunu da beraberinde getirmektedir. Ceza yaptırımı uygulamaya yetkili tek taraf olan, bir başka deyişle meşru zor kullanma tekeli elinde bulunduran devletin, kusur iddiasında bulunması mutlak anlamda gerekçe gerektiren bir durumdur. Bu noktada kusur ilkesi çağdaş ceza hukukunun en önemli ilkesi ve kamusal cezanın meşruiyetinin zorunlu ve olmazsa olmaz şartı olarak görülmektedir. Ceza kanunlarının amacının kısaca toplumsal barışı korumak olduğu varsayılırsa, kusur kavramının içeriği her ne şekilde tanımlanırsa tanımlansın, ceza yaptırımı, toplumsal barışı iradi olarak bozan kişiye karşı toplumun vermiş olduğu reaksiyondan ibarettir. Bu ise toplumda birlikte yaşamının getirmiş olduğu ortak değerler çerçevesinde kabul edilmiş olan ceza normlarını iradi olarak ihlal eden davranışa, toplumun hukuk düzeni aracılığıyla cevabı niteliğindedir. Kuşkusuz ceza şeklinde gerçekleştirilen bu cevabın ölçülü olması gerekmektedir. Devlet tarafından ceza yaptırımının uygulanması bireyin temel hak ve özgürlüklerine müdahale içermektedir ve bu müdahalenin keyfi olmaması, yani yerinde ve ölçülü olması gerekmektedir. Bu bakımdan **kanımızca** kusurun cezaya esas teşkil etme işlevi yani kurucu özelliği, bu müdahalenin yerindeliliğini sağlarken, cezanın belirlenmesi aşamasındaki işlevi ise müdahalenin ölçülü olmasını sağlamaktadır. Kusur yeteneği kavramı, kusur kavramından anlaşılması gereken şeye bağlıdır. Çünkü “yetenek” kusurun karakteri bakımından belirlenmektedir. Bu nedenle prensip olarak kusur hakkında hükme varma ile kusur yeteneği hakkında hükme varma arasında ilkesel olarak bir ayırım yapmak ve bunlara farklı yöntemleri tahsis etmek hatalı görünmektedir. Kusur ve

kusur yeteneği ayrılamaz biçimde birbirlerine bağlıdır. Gerçekten de kusurun tanımlanması açısından kimlerin hangi özellikleri nedeniyle kusurlu sayılmadıkları belirleyici rol oynamaktadır. Bu nedendir ki, kusur yeteneğine sahip olmayan kişilerin davranışlarında hangi niteliklerin aranacağı, aranması ya da aranmaması gerektiği, kusur yargısı için bağlantı noktasını oluşturmaktadır. TCK’ da kusur konusunda hangi anlayışın benimsenmesi gerektiği sorusunun cevabı, aslında TCK m. 32’ de failin hangi yeteneklerine yer verilmesi gerektiği sorusunun cevabını da belirlemektedir. TCK m. 32’ ye bakıldığında failin “failin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama” ve “bu fiille ilgili davranışlarını yönlendirme” yeteneklerine yer verildiği görülmektedir. Bu yeteneklerden failin somut olayda gerçekleştirdiğinden başka türlü davranabilme yetisinin bulunup bulunmadığı sorgulanmamaktadır. Nitekim bu soru, geçmiş bir zaman diliminde failin irade özgürlüğüne sahip olup olmadığı sorusu ile eşdeğerdedir. Bu soru ise bilimsel tespite kapalı bir sorudur. Bu nedenle ne bilirkişi ne de mahkeme tarafından açıklığa kavuşturulamaz. *Kanımızca* burada pragmatik sosyal kusur anlayışının esas alınması gerekmektedir. Kusur kavramı, indeterminizmin getirdiği manada özgürlüğün ulaşılamayan tespitinden soyutlanacak olursa, ceza hukukundaki kınama ile ifade edilen, hukukun ortalama şartlardaki normal bir vatandaşın hukuk normlarına göre davranış beklentisinin sarsılmasıdır. Bu tür bir kınamanın ön şartı, ahlaki seçim özgürlüğü değil, aksine sadece sosyal normlar aracılığıyla normal motive olabilirlilik imkânıdır. Hukuk, bu imkânı genel olarak varsaymakta ve haklı olanın değil de haksız olan eylemin seçilmesinde, ortalama şartlardaki yeteneklerden geri kalındığını iddia etmektedir. Bu nedenle hukukun kusur yargısı büyük ölçüde genelleştirilmiştir ve bu, özellikle ceza hukukunda ortaya çıkmaktadır. Ceza hukukundaki kınama için ortalama yeteneklerin fail tarafından kullanılmadığı iddiası, sadece normal koşullar altında vatandaşın beklenebilecek davranışın gerisinde kalmayı kapsamaktadır. Buna göre, “çözümeyen determinizm – indeterminizm alternatifinin altında” genelleştirilen kusur isnadının konusu, failin içinde bulunduğu somut durumda bir başkasının bulunması halinde, genel pratik tecrübeye göre, bu kişinin başka türlü davranabilme imkân ve iktidarının olmasıdır. Bu şekildeki pragmatik-sosyal kusur kavramı, sonuç itibarıyla irade özgürlüğünün ve davranışların determinasyonunun ispat edilemezliği karşısında bir tercihte bulunmaktadır.

Kusur kavramının bu şekilde normatifleştirilmesinde ulaşılabilen sonuç, gerçek bir eylem alternatifi yerine, failin ruhsal “ortalama” eylem alternatifinin sorulmasıdır. Bu ise kusuru ampirik olarak elle tutulur bir hale getirmektedir. Bu şekilde anlaşılan kusur kavramı tanıklarla, belgelerle ve özellikle de bir bilirkişi yardımı ile açıklanabilir ve kanıtlarla kanıtlanabilir bir durum haline getirilmektedir. Bu tür bir kıyaslama kusur isnadının uygulayıcılar açısından açıklanmasını ve temellendirilmesini olanaklı hale getirmektedir. “Sosyal normlarla motive olabilirlik”, “norma tepki verebilirlik”, “normal motif belirlenebilirliği” veya “normal motivasyon olarak seçim olanağı” yeteneklerinin tümü, kıyaslamacı bir yöntemle, yani genel bir ölçüt ile somut olaydaki bulgular arasındaki karşılaştırmada bulunularak, psikiyatrik olarak tespit edilebilir hale gelmektedir. Bu durumun getirdiği bir başka avantaj ise, bu yeteneklerin determinizm teziyle ihtilaf halinde olmadığıdır.

Bu bakımdan kusur yeteneği değerlendirilmesinde ilgili failin gerçek, güncel ve somut algısı önemli değildir. Aksine önemli olan, algılama yeteneği ve algılama yeteneğine uygun eylemde bulunma yeteneği için ampirik olarak belirlenebilen şartlardır. Belirli bir fiil açısından her durumda şart koşulan, potansiyel planlı algılamanın ve kontrolün olmadığına tespiti için gerekli koşullardır. Bu nedenle kusur yeteneği değerlendirmesinde failin neden başka türlü davranmadığı ya da böyle bir davranış için yetenekli olup olmadığı (özgür olup-olmadığı) araştırılmamakta, sosyal ortalama yeteneklere sahip kişi çerçevesinde hukuka uygun davranışta bulunma beklentisinin fail için geçerli olup olmadığı sorgulanmaktadır.

5. TCK m. 32’ ye bakıldığında “fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama” ve “bu fiille ilgili davranışlarını yönlendirme” yeteneklerine yer verildiği görülmektedir. Algılama ile idrakin birbirinden kesin olarak ayrılması söz konusu olamayacaktır. Nitekim algılama kavramı sözlükte “*algılamak işi, idrak, idrak etme*”, algılamak ise “*Bir olayı veya bir nesnenin varlığını duyu organlarıyla algılamak, idrak etmek*” olarak tanımlanmaktadır. Bu ayırım esasen özellikle tıp alanında ve nörobilimciler tarafından kognitif bilimler temelinde tartışılabilir ise de, normatif bir yetenek olan “işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama” yeteneğinde yer alan “algılama” kavramı ile esasen iki hususa işaret edilmek istendiği söylenebilecektir. Bunlar:

1. Bir ceza normunun varlığı, geçerliliği, içerik itibariyle davranış beklentisi konusunda bir sonuca varmaya yarayan bilişsel (*kognitif*) faaliyetler (Ceza normu ile etkileşim ilişkisi),

2. Kişinin kendi gerçekleştirdiği fiili anlamlandırabilme ve sonuçları konusunda bir yargıya ulaşabilmeye ilişkin bilişsel (*kognitif*) faaliyetler (Somut fiil ile iletişim ya da bağlantı ilişkisi), olarak belirtilebilecektir.

TCK m. 32/1’ de yer verilen failin akıl hastalığı nedeniyle “*failinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması*” durumu, daha önce de belirtildiği üzere aslında failin akıl hastalığı nedeniyle haksızlık bilincine sahip olmaması ile eş anlamlı bir durumdur. Bu nedenle bu durumda aslında failin fiilini gerçekleştirdiği esnada haksızlık bilincine sahip olup olmadığı araştırılmaktadır. Failin haksızlık bilincine sahip olup olmaması hususu, TCK m. 32’ de yer verilen “davranışlarını yönlendirme” yeteneğinin aksine, azalıp çoğalabilen yani nicelik itibariyle derecelendirilebilen bir husus değildir. Somut olayda ya vardır ya da yoktur. Azalmış bir haksızlık bilincinden söz edilemez. Buna karşın tıbbi açıdan failin “algılama yeteneği”, azalmış ya da zayıflamış olarak kabul edilebilmektedir. Somut olayda fiilini gerçekleştirdiği esnada failin algılama yeteneğinin azalmış olduğu adli psikiyatrik bilirkişi tarafından tespit edilmişse, bu durumun failin haksızlık bilincini kaldırıp kaldırmadığı normatif bakış açısı ile değerlendirilmelidir. Şayet akıl hastalığı nedeniyle failin haksızlık bilincinin ortadan kalktığı anlaşılıyorsa, failin “*failinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması*” hali söz konusu olduğundan, TCK m. 32/1 gereği, failin ceza sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu kişiler hakkında TCK m. 57’ de yer verilen akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri uygulanacaktır. Ancak tıbbi anlamdaki algılama yeteneğinin azalmasına rağmen failin haksızlık bilincine sahip olduğu söylenebiliyorsa, kusur yeteneğinin mutlak anlamda etkilenmediği sonucuna ulaşılmamalıdır. Tıbbi anlamda algılama yeteneğinin azalması durumu, failin davranışlarını yönlendirme yeteneğini etkileyebilecektir. Bu durumda sorgulama bu yetenek üzerinden gerçekleştirilecektir.

6. TCK m. 32’ de yer verilen bir psişik bozulmanın, failin davranışlarını kontrol yeteneğini suçun işlendiği zamanda önemli miktarda azaltıp azaltmadığı sorusuna yanıt, hâkim tarafından onun kendi sorumluluğunda ve bir bilirkişinin açıklamalarına bağlı kalmaksızın verilmesi gerekir. Normalden sapmanın türü ve

boyutu hakkındaki tıbbi-psikiyatrik saptamalar yasal bakımdan talep edilen ağırlık derecesinin tespiti için bağlantı noktası olarak faaliyet göstermektedir. Fakat değerlendirmenin içine normatif bakış açıları girer. Sonuçta hukuk düzeninin kişinin kendi davranışı üzerinde hâkimiyet kurmasıyla ilişkili talepleri, ihlal edilen ceza normunun önemine bağlı olarak değişkenlik gösterir. Bu bakımdan hâkim özel olarak bir psikişik bozukluk sonucu suç işlenmesi halinde, suçlananın voluntatif (=istemeye bağlı) yeterliliklerinin, somut ceza normunun ihlali halinde uygulanacak yaptırım bakımından dikkate alınmasını gerektirecek biçimde azalmış olup olmayacağına karar vermek zorundadır. Failin bu yeterliliklerinin “önemli” miktarda azalıp azalmadığı değerlendirmesinde sadece ampirik olarak belirlenebilen tıbbi-psikolojik bir “bulgu” söz konusu değildir. “Önemli” derecedeki azalma durumundaki “önemlilik” kıstası hukuki bir kavramdır. Bu nedenle şartlarının mevcut olup olmadığı konusundaki soruya, kendi sorumluluğu dâhilinde hâkim tarafından karar verilecektir. Tespit edilen bir bozukluğun önemli derece etki edip etmediği hukuki sorunu hakkında bu nedenle “in dubio pro reo” ilkesi kural olarak kullanılamaz.

7. Kusur yeteneği değerlendirmesinde şüpheden sanık yararlanacağına ilişkin ilkenin uygulanabilmesi açısından, bu değerlendirmedeki hususların ikiye ayrılarak incelenmesi gerekmektedir. Bu hususlar gerçekliğe dayalı olgular ve hukuki değerlendirmeye dayalı olgular olarak ayrılabilir. Şüpheden sanık yararlanır prensibinin uygulanma alanı hukuki sorular değil, suçun sübutunu ilgilendiren gerçekliğe ilişkin hususlardır. Bu nedenle prensip, kusur ya da kusur yeteneğinin bulunmadığı gibi hukuken değerlendirici karaktere sahip sorumluluğun yüklenmesini ilgilendiren konularda geçerli değildir. Prensip, sadece kusur yeteneği için önem arz eden gerçeklerle ilişkili olarak uygulanabilir. Burada söz konusu olan, kusur yeteneği hakkında olumsuz yönde bir karar için gerekli ampirik bulgunun, tüm delillerin toplanmasından sonra genel bir değerlendirme çerçevesinde gerçekten de kanıtlanmış olup olmadığıdır.

Şüpheden sanığın yararlanacağına ilişkin in dubio pro reo ilkesinin akıl hastalığı nedeniyle yapılacak kusur yeteneği değerlendirmesinde oynadığı rol, iki aşamada değerlendirilebilir. Bu değerlendirmenin yapılabilmesi için ilk olarak failin fiilini gerçekleştirdiği sırada akıl hastası olması gerekmektedir. Ancak salt bu durumun tespiti, kusur yeteneği açısından bir öneme sahip değildir. Bu hastalığın

TCK m. 32' de belirtilen “fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama” ya da “davranışlarını yönlendirme” yeteneklerine etki ettiğinin de kuşkudan uzak bir şekilde tespit edilmesi gerekmektedir. Bu durumlar maddi gerçekliğe ilişkin hususlar oldukları için, bu konuya ilişkin şüphede kalınması durumunda in dubio pro reo ilkesi geçerli olacaktır. Maddi gerçeğe ise deliller vasıtasıyla ulaşılabilecektir. Bu nedenle adli psikiyatrik bilirkişinin bu konudaki saptamaları önem arz etmektedir. Hiç kimse kendisinde bulunan bir akıl hastalığının fiilin gerçekleştiği anda etki ettiği konusunda bir ispata zorlanamaz. Bir iddia karşısında akıl hastalığının bulunmadığı ya da fiilin gerçekleştirilmesinde etki etmediği gibi hususları ispat ödevi, suçlamayı yapan makama aittir. Bu nedenle bu konuların şüpheden uzak şekilde tespit edilmesi gerekmektedir. Ancak bu tespit yapıldıktan sonra kusur yeteneğinin kalkması ya da azalmış kabul edilebilmesi için gerçekleştirilecek “davranışlarını yönlendirme” yeteneğinin “önemli derecede” azalıp azalmadığı sorunu kusur ilkesi temelinde yapılacak normatif değerlendirmeler sonucu ortaya çıkarılacaktır. Bu ise, maddi gerçekliğe ait olan bir mesele değil, hukuki sorun teşkil eden bir meseledir. Bu nedenle bu konuda şüpheden samığın yararlanacağı esası uygulanamaz.

8. Failde bulunan zihinsel bozukluğun, işlenen fiille ilgili olarak failin kusur yeteneğine etkili olabilmesi için işlenen fiil, zihinsel bozukluk açısından semptomatik olmalıdır. Bir başka deyişle zihinsel bozukluğu karakterize eden en küçük bozukluk ünitelerinden (semptomlardan) biri ya da birkaçı, fiile etkili olarak eşlik etmesi gerekmektedir. Bu etki söz konusu değilse, başlı başına fail hakkında zihinsel bozukluk teşhisinin konması kusur yeteneğine etki bakımından önem arz etmez. Bu nedenle yasal düzenlemelerde “*fiili işlediği anda akıl hastası olan*” şeklinde değil, “*fiili işlediği anda akıl hastalığı nedeniyle*” ya da “*fiili işlediği anda akıl hastalığının etkisi ile fiilinin haksızlığını algılayamayan veya davranışlarını bu algı çerçevesinde yönlendiremeyen*” şeklinde düzenlemelere yer verilmesi daha doğru olacaktır. Fiilin zihinsel bozukluk açısından semptomatik olmasının bir diğer sonucu da, spesifik zihinsel bozukluk tablosunun semptomları ile ilişkili olmayan fiillerde kusur yeteneğinin etkilendiğinden söz edilememesidir. Failin yangın çıkarma dürtü bozukluğu (piromani) hastası olmasına rağmen, dolandırıcılık suçu işlemesi durumunda, bu psikopatolojik hal kusur yeteneğine etki etmeyecektir.

9. Akıl hastalığı nedeniyle gerçekleştirilecek kusur yeteneği değerlendirmesinde “fiilin işlendiği an” ifadesi kanımızca fiilin hareket unsuruna işaret eden bir kavram olarak anlaşılmalıdır. Zira daha önce de vurgulandığı üzere, failin kusurlu sayılmasının ve fiili nedeniyle kınanmasının sebebi, haksızlık bilincine sahip olmasına rağmen, hukuku ihlal etmeyen davranış ve hukuka aykırı davranış biçimi arasında seçim yapma imkân ve iktidarının bulunmasına rağmen, yine de hukuka aykırı davranışı seçmiş ve gerçekleştirmiş olmasıdır. Söz konusu bu hukuka aykırı fiilin gerçekleştirilmesi nedeniyle, failde hukuka sadakat eksikliği içeren iradenin bulunduğu anlaşılakta ve fail hakkında kınama yargısında bulunmaktadır. Failin kusurlu sayılabilmesi için neticenin gerçekleşmesi ya da haksızlığın devam ettirilmesi gerekmemektedir. Duruma göre bu hususlar failin kınanıp kınanmaması için değil, hareketi nedeniyle kınanmış olan failin kınanma şiddetini arttırabilecektir. Sonuç olarak denilebilecektir ki, failin fiili nedeniyle kınanma anı hareketin gerçekleştirildiği an olmalıdır. Esasen failde kınanabilir olmak için aranan yeteneklerin akıl hastalığı nedeniyle etkilenip etkilenmediği de, hareketin gerçekleştirildiği ana göre incelenmelidir.

Failin fiili gerçekleştirdiği anı da kapsayan zaman diliminde failin akıl hastası olduğu tespit edildiğinde, failin fiilini hastalık etkisi altında gerçekleştirip gerçekleştirmediği önem arz edecektir. Hastalıkta belirti göstermeyen sessiz bir dönemin söz konusu olduğu “*lucid interval*” döneminin bulunması durumunda ise, ne şekilde karar verileceği tartışmalıdır. Söz konusu “*lucid interval*” dönemi, hastalıkta “berrak aralıklar dönemi” ya da “berraklık dönemi” olarak ifade edilmektedir. Öğretide belirli bir suç tipi ile ilgili olarak kusuru kaldıran ruhsal bir bozukluğun var olması durumunda “berrak aralıklar (*lucida intervalla*)” olanağının günümüzde artık kabul görmediği belirtilmektedir. Bir başka deyişle eylemin hastalığın dış semptomlarının geçici olarak gerilediği bir zamanda işlenmiş olması durumunda da kusurun kalkması gerektiği kabul edilmektedir. Bu konuda çok kısa süreli berraklık dönemlerinin dikkate alınmaması gerektiği söylenmektedir. Ayrıca suç sonrası ortaya çıkan bozukluklarda, tekrarlayan psikozlarda ve duygulanım bozukluklarında suç tarihine göre yapılan değerlendirmede olay anında iyilik durumu belirlenen kişilerin ceza sorumluluklarının tam olduğu belirtilmektedir. Kanımızca epilepside olduğu gibi nöbet esnası dışında failin normal kabul edilebildiği anlar gibi

net şekilde bir ayırma gidilememesi halinde, failin kusur yeteneğinin etkilenmiş olduğu söylenmelidir. Ayrıca bu konuda şüpheden sanık yararlanır ilkesinin de uygulama alanı bulacağı söylenebilir. Fiili işlediği sırada akıl hastalığı tespit edilmekle birlikte, bu hastalığın somut fiile etkisi konusunda bir şüphe söz konusu ise, failin lehine olarak uygulama yapılması gerekmektedir.

10. Kusur yeteneğinin aranacağı zaman istisna durumlarda geriye çekilebilmektedir. Sebepinde serbest hareketler kuramı (*actio libera in causa*) gereği, kişinin kusur yeteneğinin ortadan kalkmasına kendisinin kasten veya taksirle sebebiyet verdiği durumlarda, her ne kadar fail fiili gerçekleştirirken kusur yeteneğine sahip olmasa da, önceki davranışları nedeniyle sorumlu tutulabilmektedir. Daha çok TCK m. 34 ile ilişki kurulabilecekse de, TCK m. 32 açısından uygulanabilir olup olmadığı tartışmalıdır. Failin akıl hastası olmakla birlikte, ilaç kullanımı sonucunda hastalığın etkilerinin önüne geçilebildiği durumlarda, kişinin ilaç kullanmayı bırakması durumunda ortaya çıkabilecek haksızlıklardan sorumlu olup olmayacağı tartışılabilir. Kişinin bir kişiyi öldürmek amacıyla alkol kullanarak bilerek ve isteyerek algılama yeteneğini kaldırdığı durumlarda, kişi alkolün etkisi ile öldürme fiilini işlerse sorumluluk ortadan kalkmamaktadır. TCK m. 34/2' de iradi olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişinin ceza sorumluluğunun ortadan kalkmayacağı düzenlenmiştir. Aynı şekilde bir şizofren akıl hastasının normalde kullandığı ilaçlar sonucunda hukuka aykırı fiilleri işleme bakımından hasta olmayan diğer kişilerden farkı bulunmazken, ilaçları bırakması halinde gördüğü halüsinasyonlar nedeniyle bir suçu işlemesi mümkündür. Hukuk düzeni bu kişiye ilaç kullanma yükümlülüğü yükleyerek, bu yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde kasten veya taksirle kusur yeteneğinin ortadan kaldırması nedeniyle sorumlu tutacak mıdır? **Kanımızca** burada kişiye haksızlık teşkil eden fiili nedeniyle kusur atfedilip atfedilemeyeceğine bakılması gerekmektedir. Kişi akıl hastası olsa da, hastalığın semptomlarının önüne ilaç kullanarak geçebilmektedir. Bu nedenle kişinin kusur yeteneğinin kalkmamasına neden olacak davranışları sergilemesi hukuk düzenince beklenebilir bir durumdur. Bu sonuca akıl hastalığına tutulma durumunun yazgısal olması anlayışı açısından da ulaşılabilecektir. Her ne kadar akıl hastalığı durumu yazgısal nitelikte ise de, etkilerinin ortaya çıkması böyle bir durumda failin elinde olacaktır. Bu nedenle akıl hastası olan kişinin, bir ceza

normunu ihlal etmekten kaçınabileceği durumların da, kusur iddiasının konusu olabileceği değerlendirilmelidir. Bu konuda ceza hukuku düzeni kişiden, kendisinde var olan akıl hastalığının etkisi ile suç işleme potansiyelini engelleyen ya da olasılığı minimuma indiren dikkat ve özeni göstermesini bekleyebilecektir. İlaç kullanılması ise bu kapsamda değerlendirilmelidir. Ancak bu beklentinin de normal kişilerde olduğu gibi olduğunu savunmak güçtür. Örneğin, uykusuz bir şekilde trafiğe çıkmamak gibi, normal kişilerde olduğu gibi bir beklenti olmayacağı kesindir. Bu nedenle bu hususun detaylı olarak bilirkişi ve mahkeme tarafından değerlendirilmesi gerekir.

11. Öğretide kesintisiz suçlarda kusur yeteneğinin aranacağı zaman, suçun işlenme anı esas alınarak belirlenmekte ve “kesintinin gerçekleştiği an” olarak belirtilmektedir. Bu görüş bakımından şayet kesintisiz suç başladığı anda akıl hastalığı mevcut ise, fakat kesinti sona ermeden önce kişi iyileşmiş olursa fail suçtan sorumlu olur. Kanımızca akıl hastalığı nedeniyle yapılacak kusur yeteneği değerlendirmesinde “suçun işlendiği an” esas alınarak kusur yeteneğinin bu anda etkilenip etkilenmediği araştırması yerinde değildir. Zira kesintisiz suçlarda özellikle ceza kanunlarının zaman ve yer bakımından uygulanması, dava zamanaşımı süresinin başlaması gibi konularda kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği an, suçun işlenme anı olarak kabul edilmektedir. TCK m. 66/7’ de, kesintisiz suçlarda dava zamanaşımı süresinin kesintinin gerçekleştiği günden itibaren işlemeye başlayacağı özel olarak vurgulanmıştır. Buna karşın akıl hastalığı nedeniyle failin kusur yeteneğinin değerlendirilmesinde ise, kişinin kusurlu sayıldığı anın ne zaman olduğu önem arz etmektedir. Bu anın belirlenmesi ise, kişinin gerçekleştirmiş olduğu hukuka aykırı fiilden dolayı niçin “kınandığı” sorusu ile doğrudan bağlantılıdır. Çalışmada detaylı şekilde tartışıldığı üzere normatif kusur anlayışının temelinde “başka türlü davranabilme (*Andershandelnkönnen*)” yeteneği söz konusudur. Fail, hukuka uygun olan davranışı seçme ve gerçekleştirmek konusunda imkân ve iktidara sahip olmasına rağmen, yine de hukuku ihlal eden davranışı seçmesi nedeniyle kusurlu sayılmaktadır. Bu davranışındaki hukuka sadakat eksikliği içeren iradesi nedeniyle kınanmaktadır. Sadakat eksikliği içeren bu iradenin tespit edilebileceği an, kusur yeteneğinin aranacağı an olmalıdır. Kesintisiz suçlarda bu an, kesintinin gerçekleştiği an değil, suçun icra hareketlerine başlandığı an olmalıdır.

Somutlaştırılacak olursa, failin bir kişiye karşı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlemesi durumunda, mağdurun tekrardan özgürlüğüne kavuştuğu anda (kesintinin gerçekleştiği zaman) failin akıl hastası olması bir önem arz etmemektedir. Önemli olan failin, mağdurun hürriyetini kısıtlamaya yönelik icra hareketlerini gerçekleştirdiği anda akıl hastası olması ve bu durumun davranışlarına etki etmesidir. Fail akıl hastalığının hiçbir etkisi olmaksızın mağdurun hürriyetini kısıtlayıcı davranışları gerçekleştirmişse, hukuka uygun olan davranış yerine, hukuka aykırı olan davranışı tercih etmiştir ve bu iradesi nedeniyle kınanmalıdır. Bu anlamda ceza sorumluluğu bulunmaktadır. Daha sonradan akıl hastası olması durumunda ise, akıl hastalığı nedeniyle halen fiiline devam etmiş ise, bu durum sadece TCK m. 61 kapsamında cezanın belirlenmesinde rol oynayabilecektir. Diğer bir ihtimalde ise failin icra hareketlerine akıl hastalığının etkisi altında başlaması durumunda, ceza sorumluluğunun bulunmaması gerekir. Ancak bu durumda temadinin devam ettiği bir aşamada fail akıl hastalığının etkisinden kurtulursa, iyileşirse fiiline derhal son vermesi beklenecektir. Bu duruma rağmen fiili işlemeye devam etmesi durumunda yine ceza sorumluluğunun bulunduğu kabul edilmelidir. Çünkü bu durumda da failin hukuku ihlal eden davranışı iradesi ile seçmiş olduğu anlaşılacaktır.

12. Ceza sorumluluğunu ortadan kaldırma sonucunu ortaya çıkaran TCK m. 32/1' deki gibi düzenlemelerde esasen "kusur isnadı" sorusu sorgulanırken, TCK m. 32/2' deki gibi azalmış kusur yeteneği düzenlemelerinde "kusur tayini" sorusu ön plana çıkmaktadır. Burada öğretide TCK m. 32/2 gibi azalmış kusur yeteneği düzenlemelerinin salt kusuru azaltan bir kural mı olduğu, yoksa tamamen cezanın belirlenmesi kuralı mı olduğu sorusu sorulmaktadır. Ancak bu sorunun pratikte bir önemi bulunmamaktadır. Zira her iki görüş de aynı sonuca çıkmaktadır. TCK m. 32/2 gibi azalmış kusur yeteneği düzenlemeleri, kusurun azalmasına dayanan özel bir cezanın belirlenmesi kuralıdır. Bu nedenle azalmış kusur yeteneği düzenlemesinin hukuki niteliği ile ilgili olarak, söz konusu bu iki özelliği de dikkate alınarak "hem.....hem de....." noktasından yola çıkılmaktadır. Burada azalmış kusur yeteneği düzenlemesi, -hem aşağıya ve yukarıya doğru kategori itibarıyla sınırlanmış – kusur indirim sebebidir, hem de – ceza takdirinin doğuracağı hukuki sonuca dayanarak bir cezanın belirlenmesi düzenlemesidir.

Akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneği durumunda fail hakkında hükmedilecek cezanın haklı, adil ve dolayısıyla meşru sayılabilmesi, birtakım ilkelerin oluşturulmasını zorunlu kılmaktadır. Bu ilkeler kanımızca normatif değerlendirmede esas alınmasına göre sırasıyla şu şekilde belirtilebilir;

1. Somut Olayda Kusur İçeriğinin Ortaya Çıkarılması İlkesi (Kusur Dengelemesi İlkesi)

- Somut olayda kusur içeriğini azaltan veya arttıran durumların belirlenmesi,
- Akıl hastalığı teşhisine dayanak teşkil eden semptomların aleyhe kusur dengelemesi sürecine katılmaması,

2. Ceza Ölçüsünün Kusur Ölçüsünü Aşamaması İlkesi

- Ceza miktarının belirlenmesinde sadece kusurun dikkate alınması (Failin cezaya duyarlılığı, önleyici sebepler, failin önceki yaşamı gibi hususların etkili olmaması),
- Uygulanacak olası güvenlik tedbirlerinin süresinin, cezanın belirlenmesinde esas alınmaması,

3. Nihai Cezanın Tam Kusur Yeteneğine Sahip Olan Fail Hakkında Verilecek Olan Ceza ile Eşdeğer Olmaması İlkesi (Her Durumda Nihai Cezanın, Suçun Diğer Değişken Şartları Sabitken Tam Kusur Yeteneğine Sahip Faile Göre Daha Düşük Olması Gerektiği İlkesi)

Kanımızca TCK m. 32/2' de yer alan düzenleme cezanın belirlenmesinde esas alınacak olan kusur dengelemesi ilkesinin uygulanmasına engel olmaktadır. Nitekim her olayda failin davranışlarını yönlendirme yeteneği farklı düzeyde etkilenebileceği gibi, olayda failin akıl hastalığına dayanmayan başkaca kusuru ağırlaştırıcı sebeplerin bulunması da muhtemeldir. Bu durumda bu ağırlatıcı sebeplerin ceza miktarına yansıtılması gerekmektedir. Akıl hastalığı nedeniyle davranışlarını yönlendirme yeteneği azalan fail, gerçekleştirmiş olduğu haksız eylem nedeniyle kınanmaktadır, dolayısıyla ceza sorumluluğuna sahiptir. Gerçekleştirilecek olan ceza belirleme işlemi, her somut olaya göre söz konusu kusur içeriği farkına dayanan kınama şiddetinin cezaya yansıtılması gerekmektedir. Bu kınama şiddeti her olay bakımından farklı olabilecek iken, olaydaki spesifik kusuru ağırlaştırıcı sebeplerin ve failin davranışlarını yönlendirme yeteneğindeki azalma oranının dikkate alınmaması, somut olaydaki **kusur rölativitesinin** göz ardı

edilmesine yol açacak ve bu nedenle kusur ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Örneğin, seçimlik hareketli suçlarda tüketen-tüketilen norm ilişkisi gereği suç tipinde belirtilen seçimlik hareketlerden birden fazlasının gerçekleştirilmesi durumunda “cezalandırılmayan sonraki hareket” söz konusudur. Faile bu durumda tek ceza verilecektir ancak gerçekleştirmiş olduğu birden fazla seçimlik hareket durumu temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır. İşte belirtilen şekilde suç işleyen fail hakkında da şayet akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneği azalması durumu varsa, kanunda belirli cezalara (25 yıl ve 20 yıl hapis cezası) hükmedilecektir. İlgili kusuru ağırlaştırıcı durumun dikkate alınmıyor olması, suçun daha ağır biçimde işlenmesi konusunda failin ödüllendirildiği anlamına gelmektedir ve bu nedenle kusur ilkesine aykırıdır. Bu nedenle kanımızca azalmış kusur yeteneği durumunda cezada indirimin zorunlu olması ancak indirim konusunda somut eylemdeki kusur içeriği değerlendirmesine göre, hâkime takdir payının bırakılması daha yerinde olacaktır.

13. Kusur ilkesi salt fail hakkında teminat teşkil eden bir ilke değil, aynı zamanda eylemin kınanma şiddetinin yani cezaya layık olma oranının nihai cezaya yansıtıldığı, adaletli ceza anlayışının mağdur tarafında da hissedilmesini sağlayan bir ilkedir. Bu nedenle kanımızca akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneğinin azalmış olduğu tespit edildikten sonra, failin hastalık nedeniyle normalden ne oranda saptığı (uzaklaştığı), hangi eylemlerinde bu sapmanın görüldüğü ortaya çıkarılarak hakkaniyete uygun bir ceza indirimi yapılması zorunludur. İndirim sonucu hükmedilecek cezanın kanun tarafından belirlenmesi yerinde değildir. Bu yöntem yerine kanımızca, kusur ilkesi gereği azalmış kusur yeteneği durumunda indirimin zorunlu olması, ancak hâkime zorunlu olarak yapılacak indirim oranı konusunda takdir hakkı tanınması gerekmektedir. Böylelikle somut olayın özellikleri dikkate alınarak her durum kendi içerisinde değerlendirilecek ve kusur göreceliliğine dayanan farklılaşma yapılabilecektir.

Söz konusu gereklilik özellikle psikopati nedeniyle davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan failerde daha da önemli hale gelmektedir. Nitekim bu kişilerin her ne kadar psikopati nedeniyle davranışlarını yönlendirme yetenekleri etkilenmiş kabul edilebilirse de, failerin hareketlerini değişik şekilde biçimlendirmesinden, kınanabilirlik şiddeti farklılaşması yapılabilmektedir. Yani bu durumlarda ceza miktarında farklılaştırma yaratılabilir. Bu farklılaştırma akıl

zayıflığı durumunda tıbbi karara daha fazla dayanmak zorunda olabilecektir. Ancak psikopati durumunda normatif değerlendirme daha önemli bir role sahiptir.

Belirtilen nedenlerle, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ve müebbet hapis cezası gibi temel cezanın kanun tarafından kesin olarak belirlendiği suçlarda, şayet varsa kusur arttırıcı faktörlerin, azalan kusur yeteneğine dayalı bir kusur indirimini, temel cezada indirim mümkün olmayana kadar dengeleyebileceği görüşü, kanımızca yerinde değildir. Zira ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ve müebbet cezasının soyut ceza olarak düzenlendiği suçlarda, eylemdeki kusurluluk içeriğinin en fazla olduğu durum için bu cezalar öngörülmüştür. Bu nedenle olayda failin akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneğine dayanan kusur içeriği azalmasının her durumda cezaya yansıtılması gerekmektedir. Bunun yapılabilmesi ise, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ve müebbet hapis cezasının öngörüldüğü suçlarda azalmış kusur yeteneği varsa, zorunlu ceza indirimine gidilmesi, ancak bu indirim oranı konusunda somut olaydaki kusur arttırıcı hususların da hâkim tarafından dikkate alınabildiği bir takdir hakkı bırakılması gerekmektedir.

Esasen yukarıda anlatılmış olan azalmış kusur yeteneği durumunda zorunlu ceza indirimi yapılması, ancak indirim oranı konusunda hâkime takdir yetkisi tanınması yaklaşımı, 5237 sayılı TCK' da yer alan diğer kusur yeteneğini etkileyen haller bakımından yerinde olarak düzenlenmiştir. TCK m. 31/2' de fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olan ve işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği var olan çocuklarda, suç ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde, on iki yıldan on beş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan on bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunacaktır. Aynı yaklaşım TCK m. 31/3' de yer alan üçüncü dönem suça sürüklenen çocuklar için de geçerlidir. Burada da suç ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on sekiz yıldan yirmi dört yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on iki yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunacaktır.

Tüm benzer durumlarda hâkime zorunlu indirimin miktarı konusunda takdir hakkı tanınmışken, akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneğinin azalması durumunda bu takdir hakkının neden tanınmadığı anlaşılammaktadır. Kanımızca genel olarak kabul edilmiş sistem doğrultusunda TCK m. 32/2' deki ceza indirim düzenlemesinin

hâkime indirim miktarı konusunda takdir hakkı tanıyacak şekilde değiştirilmesi gerekmektedir.

14. Failin fiilini icra ettiği sırada akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneğinin etkilendiği belirlendikten sonra, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine başvurmanın zorunlu olup olmadığı tartışılması gereken bir husustur. **Kanımızca** bu konuda TCK m. 32 ve 57 arasında bir çelişki söz konusudur. Failin TCK m. 32/1 kapsamına giren bir akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneğinin bulunmadığı saptandığında, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine hükmetmek zorunlu iken, TCK m. 32/2 kapsamına giren azalmış kusur yeteneği durumunda tedbirlere hükmedip hükmetmemek konusunda hâkime takdir hakkı bırakılmıştır. TCK m. 32/2’ de, “*Mahkûm olunan ceza, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir.*” düzenlemesine yer verildiğine göre, cezalar ve güvenlik tedbirleri arasında bir değişimin mümkün olduğu ancak bunun zorunlu olmadığı anlaşılmaktadır. Bu düzenlemeden çıkarılacak bir başka sonuç ise, mahkûm olunan ceza miktarının aynı kalmasına karar verilmesi halinde, ***her ne kadar fail toplum açısından tehlikelilik arz ediyor olsa dahi, mahkûm olunan cezanın yanında akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirine hükmedilemez.***

Akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneği hali için TCK m. 57/6’ da ise, TCK m. 32/2’ ye benzer bir düzenlemeye yer verilmek istenmiş, ancak içerik itibariyle kanımızca TCK m. 32/2’ den farklı bir düzenlemeye gidilmiştir. Bu düzenlemeye bakıldığında akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneği saptanan failin **yerleştirildiği yüksek güvenlikli sağlık kuruluşunda düzenlenen rapor üzerine**, mahkûm olunan hapis cezasının, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, mahkeme kararıyla akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri olarak da uygulanabileceği düzenlenmiştir. Buna göre, akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneği saptanan fail, ilk olarak zorunlu olarak yüksek güvenlikli sağlık kuruluşuna yerleştirilecektir. Bu konuda mahkemenin takdir hakkı bulunmamaktadır. Bu yerleştirmenin ardından hükmedilen cezanın, kısmen ya da tamamen güvenlik tedbiri olarak uygulanabileceği düzenlenmiştir. Şayet mahkeme, bir failde kusur yeteneğinin azalmış olduğunu hesaba katmadan, salt kusurun azalması nedeniyle TCK m. 61/1-f uyarınca temel cezanın belirlenmesi aşamasında indirime gitmişse, failin hastaneye

yatırılması tedbirine hükmedilemez. Zira azalmış kusur yeteneği kesin olarak, yani şüpheden uzak şekilde tespit edilmemiştir. Mahkemenin failin fiili gerçekleştirdiği sırada akıl hastalığı nedeniyle davranışlarını yönlendirme yeteneğinin etkilendiğini tespit etmekle birlikte, bunun “önem” derecesi hakkında kuşkuya düşmesi durumu, güvenlik tedbirinin hükmedilmesine engel teşkil etmez. Çünkü burada aranan asgarî şart sağlanmıştır.

Benzer sorunların TCK m. 57/7’ de düzenlenen alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı kişiler hakkındaki uygulanacak güvenlik tedbirleri hakkında da bulunduğu söylenebilir. Bu kişiler hakkında m. 57/7 düzenlemesi çerçevesinde güvenlik tedbirine hükmedilebilmesi için kusur yeteneklerinin ne derecede etkilenmiş olması gerektiği belirtilmemiştir. Bir başka anlatımla bu kişilerin kusur yetenekleri olmadıklarına karar verilebileceği gibi, söz konusu bağımlılığın fiil gerçekleştirilirken failin davranışlarını yönlendirme yeteneğini önemli olmayan derecede etkilemiş olduğuna, yani azalmış kusur yeteneği haline de karar verilebilir. Her iki durum için de TCK m. 57/7’ de zorunlu olarak güvenlik tedbiri uygulanacağı belirtilmiştir. Bu durumlarda fail hakkında alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşunda tedavi altına alınmasına karar verileceği düzenlenmiştir. Bu konuda mahkemeye takdir hakkı tanınmamış, azalmış kusur yeteneği durumunda hükmedilen cezanın yerine süresi aynı olmak şartıyla kısmen veya tamamen bu tedbirlere başvurulabileceğine yer verilmemiştir. Söz konusu bağımlılıklar hakkında TCK m. 32/2 ve TCK m. 57/7 arasında bu farklılığa neden yer verildiği anlaşılamamaktadır. Ayrıca bağımlılık nedeniyle uygulanacak güvenlik tedbirinin, infaz aşamasında ceza ile olan ilişkisine de yer verilmemiştir. Bu halde tedbirin cezanın infazından önce mi, sonra mı uygulanacağı, önce uygulanacaksa ceza miktarından mahsup edilip edilmeyeceği de öğretisi ve içtihatlarla bırakılmıştır. Kanımızca bu konuda açık bir düzenleme yapılmalıdır.

Kanımızca TCK m. 57’ de failin tehlikeliliği konusunda yol gösterici olabilecek, ileride fail tarafından işlenmesi öngörülen suçlarda herhangi bir ağırlık derecesinin aranmıyor olması önemli bir eksikliktir. Failin toplum açısından tehlikeliliğinin hangi kapsamda öngörüleceği konusunda belirsizlik mevcuttur. İleride akıl hastalığı nedeniyle herhangi bir suçu işleyebilecek olan fail, başkasına ait korunan hukuki değerlere zarar verebilecek ya da bu değerleri tehlikeye

düşürebilecek niteliktedir. Bu bakımdan herhangi bir suçun işlenme ihtimalinde de toplum açısından tehlikelilik söz konusu olabilecektir. Ancak bu ihtimalin varlığı, akıl hastası olan failin yüksek güvenlikli bir sağlık kurumuna kapatılmasına yeterli olmamalıdır. Bu noktada mutlaka kanun düzenlemesinde akıl hastası failin, ileride işleyebileceği suçlar konusunda, bu suçların ciddiyet derecesine ilişkin bir ifadeye yer verilmelidir. Bir başka deyişle failin kapalı bir psikiyatri kurumuna kapatılmasıyla failin kişisel özgürlüğüne yapılacak ağır müdahale, ancak yatırılmaması halinde çok ciddi hukuk ihlallerinin meydana gelebileceği durumlarda söz konusu olmalıdır. Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirine vesile olan fiilin ve failin kişiliğinin (özellikle ruhsal bozukluğun etkisinin) genel değerlendirilmesi sonucu, failden durumu itibariyle gelecekte ciddi derecedeki hukuka aykırı fiillerin beklenebileceği ve kendisinin bu nedenle tehlike arz ettiği kanaatine varılması durumunda tedbirlere başvurulmalıdır. Söz konusu ayırt edici husus birinci fıkraya eklenerek, TCK m. 57/1 şu şekilde düzenlenebilecektir: *“Fiili işlediği sırada akıl hastası olan kişinin akıl hastalığı nedeniyle ileride ciddi hukuka aykırı fiiller işleme ihtimalinin bulunması ve bu nedenle toplum açısından tehlikelilik arz etmesi halinde, yüksek güvenlikli sağlık kurumlarında tedbir amaçlı zorunlu tedavi altına alınmalarına hükmedilir.”*

15. TCK m. 32/2 ve 57/6’ da cezalar ile güvenlik tedbirlerinin birbiri yanında hükmedilmesi durumunda hangisinin infazının önce yapılacağına yer verilmemesi önemli bir eksikliklerdir. Kanımızca her iki yaptırım türünün kendi hükmedilme koşulları dikkate alınmak suretiyle belirlenmesi gerekmektedir. Çünkü tedbirin amaçları ile cezanın amaçları tam olarak örtüşmemektedir. Kanımızca akıl hastası hükümlünün “tehlikelilik” arz etmesi halinde öncelikle tedbirlerin infazı gerçekleştirilmelidir. Bir psikiyatri sağlık kurumunda zorunlu tedavi altına alınma tedbiri, özgürlüğü kısıtlayıcı bir tedbir olduğundan aynı ceza yaptırımları gibi, tedbire maruz kalan kişi açısından bir fenalık ya da kötülük olarak hissedilecektir. Bu nedenle kişi hakkında tedbirlerden sonra, hükmedilen ceza miktarının aynen infazı durumunda, kişinin çifte yüke maruz kalma şeklinde özgürlüğü kısıtlanmış olacaktır. Bu nedenle tedbirlerin infazı süresinin, hükmedilen ceza süresinden mahsubu mümkün olmalıdır. Bu şekilde kişinin tedbirin infazı sürecinde tedaviye katılım anlamında teşvik edilmesi de mümkün olacaktır. Ancak fail hakkında hükmedilen

ceza miktarının tümüyle tedbir süresi ile karşılanması sakıncalı olarak görülebilir. Nitekim azalmış kusur yeteneğine sahip fail, esasen fiili nedeniyle kınanmış, ceza sorumluluğuna sahip olan kişidir. Özellikle bu tarz failerin suçun mağduru ya da toplumun geneli açısından, bir psikiyatri kurumunda tedavi altına alınması ile ödüllendirildiği algısı yaratılmamalıdır. Burada tedbirle sağlanmaya çalışılan özel önleme, yani failin tehlikeliliğinin önlenmesi, ceza yaptırımı ile amaçlanan genel önleme, yani caydırıcılık unsuru aleyhine işletilmemelidir.

Bu sonuca TCK m. 32/2' de yer verilen akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneğinin azalması durumunun failin “davranışlarını yönlendirme yeteneğinin” önemli derecede olmayan şekilde etkilenmesi şeklinde kurgulanması açısından da ulaşılabilir. Azalmış kusur yeteneğinin söz konusu olduğu durumlar, akıl hastalığının “önemli derecede” olmayan şekilde failin davranışlarını yönlendirme yeteneğini etkilediği durumlardır. O halde hukuk düzeni, söz konusu durumlarda kuvvetli manada failden hukuka uygun davranışı göstermesini beklemektedir. Ancak failin akıl hastalığının etki etmesi nedeniyle, hukuka uygun olan davranışı gerçekleştirmesinde önemli derecede olmayan bir zorlanma ortaya çıkmaktadır. Bu zorlanmanın önemli derecede olmaması da, ceza sorumluluğunun azaltılması yoluyla dengelenmektedir. Bu kişiler açısından akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri uygulanması ise, ancak failin “tehlikelilik yaratması” ve bu tehlikeliliğin önüne tedavi ile geçilebilmesine bağlı olmalıdır. Böyle bir zorunluluk söz konusu ise, kapalı bir sağlık kurumunda özgürlüğün kısıtlanması biçiminde geçirilen sürelerin ancak ceza miktarının bir bölümünü karşılayacak kadar mahsup edilmesi durumu da tartışılabilir. Zira akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirinin infazının amacı “özel önleme”dir. Bu nedenle ceza yaptırımının işlevi olan genel önlemeyi sağlamaya yetmemektedir. Böylece failin özgürlüğünün kısıtlanması sonucunda çifte yüke maruz kalmaması ile, cezanın amaçlarının yerine getirilmesi hedefleri bağdaştırılmaya çalışılacaktır.

Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanma süresinin, ceza miktarı ile eş tutulması mümkün olmamalıdır. Zira ceza miktarı failin “tehlikeliliği” temelinde değil, “kusuru” esas alınarak belirlenmektedir. Burada esas olan bağımsız olarak her iki yaptırım çeşidine kendi hükmedilme kuralları çerçevesinde hükmedilmesi, ancak ilk olarak infaz edilen tedbirlerin süresinin, ceza miktarının

tümünü karşılamayacak ölçüde mahsup edilmesinin sağlanması olmalıdır. Bu yöntemle tedbirin infazında geçen süre ile, bu sürenin ceza miktarından mahsubu sonucunda arda kalan ceza süresinin toplamı, fail hakkında hükmedilen toplam ceza miktarını geçebilecektir.

16. Sonuç olarak failin kusur yeteneği konusunda adli psikiyatri bilirkişisi ile mahkemenin ortak işbirliği sonucunda karar verilecektir. Kusur yeteneği konusunda gerçekleştirilecek işlem bir tespit işlemi değil, değerlendirme işlemidir. İnsan davranışlarının değerlendirilmesini konu alan hiçbir bilim dalında ya da adli işlemde mutlak sınırların ve kesin kategorilerin olmadığı belirtilmesi gerekir. Adli psikiyatrik bilirkişinin tıbbi bakış açısı ile mahkemenin normatif bakış açısı birlikte yoğurularak, hukuk düzeninde herkesten beklenen hukuku ihlal eden davranıştan kaçınma yeteneklerinin failin psikopatolojik hali nedeniyle ne ölçüde olumsuz etkiye maruz kaldığı araştırılacaktır. Böylece toplumda herkeste bulunduğu varsayılan ceza normuna uygun davranabilme imkân ve iktidarından failin psikopatolojik hali nedeniyle ne ölçüde uzaklaştığı değerlendirilmiş olacaktır. Bu uzaklaşma, öğretide psikopatolojik hal nedeniyle failin davranışının normalden ne ölçüde sapma gösterdiği şeklinde de ifade edilmektedir. Kuşkusuz normalden uzaklaşma ya da sapmanın ölçüsü ilk olarak psikopatolojik halin türü ve şiddetine bağlı olmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, kusur yeteneğinin yokluğuna ya da azalmasına otomatik neden olan kesin akıl hastalığı tabloları bulunmamaktadır. Bir duygudurum bozukluğu olan mani hastası, fiilini manik ataklar etkisi ile gerçekleştirmişse ceza sorumluluğu bulunmamaktadır. Mani hastası olmakla birlikte manik nöbetler dışında bir fiili gerçekleştirmesi durumunda ise ceza sorumluluğu bulunmaktadır. Adli psikiyatri bilirkişisi ya da mahkeme tarafından akıl hastalığının türüne göre, doğrudan kusur yeteneğinin kalktığı değerlendirilmesi yapılmaması gerekir. Hastalığın failin kişiliğine ve somut olayda fiiline ne şekilde etki ettiğinin ortaya koyulması önem arz etmektedir. Bu bakımdan hastalık kadar, hastalığın şiddeti de önem arz etmektedir. İki farklı kişiye aynı hastalık türü tanısının koyulmasına rağmen birinin gerçekleştirmiş olduğu fiilde ceza sorumluluğunun bulunduğu, diğersinin ise ceza sorumluluğunun bulunmadığına karar verilebilir. Öte taraftan akıl hastalığı tanısı konulan bir kişi bazı fiilleri bakımından sorumlu tutulamazken, bazı fiilleri bakımından sorumlu tutulabilir.

YASAL DEĞİŞİKLİK ve DÜZENLEME ÖNERİLERİ

TCK m. 32	Önerilen TCK m. 32
<p>Akıl hastalığı</p> <p>Madde 32- (1) Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur.</p> <p>(2) Birinci fıkrada yazılı derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmibeş yıl, müebbet hapis cezası yerine yirmi yıl hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek ceza, altıda birden fazla olmamak üzere indirilebilir. Mahkûm olunan ceza, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir.</p>	<p>Zihinsel Bozukluk</p> <p>Madde 32- (1) Fiili işlediği anda akıl hastalığı, akıl zayıflığı, bilinç bozukluğu ya da diğer herhangi bir zihinsel bozukluk etkisi ile işlediği fiilin haksızlığını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını haksızlık algısı çerçevesinde yönlendiremeyen kişi kusurlu hareket etmiş olmaz. Ceza sorumluluğu bulunmayan bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur.</p> <p>(2) Birinci fıkrada yazılı sebeplerin etkisi ile işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını haksızlık algısı çerçevesinde yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek ceza, altıda bir oranında indirilir. Bu kişiler hakkında şartları oluşması halinde, güvenlik tedbirleri uygulanabilir. Cezanın yanında güvenlik tedbirine hükmedilmesi halinde öncelikli olarak güvenlik tedbirleri uygulanır. Uygulanan güvenlik tedbiri süresi hükmedilmiş ceza süresinden mahsup edilir.</p>

GEREKÇE

Madde Başlığı ve 1. Fıkra

- Hukukun güvenilirliği için kusur yeteneğine ilişkin kurallar gösterge niteliğindedir. Bu nedenle kusur yeteneğine ilişkin kuralların kurgulanmasında azami dikkatin gösterilmesi gerekmektedir. Çoğu modern hukuk sisteminde benimsendiği üzere, kanun koyucular zihinsel anormallik ya da yaş küçüklüğü gibi, istisna durumların olmaması halinde kural olarak bireylerin hukuk düzeni içinde fiillerinin sorumluluğunu taşıyan bir süje olarak davrandıkları ve mevcut ceza hukuku normları

ile etkileşim içinde davranışlarını düzenleyebildikleri çıkış noktasından hareket etmektedir. Bu nedenle esasen kusur yeteneği kurallarında mantığa uygun istisnaî fail grupları oluşturulmaktadır. Bireylerde yer alan istisna kategorilere dahil olduğunda cezalandırılmayacağı algısı, kişiler açısından bir hukuki güvenlik sağlamaktadır. Ceza kanununda fiillerini zihinsel anormalliklerin etkisi ile gerçekleştiren fail grubunun oluşturulmasında kullanılacak kavramlar önem arz etmektedir. Nitekim kanun metninde kullanılacak kavramın kapsamına hangi hallerin girdiği hukuk uygulamacıları tarafından anlaşılabilmelidir. TCK m. 32’ de “akıl hastalığı” kavramına yer verilmiştir. Ancak bu kavram kapsamı ve ne anlama geldiği konusunda içerisinde yoğun tartışmaları barındıran bir kavramdır. Bir zihinsel anormallik teşkil eden durumun akıl hastalığı sayılıp sayılmayacağı, sadece hukuk alanında değil, esasen ait olduğu tıp alanında da üzerinde yoğun tartışılan bir konudur. Hukuka ait bir kavram olmayan akıl hastalığı kavramı, tıp alanında dahi tartışmaların odağı halindeyken, TCK’ da zihinsel anormalliğe sahip istisna fail grubu için kurgulanan düzenlemede tek başına kullanılması yerinde değildir. Özellikle TCK m. 34’ te akıl hastalığı olmayan halleri niteleyecek şekilde “geçici neden” adında bir hale yer verilmesi, maddelerin uygulanması arasında kargaşa yaratmaktadır. Nitekim zihinsel anormallik yaratan bir durumun akıl hastalığı sayılıp sayılmayacağı hususu, TCK m. 32 ya da TCK m. 34’ ün uygulanmasını sonuçlayacaktır. Bu iki düzenleme arasında gerek güvenlik tedbiri uygulanma imkânı, gerekse azalmış kusur yeteneğinin mevcudiyeti konusunda önemli hukuki farklılıklar bulunmaktadır. Akıl hastalığı-geçici neden şeklindeki ikili ayırım, işlevsel olmayacak şekilde medikal tartışmaları ceza hukuku uygulamasına taşımaktadır. Oysa ki, kanunkoyucunun görevi fiillerini sorumluluk bilinci ile gerçekleştiremeyen istisna fail gruplarını oluşturmak olmalıdır. Kusur ceza hukuku anlayışı açısından önemli olan failin fiilinin haksızlığını algılamasına engel olan ya da davranışlarını haksızlık çerçevesinde yönlendirmesine engel olan psikopatolojik durumlardır. Bu durumların hastalık sayılıp sayılmayacağı, somatik temelli bir bulgu gerektirip gerektirmediği, geçici ya da sürekli olması gibi hususlar ceza hukuku açısından önem arz etmemektedir. Bu nedenle kanun metninde dar ve kapsamına hangi hallerin girdiği net olarak ortaya konulamayan “akıl hastalığı” kavramı yerine “zihinsel bozukluk” kavramının kullanılması daha doğrudur. Bir zihinsel bozukluk, akıl

hastalığı nedeniyle olabileceği gibi, akıl zayıflığı veya bilinç bozukluğu nedeniyle de ortaya çıkabilir. Bu nedenle kanun metni önerisinde psikiyatride akıl hastalığı kavramının tartışmalı yapısı gereği tercih edilen “zihinsel bozukluk (İng. *mental disorder*, Alm. *geistige Störung*)” kavramı kullanılmıştır. Zihinsel bozukluk yaratan durumlar ise “*akıl hastalığı*”, “*akıl zayıflığı*”, “*bilinç bozukluğu*” ya da “*diğer herhangi bir zihinsel bozukluk*” şeklinde ayırma tabi tutulmuştur. Örneğin, öğretide geçici neden olarak kabul edilen hipnoz, sistemik hastalıkların etkisi, tansiyon, kandaki şekerin düşmesi, yeni doğum yapan kadının psikolojik durumu ya da yoğun miktarda solunan kimyasal maddenin bilinçte yarattığı bozulmalar gibi haller “*bilinç bozukluğu*” altında TCK m. 32 kapsamına alınmıştır. Bilindiği üzere antisosyal kişilik bozukluğu (psikopati) akıl hastalığı olarak değerlendirilmemektedir. Ancak bu durum kişinin kişiliğinde ağır değişikliklere neden olması durumunda kusur yeteneğini azaltabilecektir. Bu nedenle bu gibi akıl hastalığı sayılmamakla birlikte failin kusur yeteneğini etkileyebilecek hallerin madde kapsamında değerlendirilebilmesi için “*diğer herhangi bir zihinsel bozukluk*” ifadesine yer verilmiştir.

-TCK m. 32’ de akıl hastalığı durumu için fiilin işlendiği anda etkili olmasına ilişkin özel bir nitelime yapılmamıştır. Bu nedenle, “***Fiili işlediği anda akıl hastalığı, akıl zayıflığı, bilinç bozukluğu ya da diğer herhangi bir zihinsel bozukluk etkisi ile...***” ifadelerine yer verilmiştir. Böylece failin fiili gerçekleştirmiş olduğu anda akıl hastası olması yetmemekte, söz konusu akıl hastalığının işlenmiş olan fiilde etkisinin olması gerekecektir. Bir kişi fiilin gerçekleştirildiği anda akıl hastası olabilir, ancak bu hastalık fiilin oluşumunda etki etmeyebilir. Bu nedenle faildeki psikopatolojik halin mutlaka işlenmiş olan haksızlık üzerinde araştırılması gerekmektedir. Yargıtay’ ın kararlarında vurgu yaptığı “*fiil-fail-akıl hastalığı arasındaki ilişkinin belirlenmesi*” hususuna kanun metninde yer verilmiş olacaktır.

-TCK m. 32’ de failin akıl hastalığı nedeniyle etkilenecek olan yetenekleri, “*işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama*” ve “*bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme*” yeteneği olarak düzenlenmiştir. Kusur yeteneğinde önemli olan zihinsel bozukluğun failin “haksızlık algısını (haksızlık bilincini)” ortadan kaldırıp kaldırmadığı, kaldırmamışsa failin “davranışlarını haksızlık algısı çerçevesinde

yönlendirmesine” olumsuz etki edip etmediğidir. Bu nedenle TCK m. 32’ de failin yeteneklerinin bu şekilde düzenlenmesi daha yerinde olacaktır. Haksızlık algısı ya da bilinci, failin yaptığı şeye hukuken izin verilmediğini ve yaptığının yasaklanmış olduğunu bilmesidir. Ancak TCK m. 32’ de, “*işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama*” ifadesine yer verilmekle birlikte, failin haksızlık algısından daha geniş bir ifadeye yer verilmiştir. Bir kişide haksızlık algısının ya da haksızlık bilincinin var olduğunun söylenebilmesi için, kişide gerçekleştirmiş olduğu davranışın cezalandırılabilir bir davranış olduğu bilgisinin bulunması gerekmemektedir. Oysa ki, “*işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama*” fiilin cezalandırılabilir olmasını da kapsayan bir yetenek olarak düzenlenmiştir. Bu tercihin yerine failin “*işlediği fiilin haksızlığını algılama*” veya “*bu fiille ilgili olarak davranışlarını haksızlık algısı çerçevesinde yönlendirme*” yeteneklerine yer verilmesi daha doğru olacaktır.

-TCK m. 32/1’ de failin akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneğinin ortadan kalkmış sayılabilmesi için, failin “*fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış*” olması hali düzenlenmiştir. Böylece akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneği hali, “*fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği*”nin “*önemli*” olmayan herhangi bir derecede olumsuz etkilenmesi durumunda söz konusu olmaktadır. Kanımızca bu yeteneğin derecelendirilmesi yerinde değildir. Failin davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalması durumunun, failin “kusur yeteneğinin ortadan kalkması” sonucuna neden olması, kullanılan kavram ile ortaya çıkan hukuki sonuç arasında mantıksal uygunsuzluk yaratmaktadır. Failin “*davranışlarını yönlendirme yeteneği*” normatif (hukuki) yapıya sahip bir kurgudur. Bu yeteneğin azalıp-çoğalabilen (*nicel, kantitatif*) özellikte olması, kusur ceza hukukunda failden norma uygun davranışın ne ölçüde beklenebilir olmasının yansımasıdır. Bu beklentinin ortadan kalkması durumunda failin “*davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunmadığı-kusur yeteneği yokluğu*” hali, bu beklentinin halen var olmasına rağmen failin norma uygun davranmada önemli derecede zorlanması durumunda “*davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azaldığı-azalmış kusur yeteneği*” durumu söz konusu olacaktır. Failin davranışlarını yönlendirme yeteneğinde önemli olmayan olumsuz etkilenmelerde ise kusur yeteneğinin etkilenmediği sonucuna varmak gerekecektir.

Çünkü suçlular içinde ceza sorumluluğunu etkilemeyen önemli olmayan çeşitli zihinsel bozuklukların bulunması yaygındır. Bunların hepsinin azalmış kusur yeteneği olarak değerlendirilmesi mümkün olmamalıdır. Oysa ki, mevcut düzenlemede failin “davranışlarını yönlendirme yeteneğinin” önemli derecede olmayan herhangi bir etkiye maruz kalması durumunda “azalmış kusur yeteneği” hali söz konusu olacaktır.

2. Fıkra

- İkinci fıkrada zihinsel bozukluk nedeniyle azalmış kusur yeteneği hali düzenlenmiştir. Buradaki TCK m. 32/2’ nin mevcut şeklinden en önemli farklılık, azalmış kusur yeteneği durumunda cezada indirimin zorunlu olması, fakat indirim miktarı konusunda takdir hakkının bulunmasıdır. Böylece somut olaydaki kusur rölativitesinin ceza miktarına yansıtılması sağlanacaktır. Failin önemli derecede davranışlarını yönlendirme yeteneğinin azalmış olması ve buna dayanan kusurun azalması, hükmedilecek olan ceza miktarına zorunlu olarak yansıtılacaktır. Bu konuda takdir hakkı bulunmamalıdır.

- Azalmış kusur yeteneği ile ilgili olarak önemli bir değişiklik ise TCK m. 32/2’ de yer alan “*Mahkûm olunan ceza, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir.*” düzenlemesine ilişkindir. TCK’ da yaptırım sistemi olarak “iki izlilik” prensibinin benimsendiği görülmektedir. Yaptırımlar ceza hukukunun amaçlarını yerine getirmek üzere, cezalar ve güvenlik tedbirleri olarak ikiye ayrılmıştır. Bu yaptırım türlerinin kendilerine özgü hükmedilme koşulları, amaçları ve özellikleri vardır. Örneğin cezalar, işlenmiş olan kusurlu haksızlığa odaklanırken, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri failin kişiliği ve toplum açısından tehlikeliliğine odaklanmaktadır. Bu nedenle cezalar ve akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin birbirinin işlevlerini yerine getirebilmesi mümkün değildir. Bu bakımdan güvenlik tedbirleri cezaların yerine geçen değil, cezanın amaçlarının işletilemediği durumlarda cezaları tamamlayan işleve sahiptir. Bu nedenle akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine, cezaların yanında hükmedilebilir. Azalmış kusur yeteneğine sahip kişi, zihinsel bozukluk nedeniyle davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişidir. Bu kişi ileride zihinsel bozukluk nedeniyle ciddi suçlar işleme

potansiyeline sahip olabilecektir. Bu nedenle toplum açısından tehlikelilik arz etmesi durumunda, bu tehlikeliliğin önlenmesi için hakkında güvenlik tedbiri olarak yüksek güvenli bir sağlık kurumunda zorunlu tedavi uygulanacaktır. Azalmış kusur yeteneğine sahip kişinin hem ceza sorumluluğu bulunmakta, hem de “tehlikeli” olması halinde hakkında güvenlik tedbirine hükmedilebilmektedir. Her iki yaptırıma hükmedilmesi durumunda öncelikle güvenlik tedbirlerinin uygulanması gerekmektedir. Nitekim kişinin zihinsel bozukluk nedeniyle “tehlikeli” olma özelliğinin kabulü durumunda, cezaevine gönderilmesi yerinde olmayacaktır. Nihayet tedbirin içermiş olduğu özgürlük kısıtlaması, fenalık ve kişinin çifte yüke maruz kalmamasının sağlanması açısından, tedbirin uygulanması zarfında geçen süre, hükmedilmiş cezadan mahsup edilecektir.

TCK m. 57	Önerilen TCK m. 57
<p>Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri</p> <p>Madde 57- (1) Fiili işlediği sırada akıl hastası olan kişi hakkında, koruma ve tedavi amaçlı olarak güvenlik tedbirine hükmedilir. Hakkında güvenlik tedbirine hükmedilen akıl hastaları, yüksek güvenli sağlık kurumlarında koruma ve tedavi altına alınırlar.</p> <p>(2) Hakkında güvenlik tedbirine hükmedilmiş olan akıl hastası, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca düzenlenen raporda toplum açısından tehlikeliliğinin ortadan kalktığı veya önemli ölçüde azaldığının belirtilmesi üzerine mahkeme veya hakim kararıyla serbest bırakılabilir.</p> <p>(3) Sağlık kurulu raporunda, akıl hastalığının ve işlenen fiilin niteliğine göre, güvenlik bakımından kişinin tıbbi kontrol ve takibinin gerekip gerekmediği, gerekiyor ise, bunun süre ve aralıkları belirtilir.</p> <p>(4) Tıbbi kontrol ve takip, raporda gösterilen süre ve aralıklarla, Cumhuriyet savcılığınca bu</p>	<p>Zihinsel bozukluğa sahip kişilere özgü güvenlik tedbirleri</p> <p>Madde 57- (1) Zihinsel bozukluk etkisi ile haksızlık teşkil eden bir fiil işleyen kişi hakkında tehlikeliliğinin önlenmesi amacıyla güvenlik tedbirine hükmedilir. Hakkında güvenlik tedbirine hükmedilen bu kişiler, yüksek güvenli sağlık kurumlarında koruma ve tedavi altına alınırlar.</p> <p>(2) Hakkında güvenlik tedbirine hükmedilmiş olan kişi, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca düzenlenen raporda toplum açısından tehlikeliliğinin ortadan kalktığı veya önemli ölçüde azaldığının belirtilmesi üzerine mahkeme kararıyla serbest bırakılabilir.</p> <p>(3) Sağlık kurulu raporunda, zihinsel bozukluğun ve işlenen fiilin niteliğine göre, güvenlik bakımından kişinin tıbbi kontrol ve takibinin gerekip gerekmediği, gerekiyor ise, bunun süre ve aralıkları belirtilir.</p>

<p>kişilerin teknik donanımı ve yetkili uzmanı olan sağlık kuruluşuna gönderilmeleri ile sağlanır.</p> <p>(5) Tıbbi kontrol ve takipte, kişinin akıl hastalığı itibarıyla toplum açısından tehlikeliliğinin arttığı anlaşıldığında, hazırlanan rapora dayanılarak, yeniden koruma ve tedavi amaçlı olarak güvenlik tedbirine hükmedilir. Bu durumda, bir ve devamı fıkralarda belirlenen işlemler tekrarlanır.</p> <p>(6) İşlediği fiille ilgili olarak hastalığı yüzünden davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişi hakkında birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre yerleştirildiği yüksek güvenli sağlık kuruluşunda düzenlenen kurul raporu üzerine, mahkûm olduğu hapis cezası, süresi aynı kalmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, mahkeme kararıyla akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir.</p> <p>(7) Suç işleyen alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı kişilerin, güvenlik tedbiri olarak, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşunda tedavi altına alınmasına karar verilir. Bu kişilerin tedavisi, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığından kurtulmalarına kadar devam eder. Bu kişiler, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca bu yönde düzenlenecek rapor üzerine mahkeme veya hakim kararıyla serbest bırakılabilir.</p>	<p>(4) Tıbbi kontrol ve takip, raporda gösterilen süre ve aralıklarla, Cumhuriyet savcılığınca bu kişilerin teknik donanımı ve yetkili uzmanı olan sağlık kuruluşuna gönderilmeleri ile sağlanır.</p> <p>(5) Tıbbi kontrol ve takipte, kişinin zihinsel bozukluk itibarıyla toplum açısından tehlikeliliğinin arttığı anlaşıldığında, hazırlanan rapora dayanılarak, tehlikeliliğin önlenmesi amaçlı yeniden güvenlik tedbirine hükmedilir. Bu durumda, bir ve devamı fıkralarda belirlenen işlemler tekrarlanır.</p> <p>(6) Zihinsel bozukluk nedeniyle işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişi hakkında toplum açısından tehlikelilik arz etmesi ve ileride zihinsel bozukluk nedeniyle ciddi suçlar işleyebileceği ihtimalinin bulunması halinde cezanın yanında güvenlik tedbirine hükmedilir. Yüksek güvenli sağlık kurumunda geçirilen süre, cezadan mahsup edilir.</p> <p>(7) Alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığı nedeniyle suç işleyen kişiler, güvenlik tedbiri olarak, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşunda tedavi altına alınır. Bu kişilerin tedavisi, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığından kurtulmalarına kadar devam eder. Bu kişiler, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca bu yönde düzenlenecek rapor üzerine mahkeme kararıyla serbest bırakılabilir.</p>
--	--

GEREKÇE

1. Fıkra

- Düzenlemenin birinci fıkrasında güvenlik tedbiri uygulanabilmesi için gerekli olan failin kusur yeteneğinin etkilenmiş olması şartı vurgulanmıştır. Bu nedenle “*Fiili işlediği sırada akıl hastası olan kişi...*” yerine “*Zihinsel bozukluk etkisi ile haksızlık teşkil eden bir fiil işleyen kişi...*” düzenlemesine yer verilmiştir. TCK m. 57’ nin

mevcut şekilde güvenlik tedbirinin amacı, “...koruma ve tedavi amaçlı olarak güvenlik tedbirine hükmedilir.” ifadesinde yer almaktadır. Zihinsel bozukluk nedeniyle kusur yeteneği etkilenmiş kişilerin yüksek güvenli bir sağlık kurumuna yerleştirilmesi tedbirinin amacı, kanımızca kişinin iyileştirilmesi suretiyle toplum açısından tehlikeliliğinin önlenmesidir. Bu bakımdan kişiye tedbir kapsamında uygulanacak olan “*tedavi*”, tedbirin amacı değil, infazının gerçekleştirilme biçimini ifade etmektedir. Bu nedenle önerilen metinde “...tehlikeliliğinin önlenmesi amacıyla güvenlik tedbirine hükmedilir.” düzenlemesine yer verilmiştir.

6. Fıkra

Zihinsel bozukluk nedeniyle azalmış kusur yeteneğine sahip olan kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirinin koşulları düzenlenmeye çalışılmıştır. Bu kişiler hakkında tedbirin uygulanması, failin toplum açısından tehlikelilik arz etmesi ve gelecekte zihinsel bozukluk nedeniyle ciddi suçlar işleme ihtimalinin bulunması şartına bağlanmıştır. Zira azalmış kusur yeteneğine sahip olan kişi esasen ceza sorumluluğuna sahip olan kişidir. Ceza sorumluluğunu kaldırmayan derecede etkili olacak durumlarda kişilerin yüksek güvenli sağlık kurumuna yerleştirilmesinde failin “tehlikeli” olması ve bu tehlikelilik nedeniyle ileride ciddi suçlar işleme ihtimalinin bulunması gerekmektedir.

TCK m. 3/1	Önerilen TCK m. 3/1
Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi Madde 3- (1) Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükümlenir.	Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi Madde 3- (1) Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin kusur ağırlığıyla ölçülü cezaya hükümlenir. Güvenlik tedbirlerine ise failin tehlikelilik ölçüsüne göre hükümlenir.

GEREKÇE

- Söz konusu düzenlemede de, cezaya esas teşkil edici nitelikte olan ve ceza miktarının belirlenmesinde temel ölçüt olan “kusur” kavramına yer verilmemiştir.

Mevcut düzenlemede yer alan “suç işleyen kişi hakkında fiiliyle orantılı cezaya hükmedilmesi” anlayışı, ancak fiilin kusurlu olarak kabul edilebilmesi şartıyla mümkündür. Bu nedenle kanımızca düzenlemenin, önerilen şekilde değiştirilmesi yerinde olacaktır. “Orantılılık”, “Ölçülülük” ilkesi içindeki değerlendirme araçlarından birisidir. Bu nedenle “Yerindelik” ve “Uygunluk” gibi değerlendirme araçlarını da kapsamı bakımından düzenlemede “Ölçülülük” kavramına yer verilmesi daha uygun olacaktır.

CMK m. 325/1	Önerilen CMK m. 325/1
Sanığın yükümlülüğü Madde 325 – (1) Cezaya veya güvenlik tedbirine mahkûm edilmesi hâlinde, bütün yargılama giderleri sanığa yüklenir.	Sanığın yükümlülüğü Madde 325 – (1) Cezaya mahkûmiyet veya güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi hâlinde, bütün yargılama giderleri sanığa yüklenir.

GEREKÇE

- Sanık hakkında TCK m. 32 ve CMK m. 223 kapsamında ceza verilmesine yer olmadığı kararı ya da güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi kararı verilmesi durumunda, CMK m. 325/1 uyarınca yargılama giderlerinin sanığa yükletilmesi yönünde karar verilecektir. Zira burada akıl hastası sanık tarafından işlenmiş bir suç söz konusudur. Akıl hastası hakkında güvenlik tedbirine hükmedilmesinin bir mahkûmiyet hükmü olmadığı belirtilmelidir. Nitekim CMK m. 223/1’ de güvenlik tedbirine hükmedilmesi kararı, mahkûmiyet kararından ayrı bir hüküm çeşidi olarak sayılmıştır. Ancak bu noktada CMK düzenlemelerinin birbiri ile çeliştiği görülmektedir. CMK m. 325/1’ e göre, “Cezaya veya güvenlik tedbirlerine **mahkûm edilmes**i hâlinde, bütün yargılama giderleri sanığa yüklenir.” Bu düzenlemede sanık hakkında güvenlik tedbirlerine hükmedildiğinde, bu hükmün bir mahkûmiyet kararı olduğu gibi bir sonuç çıkmaktadır. Düzenleme önerisi ile bu çelişkinin giderilmesi amaçlanmıştır.

KAYNAKÇA

Achenbach, Hans. “Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld”, **Grundfragen des modernen Strafrechtssystems** (Hrsg: Bernd Schünemann), Walter de Gruyter, Berlin, 1984, ss. 135-152.

Achenbach, Hans. **Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre**, J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1974.

Adalet Bakanlığı, **Ceza Sorumluluğunun Değerlendirilmesi Rehberi**, 2010.

Akalın, Adnan. “İslam Hukuku Açısından Suçun Unsurları”, **e-Şarkiyat İlmî Araştırmalar Dergisi**, S. X, Kasım 2013, ss. 50-72.

Akbulut, Berrin. “Bağlılık Kuralı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIV, Y. 2010, S. 1, ss. 167-214.

Akbulut, Berrin. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Akgün, Nejat. **Adli Psikiyatri**, Ankara, 1987.

Aktan Mutlu, Elif ve Süheyla Ünal. “Sol Temporal Lob Atrofisi ve Yargılama Yetisi”, **Nöropsikiyatri Arşivi**, S. 49, 2012, ss. 224-227.

Alacakaptan, Uğur. **İşlenemez Suç**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, Tarihsiz.

Alacakaptan, Uğur. **Suçun Unsurları**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975.

Albrecht, Hans-Jörg. “Das deutsche Konzept der verminderten Schuldfähigkeit in Deutschland und Lösungen im ausländischen Strafrecht”, **Verminderte**

Schuldfähigkeit und psychiatrische Maßregel (Hrsg. Hans-Ludwig Kröber/ Hans-Jörg Albrecht), Nomos Verlag, Baden-Baden, 2001, ss. 7-32.

Albrecht, Peter-Alexis. “Unsicherheitszonen des Schuldstrafrechts: »Bewußtseinsstörung« und »Abartigkeit« zwischen normativen Setzungen und empirischer Psychologie”, **Goldammer’s Archiv für Strafrecht (GA)**, Jahrgang 1983, ss. 193-217.

Aliustaoğlu, F. Süheyla, Gökşen Yüksel, Sefa Saygılı ve Gökhan Oral. “Bir Olgu Sunumu Eşliğinde REM Uykusu Davranış Bozukluğuna Bağlı Suç İşleme ve Suçun Adli Psikiyatrik Olarak Değerlendirilmesi”, **Düşünen Adam Psikiyatri ve Nörolojik Bilimler Dergisi**, C. 25, S. 1, Mart 2012, ss. 78-83.

Aliustaoğlu, F. Süheyla. “Adli Olgularda Türk Hukuk Sisteminde Ruh Sağlığı Değerlendirmesi”, **Türkiye Klinikleri J Psychiatry-Special Topics**, 2011, 4(1), ss. 1-8.

Alpkan, Latif Ruhşat. “Ceza Sorumluluğu İçerisinde Psikiyatri ve Etik-Hukuk”, **Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı**, Ekim 2011-2012-2013, ss. 87-94.

Amerikan Psikiyatri Birliği, **DSM-5, Tam Ölçütleri Başvuru Elkitabı**, Çeviren: Ertuğrul **Köroğlu**, 5. Baskı, HYB Yayınları, 2013.

Anckarsäter, Henrik, Susanna Radovic, Christer Svennerlind, Pontus Höglund ve Filip Radovic, “Mental disorder is a cause of crime: The cornerstone of forensic psychiatry”, **International Journal of Law and Psychiatrie**, 32/ 2009, ss. 342-347.

Aral, Vecdi. “Hukukta İrade Özgürlüğü”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM)**, C. 48, S. 1-4, 1982-1983, ss. 249-282.

Arıkan, Rasim. “Ruh Hastalığı Nedeniyle Tehlikelilik: Hukukçular ve Hekimlerin İşbirliğini Gerektiren Bir Konu”, **Ankara Barosu Dergisi (ABD)**, 2002-1, ss. 215-222.

Arnold, Wilhelm. “Person und Schuldfähigkeit”, **Festvortrag Gehalten Beim 383. Stiftungsfest**, Würzburg, 1965, ss. 5-26.

Artuk, Mehmet Emin ve Esra Alan Akcan. “Mukayeseli Hukuk ve Türk Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbirleri”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (İMÜHFD)**., C. III, S. 2, Güz 2016, ss. 5-37.

Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen ve A. Caner Yenidünya. **Ceza Hukuku Makaleleri**, Güven Kitap Kırtasiye, İstanbul, 2002.

Artuk, Mehmet Emin. “Çocuk Ceza Hukukunun Dünü ve Bugünü”, **Kocaeli Barosu Dergisi (KBD)**, Temmuz 1993, ss. 29-42.

Aslan, Selçuk. “Kişilik, Huy ve Psikopatoloji”, **Psikiyatride Derlemeler, Olgular ve Varsayımlar (RCHP)**, Y. 2, S. 1-2, 2008, ss. 7-18.

Asper, Adolf. **Die Sicherung der Gesellschaft vor gemeingefährlichen verbrecherischen Geisteskranken (Unzurechnungsfähigen und Vermindert-Zurechnungsfähigen)**, Verlag von F. C. W. Vogel, Leipzig, 1917.

Avcı, Mustafa. **Türk Hukuk Tarihi**, Atlas Akademi, Konya, 2017.

Aydoğan, Gülşen. “Suçlularda Psikoterapötik Uygulamalar”, **Türkiye Klinikleri J Psychiatry- Special Topics**, 2011, 4(1), ss. 42-45.

Aykan, Cevdet. **Akil Sağlığı ve Hastalığı**, Başnur Matbaası, Ankara, 1969.

Ayraller Taner, Hande, Esra Güney ve Yasemen Taner. “Tourette Bozukluğunda İlaç Tedavisi”, **Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar**, C. 5, S. 2, 2013, ss. 246-259.

Baumann, Jürgen, Ulrich Weber ve Wolfgang Mitsch, **Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch**, 11. neubearbeitete Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2003.

Baumann, Jürgen, Ulrich Weber, Wolfgang Mitsch ve Jörg Eisele. **Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch**, 12. völlig neu bearbeitete Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2016.

Baurmann, Michael. **Zweckrationalität und Strafrecht: Argumente für ein tatbezogenes Maßnahmerecht**, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1987.

Bayındır, Sinan. **Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Baysal, Ali İhsan ve Behçet Coşar. “Mental Durum Muayenesi ve Psikiyatrik Değerlendirme”, **Organik Psikiyatri** (Edit.: Erdal Işık), Tayf Matbaası, Ankara, 1999, ss. 19-37.

Belli, Vedat F.. **Adli Psikiyatri**, Türkiye Klinikleri, Ankara, 1992.

Berg, Otto. **Der gegenwärtige Stand der Schuldlehre im Strafrecht**, Schletter'sche Buchhandlung, Breslau 1927, Reprint Frankfurt am Main, 1977.

Biçer, Ümit, Lale Tırtıl, Ömer Kurtaş ve Tamer Aker. “Adli Psikiyatri”, **Klinik Gelişim Dergisi Adli Tıp Özel Sayısı**, C. 22, 2009, ss. 126-132.

Birtek, Fatih. **AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Blau, Günter. “Die Affekttat zwischen Empirie und normativer Bewertung”, **FS für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag**, Berlin, 1989, ss. 109-124.

Bockelmann, Paul. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. Neubearbeitete Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1979.

Boorse, Christopher. “Gesundheit als theoretischer Begriff”, **Krankheitstheorien** (Hrsg.: Thomas Schramme), Suhrkamp Verlag, Berlin, 2012, ss. 63-110.

Bostancı Bozbayındır, Gülşah. **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2013.

Bresser, Paul. “Probleme bei der Schuldfähigkeits- und Schuldbeurteilung”, **Neue Juristische Wochenschrift (NJW)**, 1978, Heft 24, ss. 1188-1192.

Bröckers, Boris. **Strafrechtliche Verantwortung ohne Willensfreiheit**, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2015.

Bruns, Hans-Jürgen. **Strafzumessungsrecht: Gesamtdarstellung**, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Carl Heymanns Verlag, Bonn, 1974.

Burkhardt, Björn. “Freiheitsbewußtsein und strafrechtliche Schuld”, **FS für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag**, München, 1998, ss. 1-24.

Burkhardt, Björn. “Thesen zu den Auswirkungen des neurophysiologischen Determinismus auf die Grundannahmen der Rechtsgesellschaft”, **Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung** (Hrsg. Marcel Senn/ Dániel Puskás), Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2006, ss. 83-90.

Callahan, Daniel. “Die Gesundheitsdefinition der Weltgesundheitsorganisation”, **Krankheitstheorien** (Hrsg.: Thomas Schramme), Suhrkamp Verlag, Berlin, 2012, ss. 191-204.

Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut Yenerer, **Kişilere Karşı Suçlar**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2010.

Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.

Centel, Nur. “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, **Prof. Dr. Turhan Tûfan Yüce’ ye Armağan**, İzmir, 2001, ss. 337-372.

Champlin, T. S. “Akıl Hastalığının Nedeni Üzerine Felsefi Mülâhazalar”, **Bir Bilim Olarak Psikiyatri** (Yayına Hazırlayan: Erol Göka/ Kemal Sayar), Kaknüs Yayınları, İstanbul, 2001, ss. 119-134.

Çağlar, Selda. “Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik-Hukuk Güvenliği İlişkisi”, **Kamu Hukukçuları Platformu HUKUK GÜVENLİĞİ**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, Şubat 2015, ss. 25-138.

Çalıyurt Okan ve Ercan Abay, “Psikiyatri’ de Bellek”, **Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi**, 12(1, 2, 3), 1995, ss. 261-265.

Davison, Gerald C.. ve John M. Neale, **Anormal Psikolojisi (Abnormal Psychology)**, Çeviri Editörü: Doç. Dr. İhsan Dağ, 7. Basım, Türk Psikologlar Derneği Yayını, Ankara, 2004.

Değirmenci, Olgun. “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBD)**, 2014 (110), ss. 129-189.

Deister, Arno. “Ohne Schuld handelt...: Schuldfähigkeit und psychische Störung”, **Schuld- überholte Kategorie oder menschliches Existential?** (Hrsg. U. Lûke/ G. Souvignier), Verlag Herder, Freiburg im Breisgau, 2015, ss. 153-172.

Demirbaş, Timur. “Güvenlik Altında Tutma ve Sosyal Terapi Kurumları”, **Uğur Alacakaptan’ a Armağan**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, C. 1, İstanbul, 2008, ss. 199-207.

Demirbaş, Timur. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.

Demirbaş, Timur. **Haksız Tahrik**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.

Demirbaş, Timur. **Kriminoloji**, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.

Demirel, Muhammed. **Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı**, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul, 2017.

Demirel, Ömer Faruk ve İbrahim Balcıoğlu. “Alkol ve Madde Bağımlılığında Ceza Sorumluluğu ve Fiil Ehliyeti”, **Yeni Symposium Dergisi**, C. 53, S. 1, 2015, ss. 27-32.

Demirkıran, Simden, Muharrem Yaman ve Niyazi Uygur. “Ceza Ehliyeti Değerlendirmelerinde Yapılandırılmış Görüşme Yöntemlerinin Klinik Karara Etkisi”, **Düşünen Adam Dergisi**, 16(3), 2003, ss. 139-143.

Demren Dönmez, Burcu. “Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM)**, C. LXXI, S. 1, 2013, ss. 267-294.

Demren Dönmez, Burcu. **Ceza Hukukunda Alternatif Kusur Şekilleri**, İleri Kitabevi, İzmir, 2012.

Deryal, Yahya. **Türk Hukukunda Bilirkişilik ve Bilirkişi Raporu Örnekleri**, Seçkin Yayınevi, İstanbul, 2001.

Dessecker, Axel. **Gefährlichkeit und Verhältnismäßigkeit: Eine Untersuchung zum Maßregelrecht**, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 2004.

Doğan, Koray. “Cezaların Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, **Ceza Hukuku Dergisi (CHD)**, Y. 2, S. 4, Ağustos 2007, ss. 277-304.

Doğan, Koray. **Ceza Muhakemesinde Belirsizlik: Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi “in dubio pro reo”**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.

Doğru, Osman ve Atilla Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar 1. Cilt**, Yargıtay Başkanlığı Yayını, Ankara, 2012.

Dönmez, Burcu. “Yeni CMK’da Bilirkişi Kavramı”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, 2007, ss. 1145-1177.

Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt: II**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1999.

Dönmezer, Sulhi. “Cezai Sorumluluğun Esası Olarak Failin Normalliği Telâkkisi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM)**, Cilt. 12, Sayı. 1, 1946, ss. 119-129.

Dönmezer, Sulhi. “Suçlu Genç Erişkinlerin Sorumluluğu”, **Facultatis Decima Anniversaria, Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu Kitabı**, 26-28 Ekim 1992, İstanbul, 1993, ss. 65-76.

Dönmezer, Sulhi. **Cezaî Mesuliyetin Esası**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1949.

Dönmezer, Sulhi. **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2001.

Dreher, Eduard. **Die Willensfreiheit: Ein zentrales Problem mit vielen Seiten**, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1987.

Dutertre, Gilles. **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar**, Avrupa Konseyi Yayını (Strazburg), 2005.

Ebert, Udo. "Charakterschuld", **FS für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag**, München, 2014, ss. 137-157.

Ebert, Udo. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1994.

Ehrhardt, Helmut. "Die Schuldfähigkeit psychiatrisch-psychologischer Sicht", **Schuld-Verantwortung-Strafe: Im Lichte der Theologie, Jurisprudenz, Soziologie, Medizin und Philosophie** (Hrsg.: Prof. Dr. Erwin R. Frey), Zürich Schulthess & Co AG, Zürich, 1964, ss. 227-263.

Eisenberg, Ulrich. "Anmerkungen zu dem Beitrag 'Mindestanforderungen für Schuldfähigkeitsgutachten'", **Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)**, 2005, ss. 305-307.

Eisenberg, Ulrich. **Beweisrecht der StPO**, 9. Auflage, C. H. Beck, München, 2015.

Eisenberg, Ulrich. **Jugendgerichtsgesetz (JGG)**, 19. Auflage, C.H. Beck Verlag, München, 2017.

Eker Kazancı, Behiye. "Akıl Hastalarına Uygulanacak Güvenlik Tedbirleri", **2. Ceza Hukuku Reformları Kongresi C. 1** (Edit.: Prof. Dr. Adem Sözüer), Oniki Levha Yayınevi, İstanbul, 2015, ss. 225-236.

Eker Kazancı, Behiye. “Mağdurun Davranışları ve Heyecan Halinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi-Haksız Tahrik”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (DEÜHFD)**, C. 15, Özel Sayı 2013, ss. 1309-1357.

Ekici Şahin, Meral. “İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)**, C. 64, S. 3, ss. 637-686.

Ekici Şahin, Meral. **Ceza Hukukunda Rıza**, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2012.

Ellscheid, Günter ve Winfried Hassemer. “Strafe ohne Vorwurf: Bemerkungen zum Grund strafrechtlicher Haftung”, **Seminar: Abweichendes Verhalten II, Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität Band 1** (Hrsg. Klaus Lüderssen/ Fritz Sack), Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1975, ss. 266-292.

Engelhardt, H. Tristram. “Die Begriffe »Gesundheit« und »Krankheit«”, **Krankheitstheorien** (Hrsg.: Thomas Schramme), Suhrkamp Verlag, Berlin, 2012, ss. 41-62.

Engisch, Karl. **Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart**, 2. unveränderte Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1965.

Enz, Bettina. **Verminderte Schuldfähigkeit im deutschen und US-amerikanischen Strafrecht**, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2016.

Erdoğan, Suat. “İslam Hukukunda Failin Amacının Cezaya Etkisi”, **AİBÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi**, C. 2, Y. 2, S. 3, Bahar 2014, ss. 1-17.

Erem, Faruk, Ahmet Danışman ve Mehmet Emin Artuk. **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.

Erem, Faruk. **Adalet Psikolojisi**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977.

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

Erer Özbek, Sevda, Özlem Çelebi ve Esen Saka. “Tik Bozuklukları, Tourette Sendromu ve Tedavi”, **Türkiye Klinikleri Journal of Medical Sciences**, November 2015, ss. 51-56.

Erman, Ragıp Barış. **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006.

Erman, Sahir ve Çetin Özek, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, Dünya Yayıncılık, İstanbul, 1994.

Erman, Sahir. “Ceza Hukukunda Hukuki Bilmeme ve Yanılma”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM)**, C. 12, S. 2-3, 1946, ss. 509-536.

Ersoy, Uğur. “Türk ve Alman Ceza Hukuku Sistemlerinde Kusur Prensibinin Kapsamı ve Objektif Cezalandırılabilme Şartlarının Kusur Prensibi ile Bağdaştırılabilirliği”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBD)**, 2013(109), ss. 203-250.

Eşsizoglu, Altan. “Adli Psikiyatrik Bilirkişilik Uygulamalarında Kamera Kayıtlarının Önemi”, **Türk Psikiyatri Dergisi**, C. 27, S. 1, 2016, s. 72.

Feyzioğlu, Metin. **Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2002.

Fischer, Thomas. **Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen**, 63. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2016.

Foth, Eberhard. "Einige Bemerkungen zur verminderten Schuldfähigkeit bei alkoholisierten Straftätern", **FS für Hannskarl Salger zum Abschied aus dem Amt als Vizepräsident des Bundesgerichtshofes**, Köln, 1995, ss. 31-38.

Foucault, Michel. **Akıl hastalığı ve Psikoloji**, Çev. Emre Bayoğlu, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2014.

Freund, Georg. "Gefahren und Gefährlichkeiten im Straf- und Maßregelrecht: Wider die Einspurigkeit im Denken und Handeln", **Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)**, 2010, ss. 193-210.

Frey, Erwin R.. "Schuld – Verantwortung – Strafe als kriminalpolitisches Problem", **Schuld – Verantwortung – Strafe: Im Lichte der Theologie, Jurisprudenz, Soziologie, Medizin und Philosophie** (Herausgegeben von: Prof. Dr. Erwin R. Frey), Zürich Schulthess & Co Ag, Zürich, 1964, ss. 297-323.

Friedrich, Orsolya ve Sebastian Schleidgen. "Das Verhältnis von Normalität und Normativität im Bereich der Psyche", **Krankheit und Recht: Ethische und juristische Perspektiven** (Hrsg. Susanne Beck), Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 2017, ss. 25-38.

Frister, Helmut. "Der Begriff der Schuldfähigkeit", **Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (MschrKrim)**, 77. Jahrlang, Heft 5, 1994, ss. 316-323.

Frister, Helmut. "Der strafrechstdogmatische Begriff der Schuld", **Juristische Schulung (JuS)**, Heft 12, 2013, ss. 1059-1065.

Frister, Helmut. "Überlegungen zu einem agnostischen Begriff der Schuldfähigkeit", **FS für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag**, Berlin, 2013, ss. 533-554.

Frister, Helmut. **Die Struktur des “voluntativen Schuldelements”**: zugleich eine **Analyse des Verhältnisses von Schuld und positiver Generalprävention**, Duncker & Humbolt, Berlin, 1993.

Frister, Helmut. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2015.

Gallas, Wilhelm. “Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)**, 67(1955), ss. 1-47.

Geçtan, Engin. **Psikodinamik Psikiyatri ve Normaldışı Davranışlar**, 13. Baskı, Metis Yayıncılık, İstanbul, 1997.

Gedik Doğan ve Mahir Topaloğlu. **Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

Geschwind, Martin, Franz Petersohn, Erardo Cristoforo Rautenberg. **Die Beurteilung psychiatrischer Gutachten im Strafprozeß**, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1982.

Glenn, Andrea L., Adrian Raine ve William S. Laufer. “Is it Wrong to Criminalize and Punish Psychopaths”, **Emotion Review**, Vol. 3, No. 3, July 2011, ss. 302-304.

Göka, Erol ve Kemal Sayar, **Bir Bilim Olarak Psikiyatri**, Kaknüs Yayınları, İstanbul, 2001.

Gökçen, Ahmet ve A. Caner Yenidünya. “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’ nda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesine İlişkin Kurallar (TCK m. 61-63)”, **Uğur Alacakaptan’ a Armağan C. 1**, İstanbul, 2008, ss. 339-365.

Göktürk, Neslihan. **Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.

Gölcüklü, A. Feyyaz ve A. Şeref Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.

Göppinger, Hans. “Kriminologische Aspekte zur sogenannten verminderten Schuldfähigkeit (§ 21 StGB)”, **Kriminologie-Psychiatrie-Strafrecht: FS für Heinz Lefrenz zum 70. Geburtstag**, Heidelberg, 1983, ss. 411-427.

Göppinger, Hans. **Kriminologie**, 6. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2008.

Gözler, Kemal. **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2013.

Graf zu Dohna, Alexander. “Ein unausrottbares Mißverständnis”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)**, 66(1954), Heft 4, ss. 505-514.

Gropp, Walter. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Springer-Verlag, Berlin, 2015.

Gschwind, Martin, Franz Petersohn ve Erardo Cristoforo Rautenberg. **Die Beurteilung psychiatrischer Gutachten im Strafprozeß**, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1982.

Güllüçayır, Sibel, Mahmut Aşirdizer, Mehmet Sunay Yavuz, Yıldırım Zeyfeolu ve Tarık Uluçay. “Tourette Sendromlu Olguda Yasal Sorumluluklar”, **6. Anadolu Adli Bilimler Kongresi, Celal Bayar Üniversitesi 6-9 Eylül-2007 Manisa, Sözel ve Poster Bildireler Kitabı** (Edit.: Mahmut Aşirdizer/ Mehmet Sunay Yavuz), Manisa, 2007, ss. 13-17.

Gülşen, Recep. “Hukuk Sistemimizde Akıl Hastalarının Durumu ve Hareket Hürriyetlerinin Kısıtlanması”, **Türkiye Klinikleri Psikiyatri Dergisi**, S. 4, 2003, ss. 123-140.

Güngör, Devrim. “Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBD)**, S. 68, 2007, ss. 135-160.

Güngör, Devrim. **Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2007.

Gürelli, Nevzat. **Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik**, İstanbul, 1967.

Haddenbrock, Siegfried. “‘Strafrechtlich schuld(un)fähig’: psychowissenschaftlicher Befund oder normative Bewertung?”, **Juristische Rundschau (JR)**, 1991, Heft 6, ss. 225-231.

Haddenbrock, Siegfried. “Das rechtliche Schuldprinzip in wissenschaftlich-anthropologischer (= global akzeptabler) Sicht”, **Goltdammer’s Archiv für Strafrecht (GA)**, 2003, ss. 521-535.

Haddenbrock, Siegfried. **Soziale oder forensische Schuldfähigkeit (Zurechnungsfähigkeit)**, Walter de Gruyter, Berlin, 1992.

Haffke, Bernhard. “Zur Ambivalenz des § 21 StGB”, **§ 21 StGB, Verminderte Schuldfähigkeit, Eine janusköpfige Norm** (Hrsg.: Wolfgang de Boor/ Wolfgang Frisch/ Irmgard Rode), Wienand Druck & Verlagshaus, Köln, 1992, ss. 18-25.

Haffke, Bernhard. “Zur Ambivalenz des § 21 StGB”, **Recht und Psychiatrie**, 1991, ss. 94-108.

Haffke, Bernhard. “Zur Ambivalenz des § 21 StGB”, **Verminderte Schuldfähigkeit, Eine janusköpfige Norm**, Köln, 1992, ss. 43 vd.

Hafizoğulları, Zeki ve Muharrem Özen. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, US-A Yayıncılık, Ankara, 2018.

Hafizoğulları, Zeki. “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’ nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri”, **Ankara Barosu Dergisi (ABD)**, Y. 65, S. 1, Kış 2007, ss. 78-109.

Hafizoğulları, Zeki. “Emniyet Tedbirleri”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi (AÜSBFD)**, C. 46, S. 3, Y. 1991, ss. 45-58.

Hafizoğulları, Zeki. “Hukuki Bilmeme ve Açık Ceza Normları”, **Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı**, C. 1, Ankara, 1977, ss. 193-211.

Hafizoğulları, Zeki. “Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi (Nichtzumutbarkeit/ L’ inesıgıblıta)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)**, Y. 2008, C. 57, S. 3, ss. 337-369.

Hafizoğulları, Zeki. **Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, Ankara, 1987.

Haft, Fritjof. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 9. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2004.

Hakeri, Hakan. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 21. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Hakeri, Hakan. **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.

Hakeri, Hakan. **Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83**, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.

Haller, Reinhard. **Das psychiatrische Gutachten 2. Auflage**, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2008.

Hançerlioğlu, Orhan. **Felsefe Ansiklopedisi Kavramlar ve Akımlar (Ö-R) C. 5**, Remzi Kitabevi, 1976.

Hançerlioğlu, Orhan. **Felsefe Ansiklopedisi Kavramlar ve Akımlar C. I**, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1976.

Hardwig, Werner. “Personales Unrecht und Schuld”, **Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (MschrKrim)**, 1961, 44, ss. 194-210.

Harrer Gerhart ve Christel Frank, “Forensische Psychiatrie und Psychologie im Wandel der Zeiten mit Blick auf die Zukunft”, **Gedächtnisschrift für Heinz Zipf**, Heidelberg, 1999, ss. 67-103.

Hassamer, Winfried. “Alternativen zum Schuldprinzip?”, **Schuld und Verantwortung: Philosophische und juristische Beiträge zur Zurechenbarkeit menschlichen Handelns** (Hrsg. Hans M. Baumgartner/ Albin Eser), Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 1983, ss. 89-108.

Hassemer, Winfried. “Strafrecht, Prävention, Vergeltung. Eine Beipflichtung”, **FS für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag**, Heidelberg, 2006, ss. 51-65.

Hassemer, Winfried. **Einführung in die Grundlagen des Strafrechts**, 2. Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1990.

Heinrich, Bernd. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5. aktualisierte Auflage, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 2016.

Heinz, Andreas. **Der Begriff der psychischen Krankheit**, Suhrkamp Verlag, Berlin, 2014.

Herzberg, Rolf Dietrich. "Überlegungen zum ethischen und strafrechtlichen Schuldbegriff", **FS für Hans Achenbach**, Heidelberg, 2011, ss. 157-187.

Herzberg, Rolf Dietrich. **Willensunfreiheit und Schuldvorwurf**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.

Hirsch, Hans Joachim. "Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht", **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)**, 106(1994), Heft 4, ss. 746-765.

Hoester, Norbert. "Zur Begründung staatlichen Strafens", **Theorie der Normen: FG Ota Weinberger**, Berlin, 1990, ss. 225-240.

Hoff P. ve H. Sass. "Psychopathologische Grundlagen der forensischen Psychiatrie", **Handbuch der Forensischen Psychiatrie Band 2** (Hrsg.: H.-L. Kröber/ D. Dölling/ N. Leygraf/ H. Sass), Steinkopff Verlag, Berlin, Heidelberg, 2010, ss. 1-156.

Hörnle, Tatjana. "Die verfassungsrechtliche Begründung des Schuldprinzips", **FS für Klaus Tiedemann**, Köln, 2008, ss. 325-343.

Hörnle, Tatjana. **Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf: Ein Plädoyer für Änderungen in der strafrechtlichen Verbrechen**, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2013.

Hucklenbroich, Peter. " 'Normal-anders-krank': Begriffsklärungen und theoretische Grundlagen zum Krankheitsbegriff", **Normal-anders-krank?: Akzeptanz, Stigmatisierung im Kontext der Medizin** (Hrsg. Dominik Groß/ Sabine Müller/ Jan Steinmetzer), MWV Medizinisch Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Berlin, 2008, ss. 3-32.

Hucklenbroich, Peter. “Die Wissenschaftstheorie des Krankheitsbegriff”, **Krankheitstheorien** (Hrsg.: Thomas Schramme), Suhrkamp Verlag, Berlin, 2012, (Krankheitsbegriff), ss. 135-158.

Işık, Erdal. **Nevrozlar: Anksiyete Bozuklukları, Somatoform Bozukluklar, Dissosiatif Bozukluklar, Yapay Bozukluklar**, Kent Matbaacılık, Ankara, 1996.

İçel, Kayıhan, Füsun Sokullu-Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer ve Yener Ünver. **Suç Teorisi: Suç Kavramına İlişkin Genel Bilgiler-Suçun Yapısal Unsurları-Suçun Özel Oluşum Biçimleri 2. Kitap**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2000.

İçel, Kayıhan. “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi (İTÜSBD)**, Y. 7, S. 14, Güz 2008, ss. 35-49.

İçel, Kayıhan. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2017.

İçel, Kayıhan. **Suçların İçtimalı**, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972.

Jakobs, Günther. “Drei Bemerkungen zum gesellschaftsfunktionalen Schuldbegriff”, **FS für Kristian Kühl**, München, 2014, ss. 281-293.

Jakobs, Günther. **Schuld und Prävention**, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976.

Jakobs, Günther. **Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch**, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1991.

Janzarik, Werner. “Grundlagen der Einsicht und das Verhaltnis von Einsicht und Steuerung”, **Nervenarzt**, 1991(62), ss. 423-427.

Janzarik, Werner. “Forschungsrichtungen und Lehrmeinungen in der Psychiatrie: Geschichte, Gegenwart, forensische Bedeutung”, **Handbuch der forensischen Psychiatrie I** (Hrsg.: H. Goppinger/ H. Witter), Springer Verlag, Berlin-Heidelberg-New York, 1972, ss. 588-662.

Jescheck, Hans-Heinrich ve Thomas Weigend. **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, 5. vollstandig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Duncker & Humboldt GmbH, Berlin, 1996.

Jescheck, Hans-Heinrich. “Turk Ceza Kanununun ˆn Tasarısında Yer Alan Kusur İlkesinin Mukayeseli Hukuk Açısından İncelenmesi”, **İstanbul ˆniversitesi Hukuk Fakultesi Mecmuası (İÜHFM)**, C. LIV, 1994, ss. 15-31.

Jescheck, Hans-Heinrich. **Alman Ceza Hukukuna Giriş** (ev.: Feridun Yenisey), Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2007.

Jost, Klaus. **Forensisch-psychologische Begutachtung von Straftatern**, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 2008.

Kahveci, Nuri. “Hukuk Açısından Ceza Vermenin Teleolojik Boyutu”, **KSˆ İlahiyat Fakultesi Dergisi**, S. 2, 2003, ss. 21-36.

Kangal, Zeynel. “Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları”, **İstanbul ˆniversitesi Hukuk Fakultesi Mecmuası (İÜHFM)**, C. LXVIII, S. 1-2, 2010, ss. 151-167.

Kangal, Zeynel. “Turk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, **Erzincan ˆniversitesi Hukuk Fakultesi Dergisi (EÜHFD)**, C. XIV, S. 3-4, 2010, ss. 19-68.

Kaplan, Harold I. ve Benjamin Sadock. **Klinik Psikiyatri**, (Çeviri Edit.: Ercan Abay), Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul, 2004.

Karaali Savrun, Feray. “Epilepsiye Eşlik Eden Nöropsikiyatrik Bozuklukların Adli Tıptaki Yeri”, **Türkiye Klinikleri J Psychiatry-Special Topics**, 2011, 4(1), ss. 46-51.

Karakaş, Sirel ve Belma Bekçi, “Zihin/davranış ile Beden/organizma İlişkilerini Ele Alan Bilim Dallarının Doğuşu ve Gelişimi”, **NeuroQuantology**, 2003/2, ss. 232-265.

Karakaş, Sirel. “Kognitif Nörobilimde Açıklamalar: Kuram ve Modeller”, **Kognitif Nörobilimler 3. Baskı** (Editör: S. Karakaş), Nobel Tıp Kitabevi, Ankara, 2010, ss. 3-30.

Karakehya, Hakan. “Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçek”, **Eskişehir Barosu Dergisi**, Haziran 2006.

Karakehya, Hakan. “Ceza Muhakemesinin Amacı”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM)**, C. LXV, S. 2, 2007, ss. 121-141.

Karakehya, Hakan. “Dolaylı Maddi Gerçek: Ceza Muhakemesinde Yargılama Makamının Maddi Gerçeğe Deliller Aracılığıyla Ulaşma Zorunluluğu Üzerine”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)**, Y. 7, S. 27 (Temmuz 2016)

Karakehya, Hakan. **İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2010.

Karamustafalıoğlu, Nesrin ve Nesrin Tomruk, “Postpartum Hüzün ve Depresyonlar”, **Duygudurum Dizisi**, S. 2, 2000, ss. 64-71.

Karamustafalıoğlu, Oğuz ve Hüseyin Yumrukçal. “Depresyon ve Anksiyete Bozuklukları”, **Şişli Etfal Hastanesi Tıp Bülteni**, C. 45, S. 2, 2011, ss. 65-74.

Katoğlu, Tuğrul. “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Hukuki Güvenlik İlkesi”, **Kamu Hukukçuları Platformu HUKUK GÜVENLİĞİ**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, Şubat 2015, ss. 141-186.

Kaufmann, Armin. “Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum: Zugleich ein Beitrag zur Kritik des Entwurfs 1960”, **FS für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag**, Göttingen, 1961, ss. 319-332.

Kaufmann, Arthur. “Das Problem der Abhängigkeit des Strafrichters vom medizinischen Sachverständigen”, **JuristenZeitung (JZ)**, 23/ 1985, ss. 1065-1072.

Kaufmann, Arthur. “Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht”, **Strafrecht zwischen Gestern und Morgen**, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1983, ss. 9-30.

Kaufmann, Arthur. “Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht”, **JuristenZeitung (JZ)**, No. 18, 1967, ss. 553-560.

Kaufmann, Arthur. “Schuld und Prävention”, **FS für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag**, Luchterhand, 1985, ss. 889-897.

Kaufmann, Arthur. **Das Schuldprinzip: Eine strafrechtlich-rechtphilosophische Untersuchung**, Carl Winter-Universitätsverlag, Hiedelberg, 1976.

Kavala, Hüseyin. **Medizinisches Wörterbuch: Deutsch-Türkisch, Türkisch-Deutsch**, Springer Verlag, Heidelberg, 2005.

Kendi, Özer, Atlas Bogenç, Yaşar Bilge, Kemalettin Acar ve İbrahim Tunalı. “İki Antisosyal Kişilik Bozukluğu Vakasının Adli Tıp Yönünden Değerlendirilmesi”,

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), S. 1-4, C. 47, 1998, ss. 163-169.

Kett-Straub, Gabriele ve Hans Kudlich. **Sanktionenrecht**, C. H. Beck Verlag, München, 2017.

Kieser, Claudia. "Schuldfähigkeit als Voraussetzung der Strafe", **Jura**, Heft 6/2001, ss. 376-382.

Kindhäuser, Urs. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2015.

Koca, Mahmut. "Türk Ceza Hukukunda Hata", **Hukuk Devletinde Suç Yarattılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu Kitabı** (Edit.: Bahri Öztürk), Ankara, 2009.

Koç, Sermet ve Ümit Biçer. "Adli Tıbbın Tarihsel Gelişimi, Türkiye' deki Yapılanması ve Sorunları", **Klinik Gelişim Dergisi Adli Tıp Özel Sayısı**, C. 22, 2009, ss. 1-5.

Kohlrausch, Eduard. "Sicherungshaft. Eine Besinnung aus den Streitstand", **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)**, (44)1, 1924, ss. 21-33.

Kohlrausch, Eduard. "Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung", **Festgabe für Dr. Karl Güterbock**, Verlag von Franz Vahlen, Berlin, 1910, ss. 1-34.

Konuk, Numan, Zekeriya Kökrek ve Hasan Karadeniz, "Adli Psikiyatrik Uygulamalarda Tanı Geçerliliği Kavramı", **Türkiye Klinikleri J Psikiyatri-Special Topics**, 2011, 4(1), ss. 52-59.

Koriath, Heinz. "Zum Streit um den Schuldbegriff. Eine Skizze", **Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)**, 2011, ss. 618-629.

Kotsalis, Leonidas. "Verminderte Schuldfähigkeit und Schuldprinzip", **FS für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag**, Bielefeld, 1992, ss. 33-42.

Krauß, D.. Schuldzurechnung und Schuldzumessung als Probleme des Sachverständigenbeweises, **Kriminologische Gegenwartsfragen**, Heft 12, Stuttgart, 1976.

Krauß, Detlef. "Neue Hirnforschung- Neues Strafrecht?", **FS für Heike Jung**, Baden-Baden, 2007, ss. 411-431.

Kretschmer, Joachim. **Das strafprozessuale Verbot der reformatio in peius und die Maßregeln der Besserung und Sicherung**, Duncker & Humblot, Berlin, 1999.

Krey, Volker ve Robert Esser, **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. überarbeitete Auflage, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 2016.

Kröber, Hans-Ludwig. "Die psychiatrische Diskussion um die verminderte Zurechnungs- und Schuldfähigkeit", **Vermindere Schuldfähigkeit und psychiatrische Maßregel** (Hrsg.: Hans-Ludwig Kröber/ Hans-Jörg Albrecht), Nomos Verlag, Baden-Baden, 2001, ss. 33-68.

Kröber, Hans-Ludwig. "Schuldfähigkeit bei 'Komorbidität' durch mehrere psychische Störungen", **FS für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag**, Berlin, 2010, ss. 993-1006.

Kröber, Hans-Ludwig. "Steuerungsfähigkeit und Willensfreiheit aus psychiatrischer Sicht", **Handbuch der Forensischen Psychiatrie Band 1** (Hrsg.: H.-L. Kröber/ D. Dölling/ N. Leygraf/ H. Sass), Steinkopff Verlag, Berlin, Heidelberg, 2007, ss. 159-219.

Kruse, Constantin. “Die Sachverständigenauswahl für die Schuldfähigkeitsbegutachtung”, **Neue Juristische Wochenschrift (NJW)**, 8/ 2014, ss. 509-514.

Krümpelmann, Justus. “Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das zweite Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)**, (88)1976, ss. 6-39.

Krümpelmann, Justus. **Affekt und Schuldfähigkeit**, Freiburger Rechtswissenschaftliche Habilitationsschrift 1972-Unveränderte Wiedergabe- Druck: Wilhelm Lendle, Wiesbaden, 1988.

Kunter, Nurullah, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu. **Muhakeme Hukuku Dah Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2009.

Kühl, Kristian. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, Vahlen Verlag, München, 2012.

Küpper, Georg. **Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik**, Duncker & Humbolt, Berlin, 1990.

Lackner, Karl ve Kristian Kühl, **Strafgesetzbuch Kommentar**, C.H. Beck Verlag, München, 2014.

Lackner, Karl. “Prävention und Schuldunfähigkeit: Zur Verknüpfung von Schuld und Prävention bei der Konstituierung des Begriffs der Schuldunfähigkeit”, **Strafverfahren im Rechtsstaat: FS für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag am 18. August 1985**, München, 1985, ss. 245-266.

Langelüddeke, Albrecht ve Paul H. Bresser. **Gerichtliche Psychiatrie**, 4. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1976.

Leferenz, Heinz. “Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das zweite Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)**, 88(1976), ss. 40-45.

Lenckner, Theodor. “Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit”, **Handbuch der forensische Psychiatrie I** (Hrsg. H. Göppinger/ H. Witter), Springer-Verlag, Berlin, 1974, ss. 3-286.

Lohmann, Hans. **Krankheit oder Entfremdung? Psychische Probleme in der Überflußgesellschaft**, Deutscher Taschenbuch Verlag, Stuttgart, 1978.

Mahmutoğlu, Fatih Selami ve Serra Karadeniz, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2017.

Mahmutoğlu, Fatih Selami. “Ceza Hukuku Boyutuyla Epilepsi ve Demans”, **Klinik Aktüel Nöropsikiyatri Forumu**, C. 4, S. 1, Eylül-Aralık 2010, ss. 16-19.

Mahmutoğlu, Fatih Selami. “Nöroloji Uzmanlarının Bilirkişilik Sıfatıyla Adli Bilimler Bağlamındaki Roller”, **Türk Nöroloji Dergisi**, S. 18, 2012, ss. 46-53.

Mahmutoğlu, Fatih Selami. “Türk Ceza Mevzuatındaki Temel Düzenlemelere Psikiyatristlerin Fail ve Uzman Sıfatı Kapsamında Genel Bakış”, **Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı**, Ekim 2011-2012-2013, Vol. 4-5-6, ss. 149-174.

Mahmutoğlu, Fatih ve Yener Ünver. “Kanunu Bilmemek Mazeret Sayılmaz Kuralı Hakkında”, **İstanbul Barosu Dergisi (İBD)**, S. 2, 1998, ss. 371-395.

Maihofer, Werner. **Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem**, Tübinger Chronik, Druckerei- und Verlagsgenossenschaft eGmbH, Tübingen, 1953.

Maiwald, Manfred. "Gedanken zu einem sozialen Schuldbegriff", **FS für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987**, Berlin, 1987, ss. 149-166.

Mann, Thomas. **Doktor Faustus**, Çev. Zehra Kurttekin, Can Yayinevi, İstanbul, 2014.

Marquart, Helmut. **Dogmatische und kriminologische Aspekte des Vikariierens von Strafe und Maßregel**, Duncker & Humblot, Berlin, 1972.

Maurach, Reinhart ve Heinz Zipf. **Strafrecht Allgemeiner Teil: Teilband 1 Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat**, 8. Neubearbeitete und erweiterte Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1992.

Maurach, Reinhart, Karl Heinz Gössel ve Heinz Zipf. **Strafrecht Allgemeiner Teil Teilband 2: Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat**, 8. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2015.

Mayer, Max Ernst. **Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts II. Band**, Carl Winter Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 1923.

Meier, Bernd-Dieter. **Strafrechtliche Sanktionen**, 4. Auflage, Springer Verlag, Heidelberg, 2015.

Mende, Werner. "Die 'tiefgreifende Bewußtseinsstörung' in der forensisch-psychiatrischen Diagnostik", **FS für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag**, München, 1979, ss. 311-322.

Meraklı, Serkan. **Ceza Hukukunda Kusur**, Seçkin Yayinevi, Ankara, 2017.

Merkel, Adolf. **Die Lehre von Verbrechen und Strafe**, Verlag von Ferdinand Enke, Stuttgart, 1912.

Merkel, Reinhard. "Schuld, Charakter und normative Ansprechbarkeit: Zu den Grundlagen der Schuldlehre Claus Roxins", **Strafrecht als Scientia Universalis: FS für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011 Band 1**, Walter de Gruyter, Berlin, 2011, ss. 737-761.

Merkel, Reinhard. **Willensfreiheit und rechtliche Schuld: Eine strafrechtsphilosophische Untersuchung**, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2008.

Metin, Yüksel. **Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002.

Meyer, Benedikt. "Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gem. § 63 StGB", **Juristische Schulung (JuS)**, 2014, ss. 408-411.

Meyer, Joachim-Ernst. "Der psychiatrische Sachverständige und seine Funktion im Strafprozeß", **Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (MschrKrim)**, 64. Jahrlang, Heft 4, s. 224-228.

Meyer, Joachim-Ernst. "Psychiatrische Diagnosen und ihre Bedeutung für die Schuldfähigkeit im Sinne der §§ 20/21", **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)**, 88(1976), ss. 46-56.

Mezger, Edmund ve Hermann Blei, **Strafrecht I. Allgemeiner Teil**, 15. neubearbeitete Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1973.

Mezger, Edmund. "Rechtsirrtum und Rechtsblindheit", **Probleme der Strafrechtserneuerung: Festschrift für Eduard Kohlrausch zum 70. Geburtstag**, Berlin, 1944, ss. 180-198.

Mezger, Edmund. "Zurechnungsfähigkeit", **Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag Band I**, Tübingen, 1930, ss. 519-538.

Moles, Abraham. **Belirsizin Bilimleri: İnsan Bilimleri İçin Yeni Bir Epistemoloji**, (Çev.: Nuri Bilgin), 4. Baskı, İstanbul, 2012.

Murmann, Uwe. **Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte**, C. H. Beck Verlag, München, 2015.

Müller-Dietz, Heinz. “Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus und Verfassung”, **Juristische Rundschau (JR)**, Heft 2, 1987, ss. 45-53.

Müller-Dietz, Heinz. **Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht**, C. F. Müller Verlag, Karlsruhe, 1967.

Müller-Dietz, Heinz. **Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems**, R. v. Decker's Verlag, Heidelberg-Hamburg, 1979.

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB, Band 1: §§ 1-37, 3. Auflage, C. H. Beck, 2017.

Müssig, Bernd. “Schuldprinzip als positivistische Rekonstruktion des strafrechtlichen Zugriffs?: Bemerkungen zu Perspektiven des strafrechtlichen Schuld- und Unrechtsbegriffs”, **FS für Volkmar Mehle zum 65. Geburtstag am 11.11.2009**, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2009, ss. 451-468.

Namal, Arın. “Psikiyatri Tarihçesi Işığında Ruh Hastalarının Zorla Tedavilerine Etik Açıdan Genel Bir Bakış”, **Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı**, Ekim 2011-2012-2013, Vol. 4-5-6, ss. 41-72.

Namal, Arın. “Ruh Sağlığı Yasamız Olmalı!”, **Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı**, Ekim 2011-2012-2013, S. 4-5-6, İstanbul, 2013, ss. 423-426.

Nart, Serdar. **Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukuki Sorumluluğu (Hakkaniyet Sorumluluğu)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Nedopil, Norbert. **Forensische Psychiatrie: Klinik, Begutachtung und Behandlung zwischen Psychiatrie und Recht**, 3. Auflage, Georg Thieme Verlag KG, Stuttgart, 2007.

Noll, Peter. "Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts", **FS für Hellmuth Mayer**, Berlin, 1966, ss. 219-233.

Nowakowski, Friedrich. "Freiheit, Schuld, Vergeltung", **FS für Theodor Rittler**, Verlag Scientia, Antiquariat, Aalen, 1957, ss. 55-88.

Nuhoglu, Ayşe. **Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri**, Adil Yayınevi, Ankara, 1997.

Okan İbiloğlu, Aslıhan. **Bipolar-I, Bipolar-II ve Majör Depresif Bozukluk Tanılı Hastalarda Ayırışan Sosyodemografik, Klinik ve Affektif Mizaç Özellikleri**, T.C. Sağlık Bakanlığı Ankara Atatürk Eğitim ve Araştırma Hastanesi Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Kliniği, (Tıpta Uzmanlık Tezi), Ankara, 2010.

Otacı, Cengiz. "Karar İncelemesi: Kan Gütme Saikiyle ve Canavarca Hisle Kasten Öldürme Suçu", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM)**, C. LXXI, S. 1, 2013, ss. 1489-1497.

Otto, Harro. **Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre**, 7. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 2004.

Öncü, Fatih ve Mustafa Sercan. "Ceza Hukukunda Adli Psikiyatri", **Adli Psikiyatri Uygulama Klavuzu** (Edit: Mustafa Sercan), 1. Baskı, Türkiye Psikiyatri Derneği Yayınları, Ankara, 2007, ss. 33-50.

Öncü, Fatih ve Mustafa Sercan. "Ceza Hukukunda Adli Psikiyatri", **Adli Psikiyatri Uygulama Klavuzu** (Edit.: Niyazi Uygur), 2. Baskı, Türkiye Psikiyatri Derneği Yayını, Ankara, 2014, ss. 39-72.

Öncü, Fatih, Hüseyin Soysal, Niyazi Uygur, Füsün Özdemir, Solmaz Türkcan, Doğan Yeşilbursa ve Gazi Alataş. “Zorunlu Klinik Tedavi Sonrası Yineleyici Suç İşleyen Adli Psikiyatri Olgularının Tanı ve Suç Niteliği Açısından Değerlendirilmesi”, **Düşünen Adam**, 2002, 15(3), ss. 132-148.

Önder, Ayhan. “Mütemadî Suç”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFMD)**, C. 29, S. 1-2, 1963, ss. 75-120.

Önder, Ayhan. **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.

Öntan, Yaprak. **Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014.

Özakkaş, Tahir. **DSM, ICD Ruhsal Hastalıkların Sınıflandırılması: 11. BPT Eylül 2012 Ders Notları**, Psikoterapi Enstitüsü Eğitim Yayınları, İstanbul, 2014.

Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.

Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe. **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.

Özbudun, Ergün. **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

Özcan, Onur. “Fransız Ceza Hukukunda Akıl Bozukluğunun Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD)**, C. V, S. 2, 2008, ss. 199-236.

Özden, Salih Yaşar. “Tıbbi Bilirkişiliğin Tarihi Gelişimi ve Adli Psikiyatride Bilirkişinin Özellikleri”, **Düşünen Adam**, 1977, 10(2), ss. 44-47.

Özen, Cahit. “Toksik Psikozlarda Cezaî ve Hukukî Mesuliyet”, **Adli Tıp Dergisi**, 21(2), 2007, ss. 47-50.

Özen, Muharrem. **Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk**, U S-A Yayıncılık, Ankara, 1998.

Özen, Mustafa. “Ceza Hukukunda Kanunu Bilmemek ve Hata”, **Uğur Alacakaptan’ a Armağan**, C. 1, İstanbul, Haziran 2008, ss. 589-598.

Özgenç, İzzet. “Kusur Yargısı ve Yaş Küçüklüğü”, **Facultatis Decima Anniversaria, Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu Kitabı**, 26-28 Ekim 1992, İstanbul, 1993, ss. 251-275.

Özgenç, İzzet. **Suç İştirakın Hukuki Esası ve Faillik**, İmaj Ofset Ltd. Şti., İstanbul, 1996.

Özgenç, İzzet. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.

Özkan, Mustafa ve Hakan Hakeri. “Ceza Hukuku ve Ruhsal Bozukluklar”, **KHUKA (Kamu Hukuku Arşivi Dergisi)**, Ekim 1998, ss. 89-99.

Özkan, Mustafa. “Suç İşleyen Psikiyatrik Hastalarda Zorunlu Tedavi Süreci”, **T Klin Psikiyatri**, S. 4, 2003, ss. 92-95.

Özkara, Erdem, Hakan Hakeri, Özgür Can ve Halis Ulaş. “Tıp ve Hukuk Boyutuyla Türk Ceza Yasasına Göre Algılama Yeteneği Kavramı”, **Adli Psikiyatri Dergisi**, C. 4, S. 4, Ekim 2007, ss. 11-17.

Özlem, Doğan. “Ahlakta, Hukukta ve Siyasette Özgürlük Kavramı Üzerine”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM)**, C. LXXII, S. 1, 2014, ss. 87-94.

Özmenler, Kamil Nahit ve Mehmet Ak. “Miraç Bozukluklarının Adli Psikiyatrik Yönü”, **Adli Psikiyatri Dergisi**, C. 5, S. 1, Ocak 2008, ss. 11-17.

Özsan, Hüseyin H.. “Alkol ve Madde Kullanımı Bozukluklarının Adli Psikiyatrik Yönü”, **T Klin J Psychiatry**, 4, 2003, ss. 89-91.

Öztürk, Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem. **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.

Öztürk, Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem. **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.

Payk, Theo R.. **Pathopsychologie: Vom Symptom zur Diagnose**, Springer-Verlag, Heidelberg, 2002.

Plate, Jürgen. **Psyche, Unrecht und Schuld: Die Bedeutung der psychischen Verfassung des Täters für die allgemeinen Voraussetzungen der Strafbarkeit**, C. H. Beck Verlag, München, 2002.

Rasch, Wilfried. “Schuldfähigkeit und Krankheitsdefinition”, **Rechtsprobleme in der Psychiatrie** (Hrsg.: Hans Lauter/ Hans-Ludwig Schreiber), Rheinland-Verlag, Köln, 1978, ss. 38-48.

Rasch, Wilfried ve Norbert Konrad. **Forensische Psychiatrie 3. Auflage**, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 2004.

Rasch, Wilfried. “Die Zuordnung der psychiatrisch-psychologischen Diagnosen vier psychischen Merkmalen der §§ 20/21 StGB”, **Strafverteidiger (StV)**, 1984, ss. 264-269.

Rautenberg, E.C.. **Verminderte Schuldfähigkeit: Ein besonderer, fakultativer Strafmilderungsgrund?**, Kriminalistik Verlag, Heidelberg, 1984.

Rengier, Rudolf. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2016.

Renzikowski, Joachim. "Forensische Psychiatrie und Strafrechtswissenschaft", **Neue Juristische Wochenschrift (NJW)**, 1990, ss. 2905-2910.

Roxin, Claus. "Wandlungen der Strafrechtswissenschaft heute", **Universitas, Zeitschrift für Wissenschaft, Kunst und Literatur**, 34. Jahrgang, Heft 9, 1979, ss. 913-922.

Roxin, Claus. "Zur Problematik des Schuldstrafrechts", **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)**, 96(1984), Heft 3, ss. 641-660.

Roxin, Claus. **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre**, C. H. Beck Verlag, München, 2006.

Roxin, Claus. **Strafrechtliche Grundlagenprobleme**, Walter de Gruyter, Berlin, 1973.

Rudolphi, Hans-Joachim. **Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums**, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1969.

Sarısoy, Gökhan ve Selçuk Özdin. "Seksomnia: Bir Gözden Geçirme", **Journal of Mood Disorders**, Vol. 4, No. 2, 2014, ss. 80-87.

Sarstedt, W.. "Auswahl und Leitung des Sachverständigen im Strafprozeß", **Neue Juristische Wochenschrift (NJW)**, 1968, ss. 177-184.

Satzger, Helmut, Wilhelm Schluckebier ve Gunter Widmaier. **STGB (Strafgesetzbuch) Kommentar**, 3. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2017.

Schaffstein, Friedrich ve Werner Beulke. **Jugendstrafrecht: Eine systematische Darstellung**, 14. Auflage, Kohlhammer W. Verlag, Stuttgart, 2002.

Schiemann, Anja. "Die Willensfreiheit und das Schuldstrafrecht- eine überflüssige Debatte?", **Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS)**, 6/ 2012, ss. 774-777.

Schiemann, Anja. **Unbestimmte Schuldfähigkeitsfeststellungen: Verstoß der §§ 20, 21 StGB gegen den Bestimmtheitsgrundsatz nach Art. 103 II GG**, LIT Verlag, Berlin, 2012.

Schmidhäuser, Eberhard. "Über den axiologischen Schuldbegriff des Strafrechts: Die unrechtlche Tatgesinnung", **FS für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag 1. Band**, Berlin, 1985, ss. 485-502.

Schmidhäuser, Eberhard. **Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch**, Zweite, neubearbeitete Auflage, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1975.

Schmidt-Recla, Adrian. **Theorien zur Schuldfähigkeit: Psychowissenschaftliche Konzepte zur Beurteilung strafrechtlicher Verantwortlichkeit im 19. 20. Jahrhundert. Eine Anleitung zur juristischen Verwertbarkeit**, Leipziger Universitätsverlag, Leipzig, 2000.

Schneider, Kurt. **Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit**, 2. Auflage, Georg Thieme Verlag, 1953.

Schöch, Heinz. "Prognosefall- Schwerpunkt: Kriminologie", **Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug** (Hrsg.: Günther Kaiser/ Heinz Schöch), München, 2010, ss. 88-103.

Schöch, Heinz. **Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch: StGB, Band 1 Einleitung: §§ 1 bis 31**, De Gruyter, Berlin, 2007.

Schönke, Adolf ve Hörst Schröder, **Strafgesetzbuch Kommentar**, C.H. Beck Verlag, München, 2014.

Schramme, Thomas. “Einleitung: Die Begriffe »Gesundheit« und »Krankheit« in der philosophischen Diskussion”, **Krankheitstheorien** (Hrsg.: Thomas Schramme), Suhrkamp Verlag, Berlin, 2012, ss. 9-37.

Schreiber, Hans- Ludwig. “Ist der Mensch für sein Verhalten rechtlich verantwortlich?”, **FS für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag, Humaniora: Medizin-Recht-Geschichte**, Berlin, Heidelberg, New York, 2006, ss. 1069-1078.

Schreiber, Hans-Ludwig ve Henning Rosenau, “Rechtliche Grundlagen der psychiatrischen Begutachtung”, **Psychiatrische Begutachtung: Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen** (Hrsg. Harald Dreßig/ Elmar Habermeyer), Elsevier Urban & Fischer Verlag, München, 2015, ss. 90-152.

Schreiber, Hans-Ludwig. “Bedeutung und Auswirkungen der neugefassten Bestimmungen über die Schuldfähigkeit”, **Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)**, 1981, ss. 46-51.

Schreiber, Hans-Ludwig. “Hukuksal ve Psikiyatrik Kategoriler Arasında Adli Rapor”, Çev. Yener Ünver, **Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 2: Tıp ve Ceza Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, ss. 11-26.

Schreiber, Hans-Ludwig. “Psikiyatrik ve Hukuksal Kriterler Arasında Kusur Yeteneği Değerlendirilmesi”, Çev. Yener Ünver, **Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 2: Tıp ve Ceza Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, ss. 27-38.

Schreiber, Hans-Ludwig. "Vor dem Ende des Schuldstrafrechts?", **Schriften zur Rechtsphilosophie, zum Strafrecht und zum Medizin- und Biorecht**, Frankfurt am Main, 2013, ss. 155-165.

Schreiber, Hans-Ludwig. "Was heißt heute strafrechtliche Schuld und wie kann der Psychiater bei ihrer Feststellung mitwirken?", **Nervenarzt**, 48, 1977, ss. 242-247.

Schreiber, Hans-Ludwig. "Zur Rolle des psychiatrisch-psychologischen Sachverständigen im Strafverfahren", **FS für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag**, Darmstadt, 1985, ss. 1007-1020.

Schüler-Springorum, H.. "Die 'zweite Spur' im Kriminalrecht. Zur Struktur und Gestaltung strafrechtlicher Maßregeln", **Keio Law Review**, 4, 1983.

Schwarz, J.. ve R. Wille, "§ 51 StGB- gestern, heute, morgen", **Neue Juristische Wochenschrift (NJW)**, 1971, ss. 1061 vd.

Selçuk, Sami. "Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Canavarca His Sevkiyle Adam Öldürme", **Yargıtay Dergisi (YD)**, C. 14, S. 4, Ekim 1988, ss. 467-482.

Selçuk, Sami. "Suç, Suç Yörüngesi ve Kalkışmanın Konumu", **Adalet Dergisi (AD)**, Eylül-Ekim, S. 5, 1974, ss. 798-815.

Sevük Yokuş, Handan. "Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM)**, C. LXIV, S. 1, ss. 49-107.

Songar, Ayhan. "Psikiyatri Açısından Ceza Ehliyeti", **Ankara Barosu Dergisi (ABD)**, S. 6, 1976, ss. 1049-1059.

Sorias, Soli. "Kişilik Bozuklukları", **Psikiyatri Temel Kitabı** (Edit.: Ertuğrul Köroğlu/ Cengiz Güleç), HYB Basım Yayın, Ankara, 2007, ss. 502-519.

Soyaslan, Doğan. **Teşebbüs Suçu**, Kazancı Yayınevi, Ankara, 1994.

Soyer Güleç, Sesim. “Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı”, **D. E. Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi (DEÜHFD)**, C. 10, S. 1, 2008, ss. 59-91.

Sözüer, Adem. “Hukuki Hata”, **Yargıtay Dergisi (YD)**, C. 21, S. 4, Ekim 1995, ss. 466-490.

Sözüer, Adem. **Suçta Teşebbüs**, Kazancı Yayınevi, İstanbul, 1994.

Stratenwerth, Günter ve Lothar Kuhlen. **Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat**, 6. überarbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2011.

Stratenwerth, Günter ve Wolfgang Wohlers. **Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar**, 3. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2013.

Stratenwerth, Günther. **Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips**, C. F. Müller Juristischer Verlag, Karlsruhe, 1977.

Streng, Franz. “ ‘Korbidität’, Schuld(un)fähigkeit und Maßregelordnung”, **Strafverteidiger (StV)**, 2004, ss. 614-620.

Streng, Franz. “Hirnforschung, Willensfreiheit und Schuld”, **Das Ich und sein Gehirn** (Hrsg. Gunnar Duttge), Göttingen, 2009, ss. 97-101.

Streng, Franz. “Schuld ohne Freiheit?: Der funktionale Schuldbegriff auf dem Prüfstand”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)**, 101(1989), Heft 2, ss. 273-334.

Streng, Franz. “Wie weit reicht das Koinzidenzprinzip? Aspekte des Zusammenhangs von Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld”, **FS für Werner Beulke zum 70. Geburtstag**, Heidelberg, 2015, ss. 313-326.

Streng, Franz. **Strafrechtliche Sanktionen: Die Strafzumessung und ihre Grundlagen**, 3. Auflage, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 2012.

Şahin Beyaztürk, Derya. “Yönetici İşlevler, Frontal Lob ve Demans”, **Beyin ve Nöropsikoloji** (Edit.: Prof. Dr. Sirel Karakaş/ Prof. Dr. Ceyla İrkeç/ Prof. Dr. Nevzat Yüksel), Çizgi Yayınevi, İstanbul, 2004, ss. 123-131.

Şensoy, Naci. “Cezai Mesuliyeti Tamamen veya Kısmen Kaldıran Akli Malûliyet”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 16, S. 1-2, 1950, ss. 110-156.

Şirin, Tolga. **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 1**, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2018.

Talas, Serdar. **Ceza Hukukunda Kusur İlkesi Bağlamında Nedeninde Serbest Hareket (*actio libera in causa*) Kavramı ve Geçici Nedenlerin Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011.

Taşkın Kapusuzoğlu, Beril. **Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı**, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul, 2017.

Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok. **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.

Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar ve Rifat Murat Önok, **İnsan Hakları El Kitabı**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.

Tiedemann, Paul. **Menschenwürde als Rechtsbegriff: Eine philosophische Klärung**, Berliner Wissenschafts-Verlag (BWV), Berlin, 2007.

Tiemeyer, Jürgen. “Grundlagenprobleme des normativen Schuldbegriffs”, **Goldammer’s Archiv für Strafrecht (GA)**, 1986, ss. 203-227.

Toşer Korkmaz, Özlem ve İbrahim H. Diken. “Stereotipik Davranışların Azaltılmasında Kullanılan Yöntemlerin Etkililiği: Betimsel ve Meta Analizi”, **Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Özel Eğitim Dergisi**, 2010, 11(2), ss. 1-12.

Toroslu, Haluk. **Ceza Hukukunda İsnat Yeteneği**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2015.

Toroslu, Nevzat. “Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları”, **Uğur Alacakaptan’ a Armağın C. 1**, İstanbul, 2008, ss. 705-709.

Tosun, Musa, Alptekin Çetin ve Numan Konuk, “Alkol ve Madde Bağımlılığının Adli Psikiyatrik Yönleri”, **Türkiye Klinikleri J Psychiatry- Special Topics**, 2011, 4(1), ss. 81-90.

Türkcan, Solmaz, Doğın Yeşilbursa, Ömer Saatçioğlu, Latif Alpkın ve Niyazi Uygur. “Adli Psikiyatri ve Kurumdışı İzleme”, **Düşünen Adam**, 1997, 10(2), ss. 39-43.

Türkçapar, M. Hakan ve Erol Göka, “Psikiyatrinin İşlevi”, **Kriz Dergisi**, 3(1-2), ss. 201-203.

Türkoğlu, Halide Gökçe. **Roma Hukukunda Suç ve Ceza**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.

Ulutürk, Hande. **Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Akıl Hastalığının Kusur Yeteneğine Etkisi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.

Uygur, Niyazi. “Adli Psikiyatride Kişilik ve Saldırganlık”, **9. Anadolu Psikiyatri Günleri**, 13-17 Haziran 2000, ss. 424-425.

Ünal, Süheyla. “Nöropsikiyatri”, **Psikiyatri Temel Kitabı** (Edit.: Ertuğrul Köroğlu/ Cengiz Güleç), HYB Basım Yayın, Ankara, 2007, ss. 12-17.

Ünver, Yener ve Hakan Hakeri. Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Ünver, Yener. “Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri”, **IV. Sağlık Hukuku Kurultayı (23- 24 Eylül 2011)**, Ankara Barosu Yayını, Ankara, 2012, ss. 136-152.

Ünver, Yener. “Güvenlik Tedbirleri ile Cezalar Arasında Bir Fark Kaldı mı? Alman Anayasa Mahkemesi’ nin Konuyla İlgili Bir Kararı Üzerine Kısa Bir Değerlendirme”, **Prof. Dr. Köksal Bayraktar’ a Armağan C. I, Galatasaray Üniversitesi hukuk Fakültesi Dergisi**, 2010/1, ss. 367-375.

Ünver, Yener. “Sebebinde Serbest Hareketler Kuramı”, **Prof. Dr. Sahir Erman’ a Armağan**, İstanbul, 1998, ss. 801-887.

Ünver, Yener. “YTCK’ da Kusurluluk”, **Ceza Hukuku Dergisi (CHD)**, S. 1, Ekim 2006, ss. 41-78.

Ünver, Yener. **Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1989.

Ünver, Yener. **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.

Üzülmez, İlhan ve Ahmet Hulisi Akkaş. “Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 1-2, 2007, ss. 71-87.

Üzülmez, İlhan. “Yeni Ceza Kanunu’ nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EÜHFD)**, C. X, S. 3-4, 2006, ss. 203-235.

Venzlaff, Ulrich. “Aktuelle Probleme der forensischen Psychiatrie”, **Psychiatrie der Gegenwart Bd. III**, 2. Auflage, Springer Verlag, Berlin, 1975.

Venzlaff, Ulrich. “Die Mitwirkung des psychiatrischen Sachverständigen bei der Beurteilung der Schuldfähigkeit”, **Justiz und Recht: FS aus Anlass des 10Jährigen Bestehens der deutschen Richterakademie in Trier**, Heidelberg, 1983, ss. 277-292.

Venzlaff, Ulrich. “Ist die Restaurierung eines ‘engen’ Krankheitsbegriffs erforderlich, um kriminalpolitische Gefahren abzuwenden?”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)**, (88)1976, ss. 57-65.

von Liszt, Franz. **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 1. Band: Einleitung und Allgemeiner Teil**, 26. Auflage/ bearbeitet von E. Schmidt, nachdr. der Ausg. Berlin, Leipzig, de Gruyter, 1932, Keip Verlag, Goldbach, 1996.

Weißer, Bettina. “Ist das Konzept strafrechtlicher Schuld nach § 20 StGB durch die Erkenntnisse der Neurowissenschaften widerlegt?”, **Goldammer’s Archiv für Strafrecht (GA)**, 2013, ss. 26-38.

Welzel, Hans. **Das Deutsche Strafrecht**, Elfte neubearbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1969.

Wessels, Johannes, Werner Beulke ve Helmut Satzger. **Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau, 45. neu überarbeitete Auflage**, C. F. Müller GmbH, Heidelberg, 2015.

Wilinski, A.. “Roma Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukukuna Bir Kuşbakışı”, Çeviren: B. Erdoğan, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 1983, C. 1, S. 1, ss. 329-335.

Witter, Hermann. “Die Bedeutung des psychiatrischen Krankheitsbegriffs für das Strafrecht”, **FS für Richard Lange zum 70. Geburtstag**, Berlin, 1976, ss. 723-736.

Witter, Hermann. “Die Grundlagen für die Beurteilung der Schuldfähigkeit im Strafrecht”, **Der psychiatrische Sachverständige im Strafrecht** (Hrsg. H. Witter), Springer Verlag, MedR Schriftenreihe Medizinrecht, Berlin, Heidelberg, 1987, ss. 37-79.

Witter, Hermann. “Wissen und Werten bei der Beurteilung der strafrechtlichen Schuldfähigkeit”, **Kriminologie-Psychiatrie-Strafrecht: FS für Heinz Lefrenz zum 70. Geburtstag**, Heidelberg, 1983, ss. 441-462.

Witter, Hermann. “Zur gegenwärtigen Lage der forensischen Psychiatrie”, **Der psychiatrische Sachverständige im Strafrecht** (Hrsg. H. Witter), Springer Verlag, MedR Schriftenreihe Medizinrecht, Berlin, Heidelberg, 1987, ss. 1-34.

Witter, Hermann. **Grundriß der gerichtlichen Psychologie und Psychiatrie**, Springer Verlag, Berlin, 1970.

Wolflast, Gabriele. “Die Regelung der Schuldfähigkeit im StGB”, **Juristische Arbeitsblätter (JA)**, 1981, ss. 464-471.

Yalçın Sancar, Türkan. “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda ‘Zincirleme Suç’”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBD)**, S. 70, 2007, ss. 244-259.

Yanık, Ayşe, Halis Dokgöz ve Feray Savrun. “Posttravmatik Epilepsi Olgularına Adli Tıp Yaklaşımı”, **Türkiye Klinikleri J Foren Med**, 2005, ss. 96-100.

Yanık, Medaim. “Türkiye Ruh Sağlığı Sistemi Üzerine Değerlendirme ve Öneriler: Ruh Sağlığı Eylem Planı Önerisi”, **Psikiyatride Derlemeler, Olgular ve Varsayımlar Dergisi (RCHP)**, Ekim 2007 Özel Sayı, ss. 9-78.

Yaşar Özden, Salih. “Tıbbi Bilirkişiliğin Tarihi Gelişimi ve Adli Psikiyatride Bilirkişinin Özellikleri”, **Düşünen Adam Dergisi**, 10(2), 1977, ss. 44-47.

Yaşar, Osman, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu C. II Madde 45-85**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

Yazgan Yankı ve Neşe Perdahlı Fiş, “Tik Bozuklukları”. **Psikiyatri Temel Kitabı** (Edit.: Ertuğrul Köroğlu/ Cengiz Güleç), HYB Basım Yayın, Ankara, 2007, ss. 850-855.

Yenisey, Feridun ve Gottfried Plagemann, **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)**, Genişletilmiş 2. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2015.

Yenisey, Feridun ve Salih Oktar, **Alman Ceza Muhakemesi Kanunu: Strafprozeßordnung (StPO)**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2015.

Yerdelen, Erdal. “Çifte Değerlendirme Yasağı”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SÜHFD)**, C. 20, S. 2, 2012, ss. 105-136.

Yerdelen, Erdal. “Kusurluluğu Etkileyen Bir Neden: Lohusalık Sendromu (Bir Anne Bebeğini Niçin Öldürür? Canı mı Yoksa Zavallı mı?)”, **Ceza Hukuku Dergisi (CHD)**, Nisan 2018, S. 36, ss. 9-38.

Yerdelen, Erdal. **Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Yeşilbursa, Doğan. “Yargılama Süreçlerinde Bilirkişilik ve Adli Psikiyatrik Değerlendirme”, **Adli Psikiyatri Uygulama Kılavuzu** (Edit.: Mustafa Sercan), 1. Baskı, Türk Psikiyatri Derneği Yayını, Ankara, 2007, ss. 16-32.

Yetkin, Sinan ve Fuat Özgen. “Uyku Bozuklukları”, **Psikiyatri Temel Kitabı** (Edit.: Ertuğrul Köroğlu/ Cengiz Güleç), HYB Basım Yayın, Ankara, 2007, ss. 460-473.

Yetkin, Sinan ve Hamdullah Aydın. “Uyku ve Uykuda Psikofizyoloji”, **Psikiyatri Temel Kitabı** (Edit.: Ertuğrul Köroğlu/ Cengiz Güleç), HYB Basım Yayın, Ankara, 2007, ss. 453-459.

Yıldız, Ali Kemal. **5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notları: Açıklamalar-Değerlendirmeler Öğretiden Görüşler ve Yargıtay Kararları**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2007.

Yıldız, Mehmet Emre. “Suça Teşebbüs Kavramı ve 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’ nun Getirdikleri”, **İzmir Barosu Dergisi**, Nisan 2009, ss. 215-256.

Yılmaz, Hikmet ve Ayşin Kısabay Ak. “Uykuda Seks Hastalığı”, **Türk Uyku Tıbbı Dergisi**, 2016/3, ss. 51-54.

Yolcu, Serdar, Özge Canberk, Cem İncesu ve Niyazi Uygur. “Epilepsi, Suç ve Ceza Ehliyeti”, **Düşünen Adam**, 1999, 12(4), ss. 34-40.

Zabel, Benno. “Der Krankheitsbegriff des § 20 StGB. Entwicklungen im Spannungsfeld von Psychiatrie, Philosophie und Strafrecht”, **Krankheit und Recht: Ethische und juristische Perspektiven** (Hrsg. Susanne Beck), Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 2017, ss. 135-168.

Zafer, Hamide. “Emniyet Tedbirleri Muhakemesinin Özellikleri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM)**, C. LXII, S. 1-2, 2004, ss. 263-314.

Zafer, Hamide. “Küçük ve Genç Ceza Muhakemesinde Son Soruşturma Safhasına İlişkin Bazı Özellikler”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (MÜHFD)**, Nisan 2004, ss. 331-353.

Zafer, Hamide. **Ceza Hukuku Genel Hükümler: TCK m. 1-75**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2015.

İNTERNET KAYNAKLARI

Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, **Adli İstatistikler 2016**, <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/AdliIstPdf/2016.pdf> (Erişim Tarihi: 17.06.2017)

Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Yazışması <http://www.cigm.adalet.gov.tr/yukse-guvenlikli-saglik-kurumlari-01398> (Erişim Tarihi: 04.07.2018)

Akgül, Ahmet. “Vertebrobaziler Yetmezlik Nedir?”, <http://www.tkbbv.org.tr/menu/167/vertebrobazilar-yetmezlik-nedir-prof-dr-ahmet-akgul> (Erişim Tarihi: 15.07.2018)

Aktürk, Zekeriya. “Klinik Yaklaşım Yöntemleri: Hasta Merkezli Yöntem”, <https://slideplayer.biz.tr/slide/3638710/> (Erişim Tarihi: 13.12.2018)

Alman Federal Anayasası'nın Türkiye Adalet Bakanlığı tarafından yapılmış çevirisi <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209-276.pdf> (Erişim Tarihi: 17.09.2016)

Alman Genç Mahkemeleri Yasası (JGG) <https://dejure.org/gesetze/JGG/1.html> (Erişim Tarihi: 17.06.2017)

Avusturya Ceza Kanunu <https://www.jusline.at/gesetz/stgb> (Erişim Tarihi: 21.07.2017)

Dünya Sağlık Örgütü (WHO), **Zihinsel ve Davranışsal Bozuklukların Sınıflandırılması** (The ICD-10 Classification of Mental and Behavioural Disorders), <https://www.who.int/classifications/icd/en/bluebook.pdf> (Erişim Tarihi: 15.06. 2018)

Güncel Türkçe Sözlük www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi: 15.06.2018)

<http://www.amatem.org/maddeler/lsd/> (Erişim Tarihi: 18. 10. 2017)

<https://hudoc.echr.coe.int/> (Erişim Tarihi: 21.09.2017)

Japon Ceza Kanunu' nun resmi olmayan hükümet çevirisi, <http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/PC.pdf> (Erişim Tarihi: 12.01.2018)

Özkan, Mustafa ve Hakan Hakeri. “Ceza Hukuku ve Ruhsal Bozukluklar”, **KaHuka**, 1998, http://www.medeniyet.edu.tr/1998_KHUKA_ceza_hukuku_ve_ruhsal_bozukluklar.html (Erişim Tarihi: 10. 11.2016)