

Journal of Penal Law and Criminology JPLC

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi CHKD

Volume / Cilt: 10 Issue / Sayı: 1 Year / Yıl: 2022 ISSN: 2148-6646 / E-ISSN: 2602-3911

Journal of Penal Law and Criminology

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi

Cilt / Volume: 10 Sayı / Issue: 1 Yıl / Year: 2022

Dizinler / Indexing and Abstracting

Web of Science - Emerging Sources Citation Index (ESCI)

TUBİTAK-ULAKBİM TR Dizin

DOAJ

ERIH PLUS

EBSCO Central & Eastern European Academic Source



DOAJ | DIRECTORY OF
OPEN ACCESS
JOURNALS

ERIH PLUS
EUROPEAN REFERENCE INDEX FOR THE
HUMANITIES AND SOCIAL SCIENCES

EBSCO

Journal of Penal Law and Criminology

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi

Cilt / Volume: 10 Sayı / Issue: 1 Yıl / Year: 2022

Sahibi / Owner

Prof. Dr. Adem SÖZÜER

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul University, Law Faculty, İstanbul, Türkiye

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Responsible Manager

Dr. Öğr. Üyesi Serdar TALAS

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul University, Law Faculty, İstanbul, Türkiye

Yazışma Adresi / Correspondence Address

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi
Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi
34116 Beyazıt, Fatih - İstanbul, Türkiye
Telefon / Phone: +90 (212) 440 01 05
Faks / Fax: +90 (212) 512 41 35
E-mail: jplc@istanbul.edu.tr
<https://iupress.istanbul.edu.tr/tr/journal/jplc/home>

Yayıncı / Publisher

İstanbul Üniversitesi Yayınevi / Istanbul University Press
İstanbul Üniversitesi Merkez Kampüsü, 34452 Beyazıt,
Fatih - İstanbul, Türkiye
Telefon / Phone: +90 (212) 440 00 00

Dergide yer alan yazılardan ve aktarılan görüşlerden yazarlar sorumludur.
Authors bear responsibility for the content of their published articles.

Yayın dili Türkçe, İngilizce, Almanca, Fransızca, İspanyolca ve İtalyanca'dır.
The publication languages of the journal are Turkish, English, German, French, Spanish and Italian.

Haziran ve Aralık aylarında, yılda iki sayı olarak yayımlanan uluslararası, hakemli, açık erişimli ve bilimsel bir dergidir.
This is a scholarly, international, peer-reviewed and open-access journal published biannually in June and December.

Yayın Türü / Publication Type: Yaygın Süreli / Periodical

Journal of Penal Law and Criminology

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi

Cilt / Volume: 10 Sayı / Issue: 1 Yıl / Year: 2022

ISSN: 2148-6646 / E-ISSN: 2602-3911

DERGİ YAZI KURULU / EDITORIAL MANAGEMENT BOARD

Baş Editör / Editor-in-Chief

Prof. Dr. Adem SÖZÜER – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – asozuer@istanbul.edu.tr

Baş Editör Yardımcıları / Co-Editors-in-Chief

Doç. Dr. Mehmet MADEN – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye

– mehmet.maden@istanbul.edu.tr

Dr. Öğretim Üyesi Elif ERGÜNE – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye

– elifbekar@istanbul.edu.tr

Yönetici Editör / Managing Editor

Doç. Dr. Abdullah Batuhan BAYTAZ – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye

– bbaytaz@istanbul.edu.tr

Yazı Kurulu Üyeleri / Editorial Management Board Members

Doç. Dr. Koray DOĞAN – Dokuz Eylül Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İzmir, Türkiye – koraydgn@gmail.com

Doç. Dr. E. Eylem AKSOY RETORNAZ – Galatasaray Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye

– eaksoy@gsu.edu.tr

Doç. Dr. Sadık TOPRAK – İstanbul Üniversitesi, Adli Tıp Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye – sadiktoprak@istanbul.edu.tr

Doç. Dr. İtir TARI CÖMERT – Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – itirtari@gmail.com

Doç. Dr. Rifat Murat ÖNOK – Koç Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – monok@ku.edu.tr

Alan Editörleri / Section Editors

Dr. Öğretim Üyesi Derya TEKİN – İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye

– derya.tekin@medeniyet.edu.tr

Dr. Öğretim Üyesi Rahime ERBAŞ – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye

– rerbas@istanbul.edu.tr

Dr. Öğretim Üyesi Sertaç İŞİKA – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye

– sertacisika@istanbul.edu.tr

Dr. Öğretim Üyesi Muhammed Buhari ÇETİNKAYA – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye

– buharicetinkaya@istanbul.edu.tr

Dil Editörleri / Language Editors

Elizabeth Mary EARL – İstanbul Üniversitesi, Yabancı Diller Yüksek Okulu, İstanbul, Türkiye – elizabeth.earl@istanbul.edu.tr

Alan James NEWSON – İstanbul Üniversitesi, Yabancı Diller Yüksek Okulu, İstanbul, Türkiye – alan.newson@istanbul.edu.tr

İstatistik Editörü / Statistics Editor

Prof. Dr. Ali Evren TUFAN – Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi, Bolu, Türkiye – evren.tufan@ibu.edu.tr

Editöryal Asistanlar / Editorial Assistants

Araş. Gör. Büşra DEMİRAL BAKIRMAN – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye

– bdemiral@istanbul.edu.tr

Araş. Gör. Eren SÖZÜER – İstanbul Üniversitesi, Genel Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye – eren.sozuer@istanbul.edu.tr

Araş. Gör. Havva Begüm TOKGÖZ – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye

– btokgoz@istanbul.edu.tr

Araş. Gör. Muhammet KAHVECİ – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye

– muhametkahveci@istanbul.edu.tr

Araş. Gör. Esra DİKMEN – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – esradikmen@istanbul.edu.tr

Araş. Gör. Yağmur ALTAY – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – y.altay@istanbul.edu.tr

Araş. Gör. Kanita PRUŠCANOVIĆ – Saraybosna Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Saraybosna, Bosna Hersek – k.pruscanovic@pfsa.unsa.ba

Journal of Penal Law and Criminology

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi

Cilt / Volume: 10 Sayı / Issue: 1 Yıl / Year: 2022

ISSN: 2148-6646 / E-ISSN: 2602-3911

- Araş. Gör. Sümeyra KARINÇU KARAAĞAÇ** – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye
– sumeyra.karincu@istanbul.edu.tr
- Araş. Gör. Meltem KARANLIK** – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye
– meltemkaranlik@istanbul.edu.tr
- Araş. Gör. Büşra ÖZÇELİK RENÇBER** – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye
– busraozcelik@istanbul.edu.tr

YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD

- Prof. Dr. Adem SÖZÜER** – İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – asozuer@istanbul.edu.tr
- Prof. Dr. Philip KUNIG** – Türk-Alman Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – philip.kunig@fu-berlin.de
- Prof. Dr. Manuel Cancio MELIA** – Autonomia Üniversitesi, Madrid, İspanya – manuel.cancio@uam.es
- Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bahri ÖZTÜRK** – İstanbul Kültür Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – b.ozturk@iku.edu.tr
- Prof. Dr. Gordana BUZAROVSKA** – Ss. Cyril and Methodius Üniversitesi, Üsküp, Makedonya
- Prof. Dr. Dr. Manuel EISNER** – Cambridge Üniversitesi, Cambridge, İngiltere – mpe23@cam.ac.uk
- Prof. Dr. Luigi FOFFANI** – Modena Üniversitesi, Modena, İtalya – luigi.foffani@unimore.it
- Prof. Dr. Rick LAWSON** – Leiden Üniversitesi, Leiden, Hollanda – r.a.lawson@law.leidenuniv.nl
- Prof. Dr. Vincenzo PACILLO** – Modena Üniversitesi, Modena, İtalya – vincenzo.pacillo@unimore.it
- Prof. Dr. Stephen C. THAMAN** – Saint Louis Üniversitesi, St.-Louis, Amerika Birleşik Devletleri – stephen.thaman@slu.edu
- Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK** – İzmir Hukuk Okulu, İzmir, Türkiye – ozerozbekmeister@gmail.com
- Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ** – Türk-Alman Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – akyildiz@tau.edu.tr
- Prof. Dr. Liane WORNER** – Konstanz Üniversitesi, Konstanz, Almanya – liane.woerner@uni-konstanz.de
- Prof. Dr. Krisztina KARSAI** – Szeged Üniversitesi, Szeged, Macaristan – karsai.krisztina@juris.u-szeged.hu
- Prof. Dr. Coşkun YORULMAZ** – Koç Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – cyorulmaz@ku.edu.tr
- Prof. Dr. Effi LAMBROPOULOU** – Panteion Üniversitesi, Athens, Yunanistan – elambro@panteion.gr
- Prof. Dr. Zeynel Temel KANGAL** – Bursa Uludağ Üniversitesi, Bursa, Türkiye – ztkangal@uludag.edu.tr
- Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENÇİ** – TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi, Ankara, Türkiye – odegirmenci@etu.edu.tr
- Doç. Dr. Filatova Mariya ALEKSEEVNA** – Lomonosov Moskova Devlet Üniversitesi, Moskova, Rusya
- Doç. Dr. Amila FERHATOVIC** – Saraybosna Üniversitesi, Saraybosna, Bosna Hersek – a.ferhatovic@pfsa.unsa.ba
- Doç. Dr. Anna Maria Getos KALAC** – Zagreb Üniversitesi, Zagreb, Hırvatistan – anna.getos@gmail.com
- Doç. Dr. Kuzma KICHIC** – Lomonosov Moskova Devlet Üniversitesi, Moskova, Rusya – kkichik@mail.ru
- Doç. Dr. Pınar ÖLÇER** – Leiden Üniversitesi, Leiden, Hollanda – f.p.olcer@law.leidenuniv.nl
- Doç. Dr. Andra Roxana TRANDAFIR** – Bükreş Üniversitesi, Bükreş, Romanya – andra.trandafir@drept.unibuc.ro
- Dr. Nikolaos LIVOS** – Atina Üniversitesi, Atina, Yunanistan – nlivos@law.uoa.gr

DANIŞMA KURULU / ADVISORY BOARD

- Prof. Dr. Walter GROPP** – Giessen Üniversitesi, Giessen, Almanya – Walter.Gropp@recht.uni-giessen.de
- Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN** – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Ankara, Türkiye – cumhur.sahin@hbv.edu.tr
- Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ** – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Ankara, Türkiye – izzet.ozgenc@hbv.edu.tr
- Prof. Dr. Ahmet GÖKCEN** – Marmara Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – ahmet.gokcen@marmara.edu.tr
- Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM** – Yaşar Üniversitesi, İzmir, Türkiye – mustafa.erdem@yasar.edu.tr
- Prof. Dr. Mahmut KOCA** – İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – mahmut.koca@medipol.edu.tr

Journal of Penal Law and Criminology

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi

Cilt / Volume: 10 Sayı / Issue: 1 Yıl / Year: 2022

ISSN: 2148-6646 / E-ISSN: 2602-3911

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

Uluslararası Adalet Divanı Kararları Işığında Bireysel Hakların Diplomatik ve Konsüler Haklar Bağlamında Korunması <i>International Court of Justice Judgments on the Protection of Individual Rights in the Context of Diplomatic and Consular Rights</i> Cüneyt YÜKSEL, Deniz BARAN	1-40
Çevre Ceza Hukukunun İdari Bağıllığı <i>Administrative Dependence of Environmental Criminal Law</i> Meral BALCI	41-95
Kasten Yaralama Suçunun Silah Olarak Kabul Edilen "Saldırı ve Savunma Amacıyla Yapılmış Olmasa Bile Fiilen Saldırı ve Savunmada Kullanılmaya Elverişli Diğer Şeyler" ile İşlenmesi <i>Committing the Offense of Intentional Injury with "Any Instrument, Not Having Been Specifically Manufactured for the Purpose of Attack or Defense, Which May Be Used for Such Purpose" and is Accepted as a Weapon</i> Eylem BAŞ	97-151
Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararı (CMK m. 158/6) <i>The Decision on Obviating Investigations (CPC Art. 158/6)</i> Berrin AKBULUT	153-209
Online Solicitation of Children for Sexual Purposes (Cyber Grooming) From the Turkish Legal Perspective <i>Türk Hukuku Perspektifinden Çocukların Siber Alanda Cinsel Amaçlar İçin Teşviki (Siber Uşaklık)</i> E. Eylem AKSOY RETORNAZ	211-233
Hayasızca Hareketler Suçu (TCK m. 225) <i>Indecent Acts (TPC Art. No. 225)</i> Hazal ALGAN CANSEVEN	235-279

Dear Readers,

We are delighted to present the latest issue of the *Journal of Criminal Law and Criminology*, a publication from the Criminal Law and Criminology Research and Application Center at Istanbul University Faculty of Law. Our Center has been holding scientific gatherings and carrying out national and international research over the last 6 months.

The Center is active in hosting academic activities and continually develops the discourse in criminal law and criminology, both at the national and international levels. The Center's most recent academic event was the 17th Turkish Criminal Law Days, which was held between May 28 and June 1. This year's theme, the 17th year of the Turkish Criminal Law Reform, involved the issues of evaluating intention to commit a crime, participating in committing a crime, and joinder of offenses. Turkish stakeholders included the members of the Court of Cassation and Turkish academicians from different universities and debated at the 17th Turkish Criminal Law Days. During the event, 102 academicians and members of Courts presented their opinion. This year, the 117th Turkish Criminal Law Days were held under the magnificent atmosphere of the Muğla-Göcek district in Fethiye.

The Three Countries Seminar Program will be held between October 8-15, 2022 again in Göcek. This year the theme of Criminal Investigation, Prosecution, & Proceedings Go Digital! will be discussed by academicians and students. The seminar will consist of two main parts. The first part will discuss specific questions regarding criminal investigation proceedings when applying digital means and when challenged by crimes that were committed using digital means. The second main part of the seminar will discuss certain digitalization issues during the main proceedings in criminal cases.

The Center's other important international academic activity will be the Law on the Bosphorus Summer School. The 10th International Human Rights Law on the Bosphorus Summer School will occur between September 10-18, 2022. As with the previous summer schools, it will be directed at transnational Human Rights Law and focused on a particular theme within that domain. The summer school will consist of daily lectures as well as moot clinics and moot sessions that will take place at the closing of the summer school.

Lastly, this year's 12th International Crime and Punishment Film Festival is the special event among thematic film festivals and will occur between November 18-24. This year's festival will discuss gender equality in terms of human rights as well as constitutional and criminal law.

First article of this issue is written by Cüneyt Yüksel and Deniz Baran. Authors discuss the decisions protecting individual rights before the International Court of Justice within the framework of international law in their article "International Court of Justice Judgments on the Protection of Individual Rights in the Context of Diplomatic and Consular Rights." The article states how the Court in the 21st century has begun tending toward having a more active stance with regard to protecting individual rights within the framework of international law. This study examines in detail some of the important decisions revealing this tendency from the Court in this context.

Meral Balcı has put forward a very detailed study of a significant subject titled "Administrative Dependence of Environmental Criminal Law," a subject few studies have examined in terms of Turkish law. The article examines the gradation of administrative dependence with regard to regulating environmental offenses as well as the forms of administrative dependence, then discusses the problems arising within this scope.

Eylem Baş's article titled "Committing the Offense of Intentional Injury with 'Any Instrument, Not Having Been Specifically Manufactured for the Purpose of Attack or Defense, Which May Be Used for Such Purpose' and is Accepted as a Weapon" examines the problems caused by the phrase contained in Article 6 of the Turkish Criminal Code: "[Any] instrument, not having been specifically manufactured for the purpose of attack or defense, which may be used for such purpose" in the context of the offense of intentional injury.

Berrin Akbulut contributed to our current issue with the article "The Decision on Obviating Investigations (CPC Art. 158/6)." In this article, she evaluates the positive aspects and deficiencies of provisions from the decision on obviating the investigation and explains the criticisms in the doctrine and the approach of the practice to a case. The author also suggests important solutions to the problems she identified in her article.

Emine Eylem Aksoy Retornaz's article "Online Solicitation Of Children For Sexual Purposes (Cyber Grooming) From Turkey Perspective" aims to examine the offense of children being cyber groomed for sexual purposes in comparative law and its reflection in Turkish law. In this article, the author indicates cyber grooming to not only be an offense that is very dangerous because of the gravity of its possible consequences on a child's life but also because of the significantly vague scope of application arising from the difficulties in detecting the actual intent of the groomer. The author suggests that cyber grooming should be regulated as a separate offense in Turkish Law and also provides examples from international law and some national legal systems like France, Belgium, and Italy.

The article "Indecent Acts (TPC Art. No. 225)" was prepared by Hazal Algan Canseven and examines the crime of indecent acts with respect to crime theory. The author suggests that the legal value protected by this crime is the right to develop one's spiritual existence and the right to live in a healthy environment. The objective and subjective elements of the crime of indecent acts are analyzed according to Turkish and German criminal law.

We hope that this issue provides a valuable contribution and benefits our readers and researchers. We would like to thank the respectable authors who have honored our journal with their articles, our respectable reviewers who contributed with their valuable opinions, and everyone who contributed to the preparation of this issue.

Prof. Dr. Adem SÖZÜER
Istanbul University Faculty of Law
Director of Criminal Law and Criminology Research and Application Center
Editor-in-Chief

Uluslararası Adalet Divanı Kararları Işığında Bireysel Hakların Diplomatik ve Konsüler Haklar Bağlamında Korunması

International Court of Justice Judgments on the Protection of Individual Rights in the Context of Diplomatic and Consular Rights

Cüneyt YÜKSEL¹ , Deniz BARAN² 

¹Prof. Dr. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye

²Araş. Gör., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye

ORCID: C.Y. 0000-0001-8580-6967; D.B. 0000-0002-9761-1910

ÖZ

Birleşmiş Milletler'in başlıca yargı organı olan Uluslararası Adalet Divanı (UAD veya Divan), küresel çapta hukukun üstünlüğünün tesis edilmesi gayretleriyle, kurulduğundan bu yana insan haklarının korunması konusunda çok önemli katkılarda bulunmuştur. Divan'ın kuruluşundan bu yana çözüme kavuşturduğu birçok davada doğrudan bireylerin hakları ve menfaatleri ile ilgili meseleleri ele aldığı ve 21. yüzyılda bireysel hakların uluslararası hukuk çerçevesinde korunması konusunda daha etkin bir tutuma sahip olma eğilimi göstermeye başladığı söylenebilir. Bu eğilim, 2000'li yılların başından itibaren görülen ve bireylerin adil yargılanma hakkının uluslararası hukuk çerçevesinde korunması açısından çok önemli bir yere sahip olan bazı konsüler hakların güvence altına alınmasına ilişkin bir dizi davada verilen gözlemlenmektedir. Bu kararlar kronolojik sırasıyla LaGrand, Avena ve Diğerleri ve UAD'nin en güncel kararlarından biri olan 2019 tarihli Jadhav Kararı'dır. Bu makalede söz konusu eğilime işaret edebilmek için söz konusu davalar sırasıyla detaylı bir şekilde incelenmektedir. Özellikle, son bölümde yer alan Jadhav Kararı'nın önceki emsal davalarda verilen kararların ötesine geçen yönlerine ışık tutulmaktadır. Böylece, bu makale ile Divan'ın bireysel hakları aktif bir şekilde koruma hususunda sergilediği gelişimin ilgili davalara mukayeseli bir şekilde ele alınması yöntemiyle ortaya konması hedeflenmektedir.

Anahtar Kelimeler: LaGrand Kararı, Avena Kararı, Jadhav Kararı, 1963 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi, Uluslararası Adalet Divanı ve İnsan Hakları, Diplomatik ve Konsüler Haklar, Bireysel Haklar

ABSTRACT

The International Court of Justice (ICJ), the main judicial body of the United Nations, has contributed significantly to the protection of human rights in its efforts to build up the rule of law on a global scale. The ICJ has dealt with issues directly related to the rights and interests of individuals in cases brought before it, and in the 21st century, began to endorse a more active approach in the protection of individual rights. This is apparent in several judgments since the early 2000s on the protection of certain consular rights. The relevant cases are LaGrand, Avena and Others, and Jadhav, the latter being one of the most recent judgments of the ICJ. In this article, these cases are examined in detail, to illustrate the abovementioned tendency of the ICJ. In particular, the different and more progressive aspects of the Jadhav Judgment compared to the LaGrand and Avena Judgments are highlighted. The main aim of this article is to prove the evolving approach of the ICJ in terms of actively protecting individual rights, through a comparison of three similar cases where it dealt with the violation of the same individual rights.

Keywords: LaGrand Case, Avena Case, Jadhav Case, the Vienna Convention on Consular Relations, International Court of Justice and Human Rights, diplomatic and consular Rights, individual rights

Submitted: 11.02.2022 • Accepted: 26.03.2022 • Published Online: 05.05.2022

Corresponding author: Deniz Baran, E-mail: denizbaran@istanbul.edu.tr

Citation: Yuksel, C., & Baran, D. 'Uluslararası Adalet Divanı Kararları Işığında Bireysel Hakların Diplomatik ve Konsüler Haklar Bağlamında Korunması' (2022) 10(1) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 1.
<https://doi.org/10.26650/JPLC2022-1072147>

EXTENDED ABSTRACT

The International Court of Justice (ICJ), the main judicial body of the United Nations (UN), has contributed significantly to the protection of human rights in its efforts to build up the rule of law on a global scale. Although the ICJ is founded upon a state-centric approach, it has also directly dealt with issues on the rights and interests of individuals in many cases brought before it.

It could be claimed that in the 21st century, the ICJ has begun to endorse a more active approach in the protection of individual rights within the framework of international law. This tendency is apparent in the judgments made in a series of cases since the early 2000s on the protection of certain consular rights stipulated in Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations (VCCR). These rights are greatly important in the protection of the individual's right to a fair trial within the framework of international law. These judgments are, in chronological order, *LaGrand*, *Avena and Others*, and *Jadhav*, the latest one of which was published in 2019 and is one of the most recent judgments of the ICJ. In these cases, the ICJ has adopted an increasingly evolving approach in the active protection of individual rights.

The *LaGrand* case, published in 2001, was filed by Germany against the United States, claiming that the two German nationals involved were not allowed to avail of the rights they were entitled to under Article 36 of the VCCR. They were sentenced to death by a U.S. court in 1984 after being found guilty of participation in a robbery. The German authorities were not notified about the case until 1992; thus, could only intervene in the case eight years after the sentence had been delivered. It was also only revealed at this late stage that both German nationals were not duly notified of their rights under Article 36 of the VCCR. Nevertheless, the renewed objections raised in the U.S. courts were rejected, and the death sentences were not overturned. Thus, Germany brought the United States' supposed violation of Article 36 of VCCR before the ICJ. The ICJ found that the United States violated Article 36 of VCCR. In fact, the United States admitted to the violation but disputed Germany's assertions on the breadth of the scope of the relevant remedies. The ICJ decided that the United States should take all the necessary measures to ensure that the death sentence imposed would be considered and reviewed effectively. In this case, the ICJ also made a crucial interpretation by recognizing that international treaties generate exclusive individual rights distinct from those of their states of nationality, while not finding it necessary to assess Germany's claims that the individual rights stipulated in the VCCR should also be considered as human rights.

In the *Avena and Others* Judgment, dated 2004, the United States was again the defendant, while the plaintiff this time was Mexico. The case involved 54 Mexican nationals who were arrested, tried, and sentenced to death by U.S. courts. Mexico claimed that its nationals were deprived of their consular rights arising from Article 36 of the VCCR. Once again, the ICJ found that the United States violated the VCCR.

The *Jadhav* Judgment is the third judgment regarding violations of Article 36 of the VCCR. The case concerned an Indian national who was arrested by Pakistani security officials and tried and sentenced to death by a Pakistani military court. Thereupon, India applied for institution of proceedings with the ICJ for violations by Pakistan of various international law rules, primarily Article 36 of the VCCR. In this case, the arguments submitted by the parties and the chain of events leading to the dispute differed greatly to the two previous cases. However, the judgment was similar, with the ICJ once again finding the defendant responsible for violations of the consular rights granted by the VCCR. The main innovation in the *Jadhav* Judgment was relative to the remedies. Going beyond the remedies provided in the previous cases, the ICJ decided that the responsible state should not only take all the necessary measures to ensure that its death penalty decision will be considered and reviewed but also make changes in its national laws, if necessary. It was also noteworthy that in the *Jadhav* Judgment, the ICJ made some connections between Article 14 of the UN Convention on Civil and Political Rights—stipulating the individual’s right to fair trial—and Article 36 of VCCR.

Giriş

Birleşmiş Milletler'in (BM) başlıca yargı organı olan Uluslararası Adalet Divanı (UAD veya Divan), küresel çapta hukukun üstünlüğünün tesis edilmesi gayretleriyle kurulduğundan bu yana insan haklarının korunması konusunda çok önemli katkılarda bulunmuştur. BM organlarının ve uzmanlık kuruluşlarının danışma görüşü talep edebilme istisnası bir kenara bırakıldığında UAD'nin sadece devletlerin taraf olduğu uyuşmazlıklara bakma yetkisini haiz olması her ne kadar Divan'ı devlet merkezci bir mekanizma haline getirse de Divan'ın, kuruluşundan bu yana çözüme kavuşturduğu birçok davada doğrudan bireylerin hakları ve menfaatleri ile ilgili meseleleri ele aldığı da vakıadır. Hatta Divan'ın daha ilk kararlarında sadece devletler değil, aynı zamanda insan odaklı bir yaklaşım sergilediği görülmektedir.¹

Öte yandan, Divan, bireylerin hakları söz konusu olduğunda kişi bakımından yetkisinin sınırlı olması sebebiyle, bu hakları ancak o bireylerin uyruk devletlerinin hakları ile bağdaştırabildiği, yani esasında yine devleti doğrudan söz konusu hakların sahibi olarak gördüğü durumlarda kendisini bu haklara ilişkin karar vermeye yetkili görmüştür.² Ancak Divan'ın 21. yüzyılda bireysel hakların uluslararası hukuk çerçevesinde korunması konusunda daha etkin bir tutuma sahip olma eğilimi göstermeye başladığı söylenebilir.³ Bu eğilim, 2000'li yılların başından itibaren görülen ve bireylerin adil yargılanma hakkının uluslararası hukuk çerçevesinde korunması açısından çok önemli bir yere sahip olan, bireylerin yabancı bir devlette gözaltına alındıkları ve tutuklandıkları zaman uyruk devletlerinin yetkililerinin bu durumdan haberdar edilmesi ve bu bireylere

1 Korfu Kanalı Kararı (Birleşik Krallık v Arnavutluk) (Esas) [1949] ICJ Rep 4, 22: "Arnavutluk makamlarının yükümlülükleri, genel olarak denizcilik faaliyetlerinin yararına olmak üzere, Arnavutluk karasularında bulunan mayınlı bölgelerin varlığına ilişkin bilgilendirme yapmaktan ve yaklaşan İngiliz savaş gemilerini mayınlı bölgelerin açığa çıkardığı yakın tehlikeye ilişkin uyardıktan oluşmaktadır. Bu tür yükümlülükler, savaş zamanı geçerliliği olan 1907 tarihli ve VII numaralı Lahey Sözleşmesi'nde yer almamakla birlikte bazı genel ve tanınmış ilkelere dayanmaktadır: İnsancılık ilkesinin temel mülhazaları ve barış zamanı savaş zamanından daha çok titiz olma ilkeleri".

2 Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962); 1970, para. 35-36; Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'nın aynı yöndeki tutumu için ayrıca bkz. Panevezys-Saldutiskis Railway, Judgment, 1939, P.C.I.J., Series A/B, No. 76, p. 16.

3 Bu konuya ilişkin önemli çalışmalar için bkz Mark Janis, 'Individuals and the International Court' in AS Muller and others (eds), *The International Court of Justice Its Future Role after Fifty Years*, (Kluwer Law International, 1997); Francisco Orrego Vicuna, 'Individuals and Non-State Entities before International Courts and Tribunals' (2001) 5 Max Planck Yearbook of United Nations Law 53; John R Crook, 'The International Court of Justice and Human Rights' (2004) 1 Nw J Int'l Hum Rts 2; Sandy Ghandhi, 'Human Rights and the International Court of Justice The Ahmadou Sadio Diallo Case' (2011) 11(3) Human Rights Law Review 527; Vera Gowlland-Debbas, 'The ICJ and the challenges of human rights law' in M Andenas and E Bjorge (eds), *A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence in International Law (Studies on International Courts and Tribunals)* (Cambridge University Press 2005).

doğrudan erişip hukuki yardım sağlayabilmesi gibi bazı konsüler hakların korunmasına ilişkin bir dizi davada verilen tutarlı ve Divan açısından gitgide daha aktif bir tutum ortaya koyan kararlarda gözlemlenmektedir. Bu kararlar kronolojik sırasıyla LaGrand, Avena ve Diğerleri⁴ ve UAD'nin en güncel kararlarından biri olan 2019 tarihli Jadhav Kararı'dır.

Bu makalede söz konusu eğilime işaret edebilmek için ilk bölümde, Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin bireylerin adil yargılanma hakkının etkili bir şekilde korunmasını ve uygulanmasını sağlayan 36. maddesinin üzerinde durulduktan sonra, ikinci bölümde bireysel hakların diplomatik ve konsüler haklar bağlamında korunması konusundaki ilk UAD davası olan LaGrand Kararı detaylı bir şekilde incelenmektedir. Bunu takiben, LaGrand'a çok benzer niteliklere sahip olan Avena Kararı değerlendirilmekte ve LaGrand Kararı'ndan sonra sağlanan devamlılığa işaret edilmektedir. Son bölümde yer alan Jadhav Kararı'nın önceki emsal kararlarda verilen hükümlerin ötesine geçen yönlerine özellikle ışık tutulmaktadır. Zira Jadhav Kararı ile birlikte UAD, bireysel hakların diplomatik ve konsüler haklar bağlamında korunması hususunda önceki emsal kararlara göre dikkat çekici bazı nüanslara sahiptir. Böylece, bu makale ile Divan'ın bireysel hakları aktif bir şekilde koruma hususunda sergilediği gelişimin ilgili davaların mukayeseli bir şekilde ele alınması yöntemiyle ortaya konması hedeflenmektedir.

1. Bireylerin Adil Yargılanma Hakkını Destekleyen Bir Uluslararası Andlaşma Olarak Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi

Bir bireyin yabancı bir devletin ülkesinde cezai soruşturma veya kovuşturma süreçlerine maruz kalması durumunda o bireyin uyruk devletinin diplomatik veya konsüler yetkililerinin bu durumdan haberdar edilmesi, ilgili bireyin adil koşullar altında yargılanabilmesi için temel bir gereklilik olarak görülmektedir.⁵ Zira gerekli görmeleri durumunda, cezai soruşturma veya kovuşturmaya uğrayan bir bireyin uyruk devletinden yetkililerin soruşturma ve kovuşturma süreçlerine dahil olarak ilgili bireye adli yardımda bulunmaları, o bireyin yabancı bir hukuk sisteminde adil yargılanma hakkını etkili bir şekilde kullanabilmesi için büyük öneme sahiptir. Özellikle bireylerin yabancı ülkelerde ölüm cezası gibi büyük müeyyidelerle karşı karşıya kaldığı durumlarda bu iletişim ve

4 Bundan sonra kısaca "Avena Kararı" olarak anılacaktır.

5 Mark J Kadish, 'Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations: A Search for the Right to Consul' (1977) 18 MICH J INT'L L 565, s. 570.

yardım rejiminin önemi daha da hissedilmektedir. Bu ihtiyaçtan dolayı, 1963 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi’ni (bundan sonra “Viyana Sözleşmesi” olarak anılacaktır) imzalayan devletler Sözleşme’nin 36. maddesinde, doğrudan bireylerin adil yargılanma hakkıyla ilgili olan böyle bir rejimi düzenlemişlerdir.⁶

Viyana Sözleşmesi m. 36(1)(a)’da bir devletin konsolosluk görevlilerinin, konsolosluğa ev sahipliği yapan devletin ülkesinde bulunan kendi uyruğundaki kişilere erişme ve onlarla iletişim kurma konusunda serbest olması gerektiğine dair genel bir hüküm düzenlenmektedir.⁷ Bu çerçevede, yabancıların kendi uyruk devletlerinin konsoloslukları ile serbestçe iletişim kurma hakları da mevcuttur. Viyana Sözleşmesi m. 36(1)(b) ise özel olarak gözaltına alınan veya tutuklanan yabancıların kendi uyruk devletlerinin otoriteleri, esas olarak konsoloslukları ile iletişime geçme hakkını düzenlemektedir.⁸ Buna göre, yabancı kişiyi gözaltına alan veya tutuklayan devletin ilgili mercileri hem o kişiyi Viyana Sözleşmesi’nden doğan hakları hususunda bilgilendirmek hem de o kişinin uyruk devletinin konsolosluğuna gözaltı veya tutuklama işlemi konusunda gecikme olmaksızın haber vermek zorundadır. Bu zorunluluk gözaltı veya tutuklama altında olan kişinin talebi olması durumunda ortaya çıkmaktadır. Viyana Sözleşmesi m. 36(1)(c) ise kendi uyruğundan bir kişinin gözaltında olduğunu yahut tutuklandığını öğrenen konsolosluk görevlilerinin o kişiyi ziyaret etme, onunla serbestçe iletişim

6 Doktrinde bu konuda yapılan bazı önemli çalışmalar için bkz. Mark J Kadish, ‘Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations: A Search for the Right to Consul’ (1977) 18 MICH J INT’L L 565; Klaus Ferdinand Garditz, ‘Article 36, Vienna Convention on Consular Relations - treaty interpretation and enforcement - International Court of Justice - fair trial - suppression of evidence’ (2007) 101(3) American Journal of International Law 499; Cindy Galway Buys, ‘Reflections On The 50th Anniversary Of The Vienna Convention On Consular Relations’, (2013) 38 Southern Illinois University Law Journal 57; Anne Peters, *Beyond Human Rights: The Legal Status of the Individual in International Law* (Cambridge Studies in International and Comparative Law) (Cambridge University Press 2016) 388-407.

7 Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi, 19 Mart 1963, m. 36(1)(a): “Gönderen Devletin uyruklarına ilişkin konsolosluk görevlerinin yerine getirilmesinin kolaylaştırılması amacıyla: a) Konsolosluk memurları gönderen Devletin uyrukları ile görüşmek ve onları ziyaret etmek serbestisine sahip olacaklardır. Gönderen Devletin uyrukları da keza konsolosluk memurları ile görüşmek ve onları ziyaret etmek serbestisine sahip olacaklardır.”

8 Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi (n 5) m 36(1)(b): “İlgili talep ettiği takdirde, kabul eden Devletin yetkili makamları gönderen Devletin bir uyruğunun gönderen Devlet konsolosluğu görev çevresinde tutuklanmasından, hapsedilmesinden veya önleyici mahiyette veya herhangi bir şekilde göz altına alınmasından vakit geçirmeksizin söz konusu konsolosluğa haberdar edeceklerdir. Tutuklanmış, hapsedilmiş veya önleyici mahiyette veya herhangi bir şekilde göz altına alınmış olan kişiden konsolosluğa hitaben sadsr olmuş her türlü haber, keza, anılan makamlarca derhal konsolosluğa intikal ettirilecek ve yine bu makamlar, bu bentle tanınmış olan haklar hakkında ilgili kişiye gecikmek sizin bilgi vereceklerdir.”

kurma ve ona müdafii avukat tutma haklarına sahip olduğunu düzenlemektedir.⁹ 36. maddenin 2. fıkrası, m. 36(1)(c)'de belirtilen hakların ev sahibi devletin ulusal hukuk düzenlemeleriyle uygun bir şekilde kullanılması gerektiğini belirterek bu hakların kullanımına dair birtakım sınırlamalar getiriyor gibi gözükmektedir.¹⁰ Ancak hemen devamında ulusal hukuk düzenlemelerinin Viyana Sözleşmesi m. 36'daki hakların etkili bir şekilde kullanımını engelleyici nitelikte olamayacağı da belirtildiği için böyle bir kısıtlamanın olmadığı söylenebilecektir.

Önemle belirtmek gerekir ki devletlerin yabancı bireylere yukarıda belirtilen güvenceler sağlamak hususunda uzlaşması kolay olmamıştır.¹¹ Bu sebeple, Viyana Sözleşmesi'nin 36. maddesi bu Sözleşme'nin en tartışmalı ve hakkında en çok yorum uyuşmazlığı olan maddelerinden biridir.¹² Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları (*travaux preparatoires*) sırasında taraf devlet temsilcileri arasında yapılan müzakereler bunu belirgin bir şekilde göstermektedir.¹³ Bu sebeple, zaman içerisinde 36. maddeye ilişkin birden fazla uyuşmazlık Divan'ın önünde dava konusu olmuştur. Hatta bu davalarda 36. maddenin yorumuna ilişkin uyuşmazlıkların ötesinde, UAD'nin bu madde çerçevesindeki yetkisinin ve hükmedebileceği kararların sınırı dahi uzun süredir tartışılmaktadır.¹⁴ Nitekim bu davalarda hükmedilen kararlar detaylı bir şekilde incelendiği zaman, Divan'ın taraf devletlerin ulusal mevzuatlarına ve yargı süreçlerine 36. maddenin ihlali gerekçesiyle müdahale etmek hususunda son derece temkinli bir tutum sergilediği açıkça görülebilecektir.¹⁵

9 Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi (n 5) m 36(1)(c): “Konsolosluk memurları, hapsedilmiş, önleyici mahiyette veya herhangi bir şekilde göz altına alınmış olan gönderen Devletin uyruğunu ziyaret etmek, onunla görüşmek ve muhaberatta bulunmak ve onun mahkemeler önünde temsilini sağlamak hakkına sahiptirler. Konsolosluk memurları, keza, kendi konsolosluk görev çevresinde, bu hükmün yerine getirilmesi amacıyla hapsedilmiş veya göz altına alınmış olan gönderen Devletin uyruğunu ziyaret etmek hakkına sahiptirler. Bununla beraber, konsolosluk memurları, hapsedilmiş veya önleyici mahiyette veya herhangi bir şekilde göz altına alınmış bulunan bir vatandaşın açıkça muhalefet etmesi halinde, bu vatandaş lehine müdahalede bulunmaktan kaçınacaklardır.”

10 Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi (n 5) m 36(2): “Bu maddenin 1 nci fıkrasında istihdaf olunan haklar, kabul eden Devletin kanun ve düzenlemeleri çerçevesinde kullanılacaktır. Bununla beraber, bu kanun ve düzenlemeler bu maddeyle tanınmış olan hakların tam olarak kullanılmasına imkân vereceklerdir.”

11 Sagnik Das and Aarushi Nargas, ‘Mapping the Jadhav Dispute at the World Court: Evaluating India and Pakistan’s Arguments’ (2017) 48(1) California Western International Law Journal 35, 56.

12 Ibid.

13 Birleşmiş Milletler, ‘United Nations Conference on Consular Relations’ (1963) <https://legal.un.org/diplomaticconferences/1963_cons_relations/docs/english/vol_1.pdf> Erişim Tarihi 10 Nisan 2021, 331-334.

14 Bu tartışmaların yer aldığı bazı eserler için bkz Vaughan Lowe and Malgosia Fitzmaurice, *Fifty Years of the International Court of Justice* (Cambridge University Press 1996) 563; Chester Brown, *A Common Law of International Adjudication* (OUP 2007) 209.

15 Das and Nargas (n 9) 82.

2. LaGrand Kararı

a. Vaka

Viyana Sözleşmesi'nin 36. maddesindeki güvenceler çerçevesinde bireylerin yabancı ülkelerde şüpheli veya sanık oldukları cezai yargı süreçlerinde adil yargılanmaları meselesine dair ilk önemli UAD kararı 2001 tarihli LaGrand Kararı'dır.¹⁶ Söz konusu Karar'a kaynaklık eden davanın konusu Amerika Birleşik Devletleri (ABD) doğumlu Alman vatandaşları olan Karl ve Walter LaGrand kardeşlerdir. LaGrand kardeşler henüz çocuk yaştaiken anneleri ile birlikte ABD'ye göç ederek sürekli oturum izni almışlardır. Ömürlerinin çoğunu ABD'de geçirmiş olmalarına rağmen Alman vatandaşlığını muhafaza etmiş ve asla ABD vatandaşlığına sahip olmamışlardır.¹⁷

LaGrand kardeşler, 1982 yılında Marana, Arizona'da ölüm ve yaralanma vakalarının yaşandığı bir banka soygununa karıştıkları şüphesiyle ABD kolluk kuvvetlerince tutuklanmıştır. 1984 yılında nihayetlenen yargılama sürecinin sonucunda Arizona mahkemesi, LaGrand kardeşleri birinci dereceden cinayet, silâhlı soygun ve insan kaçırma suçlarını işledikleri sebebiyle ölüm cezasına mahkum etmiştir.¹⁸ Mahkumiyet kararının ardından LaGrand kardeşler karara itiraz etmek amacıyla üç farklı yargı yoluna başvurmuştur.¹⁹ Ancak üst mahkemeler, ABD ulusal hukukunun bir parçası olan bir usul kuralını²⁰ gerekçe göstererek LaGrand kardeşlere Viyana Sözleşmesi'nden doğan haklarının ihlaline dayanarak yeni bir itiraz imkanı verilmesini kabul etmemiştir.²¹

Tüm soruşturma ve kovuşturma süreçlerinde LaGrand kardeşlerin ve onların uyruk devleti olan Almanya, Viyana Sözleşmesi m. 36'dan doğan hakları ihlal edilerek LaGrand kardeşler konsüler hakları hususunda bilgilendirilmemiştir.²² ABD'deki ilgili Almanya Konsolosluğu, Viyana Sözleşmesi'nden doğan haklarını sonradan öğrenen

16 Genel bir inceleme için bkz Robert Jennings, 'The LaGrand Case' (2002) 1 The Law and Practice of International Courts and Tribunals 13; ayrıca, Paraguay'ın ABD'ye karşı açtığı 1998 tarihli Bread Davası sayılırsa LaGrand Davası esasında Viyana Sözleşmesi m. 36'ya dayanan ikinci UAD davasıdır. Ancak Breard Davası, Paraguay'ın şikayetini geri çekmesi sebebiyle tamamlanmamış ve bir karara bağlanmamıştır, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/99/099-19981111-PRE-01-00-EN.pdf>.

17 *LaGrand Kararı* 2001 <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/104/104-20010627-JUD-01-00-EN.pdf>> Erişim Tarihi 11 Nisan 2021, para 13.

18 Ibid, para 14.

19 Ibid, para 18-20.

20 "*Procedural default*" olarak adlandırılan ve en iyi şekilde "usuli hata" şeklinde Türkçeye çevirebileceğimiz söz konusu kurala göre belli istisnai durumlar haricinde, eyalet mahkemeleri üzerinde öne sürülmeyen bir savunmanın federal mahkemelerde öne sürülemeyecektir.

21 LaGrand Kararı (n 15) para 23.

22 Ibid, para 24.

LaGrand kardeşlerin kanalıyla gelen bir bilgi ile ancak 1992 yılında böyle bir yargılamanın ve cezanın varlığını öğrenebilmiştir. Bunun üzerine, ABD yetkilileri ile söz konusu davaya ilişkin temaslara başlayan Almanyalı yetkililer LaGrand kardeşleri hapisanede ziyaret de etmiş ve müdafii avukatlarına hukuki destekte bulunmaya başlamıştır.²³ Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki yargılamanın ilk aşamasında Viyana Sözleşmesi'nden kaynaklanan haklarını kullanamayan LaGrand kardeşler Almanya Konsolosluğu'nun verebileceği hukuki destekten mahrum kalmış, maddi durumları elvermediği için mahkemenin atadığı müdafii avukatla savunma yapmak zorunda kalmış ve bu avukat da Viyana Sözleşmesi'nin ihlal edildiği argümanını yargılama sırasında öne sürmemiştir.²⁴ LaGrand kardeşlerin savunmalarında Viyana Sözleşmesi'nin ihlalini öne sürmeleri ancak Almanya yetkililerin davaya müdahil olmasından sonra gerçekleşecektir.²⁵

Karl LaGrand 24 Şubat 1999'da idam edilmiştir. Walter LaGrand için ise idam tarihi olarak 3 Mart 1999 belirlenmiştir.²⁶ İnfaz kararlarını 1999 yılının Ocak ayında öğrenen Almanya infazların önüne geçmek için birtakım siyasi ve diplomatik girişimlerde bulunmuş olsa da ilk infazın gerçekleşmesini engelleyememiştir.²⁷ Bunun üzerine Almanya, Walter LaGrand'ın idam tarihinin tam bir gün öncesinde, 2 Mart 1999'da, Viyana Sözleşmesi m.36'nin ihlal edildiği gerekçesiyle UAD'ye başvurmuştur.²⁸ Divan ise 3 Mart 1992'de ivedi bir ihtiyati tedbir kararı alarak²⁹ Walter LaGrand'ın cezasının infazının durdurulmasına hükmetse de ABD infaz takvimine uymuş ve ihtiyati tedbir kararını dikkate almayarak Walter LaGrand'ı da idam etmiştir.³⁰ Zira ABD Başsavcılığı, UAD'nin ihtiyati tedbir kararlarının ABD mahkemeleri için doğrudan bağlayıcı olmadığı görüşünü savunmuş ve ABD Yüksek Mahkemesi de bu görüşü benimseyerek idamın durdurulması yönünde bir zorunluluk olmadığını belirtmiştir.³¹

23 Ibid, para 22.

24 Ibid, para 17.

25 Ibid, para 22.

26 Ibid, para 25.

27 Ibid, para 25-26.

28 Ibid, para 30.

29 *LaGrand Kararı İhtiyati Tedbir Kararı* (1999) < <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/104/104-19990303-ORD-01-00-EN.pdf> > Erişim Tarihi 30 Nisan 2021.

30 Ibid, para 31-32.

31 para. 33.

b. Tarafların Görüşleri

Almanya, UAD'ye yaptığı başvuruda kendi uyuğundaki LaGrand kardeşlerin Viyana Sözleşmesi 36. maddeden doğan hakları konusunda bilgilendirilmediğini, bu sebeple kendi konsolosluklarıyla serbestçe iletişim haklarını kullanamadıklarını, Almanya Konsolosluğu'nun LaGrand kardeşlerin tutuklanmasından sonra gecikme olmaksızın bilgilendirilmesi yükümlülüğünün yerine getirilmediğini, ayrıca Almanya Konsolosluk yetkililerinin LaGrand kardeşleri zamanında tutukevinde ziyaret edemediğini ve onlar için etkili savunma yapabilecek bir müdafii avukat görevlendirme imkanına sahip olamadığını iddia etmiştir. Dahası, söz konusu ihlallerin Almanya'nın uluslararası teamül hukuktan doğan diplomatik koruma hakkını kullanmasına da engel teşkil ettiğini öne sürmüştür.³² Almanya, eğer ABD'li yetkililer tarafından zamanında bilgilendirilselerdi kendi yetkililerinin davaya dahil olması ile LaGrand kardeşlerin hayatlarının dahi kurtarılabilceğinin altını çizmiştir.³³ Dahası, Almanya, sadece Viyana Sözleşmesi m. 36(1)(b)'nin değil, m. 36(1)(a) ve (c)'nin de buna bağlı olarak ihlal edildiğine ayrıca hükmedilmesini talep etmiştir.³⁴

Her ne kadar Almanya ve ABD arasında, LaGrand kardeşlerin Almanya uyuğunda olduğunun ABD'deki ilgili yetkililerce ne zaman fark edildiğinde dair bir anlaşmazlık olsa³⁵ da ABD'nin bu konudaki iddiasının kabul edilmesi durumunda dahi hukuken farklılık arz edecek bir durum olmamasından ötürü, ABD resmi olarak ancak 1998 gibi çok geç bir tarihte LaGrand kardeşleri konsüler hakları konusunda bilgilendirmiş olması olgusunu³⁶ göz önünde bulundurarak, yaptığı ihlali açıkça kabul etmiştir.³⁷ LaGrand kardeşlerin yargılanması ve infazı süreciyle ortaya çıkan durumun Viyana Sözleşmesi m. 36'dan doğan yükümlülüklerin bir kısmını ihlal ettiğini kabul ederek özür dilemiş, bir daha böyle bir olayın yaşanmaması için esaslı tedbirler alacağını taahhüt etmiştir.³⁸

Öte yandan, ABD, Almanya'nın öne sürdüğü tüm iddiaları kabul etmemiştir. Öncelikle, kendisinin Viyana Sözleşmesi m. 36(1)(b)'yi ihlal ettiğine dair kabulüne rağmen, bu ihlale bağlı olarak m. 36(1)(a) ve (c)'nin de ihlal edildiğine ayrıca hükmedilmesi

32 Ibid, para 38.

33 para. 71.

34 para. 41.

35 para. 16.

36 Ibid, para 24.

37 Ibid, para 39.

38 Ibid, para 15.

talebini yerinde bulmamıştır. Ayrıca, diplomatik korumaya yönelik iddiaların da diplomatik koruma hususunun söz konusu davaya bakma konusunda UAD'yi yetkili kılan Viyana Sözleşmesi'ne Ek Protokol'ün kapsamında olmayıp uluslararası teamül hukuku ile ilgili olduğu, dolayısıyla Divan'ın diplomatik korumaya ilişkin iddiaları bakmaya yetkili olamayacağı gerekçesiyle itiraz etmiştir.³⁹

Almanya, özür ile tatmin olmamış ve basit bir özrün ötesinde, ABD'nin hem hukuki düzenlemeleri hem de uygulamaları bağlamında gelecekte LaGrand kardeşler vakasında yaşanana benzer bir durumun ortaya çıkmayacağını, yani Viyana Sözleşmesi m. 36'daki hakların etkili bir şekilde kullanılabileceğinin güvencesini sağlayacak adımlar atması gerektiğini ileri sürmüştür. Öyle ki ABD'nin yabancı uyruklu kişilere ölüm cezasına hükmettiği yargılama süreçlerini, bilhassa da LaGrand kardeşlerin ABD Yüksek Mahkemesi önünde Viyana Sözleşmesi'nin ihlalden doğan hak kayıplarını öne sürmesini engelleyen usul kuralının uygulanma şeklini etkili bir şekilde yeniden gözden geçirmesi yönünde bir hüküm verilmesini talep etmiştir. ABD ise böyle bir talebin, UAD'nin kararlaştırabileceği hükümlerin sınırını aştığı gerekçesiyle bu talebi Divan'ın ele alamayacağı, ele alması durumunda adeta bir "ulusal ceza temyiz mahkemesi" gibi işlev göreceği itirazında bulunmuştur.⁴⁰ ABD'ye göre Divan'ın sadece uluslararası hukukun ilgili kurallarını uygulamakla sınırlı bir yetkiye sahip olması söz konusudur.⁴¹

Son olarak, Almanya, Walter LaGrand'ın cezasının infazının durdurulması yönünde UAD'nin aldığı ihtiyati tedbir kararına ABD'nin uymamış olmasının uluslararası hukukun ihlali olduğuna hükmedilmesini talep etmiştir.⁴² ABD ise UAD'nin ihtiyati tedbir kararı alma yetkisini düzenleyen UAD Statüsü m. 41'in hem lafzı hem de hazırlık çalışmaları itibarıyla, bu tür kararların bağlayıcı olmadığını savunmuştur.⁴³ Ayrıca, Almanya'nın Walter LaGrand'ın idamına sadece 27 saat kala böyle bir ihtiyati tedbir talebinde bulunmuş olmasının da ABD'deki infaz sürecinin durdurulması açısından çok geç bir adım olduğunun altı çizilmiştir.⁴⁴

39 Ibid, para 40.

40 Ibid, para 50.

41 Ibid, para 50.

42 para. 92.

43 para. 96.

44 para. 53.

c. Uluslararası Adalet Divanı'nın Kararı ve Gerekçeleri

UAD, kendisinin vermeye yetkili olduğu hükümlerin sınırına ilişkin uyuşmazlığın Viyana Sözleşmesi hükümlerinin yorumlanmasına ilişkin bir uyuşmazlık olması ve genel olarak yetkinin mevcut olduğu bir uyuşmazlıkta o uyuşmazlığın çözümü için verilecek hükümlerin değerlendirilmesi için ayrıca bir yetkilendirmenin gerekli olmaması sebebiyle, ABD'nin tüm yetkisizlik itirazlarını reddetmiştir.⁴⁵ Viyana Sözleşmesi'nde bireylere verilen hakların ihlal edilmesi durumunda o bireylerin uyruk devletinin, söz konusu bireylere yönelik ihlalleri UAD'ye taşımamasının Viyana Sözleşmesi'nin verdiği yetki kapsamına girdiği ve diplomatik korumanın uluslararası teamül hukukunun bir parçası olup olmadığı tartışmasının bu bakımdan neticeyi değiştirmedeği özellikle vurgulanmıştır.⁴⁶

Nihayetinde, Divan, ABD'nin Viyana Sözleşmesi m. 36 (1)(b)'yi ihlal ettiğine karar vermiştir. Yukarıda da belirtildiği üzere, ABD zaten buna herhangi bir itirazda bulunmamıştır.⁴⁷ Ancak ABD'nin itirazda bulunduğu m. 36 (1)(a) ve (c)'ye ilişkin ihlal iddialarını da bu itirazlara rağmen kabul etmiştir.⁴⁸ 36 (1)(b)'nin ihlal edilmesinin her zaman 36 (1) (a) ve (c)'nin ihlalini beraberinde getirmeyeceğini vurgulayan Divan, buna karşın mevcut vakada buradaki hükümlerin de ihlal edildiği sonucuna vardığını belirtmiştir.⁴⁹

LaGrand kardeşlerin ABD Yüksek Mahkemesi önünde Viyana Sözleşmesi'nin ihlalinin doğan hak kayıplarını öne sürmesini engelleyen usul kuralı çerçevesinde tartışma konusu olan m. 36(2)'nin ihlali konusunda ise Divan yine ABD aleyhinde bir karara varmıştır.⁵⁰ İhlal kararlarının sonucu olarak verilecek hükümler hususunda, UAD de Almanya'nın ortaya koyduğu üzere özü tek başına yeterli bulmamakla birlikte, Almanya'nın ABD'nin hem hukuki düzenlemeleri hem de uygulamaları bağlamında LaGrand kardeşler vakasında yaşanan benzer bir durumun gelecekte ortaya çıkmaması için güvence sağlaması talebine yönelik olarak, ABD'nin zaten Viyana Sözleşmesi m. 36'yı ihlal ettiğini ikrar ettiğini ve "benzer bir vakanın tekrar yaşanmaması için esaslı önlemler" alacağı yönünde verdiği taahhüdün yeterli olacağını belirtmiştir.⁵¹

45 Ibid, para 46-48.

46 para. 42.

47 Ibid, para 66-69.

48 Ibid, para 69.

49 Ibid, para 73-74.

50 Ibid, para 91.

51 Ibid, para 121-124; Christian J. Tams, 'Consular Assistance: Rights, Remedies and Responsibility: Comments on the ICJ's Judgment in the LaGrand Case' (2002) 13(5) EJIL 1257, 1259; Christian J. Tams, "Recognizing Guarantees and Assurances of Non-Repetition: LaGrand and the Law of State Responsibility" (2002) 27 YALE J INT'L L 441, 443.

Ayrıca, LaGrand kardeşlerin yargılamasında yaşanan ihlalin sebeplerinden biri olarak gündeme gelen ve “usuli hata (*procedural default*)” olarak nitelenen usul hukuku kuralının bizzat varlığının bir ihlal teşkil etmediği ve asıl sorunun bunun uygulanma biçimi olduğu tespiti sebebiyle doğrudan bu kurala dair hukuki düzenlemelerin değiştirilmesi gibi bir hüküm gündeme gelmemiştir.⁵² Ancak Divan, ABD mahkemelerinin LaGrand kardeşler vakasında olduğu gibi söz konusu usul kuralına dayanarak Viyana Sözleşmesi m. 36’ daki hakları kullanmaktan mahrum ettiği kişilerin yargılamalarının yeniden incelenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Yeniden incelemenin hangi yollarla yapılacağı ise, etkili bir şekilde yapılması şartıyla, ABD’nin tercihine bırakılmıştır.⁵³

Divan’ın ihtiyati tedbir kararlarının bağlayıcı olup olmadığı tartışması ise Divan tarafından, daha önce ne kendisi ne de Uluslararası Sürekli Adalet Divanı nezdinde böyle bir hukuki uyumsuzluk olmaması sebebiyle, tarihte ilk kez incelenmiştir. UAD Statüsü m. 41’in konu ve amacından, ayrıca Statü içerisinde oturduğu bağlamdan yola çıkılarak ihtiyati tedbir kararlarının taraf devletler için bağlayıcı olduğuna dair bir içtihat geliştirilmiştir. Zira dava taraflarının haklarına kalıcı bir şekilde hanel gelmemesi için bu tip kararların bağlayıcı addedilmesi çok önemlidir.⁵⁴ Bu sebeple, ihtiyati tedbir kararlarının tavsiye niteliğinde görülmesi uygun olmayacaktır.⁵⁵ Divan, ABD’nin Almanya’nın ihtiyati tedbir kararı talebini Walter LaGrand’ın idamına çok yakın bir tarihte yaptığı yönündeki itirazını haklı bir sitem olarak görmekle birlikte ihtiyati tedbir kararına uyulmamasına sebep teşkil edecek bir husus olarak görmemiştir.⁵⁶

Bu hükümleriyle birlikte Divan, LaGrand Kararı’nda Viyana Sözleşmesi m. 36’nın konsüler koruma sisteminin uygulanmasına zemin hazırlayan önemli bir madde olduğunu ortaya koymuş⁵⁷ ve bu maddedeki hükümlerin hem Sözleşme’ye taraf devletler hem de onların uyruğundaki bireyler için ayrı ayrı haklar doğurduğunu açıkça kabul etmiştir.⁵⁸ Divan, Almanya’nın Viyana Sözleşmesi m. 36’da düzenlenen bireysel hakların aynı zamanda temel bir insan hakkı olduğu ve ABD’nin LaGrand kardeşlerin insan haklarını ihlal ettiği için de sorumlu olması gerektiğine dair iddiasını ise değerlendirmeye alma ihtiyacı duymamıştır.⁵⁹

52 LaGrand Kararı (n 15) para 125.

53 Ibid, para 125.

54 para. 102.

55 para. 110.

56 para. 57.

57 Ibid, para 74.

58 Ibid, para 77.

59 Ibid, para 78.

d. Karşı Oy Görüşleri

LaGrand Kararı'nda UAD'nin hükümlerine yönelik en yaygın itiraz, Viyana Sözleşmesi'nin hem devletlere hem de bireylere ayrı ayrı haklar ihdas ettiğine yönelik hükmüne olmuştur. Yargıç Shi, genel olarak ihlal kararına katılmakla birlikte gerekçelendirme sırasında Divan'ın Viyana Sözleşmesi m. 36'nın devletlerin yanında bireyler için de haklar yarattığı şeklindeki bulgusunu, Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları ve arka plânı itibariyle böyle bir sonuca varılamayacağı gerekçesiyle kabul etmemiştir.⁶⁰ Yargıç Oda da Divan'ı bireylerin hakları hususunda bir kavram kargaşası yaşamakla itham etmiş ve Viyana Sözleşmesi'nin bireylere getirdiği korumaların bizzat kendilerinin maddi hakları olmayıp sadece devletlerin haklarından ileri gelen haklar olduğunu ortaya koymuştur.⁶¹

Yargıç Buergenthal'in karşı öy görüşü ise yukarıda tartışılan hususlarla alakalı olmayıp, Almanya'nın davayı açış biçimine ve ihtiyati tedbir kararının alınışında olduğu varsayılan bazı usuli eksikliklere ilişkindir. Bu sebeple, burada ayrıca incelenmesi, makalenin odaklandığı noktalar itibariyle, gerekli değildir.⁶²

e. Kararın Önemi

Her ne kadar UAD, Almanya'nın Viyana Sözleşmesi m. 36'da düzenlenen bireysel hakların aynı zamanda temel bir insan hakkı olduğu ve ABD'nin LaGrand kardeşlerin insan haklarını ihlal ettiği için de sorumlu olması gerektiğine dair iddiasını değerlendirmeye alma ihtiyacı duymamış olsa⁶³ da LaGrand Kararı, bireylere uluslararası anlaşmalar veya başka bir kaynaktan olması fark etmeksizin doğrudan uluslararası hukuk kaynaklı hakların doğabileceğinin UAD tarafından kabul edilmesi açısından oldukça önemlidir.⁶⁴ Nitekim bir önceki bölümde görüleceği üzere, Divan yargıçları arasındaki en tartışmalı husus da bu olmuştur.

Öte yandan, UAD'nin m. 36'daki hakların aynı zamanda insan hakları hukuku rejimi çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmasından kaçınması üzerine bazı hususları belirtmek faydalı olacaktır. Önemle belirtmek gerekir ki Amerikalılar

60 *LaGrand Kararı* 2001 (Yargıç Shi Ayrık Görüşü) <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/104/104-20010627-JUD-01-02-EN.pdf>> Erişim Tarihi 15 Nisan 2021, para 2, 15, 16.

61 *LaGrand Kararı* 2001 (Yargıç Oda Karşı Oy Görüşü) <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/104/104-20010627-JUD-01-03-EN.pdf>> Erişim Tarihi 15 Nisan 2021 para. 19, 25, 27.

62 DİPNOT GELMELİ GörüşE ATIF YAPAN

63 Ibid, para 78.

64 Martin Mennecke and Christian J. Tams, 'Lagrand Case (Germany v United States of America)' (2002) 51(2) The International and Comparative Law Quarterly 449, 454.

Arası İnsan Hakları Mahkemesi (AAİHM), LaGrand Kararı'ndan henüz iki yıl önce verdiği bir Danışma Görüşü'nde tam olarak LaGrand Davası'na benzer bir konuyu ele almış ve bir devletin yabancı bireylere Viyana Sözleşmesi m. 36'ndan doğan haklarının kullanılmasını engellemesi hâlinde sadece Viyana Sözleşmesi'nden doğan yükümlülüklerini değil, ayrıca yabancı kişilerin adil yargılanma hakkının ihlali sebebiyle BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nden doğan yükümlülüğünü de ihlal etmiş olacağını belirterek oldukça geniş ve bireylerin haklarını önleyici bir içtihat geliştirmiştir.⁶⁵ AAİHM, belki de bir insan hakları mahkemesi olmasının etkisiyle, UAD'nin tartışmaktan kaçındığı bir konuyu değerlendirmekten imtina etmemiştir.

AAİHM'e göre, Viyana Sözleşmesi'nin bireysel haklar yaratmaması için hiçbir sebep olmadığını ve Sözleşme'nin tarihi arka plânının da böyle bir yorumu desteklediğini belirtmiştir.⁶⁶ Mahkeme'nin görüşünü gerekçelendirmesi sırasında uluslararası insan hakları hukukunun genel uluslararası hukuk sistemi üzerindeki dönüştürücü ve olumlu etkisine, özellikle de insan hakları hukuku alanının gelişmesiyle birlikte uluslararası hukukun artık devletler ile onların yetki alanlarındaki bireylerin hakları arasındaki ilişkileri düzenler hâle geldiğine yaptığı vurgu dikkat çekicidir.⁶⁷ Ayrıca, Mahkeme insan hakları hukuku rejimi normlarının genel uluslararası hukuk rejimindeki yerine dair bazı öncü tespitlerde bulunmuştur. "Bir uluslararası anlaşma hükmünün amacı ne olursa olsun, o hüküm aynı zamanda insan haklarının korunmasıyla ilgili olabilir"⁶⁸ tespiti bunlardan biridir. Mahkeme, Viyana Sözleşmesi m. 36'nın bireylerin adil yargılanma hakkını güvence altına alan bir hüküm ve bu sebeple, BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin kişilerin adil yargılanma hakkına ilişkin 14. maddesinin⁶⁹ getirdiği güvence ile doğrudan ilgili olduğunu, böylece Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'ndeki ilgili haklara dair korumanın Viyana Sözleşmesi ve benzeri uluslararası anlaşmaların 36. madde benzeri hükümleri ışığında da gözetilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁷⁰

65 Inter-American Court of Human Rights, '16 Numaralı Danışma Görüşü' (1999) <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_ing.pdf> Erişim Tarihi 16 Nisan 2021; ayrıca bkz Monica Feria Tinta, 'Due Process and the Right to Life in the Context of the Vienna Convention on Consular Relations: Arguing the LaGrand Case' (2001) 12(2) EJIL 363, 365.

66 Inter-American Court of Human Rights, '16 Numaralı Danışma Görüşü' (n 50) para 83-87.

67 Ibid, para 114-115.

68 Ibid, para 76.

69 BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (16 Aralık 1966) 999 UNTS 171, m 4(1): "Herkes mahkemeler ve yargı yerleri önünde eşittir. Herkes, hakkındaki bir suç isnadının veya hak ve yükümlülükleri ilgili bir hukuki uyumsuzluğun karara bağlanmasında, hukuken kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir..."

70 Inter-American Court of Human Rights, '16 Numaralı Danışma Görüşü' (n 50) para 121-123.

16 numaralı Danışma Görüşü'nü veren AAİHM yargıçları arasında yer alan -ayrıca, daha sonra en son bölümde inceleyeceğimiz Jadhav Kararı verilirken UAD yargıçları arasında yer alacak olan- Yargıç Trindade verdiği mutabık görüşünde (*concurring opinion*),⁷¹ uluslararası insan hakları hukukunun eşitler arasındaki ilişkileri düzenlemeyi değil, daha zayıf ve korumasız durumda olanları korumayı amaçladığını ve böyle bir koruma anlayışının sadece insanlara değil, ayrıca sermayeye ve hizmetlere de sınırların açık olduğu “küreselleşmiş” bir dünyada vatandaşlar ile yabancılar arasındaki ayrımların olumsuz etkilerinin giderilmesi için çok önemli olduğunu belirtmiştir.⁷² Trindade'ye göre, 20. yüzyılın sonunda uluslararası hukukun insanileşmesi sürecine tanık olunmuştur ve aynı sürecin Viyana Sözleşmesi'ndeki konsüler haklar için de geçerli olduğu göz önünde tutularak Sözleşme hükümleri ile insan hakları hukuku kuralları arasındaki ilişkiye ilişkin değerlendirme yapılmalıdır.⁷³

AAİHM'in geliştirdiği yaklaşımdan yola çıkılırsa, UAD'nin bireylere uluslararası anlaşmalar veya başka bir kaynaktan olması fark etmeksizin doğrudan uluslararası hukuk kaynaklı hakların doğabileceğini kabul etmesinin ötesine geçip Almanya'nın Viyana Sözleşmesi m. 36'da düzenlenen bireysel hakların aynı zamanda temel bir insan hakkı olduğu yönündeki iddasını kabul etmesi beklenebilirdi. Şüphesiz ki böyle bir içtihat daha çarpıcı ve insan hakları hukukunun uygulama alanını genişleten bir içtihat olurdu. Günümüz uluslararası hukukunun gitgide bireylere daha çok odaklanma ve onların hak ile yükümlülüklerini düzenleme eğiliminde olması olgusu ile de daha çok uyum gösterirdi.

Ancak bu beklentiyi büyük bir eleştiri olarak ortaya koymaktan imtina etmekteyiz. Zira Yargıç Shi ve Oda'nın sırasıyla ayrık ve karşı oy görüşlerinde ortaya koydukları üzere, henüz uluslararası hukuk kaynaklarının bireylere doğrudan haklar ihdas edebildiğini kabullenmekte güçlük çeken geleneksel bir görüş de hem devlet uygulamasında hem uluslararası içtihat hukukunda hem de doktrinde etkisini sürdürmektedir. Bu bakımdan, LaGrand Kararı'nda varılan hükmün iki görüş arasında makul bir orta yol olduğu söylenebilir. Zira bireylerin uluslararası andlaşmalardan doğan haklarının nitelenmesi hususunda AAİHM'in aldığı gibi daha ileri giden bir karar alınması durumunda hem Divan yargıçları arasında görüş birliği sağlamanın çok zorlaşması hem de Karar'a yönelik yoğun ve şiddetli eleştirilere kapı açılması söz konusu olabilirdi.

71 Mutabık görüş, bir yargıcın mahkemece verilen hükümlere katılmakla birlikte bunların gerekçelendirilmesi veya izahı hususunda çoğunluktan farklı düşüncelere sahip olduğu durumlarda verilen görüşür.

72 Inter-American Court of Human Rights, '16 Numaralı Danışma Görüşü' (1999), Trindade'nin Tamamlayıcı Görüşü, para 23.

73 Ibid, para. 35.

Son olarak belirtmek gerekir ki LaGrand Kararı, UAD'nin ihtiyati tedbir kararlarının bağlayıcı niteliğini tasdik eden ilk karar olması itibariyle ayrı bir öneme sahiptir.⁷⁴ Ancak bireysel hakların korunması ile doğrudan ilgili olmadığı için, söz konusu hükme dair bu bölümde detaylı bir değerlendirme yapılması gerekli değildir.

3. Avena ve Diğerleri Kararı

a. Vaka

UAD'nin 31 Mart 2004 tarihli ve Meksika'nın davacı, ABD'nin ise bir kez daha davalı tarafta yer aldığı Avena ve Diğerleri Kararı⁷⁵ büyük ölçüde LaGrand Kararı'ndan etkilenmiş, hatta neredeyse onun aynısını niteliğinde bir karardır. Meksika, Avena Davası'nda Almanya'nın LaGrand Davası'nda ileri sürdüğü ihlalleri aynen ileri sürerek 9 Ocak 2003'te Divan'a başvurmuştur.⁷⁶ Davaya kaynaklık eden olay, Meksika'ya göre; ABD'nin tutukladığı, yargıladığı ve ölüm cezasına çarptırdığı 54 Meksika vatandaşını Viyana Sözleşmesi m. 36'tan doğan konsüler haklarından mahrum bırakmasıdır. İddiaya göre, söz konusu Meksika vatandaşları Viyana Sözleşmesi m. 36(1)(b)'den doğan hakları konusunda bilgilendirilmemiş, bunun devamında Meksika devletinin kendi vatandaşlarını korumaya yönelik, Viyana Sözleşmesi m. 36(1)(a) ve (c)'den belirtilen konsüler hakları kullanması da imkansız kılınmıştır.⁷⁷ İfade etmek gerekir ki bu sayı daha sonra Meksika'nın da sözlü duruşmalardaki kabulüyle 52'ye inmiştir.⁷⁸ Meksika, ayrıca, ihtiyati tedbir isteminde de bulunmuş, bunun üzerine Divan 5 Şubat 2003'te, söz konusu 52 kişi arasında yer alan César Roberto Fierro Reyna, Roberto Moreno Ramos ve Osvaldo Torres Aguilera isimli kişilerin ABD'deki ölüm cezası infazının askıya alınmasına hükmeden bir ihtiyati tedbir kararı almıştır.⁷⁹

74 Jörg Kammerhofer, "The Binding Nature of Provisional Measures of the International Court of Justice: The 'Settlement' of the Issue in the LaGrand Case" (May 2, 2003). *Leiden Journal of International Law*, Vol. 16, pp. 67-83, 2003, s. 83; ayrıca bkz. Jochen Abr. Frowein, "Provisional Measures by the International Court of Justice - The LaGrand Case", https://www.zaoerv.de/62_2002/62_2002_1_a_55_60.pdf

75 Bundan sonra kısaca "Avena Kararı" olarak anılacaktır.

76 *Avena Kararı* 2004 <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/128/128-20040331-JUD-01-00-EN.pdf>> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021, para 12; genel bir inceleme için bkz William Aceves, 'Avena and Other Mexican Nationals' (2003) 97(4) *The American Journal of International Law* 923; Carsten Hoppe, 'Implementation of LaGrand and Avena in Germany and the United States: Exploring a Transatlantic Divide in Search of a Uniform Interpretation of Consular Rights' (2007) 18(2) *EJIL* 317.

77 *Avena Kararı* (n 59) para 12-13.

78 *Ibid*, para 14.

79 *Avena Kararı İhtiyati Tedbir Kararı* (2003) < <https://www.icj-cij.org/en/case/128/provisional-measures>> Erişim Tarihi 30 Nisan 2021.

Avena Davası'na konu edilen yargılamalar 1979'dan dava tarihine kadar ABD'nin 9 farklı eyaletinde⁸⁰ gerçekleşen birbirinden farklı vakalardır.⁸¹ Bu bakımdan, olay örgüsü tek bir vakanın söz konusu olduğu LaGrand Kararı'dan farklıdır. Meksika'nın birbirinden ayrı tüm bu vakaların her birinde Viyana Sözleşmesi m. 36'nın ihlalinin gerçekleştiği, zira 29 vakada ABD otoritelerinin Meksika'nın konsolosluk yetkililerine ancak kovuşturma süreci bitip hüküm verildikten sonra haber verdiği, 23 vakada ise hiç haber dahi vermediği belirtilmiştir.⁸² Meksika'nın Divan'a başvuru tarihinde 52 kişiden 49'u farklı yargı aşamalarında bulunmaktayken sadece 3 dosya için tüm iç hukuk yolları tüketilmiş olup ceza kesinleşmiştir (bu 3 dosya Divan'ın haklarında ihtiyati tedbir aldığı 3 kişiye aittir).⁸³

b. Tarafların Görüşleri

Her ne kadar Avena Davası'nda davacı devletin başvurusu LaGrand Kararı'nda Almanya'nın sunduğu iddialarla büyük ölçüde benzerlik taşısa da iki davada da davalı taraf olan ABD'nin savunmaları bu Dava'da bazı yönlerden farklılık arz etmektedir. Tekrara düşülmemesi adına, ABD'nin benzer savunmalarını yeniden belirtmek yerine sadece savunmalardaki farklılık gösteren yönlere odaklanmak faydalı olacaktır.

Yukarıda belirtildiği üzere, ABD, LaGrand Davası'nda Almanya'ya karşı Viyana Sözleşmesi m. 36(1)(b)'den doğan yükümlülüklerini ihlal ettiğini hiçbir itiraz yöneltmeden kabul etmiştir. Bu davada ise söz konusu tutuklamaların ardından bu tutuklamalara dair şüphelilerin uyruk devletine, yani Meksika'ya “gecikmeksizin” haber verme yükümlülüğünü yerine getirmedeği iddiasına itiraz etmiştir. Buna ek olarak, söz konusu yükümlülüğün hem Meksika hem ABD çifte vatandaşlığını taşıyan kişiler için değil, sadece Meksika vatandaşı olan kişiler hakkında geçerli olacağını belirtmiştir.⁸⁴

İlk hususa ilişkin, ABD, 36. maddede yer alan “gecikmeksizin” ifadesinin nasıl yorumlanması gerektiğini tartışmıştır. ABD'ye göre, Viyana Sözleşmesi'ndeki “gecikmeksizin” ifadesi işbu Sözleşme'nin lafzı, konu ve amacı, ayrıca hazırlık çalışmaları (*travaux preparatoires*) ışığında ele alındığında “derhâl ve herhangi bir soruşturmadan önce” anlamını taşımamakta olup ve “mevcut koşullar altında makul olan ilk anda” şeklinde anlaşılmalıdır. Bu ifadeyle herhangi bir gecikmenin değil,

80 Kaliforniya'da 28, Teksas'ta 15, Illinois'te 3, Arizona'da 1, Arkansas'ta 1, Nevada,'da 1, Ohio'da 1, Oklahoma'da 1, Oregon'da 1 (toplam 52).

81 Avena Kararı (n 59) para 15.

82 Ibid, para 19.

83 Ibid, para 20.

84 Ibid, para 51-52.

“keyfi gecikmelerin” önüne geçilmesi amaçlanmıştır.⁸⁵ Dolayısıyla, mevcut Dava’ya konu olan tutuklama ve yargılama süreçlerinde Meksika’nın konsolosluk yetkililerine derhâl haber verilmemiş olsa da mevcut şartlara bakınca yaşanan gecikmeler makul kabul edilebilecektir. Meksika ise ABD’nin bu yorum şeklini yine Sözleşme’nin lafzına, konu ve amacına, ayrıca hazırlık çalışmalarına dayanarak reddetmiş ve m. 36’da düzenlenen konsüler yardımların “anlamlı” bir şekilde sağlanabilmesi için bildirim yükümlülüklerinin “derhâl” yerine getirilmesi gerektiğini öne sürmüştür.⁸⁶

İkinci hususa ilişkin ise ABD, tutuklama zamanında söz konusu kişilerin bazılarının Meksika vatandaşı olduğuna dair ellerinde bir kanıt olmadığını, böyle bir kanıt teşkil edecek kayıtların ancak Meksika yetkililerinin elinde olabileceğini, dolayısıyla bu kişilerin yabancılara vatandaşlık verme konusunda cömert bir devlet olan ABD’nin uyuğunda olduklarını düşündürecek şartlar olduğunu öne sürmüştür. Meksika ise söz konusu 52 kişinin kendi uyuğunda olduğuna dair ispat yükümlülüğünü bu kişilerin doğum belgelerini, ayrıca bu kişilerin birçoğunun beyanlarını sunmak suretiyle zaten yerine getirdiğini, eğer ki bu kişilerin ABD vatandaşı olduğuna dair herhangi bir somut kanıtı varsa ABD’nin bunu sunmak zorunda olduğunu belirtmiştir.⁸⁷

c. Uluslararası Adalet Divanı’nın Kararı ve Gerekçeleri

UAD, Viyana Sözleşmesi m. 36’da yer alan “gecikmeksizin” ifadesine dair ABD ile Meksika arasındaki yorum farkını ele alırken bu ifadenin bizzat Viyana Sözleşmesi’nde tanımlanmadığını ifade ederek değerlendirmesine başlamıştır. Bu sebeple, söz konusu ifade uluslararası teamül hukukunun ve 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin 31.⁸⁸ ve 32.⁸⁹ maddelerindeki ilgili hükümlere göre yorumlanmalıdır.⁹⁰

85 Ibid, para 60.

86 Ibid, para 78-80.

87 para 55.

88 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (23 Mayıs 1969) 1155 UNTS 33, m 31: “1. Bir andlaşma, hükümlerine andlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır. 2. Bir andlaşmanın yorumu bakımından, (andlaşmanın) bütünü, girişini ve eklerini içine alan metne ilaveten, aşağıdakileri kapsar: a - andlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bütüm taraflar arasında yapılmış olan andlaşmayla ilgili herhangi bir anlaşma; b - andlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bir veya daha fazla tarafta yapılan ve diğer taraflarca andlaşmayla ilgili bir belge olarak kabul edilen herhangi bir belge. 3. Andlaşmanın bütünü ile birlikte aşağıdakiler (de) dikkate alınır: a - Taraflar arasında andlaşmanın yorumu veya hükümlerinin uygulanması ile ilgili olarak yapılan daha sonraki (tarihli) herhangi bir anlaşma, b - Tarafların andlaşmanın yorumu konusundaki mutabakatını tespit eden andlaşmanın uygulanması ile ilgili daha sonraki herhangi bir uygulaması. c- Taraflar arasındaki ilişkilerde milletlerarası hukukun tatbiki kabil herhangi bir kuralı.”

89 Ibid, m 32: “31. maddenin uygulanmasından hasil olan manayı teyid etmek veya 31. maddeye göre yapılan yorum, a - manayı muğlak veya anlaşılmaz bırakıyorsa, b - çok açık bir şekilde saçma olan veya makül olmayan bir sonuca götürüyorsa, manayı tespit etmek için andlaşmanın hazırlık çalışmalarına ve yapıma şartları dahil, tamamlayıcı yorum araçlarına başvurulabilir.”

90 Avena Kararı (n 59) para 83.

Nitekim belirttiği yorum yöntemini izleyen UAD, “gecikmeksizin” ifadesinin her zaman “tutuklamanın hemen akabinde, ifade dahi alınmadan” anlamına gelmeyeceği sonucuna ulaşmıştır.⁹¹ Divan’ın bulguları itibariyle, Viyana Sözleşmesi’nin hazırlık çalışmaları incelendiğinde Sözleşme’ye taraf bazı devletlerin ulusal güvenlikle alakalı bazı hassas durumlarda m. 36 çerçevesinde yabancı konsolosluklara yapılacak bildirimleri gecikmeli olarak yapılabileceği yönünde bir kanaat ortaya koydukları dahi görülmektedir.⁹² Buna karşın, Divan, tutuklanan yabancı kişiye Viyana Sözleşmesi m. 36’dan doğan hakların bildirilmesi yükümlülüğünün, ev sahibi devlet yetkililerince o kişinin muhtemelen yabancı olduğu anlaşılır anlaşılmaz yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük olduğunu vurgulamıştır.⁹³ Ancak Divan’a göre, bir vaka hariç diğer hiçbir vakada tutuklanan kişilere yapılması gereken bu bildirim gecikmeksizin yapılmadığı ve hatta bazen hiç yapılmadığı için ABD, m. 36(1) (b)’yi her halükârda ihlal etmiştir.⁹⁴

ABD’nin itiraz ettiği diğerhususla ilişkin ise Divan, ABD’nin tutuklama zamanında söz konusu kişilerin bazılarının Meksika vatandaşı olduğuna dair ellerinde bir kanıt olmadığı, böyle bir kanıt teşkil edecek kayıtların ancak Meksika yetkililerinin elinde olabileceği, dolayısıyla bu kişilerin yabancılara vatandaşlık verme konusunda cömert bir devlet olan ABD’nin uyuğunda olduklarını düşündürecek şartlar olduğu gerekçelerini yeterli görmemiştir. Divan’a göre, tutuklanan kişilerin uyruklarına ilişkin kesin kayıtları elde etmek için elden gelenin yapılması, yani ABD’nin Meksika yetkilileri ile iletişime geçip ancak reddedilmesi durumunda bu gerekçeleri ortaya koyabilmesi mümkün olacaktır. Ancak ABD’nin böyle bir girişimde bulunduğunu düşündürecek yahut söz konusu kişilerin ABD vatandaşı olduğunu gösteren hiçbir kanıt ortaya konmamıştır. Bu sebeple, ABD’nin çifte vatandaşlık esaslı itirazları da kabul görmemiştir.⁹⁵

Dahası, Divan, LaGrand Kararı’ndaki ilgili paragraflara atıfta bulunarak m. 36(1) (b) ile (a) ve (c) fıkralarının birbirine bağlı bir rejim olduğunun altını çizmiş ve mevcut Davaya da da ilkinin ihlalinin diğer fıkralardaki hakların ihlaline yol açtığına karar vermiştir (söz konusu 52 kişiden Meksika Konsolosluğu yetkililerine haber verilmemesini kendisi talep eden bir kişi hariç).⁹⁶ Sonuç olarak, ABD’nin Viyana Sözleşmesi m. 36(1)

91 Ibid, para 85, 87.

92 U.N. Conference on Consular Relations, Summary Records of Plenary Meetings and of the Meetings of the First and Second Committees (15 Mart 1963) 338 U.N. Doc. A/CONF.25/6.

93 Avena Kararı (n 59) para 88.

94 Ibid, para 89-90.

95 Ibid, para 57.

96 Ibid, para 101-103.

(a), (b) ve (c)'den doğan kimi yükümlülüklerini Dava'ya konu olan 52 Meksika vatandaşının 51'i, diğer bazı yükümlülüklerini ise 49'u açısından ihlal ettiğine karar verilmiştir.⁹⁷

Ayrıca, ABD yetkili mercilerinin Divan'ın daha önce Fierro Reyna, Roberto Moreno Ramos ve Osvaldo Torres Aguilera için verdiği ihtiyati tedbir kararının akabinde onlara verilen cezaları anlamlı ve etkili bir şekilde yeniden inceleme sürecine tabi tutmayı reddetmesi sebebiyle Viyana Sözleşmesi m. 36(2)'yi de ihlal ettiğine karar verilmiştir. Bu fıkradaki hakkın ihlalinin söz konusu 52 vakadan sadece 3'ü için verilmesinin sebebi ise diğer 49 vakanın hâlâ farklı yargı süreçleri içerisinde olması, dolayısıyla kesin hükmün bulunmaması ve teknik olarak etkili bir yeniden inceleme imkânının hâlâ açık olmasıdır. Divan, bu vakalara ilişkin erken bir yargıda bulunmaktan kaçınmıştır.⁹⁸ İhlal kararının verildiği vakalarda ise LaGrand Davası'nda da ele alınan "usuli hata (*procedural default*)" kuralının üzerinde durulmuştur. Meksika bu kuralın, LaGrand Kararı'na rağmen hâlâ Viyana Sözleşmesi m. 36(2)'nin ihlaline yol açacak şekilde ABD hukuk sisteminde uygulandığını iddia etmiştir.⁹⁹ Divan ise kuralın bizatihi varlığı bir ihlal teşkil etmese de uygulanma biçiminin, aynı LaGrand Davası'nda olduğu gibi, ihlale yol açabileceğinin altını çizerek mevcut davada Reyna, Ramos ve Aguilera'nın, sahip oldukları hakları etkili bir şekilde kullanamamasına, yani ihlale yol açtığını kararlaştırmıştır.¹⁰⁰

İhlallerin neticesinde verilecek hüküm konusunda, UAD'nin Chorzow Factory Kararı'nda ortaya konan mümkün olduğunca ihlallerden doğan olumsuz sonuçların ortadan kaldırılması ve eski hâle dönülmesi ilkesi vurgulanmıştır.¹⁰¹ Buradan yola çıkan Divan, Viyana Sözleşmesi m. 36'nın ihlaline sebep olan ulusal yargı kararlarının etkili bir biçimde yeniden incelenmesi gerektiğine ve Sözleşme'de korunan haklara yönelik ihlallerin giderilmesi şartıyla bu yeniden incelemenin ABD'nin kendi seçeceği şekilde yapılacağına hükmetmiştir. Böylece, LaGrand Kararı'ndaki mülahazalar aynen

97 Ibid, para 106.

98 Ibid, para 153

99 Ibid, para 109.

100 Ibid, para 112.

101 Bir devletin yabancılara ait mülklerin kamulaştırması sonucunda ortaya çıkan zararın tazmin yükümlülüğünün ele alındığı henüz 1927 tarihli bir karar olan Chorzow Factory Kararı (1927) PCIJ Rep Series A No 17, s 21; ayrıca bkz Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Devletlerin Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeleri (2001) < https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf> Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021, m 1.

tekrarlanmıştır.¹⁰² Ayrıca, af usulü ile cezanın ortadan kaldırılmasının yahut değiştirilmesinin bu yükümlülüğün yerine getirilmesi anlamına gelmeyeceği belirtilmiştir.¹⁰³

Dikkat çekici bir şekilde, Meksika'nın ABD'nin LaGrand Kararı'ndan sonra Viyana Sözleşmesi m. 36'nın yeniden ihlal edilmemesi için ortaya koymaya taahhüt ettiği çabaların Avena Davası'na konu vakalar itibariyle etkisiz olduğunun kanıtlandığı ve ABD'nin bir kez daha söz konusu ihlallerin tekrarlanmaması için gerekli taahhütleri vermesi gerektiği yönündeki talebi ise Divan tarafından kabul görmemiştir.¹⁰⁴ Yeniden incelemenin etkili bir şekilde yapıldığı müddetçe hangi yollarla yapılacağını ABD yetkililerinin tercihine bırakılması yönündeki karar da buna dahildir.¹⁰⁵ Divan'a göre, Avena Kararı'nda tespit edilen ihlallere rağmen ABD genel olarak LaGrand Kararı sonrasında verdiği taahhütleri iyi niyetle yerine getirmiş ve kayda değer iyileştirici adımlar atmıştır. Bu sebeple, LaGrand Kararı'nın ilgili hükümleri hâlâ geçerli olup ayrıca bir kez daha benzer bir hüküm vermeye gerek olmayacaktır.¹⁰⁶

Avena Davası'nda Meksika'nın taleplerinden biri, aynı LaGrand Davası'nda Almanya'nın yaptığı gibi, ABD'nin gerçekleştirdiği hak ihlallerinin aynı zamanda uluslararası insan hakları hukukundan kaynaklanan bireylerin adil yargılanma hakkını da ihlal ettiğine karar verilmesi olmuştur.¹⁰⁷ UAD de LaGrand Kararı'ndaki tutumunu sürdürerek Viyana Sözleşmesi'nde bireylere verilen hakların insan hakları kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine yönelik karar verilmesine gerek görülmediğini belirtmiş ancak Viyana Sözleşmesi'nin ne lafzının ne konu ve amacının ne de hazırlık çalışmalarının Meksika'nın bu çıkarımını destekleyecek nitelikte olduğunu söyleyerek bu konuda LaGrand Kararı'na kıyasla daha olumsuz bir tutum takınmıştır.¹⁰⁸

102 Avena Kararı (n 59) para 131.

103 Ibid, para 135, 143.

104 Ibid, para 145.

105 Ibid, para 115,150, 153.

106 Ibid, para 149-150; bu hükümlerin uygulanmasına dair bir inceleme için bkz Bruno Simma and Carsten Hoppe, 'From LaGrand and Avena to Medellin - A Rocky Road toward Implementation' (2005) 14(1) TUL J INT'L & COMP L 7; Cara H Drinan, 'Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations: Private Enforcement in American Courts after LaGran' (2002) 54 STAN L REV 1303; Philip Tisne, 'The ICJ and Municipal Law: The Precedential Effect of the Avena and Lagrand Decisions in U.S. Courts' (2005) 29(4) Fordham International Law Journal 865 .

107 Avena Kararı (n 59) para 35.

108 Avena Kararı (n 59) para 124.

d. Kararın Önemi¹⁰⁹

Avena Kararı, çok büyük ölçüde LaGrand Kararı'ndaki hükümleri tekrar ettiği için, bu Karar'ın önemine ilişkin ek olarak söylenecek fazla bir husus yoktur. Ancak ABD'nin LaGrand Kararı'ndaki itirazlarına ek olarak itiraz ettiği iki konuda, yani Viyana Sözleşmesi m. 36'daki "gecikmeksizin haber verme" kavramının detaylı bir şekilde tanımlanması ve çifte vatandaşlık ihtimalinin olduğu durumlarda Viyana Sözleşmesi m. 36'nın nasıl uygulanacağına aydınlatılması bakımından Avena Kararı'nın geliştirdiği içtihatlar önemlidir.

UAD'nin LaGrand Kararı'ndaki tutumunu sürdürerek Viyana Sözleşmesi'nde bireylere verilen hakların insan hakları kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine yönelik karar verilmesine gerek görülmediğini belirtmekle kalmayıp Viyana Sözleşmesi'nin ne lafzının ne konu ve amacının ne de hazırlık çalışmalarının Meksika'nın bu yöndeki talebini destekleyecek nitelikte olmadığını not düşmesi, ayrıca önemlidir. Zira Divan'ın bu konuda LaGrand Kararı'na kıyasla daha olumsuz bir tutum takındığı gözlemlenmektedir.¹¹⁰ Bu da LaGrand Kararı'nın önemini değerlendirdiğimiz bölümde ortaya koyduğumu beklentinin aksine, UAD'nin geleneksel yaklaşımı savunan daha muhafazakâr bir çizgiye bir nebze de olsa kayabilmiş olduğunu göstermesi açısından önemlidir. Zira bu durum, yine LaGrand Kararı'nın önemini değerlendirdiğimiz bölümde not düştüğümüz üzere, uluslararası hukuk kaynaklarının bireylere doğrudan haklar ihdas edebildiğini kabullenmekte güçlük çeken geleneksel bir görüşün etkisini sürdürdüğünü göstermektedir.

4. Bir Adım İleri: Jadhav Kararı

a. Vaka

2017 tarihli Jadhav Davası, UAD'nin önüne Viyana Sözleşmesi m. 36'ya ilişkin gelen üçüncü uyuşmazlık olmuştur. Daha önce Hindistan Deniz Kuvvetleri'nin bir mensubu olan Hindistan vatandaşı Kulbhushan Sudhir Jadhav, Pakistan yetkilileri tarafından 3 Mart 2016'da tutuklanmış¹¹¹ ve yargılanarak 10 Nisan 2017'de ölüm cezasına çarptırılmıştır.¹¹² Hindistan'ın iddialarına göre, Jadhav hakkındaki casusluk suçlamaları

109 Avena Kararı'nda, işbu Karar'ın farklı yönlerine serh düşen dört ayrı görüş dışında herhangi bir karşı oy görüşü olmaması sebebiyle, karşı oy görüşlerini değerlendiren müstakil bir bölüm olmaksızın "kararın önemi" bölümüne geçilmiştir.

110 Avena Kararı (n 59) para 124.

111 *Jadhav Kararı* 2019 <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/168/168-20190717-JUD-01-00-EN.pdf>> Erişim Tarihi 21 Nisan 202, para 21.

112 Ibid, para 29.

sebebiyle İran'dan kaçırılmış ancak Pakistan tarafından Pakistan'ın Belucistan Eyaleti'nde tutuklanmış gibi gösterilmektedir. Pakistan ise yakalandığı zaman Jadhav'ın "Hussein Mubarak Patel" ismine düzenlenmiş sahte bir Hindistan pasaportunu taşıdığını iddia etmektedir.¹¹³ Pakistan, Jadhav'ın tutuklanmasından 22 gün sonra (25 Mart 2016'da) Hindistan'ın İslamabad'daki diplomatik temsilcileri ile irtibata geçmiş ve Jadhav'ın Hindistan'ın "Research and Analysis Wing (RAW)" isimli istihbarat örgütü adına casusluk ve terörizm faaliyetleri için Pakistan'da bulunduğunu itiraf ettiği sorgu kayıtlarını paylaşmıştır. Pakistan yetkilileri söz konusu paylaşımı aynı gün BM Güvenlik Konseyi'nin daimi üyeleri ile de yapmıştır.¹¹⁴ Dolayısıyla, Jadhav'ın tutuklanmasına ve akabinde yargılanmasına esas teşkil eden suçlama casusluk ve terörizm faaliyetlerine katılımdır.

Pakistan'dan kendisine gelen bildirim üzerine Hindistan'ın diplomatik temsilciliği hemen Pakistan'a sözlü nota yollarak Jadhav'a Viyana Sözleşmesi m. 36 çerçevesinde konsüler erişim talebinde bulunmuş ancak bu talebi reddedilmiştir. Öyle ki 9 Ekim 2017'ye kadar on adet sözlü nota ile aynı talep tekrarlanmıştır.¹¹⁵ Bu sırada, Pakistan'da yargı süreci başlamış ve ilk mahkeme duruşması 21 Eylül 2016'da, askeri mahkeme nezdinde yapılmıştır.¹¹⁶ Ancak yargılamaya ilişkin kamuya açık ilk bildirimler Nisan 2017'de paylaşılmış ve Jadhav'a tam olarak hangi suçlamaların yöneltildiği bu bildirimlerde belirtilmiştir. Ayrıca, Jadhav'a savunma yapabilmesi için gerekli imkân ve sürenin sağlandığına dair olgular da paylaşılmıştır.¹¹⁷

Yargılama sürecinde dikkat çeken bir husus ise Ocak 2017'de Pakistan yetkililerinin Hindistan'ın diplomatik temsilciliği ile irtibata geçerek Jadhav'ın kovuşturma sürecinde yardımcı olabilecek kanıt, materyal ve kayıtların temini için destek istemesidir. Bu talebin, terörizme karşı faaliyetlerde karşılıklı işbirliğine ilişkin daha önceki mutabakatlar ve ilgili BM Güvenlik Konseyi kararlarına dayanılarak yapıldığı belirtilmiştir. Ancak Hindistan bu taleplere hiçbir hukuki dayanağı olmaması sebebiyle olumlu karşılık vermemiştir.¹¹⁸ Pakistan da bu olumsuz karşılığı, Hindistan'ın talep ettiği konsüler erişim hakkını engelleyen bir gerekçe olarak göstermiştir.¹¹⁹

113 Ibid, para 21.

114 Ibid, para 22.

115 Ibid, para 23.

116 Ibid, para 25.

117 Ibid, para 25.

118 Ibid, para 27.

119 Ibid, para 28.

Nihayetinde, 10 Nisan 2017’de Jadhav’ın ölüm cezasına çarptırıldığını açıklayan Pakistan, 14 Nisan 2017’deki ek bir açıklamayla karara karşı açık olan itiraz yollarını kamuoyuna bildirmiştir.¹²⁰ Nitekim sonraki süreçte bu yollara başvurulmuştur. Ancak bu başvurulardan belirgin bir sonuç alınmamıştır.¹²¹ Bunun üzerine, Hindistan, Pakistan’ın iki devletin taraf olduğu Viyana Sözleşmesi’nin konsüler haklara dair hükümleri başta olmak üzere uluslararası hukuku ihlal ettiği gerekçesiyle 8 Mayıs 2017’de UAD’ye başvurmuştur.¹²² İfade etmek gerekir ki dava başvurusundan birkaç ay sonra, 10 Kasım 2017’de Pakistan, Hindistan yetkililerine ilk kez Jadhav’ı ziyaret hakkı vermiş ve söz konusu ziyaret 25 Aralık 2017’de gerçekleşmiştir.¹²³

Divan, Hindistan’ın başvurusunun ardından, 18 Mayıs 2017’de Jadhav’ın cezasının infazının durdurulması yönünde bir ihtiyari tedbir kararı almıştır.¹²⁴ Ayrıca, hem Hindistan’ın hem de Pakistan’ın sırasıyla 1977 ve 1969 yıllarından bu yana Viyana Sözleşmesi’nin tarafları olmasından ötürü, Viyana Sözleşmesi kaynaklı uyumsuzlukları kendisine taşıyabileceklerini belirtmiş ve davaya bakmaya yetkili olduğuna karar vermiştir.¹²⁵

b. Tarafların Görüşleri

Hindistan, Pakistan Askeri Mahkemesi’nin kararının Viyana Sözleşmesi m. 36 ile BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m. 14’ü ihlal ettiğine, ayrıca söz konusu ceza kararının hükümsüz ve hukuk dışı sayılmasına, son olarak da Jadhav’ın serbest bırakılmasına karar verilmesini talep etmiştir. Jadhav’ın serbest bırakılması yönünde bir hüküm verilmemesi durumunda ise seçenek olarak Pakistan’ın Jadhav’ı Viyana Sözleşmesi m. 36’dan doğan tüm hakları kullandırılacağı bir yargı süreciyle sivil mahkemelerde en baştan yargılmasına yönelik bir hüküm verilmesini istemiştir.¹²⁶ Pakistan ise öncelikli olarak davanın bazı kabul edilebilirlik şartlarını taşımadığı yönünde itirazlarda bulunmuştur. Hindistan’ın Jadhav’ın sahte bir pasaportla tutuklanmasına ve casusluk ile terörizm faaliyetleri için Pakistan topraklarında bulunmasına rağmen Hindistan’ın Pakistan yetkililerine yardımcı olmadığına, bu

120 Ibid, para 29.

121 Ibid, para 30-31.

122 Ibid, para 1-2.

123 Ibid, para 32.

124 Jadhav Kararı İhtiyati Tedbir Kararı (2017) <<https://www.icj-cij.org/en/case/168/provisional-measures>> Erişim Tarihi 2 Mayıs 2021; söz konusu ihtiyati tedbir kararının detaylı bir incelemesi için bkz Das and Nargas (n 9) 38-44.

125 Jadhav Kararı (n 91) para 36-38.

126 Ibid, para 17-19.

tutumun hem hakkın suiistimali ve aynı zamanda BM Güvenlik Konseyi'nin terörlere mücadeleyle ilişkin 1373 sayılı ve 2001 tarihli Kararı'na aykırılık teşkil ettiğini belirtmiştir.¹²⁷ Ayrıca, Hindistan'ın daha önceki hukuka aykırı eyleminin sonucu olarak doğan bir olayda hak iddia edemeyeceğini belirtmiştir.¹²⁸ Hindistan ise bu yorumu reddederek, Viyana Sözleşmesi m. 36'da korunan hakların kullanımının hiçbir şekilde bu tarz şartlara bağlanamayacağını belirtmiştir.¹²⁹ Nihayetinde, Divan da Hindistan'ı haklı bulup bu itirazların hiçbirinin başvurunun kabul edilebilirliğini etkilemediğine karar vererek davayı esastan incelemiştir.¹³⁰

Esas olarak, Pakistan, Jadhav'ı Viyana Sözleşmesi m. 36(1) (b)'den doğan hakları konusunda bilgilendirmediği olgusunu reddetmemektedir. Ancak Pakistan'ın Hindistan'a Viyana Sözleşmesi m. 36'daki hakları kullandırmamaya gerekçe olarak sunduğu bazı hususlar mevcuttur. Bunlar, söz konusu hakların casusluk suçlamalarının varlığı durumunda geçerli olmadığı, uluslararası teamül hukukunda bu hakların uygulanmamasını sağlayacak istisnaların yer aldığı ve iki taraf arasında Viyana Sözleşmesi'nde öngörülenin aksine özel (*lex specialis*) bir konsüler rejim yaratan 2008 tarihli bir ikili anlaşmanın varlığıdır.¹³¹

Hindistan, Pakistan'ın yaptığı ihlallerin tespitine ek olarak, Pakistan Askeri Mahkemesi'nin verdiği ceza kararının uluslararası hukuka aykırı olduğunun ilan edilmesine, bu kararın yok sayılarak yargılama öncesi hâle dönülmesine, Pakistan'a Jadhav'ın Hindistan'a güvenli geçişini sağlama veya bu olmuyorsa Pakistan'daki sivil mahkemelerde daha önceki itirafları göz önüne alınmadan yeniden yargılanması emri verilmesine hükmedilmesini talep etmiştir.¹³² Ayrıca, Viyana Sözleşmesi m. 36'ya ilişkin ihlal ile BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 14 arasındaki "sinerjinin" kabul edilmesi suretiyle BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin de ihlal edildiğine hükmedilmesi de talep edilmiştir.¹³³

127 Ibid, para 52.

128 Ibid, para 59. Bu yorum biçimi "temiz eller doktrini" olarak adlandırılmaktadır.

129 Ibid, para 53.

130 Ibid, para 58, 60-61, 63; nitekim Divan, esastan inceleme yaparken de Pakistan'ın hakkın suiistimali ve temiz eller doktrinine dayanan iddialarını haklı bulmamıştır, bkz para 123-124.

131 Jadhav Kararı (n 91) para 68; söz konusu Anlaşma için bkz 'Agreement on Consular Access Between the Government of the Islamic Republic of Pakistan and the Government of the Republic of India' (2008) <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/No%20Volume/54471/Part1-54471-08000002804b7dde.pdf>> Erişim Tarihi 22 Nisan 2021; ayrıca uluslararası teamül hukukuna ilişkin iddiaya dair detaylı bir inceleme için bkz Russell Buchan and İñaki Navarrete, 'The Jadhav Judgment: Espionage, Carve-Outs and Customary Exceptions' (EjilTalk, 8 Ağustos 2019) <ejiltalk.org/the-jadhav-judgment-espionage-carve-outs-and-customary-exceptions/> Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021.

132 Jadhav Kararı (n 91) para 125.

133 Ibid, para 126.

Dikkat çekici bir diğer talep ise mevcut davanın LaGrand ve Avena davalarından ayrı görülmesi ve Divan'ın sadece Jadhav'a verilen ceza kararının yeniden incelenmesi hükmünü vermekle yetinip bunun nasıl yapılacağına kararını Pakistan'a bırakılmaması talebidir. Hindistan bu talebine gerekçe olarak, önceki iki davada davalı taraf olan ABD'nin yargı sisteminin adil yargılanma zeminini sağlayacak bir nitelikte olmasını fakat Pakistan'daki askeri yargı rejiminin sivilleri yargılarken "asgari adil yargılama" ölçütlerini taşımamasını göstermiştir. Bu gerekçesine örnek teşkil edecek dava emsallerine¹³⁴ ve sivil toplum örgütü raporlarına da işaret etmiştir.¹³⁵ Pakistan ise bu taleplerin kabul edilmesi durumunda UAD'nin bir ceza temyiz mahkemesi gibi davranarak yetkisini aşmış olacağını ve en fazla etkili bir yeniden inceleme hükmü verilerek bunun nasıl yapılacağına Pakistan'ın uhdesine bırakılması gerektiğini belirtmiştir.¹³⁶

c. Uluslararası Adalet Divanı'nın Kararı ve Gerekçeleri

UAD öncelikli olarak, Pakistan'ın Hindistan'ın Viyana Sözleşmesi m. 36'dan doğan haklara dayanmasının hakkın kötüye kullanımı olduğu ve Hindistan'ın önceki olası uluslararası hukuk ihlallerinden ötürü söz konusu haklara dayanamayacağı yönündeki genel itirazı reddetmiştir.¹³⁷ Böylece, Divan'ın tam da Pakistan'ın öne sürdüğü gibi durumları niteleyen "temiz eller doktrinini (*clean hands doctrine*)" kendi önüne gelen bir uyumsuzlukta dikkate almaması kayda değerdir.

Esasa ilişkin değerlendirmelerinde ise Divan, ilk olarak casusluk durumunda Viyana Sözleşmesi'nde ve uluslararası teamül hukukunda 36. maddenin uygulanmasını engelleyecek bazı genel istisnaların olduğu iddialarını ele almıştır.¹³⁸ Yaptığı inceleme sonucunda bu iki iddiayı da kabul etmeyen¹³⁹ Divan, tam tersine, böylesi bir yaklaşımın konsüler haklar rejiminin temel amacına karşı olacağını belirtmiştir.¹⁴⁰ Gerçekten de Viyana Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmalarının yapıldığı koşulların incelenmesi

134 Pakistan Yüksek Mahkemesi, Said Zaman Khan et al v Federation of Pakistan (29 Ağustos 2016) Civil Petition No 842 of 2016.

135 Jadhav Kararı (n 91) para 127.

136 Ibid, para 129-130.

137 para. 61, 66.

138 Jadhav Kararı (n 91) para 69-90; ayrıca bkz Das and Nargas (n 9) 56; Bu konuda genel bir eser olarak bkz Mark Warren, 'Rendered Meaningless? Security Detentions and the Erosion of Consular Access Rights' (2014) 38 S ILL U L J 27.

139 Jadhav Kararı (n 91) para 73, 89; bu konuda bir değerlendirme için bkz Victor Kattan, 'Jadhav Case (India v. Pakistan)' (2014) 114(2) American Journal of International Law 281.

140 Jadhav Kararı (n 91) para 74.

durumunda Pakistan'ın öne sürdüğü tarzda daraltıcı bir yorumun kabul edilmesinin güç olacağı ortaya çıkmaktadır. Viyana Sözleşmesi, 1963 yılında imzalanmış olup bu yıllar Soğuk Savaş'ın zirvede ve uluslararası casusluk faaliyetlerinin had safhada olduğu bir dönemdir. Ancak bu koşullar altında dahi devletler Viyana Sözleşmesi m. 36.'daki geniş kapsamlı koruyucu hakları verme konusunda uzlaşmışlardır.¹⁴¹ Ayrıca, devlet uygulamalarında casusluk faaliyetleri sebebiyle tutuklanan yabancıların kendi uyruk devletlerinin konsolosluk yetkilileri ile görüşürdüğü ve Viyana Sözleşmesi'nden kaynaklanan haklarının kullandırıldığı örnekler mevcuttur. 2009 yılında üç ABD vatandaşını bu şekilde tutuklayan İran, Viyana Sözleşmesi m. 36'ya riayet etmiştir.¹⁴² Bu bakımdan, uluslararası teamül hukukuna yaslanan iddia da pek sağlam durmamaktadır.

Öte taraftan, Pakistan'ın iki taraf arasında Viyana Sözleşmesi'nde öngörülenin aksine *lex specialis* bir konsüler rejim yaratan 2008 tarihli bir İkili Andlaşma'nın varlığı yönündeki tezi ise öncelikli olarak Viyana Sözleşmesi'ne taraf devletlerin, kendi aralarında yapacakları andlaşmalarla bu Sözleşme'nin hükümlerini ancak teyit edebilecekleri yahut genişletebilecekleri ancak kısıtlayamayacakları gerekçesiyle kabul görmemiştir.¹⁴³ Kaldı ki söz konusu İkili Andlaşma'nın kendisi 2.¹⁴⁴ ve 4.¹⁴⁵ maddelerinde Viyana Sözleşmesi'nde verilen güvence ve hakları yinelemekte, sadece 6. maddesinde güvenlik veya siyasi sebeplerle diğer tarafın uyruğundaki kişilerin gözaltına alınabileceği ve tutuklanabileceği yönünde bir hüküm getirmektedir.¹⁴⁶ Yani, İkili Andlaşma'ya Viyana Sözleşmesi karşısında öncelik verilebileceği kabul edilseydi bile 6. maddedeki bu hükmün lafzına bakıldığında Viyana Sözleşmesi m. 36'ya bir istisna getirip getirmediği açık değildir.

141 Luke T Lee and John Quigley, *Consular Law and Practice* (3rd ed, OUP 2008) 49; John Quigley, 'Vienna Convention on Consular Relations: In Retrospect and Into the Future' (2014) 38 S ILL U L J 2.

142 Cindy Buys, 'Reflections on the 50th Anniversary of the Vienna Convention on Consular Relations', (2014) 38 S ILL U L J 57, 63.

143 Jadhav Kararı (n 91) para 96; Viyana Sözleşmesi'nin ilgili hükme ilişkin hazırlık çalışmaları için bkz. U.N. Conference on Consular Relations, Summary Records of Plenary Meetings and of the Meetings of the First and Second Committees 338, U.N. Doc. A/CONF.25/6 (Vol. I) (Mar. 15, 1963), s. 240.

144 Agreement on Consular Access Between the Government of the Islamic Republic of Pakistan and the Government of the Republic of India (n 111) m 2: "Immediate notification of any arrest, detention or imprisonment of any person of the other country shall be provided to the respective High Commission. (Diğer ülkedeki herhangi bir kişinin tutuklanması, gözaltına alınması veya hapsedilmesi halinde derhal ilgili Yüksek Komisyona bildirilecektir.)"

145 Ibid, m 4: "Each government shall provide consular Access within three months to nationals of one country under arrest, detention or imprisonment in the other country. (Her hükümet, bir ülkenin vatandaşlarına diğer ülkede tutuklu, gözaltında veya hapsedilmiş üç ay içinde konsolosluk erişimi sağlayacaktır.)"

146 Ibid, m 6: "In case of arrest, detention or sentence made on political or security grounds, each side may examine the case on its merits. Siyasi veya güvenlik gerekçesiyle tutuklama, gözaltına alma veya ceza verilmesi durumunda, taraflar davayı esasları açısından inceleyebilir."

UAD, Pakistan'ın Viyana Sözleşmesi m.36(1)(b)'yi ihlal ettiğine karar vermekte zorlanmamıştır. Zira bizzat Pakistan, tutuklanmasından sonra Jadhav'ı hakları konusunda bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirdiğini iddia etmemiş, yukarıda belirtilen ve Divan'ın kabul etmediği gerekçeler sunmuştur.¹⁴⁷ Ayrıca, Jadhav'ın tutuklanması ile Hindistan yetkililerine haber verilmesi arasında geçen 3 haftalık sürenin de "gecikmeksizin haber verme" yükümlülüğü ile uyumlu olmadığı ve m. 36(1)(b)'nin ayrıca ihlalini teşkil ettiğine karar verilmiştir. Daha önce Avena Kararı'nda belirtildiği gibi, "gecikmeksizin" ifadesinin olayın şartlarına göre yorumlanabileceğini kabul eden Divan, mevcut olaydaki gecikmeyi meşrulaştırıcı bir durumun olmadığını ortaya koymuştur.¹⁴⁸ Divan, ayrıca, Hindistan yetkililerine yargılamanın devam ettiği sürecin çoğunda Jadhav'a erişim ve ona bir müdafii avukat atama hakkının verilmemesi sebebiyle, m. 36(1) (a) ve (c)'nin de ihlaline karar vermiştir.¹⁴⁹

Divan, öncelikli olarak, Pakistan'ın ihlal ettiği Viyana Sözleşmesi m. 36'daki hakların kullanılmasını ivedi bir şekilde sağlamasına karar vermiştir.¹⁵⁰ Ancak Divan, bu ilkeden hareketle Hindistan'ın tüm taleplerinin karşılanması yönünde bir karar vermemiştir. Pakistan Askeri Mahkemesi'nin Jadhav hakkındaki mahkeme kararının kendisinin Viyana Sözleşmesi ve Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'ne, dolayısıyla uluslararası hukuka aykırı olduğuna dair bir hüküm vermeyi yetkisini aştığı gerekçesiyle reddetmiştir.¹⁵¹ Pakistan'a söz konusu ceza kararının yok sayılması, Jadhav'ın serbest bırakılması ve Jadhav'ın yargılama sürecinin sivil mahkemeler nezdinde yeniden yapılması yönünde emir vermeyi kabul etmemiştir.¹⁵² Divan, LaGrand ve Avena kararlarında olduğu gibi, sadece Pakistan Askeri Mahkemesi'nin Jadhav'a ilişkin kararının etkili bir şekilde yeniden incelenmesine hükmetmiştir.¹⁵³ Ayrıca, Divan bu hükümler uygulanana kadar Jadhav'ın cezasının infazının durdurulması gerektiğini kararlaştırmıştır.¹⁵⁴

Divan, yeniden incelemenin bu incelemeyi etkili bir şekilde mümkün kılacak usullerle yapılması gerektiğini özellikle vurgulamıştır. Bundan yola çıkarak, Pakistan'da Jadhav

147 Jadhav Kararı (n 91) para 102.

148 Ibid, para 113.

149 Ibid, para 118-119.

150 Ibid, para 134.

151 Ibid, para 135-136.

152 Ibid, para 137.

153 Ibid, para 138.

154 Ibid, para 148

gibi askeri mevzuatta yer alan suçlardan yargılanan kişilere ilişkin kararları yeniden gözden geçirme imkanlarının çok kısıtlı ve istisnai durumlar haricinde imkansız olduğunu tespit eden Divan, LaGrand ve Avena kararlarında çizilen çerçevenin bir adım ötesine geçip söz konusu kararın “yeniden düşünülmesi ve gözden geçirilmesini güvence altına almak için gerekli tüm önlemlerin alınması”, hatta gerekiyorsa “ulusal mevzuatta değişikliklerin yapılması” gerektiğine hükmetmiştir.¹⁵⁵ Dolayısıyla, Jadhav Kararı’nın yeniden inceleme hükmü hususunda LaGrand ve Avena kararları ile bire bir aynı olduğunu da söylemek isabetli olmayacaktır. Divan, Hindistan’ın Pakistan’ın ceza yargı sistemine ilişkin kaygılarını haksız bulmayarak hükme çok kısa bir ibare eklemek suretiyle de olsa bir adım ileri gitmiş ve hükmü genişletici bir mülahazada bulunmuştur.¹⁵⁶ Olası gerekli değişikliklerin ne olduğu bir kez daha davalı devletin tercihine bırakılsa da gerekirse ulusal hukuk düzenlemelerinde etkili değişikliklerin yapılması gibi önemli bir ek ve özel yükümlülük getirilmiştir. Böylece, Divan’ın dolaylı da olsa bir devletin ulusal mevzuatına müdahale edebileceğinin emsali ortaya konmuştur. Elbette, Divan’ın müdahalesi hâlâ daha ziyade usul hukuku boyutuyla sınırlıdır.¹⁵⁷

Jadhav Kararı’nın dikkat çeken bir başka yanı ise Hindistan’ın uluslararası insan hakları hukuku ile ilgili ihlal iddialarını doğrudan kendi yetkisi içerisinde görmese bile Viyana Sözleşmesi m. 36 çerçevesinde incelemesi olmuştur.¹⁵⁸ Şöyle ki Hindistan’ın Jadhav’a yönelik muamelenin BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin 14. maddesindeki adil yargılanma hakkının ihlali olduğu iddiası yetkisizlik sebebiyle değerlendirilmemiş ancak söz konusu hakkın, Viyana Sözleşmesi m. 36’nın yorumlanmasında kullanılabilirliği şeklinde ilgi çekici ve yenilikçi denebilecek bir ifade kullanılmıştır.¹⁵⁹ Ayrıca, bireylerin adil yargılanma hakkının, ulusal mahkeme kararının yeniden incelenmesi sürecinde temel öneme sahip olduğu özellikle vurgulanmıştır.¹⁶⁰

155 Jadhav Kararı, para. 139-146; bu konuda detaylı bir inceleme için bkz Reema Omer, ‘Beyond “Winners” and “Losers”’: Understanding the International Court of Justice’s Judgment in the Jadhav Case’ (*Opiniojuris*, 31 Temmuz 2019) <opiniojuris.org/2019/07/31/beyond-winners-and-losers-understanding-the-international-court-of-justices-judgment-in-the-jadhav-case/> Erişim Tarihi 16 Mayıs 2021.

156 Raphael Schäfer and Kanad Bagchi ‘Reflections on the International Court of Justice Decision in the Jadhav Case (India v. Pakistan): Part II’ (*Opiniojuris*, 25 Temmuz 2019) <opiniojuris.org/2019/07/25/reflections-on-the-international-court-of-justice-decision-in-the-jadhav-case-india-v-pakistan-part-ii/> Erişim Tarihi 16 Mayıs 2021.

157 Freya Baetens, ‘The International Court of Justice renders its judgment in the Jadhav case (India v. Pakistan)’ (*EjilTalk*, 18 Temmuz 2019) <ejiltalk.org/the-international-court-of-justice-renders-its-judgment-in-the-jadhav-case-india-v-pakistan/> Erişim Tarihi 16 Mayıs 2021.

158 Raphael Schäfer and Kanad Bagchi (n 139).

159 Jadhav Kararı (n 91) para 135.

160 Jadhav Kararı (n 91) para 145.

d. Karşı Oy Görüşleri

Jadhav Kararı'nda tek karşı oy görüşünün sahibi olan Yargıç Jillani'nin Divan'ın bu yöndeki gerekçelendirmesine karşı ortaya sunduğu izahlar kayda değerdir. Yargıç Jillani, öncelikli olarak Jadhav Davası'nın LaGrand ve Avena davalarının sahip olduğu şartlardab çok daha farklı şartlar taşıdığıının altını çizmiştir. Zira hakları ihlal edildiği iddia edilen birey herhangi bir olmayıp casusluk ve terörizm faaliyetleri gibi doğrudan ulusal güvenliği tehdit eden suçlarla itham edilen biridir. Bu noktada, Viyana Sözleşmesi'nin temel amaçlarından birinin “uluslar arasında dostane ilişkilerin geliştirilmesi” ve “uluslararası barış ve güvenliğin muhafazası” olduğu unutulmamalıdır.¹⁶¹ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 26 uyarınca, her uluslararası andlaşmadan taraflara doğan hakların iyi niyet çerçevesinde kullanılması gerektiği ilkesi de hakeza akılda tutulmalıdır. Ancak, Yargıç Jillani'nin değerlendirmesine göre, Hindistan'ın Jadhav üzerinden gerçekleştirdiği faaliyetler Viyana Sözleşmesi'nin konusu ve amacına da iyi niyet ilkesine de hiçbir şekilde uymamaktadır. Bu sebeple, Viyana Sözleşmesi m. 36'dan doğan haklara dayanması, hakkını kötü niyetle kullanması anlamına gelmektedir. Divan'ın bu durumu dikkate almaması isabetli olmamıştır.¹⁶²

Yargıç Jillani, Divan'ın 2008 tarihli bir İkili Andlaşma'nın hükümlerini davada dikkate almamış olmasını da eleştirmiştir. Zira taraflar, Viyana Sözleşmesi m. 36'nın varlığını bildikleri hâlde bu öze andlaşmayı akdetmiştir. Yani, bilinçli bir tercih söz konusudur. Divan'ın bu tercihi dikkate almadan 2008 tarihli İkili Andlaşma'yı dikkate almaması isabetli olmamıştır.¹⁶³ Jillani'ye göre, söz konusu İkili Andlaşma'nın Viyana Sözleşmesi'nin konu ve amacına genel olarak aykırı bir niteliği de yoktur. Tersine, taraflar kendi durumlarına özgü koşullardan doğan ulusal güvenlik kaygılarıyla Viyana Sözleşmesi'nde öngörülen çerçeveyi kendi ikili ilişkilerinde bazı açılardan değiştirerek uygulayacakları *lex specialis* bir konsüler rejim yaratmayı hedeflemiştir.¹⁶⁴

Yargıç Jillani'ye göre, olgulardan açıkça anlaşıldığı üzere, Hindistan'ın Beluc Özgürlük Hareketi'nin terörist faaliyetlerine dahil olması için bir Hint vatandaşına sahte Müslüman kimlik çıkarmış olması kötü niyetli bir harekettir ve bu tip bir durumda Viyana Sözleşmesi'nden doğan haklarına dayanması bu hakların suiistimali olacaktır.¹⁶⁵ Ayrıca,

161 Jillani Karşı Oy Görüşü para. 2.

162 Jillani, para. 3-5.

163 Jillani, para. 20-21

164 Jillani, para. 28.

165 Jadhav Kararı, Yargıç Jillani'nin Karşı Oy Görüşü (2019) <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/168/168-20190717-JUD-01-05-EN.pdf>> Erişim Tarihi 2 Mayıs 2021, para. 16.

Pakistan yetkililerinin Hindistan yetkililerine Jadhav'ın tutuklanmasını geç bildirmesi, Jadhav'ın dahil olduğu casusluk ve terörizm ile ilintili faaliyetlere yönelik ciddi şüpheler göz önüne alındığında makuldür ve ulusal güvenliği korumayı hedeflemektedir. Bu sebeple, Pakistan'ın eylemleri Viyana Sözleşmesi m. 36'nın ihlali sayılmamalıdır.¹⁶⁶

Yargıç Jillani bu hususta da Divan'ın çoğunluğu ile ters düşmüştür. Yargıç Jillani, 2008 tarihli İkili Andlaşma'nın açıkça Pakistan ve Hindistan arasındaki özel koşulların dikkate alınması suretiyle Viyana Sözleşmesi'nin bazı hükümlerine şerh düşer nitelikte olmasının hedeflendiğini düşünmektedir. Bu nedenle de LaGrand ve Avena davalarında söz konusu olmayan böyle bir ek uluslararası andlaşmanın varlığı sebebiyle Jadhav Davası'ndaki durumun farklı olduğunu ve bu Andlaşma'nın dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir.¹⁶⁷

Öte yandan, Jadhav Kararı'nın karşı görüş bildiren yargıç Jillani'nin bu hükme dair önemli itirazları vardır. Yargıç Jillani'ye göre, Divan'ın LaGrand ve Avena kararlarının ötesine geçerek gerekiyorsa ulusal hukuk düzenlemelerinde değişiklik yapılması yönünde verdiği hükmü, her şeyden önce Pakistan'ın mevcut ulusal hukuk çerçevesinde Askeri Mahkemelerin kararlarının yargısal denetimden geçmediğine dair yanlış bir ön kabule dayandığı için isabetsizdir. Tam tersine, böyle bir mekanizma zaten mevcuttur. Ayrıca, böyle bir mekanizma olmasaydı dahi Divan bir devletin etkili yeniden inceleme yükümlülüğünü hangi yollarla yerine getirmesi gerektiğine karar verme yetkisini kendinde görmemelidir.¹⁶⁸ Nihayetinde, Yargıç Jillani'nin LaGrand ve Avena kararlarındaki çerçevenin dışına çıkılmasına karşı çıktığı ve Divan'ın attığı ileri adımı eleştirdiği açıktır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Divan'ın doğrudan BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 14'e ilişkin değerlendirme yapmak hususunda kendisini yetkili görmeme kararına Yargıç Cañado Trindade itiraz etmiş ve UAD'nin aynı Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi gibi bir yaklaşım¹⁶⁹ sergileyerek Viyana Sözleşmesi m. 36'da bireylere verilen hakları aynı zamanda BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'ndeki temel insan haklarıyla bağlantılı olarak değerlendirmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁷⁰ Yargıç Trindade'ye göre, AAİHM'in 1999'da verdiği Danışma

166 Ibid, para 37

167 Yargıç Jillani'nin Karşı Oy Görüşü (n 117) para 31.

168 Yargıç Jillani'nin Karşı Oy Görüşü (n 117) para 48.

169 Bkz dipnot 41.

170 Jadhav Kararı, Yargıç Cañado Trindade'nin Ayrı Görüşü (2019) < <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/168/168-20190717-JUD-01-01-EN.pdf> > Erişim Tarihi 18 Mayıs 2021, para 96-97.

Görüşü’nden beri geçen 20 yıl boyunca Viyana Sözleşmesi m. 36’nın doğrudan uluslararası insan hakları hukuku ile bağlantılı değerlendirilmesini gerektiren bir gelişim yaşanmıştır. Viyana Sözleşmesi m. 36(1)(b)’de düzenlenen bireysel haklar BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin sırasıyla 6.¹⁷¹ ve 14.¹⁷² maddelerinde düzenlenen yaşam ve adil yargılanma haklarıyla bağlantılıdır.¹⁷³ Ancak LaGrand, Avena ve Jadhav davalarında davacı devletler bu gerçeği UAD’nin önüne getirmiş olmasına rağmen, Divan bu bağlantıyı değerlendirmelerinde dikkate almamıştır.¹⁷⁴ Hem de Viyana Sözleşmesi m.36’daki hakları bireysel haklar olarak nitelemiş olmasına rağmen bunları birer insan hakkı olarak ele almaktan kaçınmıştır.¹⁷⁵ Ancak özelde konsüller hukukun, genel olarak da uluslararası hukukun kendisinin “insanileştiği” tarihi süreci ıskalamak doğru bir tutum değildir.¹⁷⁶ Yargıç Robinson da Trindade ile benzer bir görüşü savunarak kendisine destek vermiştir.¹⁷⁷ Söz konusu görüşler, Divan içerisinde insan hakları hukuku alanına giren konularda Divan’ın kendisini yetkili görmesi hususunda daha aktif bir tutum sergilemesini isteyen bir eğilimin yer aldığını göstermektedir. Ayrıca, bu görüşlerin Yargıç Jilani’nin karşı oy görüşünde aynı hususa dair yer alan eleştirilerle tam zıt yönde olduğunun, yani Viyana Sözleşmesi m. 36’nın devletler haricinde bireylere doğrudan hak verip vermediği tartışmasındaki iki zıt kutbun birden Jadhav Davası’nda kendini gösterdiğinin altı çizilmelidir.

171 BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (n 54) m 6: “1. Her insan doğuştan yaşama hakkına sahiptir. Bu hak hukuk tarafından korunur. Hiç kimse yaşama hakkından keyfi olarak yoksun bırakılamaz. 2. Ölüm cezası kaldırmamış olan ülkelerde, suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan hukuka uygun olarak ve bu Sözleşme ile Soykırım Suçunun İşlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesinin hükümlerine aykırı olmayacak biçimde, sadece çok ağır suçlar için idam cezası verilebilir. Bu ceza sadece yetkili mahkeme tarafından verilen nihai karardan sonra infaz edilebilir. 3. Yaşamdan yoksun bırakmanın bir soykırım suçunu oluşturması halinde bu maddedeki hiçbir hüküm bu Sözleşmeye Taraf bir Devlete Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesinin hükümlerine göre üstlendiği yükümlülüklerini azaltma yetkisi verdiği şeklinde anlaşılabilir. 4. Ölüm cezasına mahkum olan bir kimse bağışlanması veya cezasının hafifletilmesini isteme hakkına sahiptir. Her olayda ölüm cezasının affı, bağışlama veya hafifletme verilebilir. 5. Yaşı on sekizden küçük olan kimselere işledikleri suçlar nedeniyle ölüm cezası verilemez, hamile kadınların ölüm cezaları infaz edilemez. 6. Bu maddedeki hiçbir hüküm ölüm cezasının bu Sözleşmeye Taraf bir Devlet tarafından kaldırılmasını engellemek veya ertelemek için ileri sürülemez.”

172 Ibid, m 14(1): “Herkes mahkemeler ve yargı yerleri önünde eşittir. Herkes, hakkındaki bir suç isnadının veya hak ve yükümlülükleri ilgili bir hukuki uyumsuzluğun karara bağlanmasında, hukuken kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir...”

173 Cançado Trindade’nin Ayrık Görüşü (153) para 95.

174 Ibid, para 96.

175 Ibid, para 97.

176 Ibid, para 99.

177 Jadhav Kararı, Yargıç Robinson’un Ayrık Görüşü (2019) <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/168/168-20190717-JUD-01-03-EN.pdf>> Erişim Tarihi 19 Mayıs 2021, para 2.

e. Kararın Önemi

Görülebildiği üzere, Viyana Sözleşmesi m. 36'ya ilişkin üçüncü UAD davası da ihlal kararıyla sonuçlanmıştır. Zira Jadhav'a yabancı uyruklu bir kişi olduğu anlaşıldığı hâlde Viyana Sözleşmesi'nden doğan tüm haklarının kullanılmasında söz konusu olmamış, Jadhav'ın tutukluluk hâli Hindistan yetkililerine ciddi bir gecikmeyle bildirilmiş ve bildirimden hemen akabinde Hindistanlı yetkililer Jadhav ile görüşme talebinde bulunmuş olmasına rağmen Jadhav'ın ziyaret edilmesine müsaade edilmemiştir. Karar'da Pakistan'ın iddiaları reddedilirken dikkat çeken açıklamalardan biri, Viyana Sözleşmesi'nin birbirine bağlı olarak hem devletlere hem de bireylere haklar verdiğinin ve bu hakların kullanılmasının tarafların başka uluslararası yükümlülüklerini getirmesine bağlanamayacağına ortaya konmuş olmasıdır.¹⁷⁸ Böylece, bir taraftan, LaGrand Kararı'ndan itibaren istikrarlı bir şekilde belirtilen, Viyana Sözleşmesi'nin bireylere doğrudan uluslararası hukuktan doğan haklar verdiği yorumu sürdürülmüştür.

Jadhav Kararı'nın dikkat çeken bir başka yanı ise Divan'ın, Hindistan'ın uluslararası insan hakları hukuku ile ilgili ihlal iddialarını doğrudan kendi yetkisi içerisinde görmese bile Viyana Sözleşmesi m. 36 çerçevesinde incelemesi olmuştur.¹⁷⁹ Şöyle ki Hindistan'ın Jadhav'a yönelik muamelenin BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesindeki adil yargılanma hakkının ihlali olduğu iddiası yetkisizlik sebebiyle değerlendirilmemiş ancak söz konusu hakkın, Viyana Sözleşmesi m. 36'nın yorumlanmasında kullanılabilirliği şeklinde ilgi çekici ve yenilikçi denebilecek bir ifade kullanılmıştır.¹⁸⁰ Ayrıca, bireylerin adil yargılanma hakkının, ulusal mahkeme kararının yeniden incelenmesi sürecinde temel öneme sahip olduğu özellikle vurgulanmıştır.¹⁸¹

Gerçekten de BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 14, Jadhav'ın yargılama süreciyle LaGrand ve Avena kararlarındaki durumlara kıyasla daha ilgili gözükmektedir.¹⁸² BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 14(1) yetkin, bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından yargılanma hakkını düzenlemektedir. BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 14(3) ise yargılama sırasında kişinin adil yargılanmasını

178 Raphael Schäfer and Kanad Bagchi 'Reflections on the International Court of Justice Decision in the Jadhav Case (India v. Pakistan): Part I' (*Opiniojuris*, 25 Temmuz 2019) <opiniojuris.org/2019/07/25/reflections-on-the-international-court-of-justice-decision-in-the-jadhav-case-india-v-pakistan-part-i/> Erişim Tarihi 10 Mayıs 2021.

179 Raphael Schäfer and Kanad Bagchi (n 139).

180 Jadhav Kararı (n 91) para 135.

181 Jadhav Kararı (n 91) para 145.

182 Abhishek TRIVEDI, "The ICJ's Jadhav Judgment and Its Implications for Pakistan and India under International Law", *Asian Journal of International Law*, 11(1), 2021, s. 22-23.

sağlayacak usuli birçok ilkeyi ortaya koymaktadır. Bunlar arasında yargılamanın gecikmeksizin gerçekleştirilmesi, yargılanan kişinin kendisinin seçeceği bir müdafii avukatla savunma yapması, tanıkların mahkemede çapraz sorguya çekilebilmesi ve zorla yaptırılan itirafların mahkemede kullanılmaması gibi güvenceler yer almaktadır. Örneğin, Jadhav Davası'nda Hindistan, Pakistan yetkililerinin Jadhav'a zorla ve baskı altında yaptırdığı itirafların yargılama sürecinde dikkate alındığını iddia etmektedir.¹⁸³ Bir başka husus ise Askeri Mahkeme'de siviller için yapılan bir yargılamanın BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 14(1)'de aranan mahkeme niteliklerini sağlayıp sağlamayacağıdır. Bu husus sadece Jadhav Davası çerçevesinde gündeme gelmiş bir mesele olmayıp geçmiş birçok vakada karşılaşılmış bir meseledir. Bu sebeple, BM İnsan Hakları Komisyonu bu meseleyi ele almak zorunda hissetmiş ve 32 numaralı Genel Yorumu'nda Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 14(1)'in açıkça sivillerin askeri mahkemelerde yargılanmasını yasaklamadığını ancak bu tip yargılamaların istisnai durumlarda yapılması gerektiğini vurgulamıştır.¹⁸⁴ Öte yandan, bu konudaki bölgesel uygulamalar birbirinden farklılık arz etmektedir. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi¹⁸⁵ ve Afrika İnsan ve Halklar Hakları Komisyonu¹⁸⁶ sivillerin askeri mahkemelerde yargılanmasını kati bir şekilde yasaklamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise BM İnsan Hakları Komisyonu ile paralel bir yaklaşım sergilemiş ve adil yargılanmanın diğer koşullarına riayet edildiği sürece sivillerin istisnai bazı durumlarda askeri mahkemelerde yargılanabileceğini belirtmiştir.¹⁸⁷ BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 14(5)'te bir kişinin kendisine verilen cezanın daha yüksek bir yargı organınca yeniden gözden geçirilmesini talep etme hakkı düzenlenmektedir. Her ne kadar Pakistan Askeri Kanunu'na göre hiçbir sivil mahkemenin askeri mahkemelerin kararlarını yeniden inceleme yetkisi yoksa¹⁸⁸ da askeri yargı içerisinde bir temyiz sistemi vardır ve Jadhav'a verilen cezanın bu sistem çerçevesinde üst yargı merciileri tarafından gözden geçirildiği, dolayısıyla m. 14(5)'e aykırı bir durum olmadığı Pakistan tarafından öne sürülmüştür.¹⁸⁹

183 Jadhav Kararı, Oral Submissions-India (2019) <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/168/168-20190717-JUD-01-00-EN.pdf>> Erişim Tarihi 14 Mayıs 2021, para 71.

184 U.N. Human Rights Committee, General Comment No 32 (23 Ağustos 2007) U.N. Doc. CCPR/C/GC/32, para 22.

185 Castillo Petruzzi et al. v. Peru, (30 Mayıs 1999) Inter-Am Ct H R (ser C) No 52, para 127-128.

186 'Law Office of Ghazi Suleiman v Sudan' (29 Mayıs 2003) <http://www.achpr.org/files/sessions/33rd/communications/228.99/achpr33_228_99_eng.pdf> Erişim Tarihi 17 Mayıs 2021, para 64.

187 *Findlay v. UK* App No 22107/93 (ECHR, 1997).

188 Pakistan Army Act (1952) m 133B.

189 Jadhav Kararı, Yazılı Bildirim-Pakistan (2017) <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/168/168-20171213-WRI-01-00-EN.pdf>> Erişim Tarihi 17 Mayıs 2021, para 460.

Son olarak hatırlatmak gerekir ki bir önceki bölümde belirtildiği üzere, Divan'ın doğrudan BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 14'e ilişkin değerlendirme yapmak hususunda kendisini yetkili görmeme kararına Yargıç Cançado Trindade itiraz etmiş ve UAD'nin Viyana Sözleşmesi m. 36'da bireylere verilen hakları BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'ndeki temel insan haklarıyla doğrudan bağlantılı olmaları sebebiyle, BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin ihlal edilip edilmediği çerçevesinde de değerlendirmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁹⁰

Sonuç

BM'nin başlıca yargı organı olan UAD kurulduğundan bu yana insan haklarının uluslararası düzeyde korunması konusunda çok önemli katkılarda bulunmuştur. Divan'ın, bugüne kadar çözüme kavuşturduğu birçok davada doğrudan bireylerin hakları ve menfaatleri ile ilgili meseleleri ele aldığı görülmektedir. Divan, her ne kadar genelde bireylerin hakları söz konusu olduğunda bu hakları ancak o bireylerin uyruk devletlerinin hakları ile bağdaştırabildiği, yani esasında yine devleti doğrudan söz konusu hakların sahibi olarak gördüğü durumlarda kendisini bu haklara ilişkin karar vermeye yetkili görse de 21. yüzyılda doğrudan bireysel hakların korunması konusunda daha etkin bir tutum sergilediği görülmektedir. Bu tutum, bireylerin adil yargılanma hakkının uluslararası hukuk çerçevesinde korunması açısından çok önemli bir yere sahip olan Viyana Sözleşmesi m. 36'da düzenlenen bireysel hakların korunmasına ilişkin görülen LaGrand, Avena ve son olarak Jadhav davalarında verilen tutarlı ve Divan açısından gitgide daha geniş hükümlerin ortaya konduğu kararlarda gözlemlenmektedir.

Özellikle Jadhav Kararı'nda terörizm yahut casusluk gibi gerekçelerle olsa dahi Viyana Sözleşmesi m. 36'nın bireylere sağladığı hakların kullanılmasının engellenemeyeceğinin açıkça ortaya konması önemli bir emsal yaratmıştır. Divan'ın bu yaklaşımıyla bir kez daha altını çizdiği üzere, devletlerin güvenliği ve egemenlik alanları son derece önemli olmakla birlikte bireylerin özgürlükleri ve hakları da eşit öneme sahiptir.¹⁹¹ Bireylerin adil yargılanma hakkını etkili bir şekilde kullanmasını sağlayan uluslararası güvencelerin, ulusal güvenlik gibi gerekçelerle hiçe sayılması kabul edilmemelidir. Dolayısıyla, UAD sadece devletlerin uyuşmazlıkların tarafı olabildiği bir uluslararası mahkeme olmasına rağmen bireysel hakların korunmasına da önem gösterdiğini ortaya koymuştur. Divan'ın

190 Jadhav Kararı, Yargıç Cançado Trindade'nin Ayrık Görüşü (2019) < <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/168/168-20190717-JUD-01-01-EN.pdf> > Erişim Tarihi 18 Mayıs 2021, para 96-97.

191 Kashif Javed, 'Right of Consular Access under the Vienna Convention Has No Exception: A Critique of Jadhav Case (India v. Pakistan)' (2019) 50(74) Journal of Law and Society 64.

LaGrand Kararı'ndan başlayarak Avena ve Jadhav Kararı'nda tutarlı bir şekilde, uluslararası andlaşmaların ayrı ayrı hem devletlere hem de bireylere haklar doğurabileceğinin altını çizmesi bu bakımdan kayda değerdir. Öyle ki Divan'ın bireylerin adil yargılanma hakkına verdiği önemin seviyesi Jadhav Kararı ile bir adım daha öteye geçmiştir. Zira Divan, Viyana Sözleşmesi m. 36'nın bireylerin adil yargılanması için sağladığı güvencelerin kullanılabilmesi için LaGrand ve Avena kararlarında yapmadığı şekilde, uyuşmazlığa taraf devletlerden birinin ulusal hukuk düzenlemelerine müdahale anlamına gelebilecek bir hüküm vermiştir. Ayrıca, yaşanan ihlalin sadece Viyana Sözleşmesi çerçevesinde değil, BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkına ilişkin 14. maddesinin ihlal edildiği yönünden de değerlendirilmesi talebi önceki iki karardaki gibi reddedilmiş olsa da adil yargılanma hakkının ulusal mahkeme kararlarının yeniden incelenmesi sürecinde temel öneme sahip olduğuna dair vurgu ve 14. maddenin en azından Viyana Sözleşmesi m. 36'nın yorumunda kullanılabilmesinin kabulü önceki kararlara kıyasla önemli bir nüanstır. Ayrıca, Jadhav Davası'nda yer alan iki yargıcın Divan'ın kendisini BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin ihlali konusunda yetkili görmeme kararına açıkça karşı çıkmaları Divan içerisinde insan hakları hukuku alanına giren konularda Divan'ın kendisini yetkili görmesi hususunda daha aktif bir tutum sergilemesini isteyen bir eğilimin varlığını göstermesi bakımından dikkate değerdir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Yazar Katkıları: Çalışma Konsepti/Tasarım- C.Y.; Veri Toplama- D.B.; Veri Analizi/Yorumlama- C.Y., D.B.; Yazı Taslağı- D.B.; İçeriğin Eleştirel İncelemesi- C.Y.; Son Onay ve Sorumluluk- C.Y.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Author Contributions: Conception/Design of Study- C.Y.; Data Acquisition- D.B.; Data Analysis/Interpretation- C.Y., D.B.; Drafting Manuscript- D.B.; Critical Revision of Manuscript- C.Y.; Final Approval and Accountability- C.Y.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

Grant Support: The authors declared that this study has received no financial support.

Kaynakça/References

Aceves, William 'Avena and Other Mexican Nationals' (2003) 97(4) The American Journal of International Law 923.

Baetens, Freya 'The International Court of Justice renders its judgment in the Jadhav case (India v. Pakistan)' (*EjilTalk*, 18 Temmuz 2019) <ejiltalk.org/the-international-court-of-justice-renders-its-judgment-in-the-jadhav-case-india-v-pakistan/> Erişim Tarihi 16 Mayıs 2021.

Buchan, Russell and Navarrete, İñaki 'The Jadhav Judgment: Espionage, Carve-Outs and Customary Exceptions' (*EjilTalk*, 8 Ağustos 2019) <ejiltalk.org/the-jadhav-judgment-espionage-carve-outs-and-customary-exceptions/> Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021.

- Buys Galway, Cindy 'REFLECTIONS ON THE 50TH ANNIVERSARY OF THE VIENNA CONVENTION ON CONSULAR RELATIONS', (2013) 38 Southern Illinois University Law Journal 57.
- Buys, Cindy 'Reflections on the 50th Anniversary of the Vienna Convention on Consular Relations', (2014) 38 S ILL U L J 57.
- Crook John R, 'The International Court of Justice and Human Rights' (2004) 1 Nw J Int'l Hum Rts 2.
- Das, Sagnik and Nargas, Aarushi, 'Mapping the Jadhav Dispute at the World Court: Evaluating India and Pakistan's Arguments' (2017) 48(1) California Western International Law Journal 35.
- Drinan, Cara H 'Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations: Private Enforcement in American Courts after LaGran' (2002) 54 STAN L REV 1303.
- Garditz, Klaus Ferdinand, 'Article 36, Vienna Convention on Consular Relations - treaty interpretation and enforcement - International Court of Justice - fair trial - suppression of evidence' (2007) 101(3) American Journal of International Law 499.
- Ghandhi, Sandy 'Human Rights and the International Court of Justice The Ahmadou Sadio Diallo Case' (2011) 11(3) Human Rights Law Review 527.
- Gowlland-Debbas, Vera 'The ICJ and the challenges of human rights law' in M Andenas and E Bjorge (eds), *A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence in International Law (Studies on International Courts and Tribunals)* (Cambridge University Press 2005).
- Hoppe, Carsten 'Implementation of LaGrand and Avena in Germany and the United States: Exploring a Transatlantic Divide in Search of a Uniform Interpretation of Consular Rights' (2007) 18(2) EJIL 317.
- Janis, Mark 'Individuals and the International Court' in AS Muller and others (eds), *The International Court of Justice Its Future Role after Fifty Years*, (Kluwer Law International, 1997).
- Javed, Kashif 'Right of Consular Access under the Vienna Convention Has No Exception: A Critique of Jadhav Case (India v. Pakistan)' (2019) 50(74) Journal of Law and Society 64.
- Jennings, Robert 'The LaGrand Case' (2002) 1 The Law and Practice of International Courts and Tribunals 13.
- Kadish, Mark J 'Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations: A Search for the Right to Consul' (1977) 18 MICH J INT'L L 565.
- Kattan, Victor 'Jadhav Case (India v. Pakistan)' (2014) 114(2) American Journal of International Law 281.
- Lee, Luke T and Quigley, John *Consular Law and Practice* (3rd ed, OUP 2008) 49.
- Lowe, Vaughan and Fitzmaurice, Malgosia *Fifty Years of the International Court of Justice* (Cambridge University Press 1996).
- Brown, Chester *A Common Law of International Adjudication* (OUP 2007) 209.
- Mennecke, Martin and Tams, Christian J 'Lagrand Case (Germany v United States of America)' (2002) 51(2) The International and Comparative Law Quarterly 449.
- Omer, Reema 'Beyond "Winners" and "Losers": Understanding the International Court of Justice's Judgment in the Jadhav Case' (*Opiniojuris*, 31 Temmuz 2019) <opiniojuris.org/2019/07/31/beyond-winners-and-losers-understanding-the-international-court-of-justices-judgment-in-the-jadhav-case/> Erişim Tarihi 16 Mayıs 2021.
- Peters, Anne *Beyond Human Rights: The Legal Status of the Individual in International Law (Cambridge Studies in International and Comparative Law)* (Cambridge University Press 2016).
- Quigley, John 'Vienna Convention on Consular Relations: In Retrospect and Into the Future' (2014) 38 S ILL U L J 2.
- Schäfer, Raphael and Bagchi, Kanad 'Reflections on the International Court of Justice Decision in the Jadhav Case (India v. Pakistan): Part I' (*Opiniojuris*, 25 Temmuz 2019) <opiniojuris.org/2019/07/25/reflections-on-the-international-court-of-justice-decision-in-the-jadhav-case-india-v-pakistan-part-i/> Erişim Tarihi 10 Mayıs 2021.
- Schäfer, Raphael and Bagchi, Kanad 'Reflections on the International Court of Justice Decision in the Jadhav Case (India v. Pakistan): Part II' (*Opiniojuris*, 25 Temmuz 2019) <opiniojuris.org/2019/07/25/reflections-on-the-international-court-of-justice-decision-in-the-jadhav-case-india-v-pakistan-part-ii/> Erişim Tarihi 10 Mayıs 2021.

- on-the-international-court-of-justice-decision-in-the-jadhav-case-india-v-pakistan-part-ii/> Erişim Tarihi 16 Mayıs 2021.
- Simma, Bruno and Hoppe, Carsten, 'From LaGrand and Avena to Medellín - A Rocky Road toward Implementation' (2005) 14(1) TUL J INT'L & COMP L 7.
- Tams, Christian J 'Consular Assistance: Rights, Remedies and Responsibility: Comments on the ICJ's Judgment in the LaGrand Case' (2002) 13(5) EJIL 1257.
- Tams, Christian J "Recognizing Guarantees and Assurances of Non-Repetition: LaGrand and the Law of State Responsibility" (2002) 27 YALE J INT'L L 441.
- Tinta, Monica Feria 'Due Process and the Right to Life in the Context of the Vienna Convention on Consular Relations: Arguing the LaGrand Case' (2001) 12(2) EJIL 363.
- Tisne, Philip 'The ICJ and Municipal Law: The Precedential Effect of the Avena and Lagrand Decisions in U.S. Courts' (2005) 29(4) Fordham International Law Journal 865.
- Vicuna, Francisco Orrego 'Individuals and Non-State Entities before International Courts and Tribunals' (2001) 5 Max Planck Yearbook of United Nations Law 53.
- Warren, Mark 'Rendered Meaningless? Security Detentions and the Erosion of Consular Access Rights' (2014) 38 S ILL U L J 27.

Mevzuat

- 'Agreement on Consular Access Between the Government of the Islamic Republic of Pakistan and the Government of the Republic of India' (2008) <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/No%20Volume/54471/Part/I-54471-08000002804b7dde.pdf>> Erişim Tarihi 22 Nisan 2021.
- Birleşmiş Milletler, 'United Nations Conference on Consular Relations' (1963) <https://legal.un.org/diplomaticconferences/1963_cons_relations/docs/english/vol_1.pdf> Erişim Tarihi 10 Nisan 2021.
- BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (16 Aralık 1966) 999 UNTS 171.
- Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi, 19 Mart 1963.
- Pakistan Army Act (1952) m 133B.
- U.N. Conference on Consular Relations, Summary Records of Plenary Meetings and of the Meetings of the First and Second Committees (15 Mart 1963) 338 U.N. Doc. A/CONF.25/6.
- U.N. Conference on Consular Relations, Summary Records of Plenary Meetings and of the Meetings of the First and Second Committees 338, U.N. Doc. A/CONF.25/6 (Vol. I) (Mar. 15, 1963).
- U.N. Human Rights Committee, General Comment No 32 (23 Ağustos 2007) U.N. Doc. CCPR/C/GC/32.
- Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Devletlerin Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeleri (2001) <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf> Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021.
- Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (23 Mayıs 1969) 1155 UNTS 33.

Ulusal ve Uluslararası Mahkeme Kararları

- Avena Kararı* 2004 <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/128/128-20040331-JUD-01-00-EN.pdf>> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.
- Avena Kararı İhtiyati Tedbir Kararı* (2003) <<https://www.icj-cij.org/en/case/128/provisional-measures>> Erişim Tarihi 30 Nisan 2021.
- Castillo Petruzzi et al. v. Peru, (30 Mayıs 1999) Inter-Am Ct H R (ser C) No 52.

- Chorzow Factory Kararı (1927) PCIJ Rep Series A No 17.
- Findlay v. UK* App No 22107/93 (ECHR, 1997).
- Inter-American Court of Human Rights, '16 Numaralı Danışma Görüşü' (1999) <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_ing.pdf> Erişim Tarihi 16 Nisan 2021.
- Inter-American Court of Human Rights, '16 Numaralı Danışma Görüşü' (1999), Trindade'nin Tamamlayıcı Görüşü.
- Jadhav Kararı* 2019 <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/168/168-20190717-JUD-01-00-EN.pdf>> Erişim Tarihi 21 Nisan 2021.
- Jadhav Kararı İhtiyati Tedbir Kararı* (2017) <<https://www.icj-cij.org/en/case/168/provisional-measures>> Erişim Tarihi 2 Mayıs 2021.
- Jadhav Kararı, Oral Submissions-India* (2019) < <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/168/168-20190717-JUD-01-00-EN.pdf> > Erişim Tarihi 14 Mayıs 2021.
- Jadhav Kararı, Written Submissions-Pakistan* (2017) <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/168/168-20171213-WRI-01-00-EN.pdf>> Erişim Tarihi 17 Mayıs 2021.
- Jadhav Kararı, Yargıç Cançado Trindade'nin Ayrık Görüşü* (2019) < <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/168/168-20190717-JUD-01-01-EN.pdf>> Erişim Tarihi 18 Mayıs 2021.
- Jadhav Kararı, Yargıç Jillani'nin Karşı Oy Görüşü* (2019) <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/168/168-20190717-JUD-01-05-EN.pdf>> Erişim Tarihi 2 Mayıs 2021.
- Jadhav Kararı, Yargıç Robinson'un Ayrık Görüşü* (2019) <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/168/168-20190717-JUD-01-03-EN.pdf>> Erişim Tarihi 19 Mayıs 2021.
- Korfu Kanalı Kararı (Birleşik Krallık v Arnavutluk) (Esas) [1949] ICJ Rep 4.
- LaGrand Kararı* 2001 (Yargıç Oda Karşı Oy Görüş) <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/104/104-20010627-JUD-01-03-EN.pdf>> Erişim Tarihi 15 Nisan 2021 para. 19.
- LaGrand Kararı* 2001 (Yargıç Shi Karşı Oy Görüş) <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/104/104-20010627-JUD-01-02-EN.pdf>> Erişim Tarihi 15 Nisan 2021.
- LaGrand Kararı* 2001 < <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/104/104-20010627-JUD-01-00-EN.pdf>> Erişim Tarihi 11 Nisan 2021.
- Pakistan Yüksek Mahkemesi, Said Zaman Khan et al v Federation of Pakistan (29 Ağustos 2016) Civil Petition No 842 of 2016.
- Law Office of Ghazi Suleiman v Sudan (29 Mayıs 2003) <http://www.achpr.org/files/sessions/33rd/comunications/228.99/achpr33_228_99_eng.pdf. > Erişim Tarihi 17 Mayıs 2021.

Çevre Ceza Hukukunun İdari Bağıllığı

Administrative Dependence of Environmental Criminal Law

Meral BALCI¹ 

¹Dr. Öğr. Üyesi, Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Bursa, Türkiye

ORCID: M.B. 0000-0002-6089-0952

ÖZ

Çalışmanın amacı çevre ceza hukukunun önemli meselelerinden birini oluşturan idari bağıllık kurumunu irdelemektir. Konu hakkında Alman Çevre Ceza Hukuku'nda çok kapsamlı çalışmalar yer almakla birlikte, Türk hukukunda konuyu inceleyen az sayıda çalışma bulunmaktadır. Çevre suçlarının yapısal özelliği gereği, idari bağıllık önem taşımaktadır. Çalışmada öncelikle çevrenin korunmasında ceza hukuku müdahalesinin gerekliliğine yer verilecektir. Bu husus önemlidir, zira çevrenin salt idare hukuku kapsamında korunmasına ilişkin eğilimin yerinde olmadığının tespiti gereklidir. Çalışma, idari bağıllığın ceza hukukunun genel esasları çerçevesinde incelenmesini kapsadığı için, idari çevre hukukuna yer verilmeyecektir. Çevre ceza hukukunun hem idare hukuku ile hem de ceza hukuku ile ilişkili olması nedeniyle ön plana çıkan idari bağıllık kurumunun çevre suçlarındaki etkisi çalışmanın ana eksenini oluşturmaktadır. Bu bağlamda çevre suçlarının düzenleniş şekilleri itibarıyla idari bağıllığın derecelendirilmesine yer verilecektir. Çevre suçlarında katı idari bağıllık soyut tehlike suçu ile kısmi bağıllık ise somut tehlike suçu ile ilişkilendirilecek olup, idari bağıllığın etkisinin kaldırılması gereken durum olarak, insan sağlığı bakımından ciddi çevre kirliliği ele alınacaktır. Konuya ilişkin bütünlüğün sağlanması için ayrıca idari bağıllığın görünüm şekilleri incelenecek ve idari bağıllık kapsamında ortaya çıkan sorunlar ele alınacaktır. Özellikle kanunilik ilkesinin sonucu olarak belirlilik ilkesi kapsamında idari bağıllığın değerlendirilmesi önem arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Çevre suçu, Tehlike suçu, İdari bağıllık

ABSTRACT

The aim of this paper is to examine administrative dependence, which is one of the important issues of environmental criminal law. Although there are extensive studies on the subject in German Environmental Criminal Law, there are few studies examining the subject in Turkish law. In this paper, first of all, the necessity of criminal law intervention in the protection of the environment will be discussed. This point is important because it is necessary to establish that the tendency toward the protection of the environment only within the scope of administrative law is not appropriate. The paper comprises the examination of administrative dependence within the framework of the general principles of criminal law; thus, administrative environmental law will not be assessed. The effect of administrative dependence, which comes to the fore because environmental criminal law is related to both administrative law and criminal law, constitutes the main framework of the paper. In this context, the gradation of administrative dependence in terms of the regulation of environmental offenses will be included. To provide the integrity of the subject, the forms of administrative dependence will be examined and the problems arising within the scope therein will be discussed.

Keywords: Environmental offense, Endangerment offense, Administrative dependence

Submitted: 28.02.2022 • Revision Requested: 11.04.2022 • Last Revision Received: 16.04.2022 • Accepted: 18.04.2022 •
Published Online: 12.05.2022

Corresponding author: Meral Balci, E-mail: balcimeral@gmail.com

Citation: Balci, M., 'Çevre Ceza Hukukunun İdari Bağıllığı' (2022) 10(1) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 41.

<https://doi.org/10.26650/JPLC2022-1080498>

EXTENDED ABSTRACT

As a result of the endangerment of the environment due to accelerated technological and economic developments, the environment has come to the fore in the law system. There are many regulations on the environment and its protection both in international law and Turkish law. However, considering the protection of the environment within the scope of criminal law has been increasingly seen in the recent past.

Environmental law—violations for which were previously sanctioned under administrative regulations—has expanded into criminal law over time and has taken a place in the doctrine and practice as environmental criminal law. The inadequacy of alternative solutions in the struggle against environmental law violations has resulted in most legal systems turning toward criminal law. The protection of the environment within the scope of criminal law, which started to gain more importance in the 1970s–1980s, also affects the Turkish Penal Code No. 5237.

Criminal law intervention in violations against the environment is the subject of different discussions. One of these is the function of administrative regulations in the punishment of violations of environmental protection. Environmental values are not directly protected through criminal law, as not all acts of violating environmental values result in criminal responsibility. The subject matter makes sense within the scope of the administrative dependence of environmental criminal law. This duality, the administrative and criminal aspects of environmental law, constitutes the main framework of this paper.

In the field of environmental protection, where administrative law and criminal law are closely related, the effectiveness of both branches of law should be taken into account. Particularly considering the claims that the function of criminal law in environmental protection should be reduced or even abolished, environmental offenses should be examined within the scope of the protected legal value, the relationship of environmental violations with human life and health, and the ultima ratio (last resort) principle of criminal law. Criminal law mostly functions in support of the administrative management of the environment. Administrative law specifies the obligations that individuals and companies must comply with in the context of environmental law, and criminal law accepts that violators of the provisions of administrative law on environmental protection will be punished with certain sanctions. Although the legal protection of the environment has been largely—and for a long time—shaped by administrative regulations, the importance of criminal law should not be ignored.

Moreover, the structural feature of environmental offenses that distinguishes them from traditional offenses is that they are mainly considered within the scope of endangerment offenses. In endangerment offenses, it is not necessary that harm is caused as a result of the act. Committing the typical act in abstract endangerment offenses is sufficient to constitute the offense. In concrete endangerment offenses, it is necessary to have a dangerousness that is suitable for causing harm. The difficulty of proving environmental offenses has become one of the major factors in the increase in the number of endangerment offenses committed.

The degree of administrative dependence also varies by the way environmental offenses are regulated. The distinction of environmental offenses into abstract–concrete endangerment offenses is decisive in terms of the scope of administrative dependence. The fact that environmental offenses are subject to the rules of administrative law is important both qualitatively and functionally. The qualitative meaning is based on the degree of administrative dependence in environmental offenses. Functionally, the judge has to take into account the administrative law requirements during the trial phase. Thus, this paper will deal with not only the theoretical dimension but also the practical dimension, provided that it is limited. The forms in which administrative dependence appears are also important in environmental offenses. The administrative dependence of environmental laws appears in different forms. In this context, conceptual dependence, dependence on administrative law, and dependence on administrative action come to the fore. Particularly, dependence on administrative action is important because it is related to issues that cause problems in environmental criminal law. This subject is examined together with the principle of certainty.

Giriş

Çevre hukuku, doğası gereği, sosyal yaşamın tüm alanlarında canlıların hayatta kalması ve karşılıklı bağlılığı konularında tüm paydaşların kapsamlı ve çok yönlü katılımını gerektiren disiplinler arası bir niteliğe sahiptir¹. Çevrenin korunması hem ulusal hem de uluslararası düzlemde² ön plana çıkmakta ve önem kazanmaktadır. Bunda sanayileşme ve teknolojik gelişmelerle birlikte çevre kirliliğinin farklı bir boyuta evrilmesinin etkisi büyüktür³. Çevresel sorunların giderek çok geniş boyutlu bir hal alması⁴, insanların sağlığı bakımından tehlike arz edecek düzeye gelmesi ve ciddi çevre ihlalleri için yaptırımlara duyulan ihtiyacın her zamankinden daha yaygın bir bilince ulaşması⁵ ile 20. yy itibarıyla konu hukuksal alanda da ön plana çıkmıştır⁶. Endüstriyel toplumun zorunlu sonucu olarak ortaya çıkan çevre kirliliği ile insan yaşamının hava, su, toprak

- 1 Gordana Mršić, 'Environmental Protection From The Aspect Of Criminal Law' (2021) 8 (1) Intereulaweast, 130.
- 2 Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Mršić, (n 1), 146 vd. Çevreye yönelik ilk defa 1972'de Stockholm'de Birleşmiş Milletler tarafından Çevre ve Kalkınma Konferansı düzenlenmiştir. Konferans sonunda Stockholm Bildirgesi yayınlanmıştır. Çevre hakkının bir insan hakkı olarak ilk kez uluslararası belgede tanındığı bu Bildirge uyarınca; "*İnsan, kendisine onurlu ve iyi bir yaşam sürmeye olanak veren nitelikli bir çevrede, özgürlük, eşitlik ve tatmin edici yaşam koşulları temel hakkına sahiptir*". Konu hakkında bkz. Nazmiye Özenbaş, 'Çevrenin Ceza Hukuku Yoluyla Korunması Kapsamında Çevrenin Kirlenmesi Suçları' (2013) International Conference On Eurasian Economies, 924, 924. Ayrıca belirtilmelidir ki, Avrupa Birliği'ne üye devletler bakımından Avrupa Birliği Konseyi'nin 27 Ocak 2003 tarihli ve 2003/80 sayılı 'Çevrenin Ceza Hukuku Yoluyla Korunması Hakkında Yönerge'si uyarınca çeşitli çevre suçlarını ceza kanunlarında düzenleme ve bunlar için özgürlüğü bağlayıcı cezalar ve tüzel kişilere özgü yaptırımlar öngörme yükümlülüğü bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Emin Artuk, 'Çevrenin Kasten Kirlenmesi Suçu (TCK. M.181)' (2014) 1 (1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 37, 38). Türkiye'nin taraf olduğu çevre hukukuna ilişkin uluslararası alanda yapılan sözleşmeler için bkz Mustafa Özen, 'Çevreye Karşı İşlenen Suçlar (TCK md. 181, 182)' (2010) 18 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9, 11 vd.
- 3 H-J. Albrecht, 'Environmental Criminal Laws and Environmental Crimes in Europe - Problems and Prospects' (1994) 2 (2) European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 168, 168.
- 4 Nitekim çevre ceza hukukunun ortaya çıkış sürecinde emisyon değerlerinde veya suyun korunmasında önem arz eden tanımlanmış sınır değerlerin aşılmasının suç sayılmasının ceza hukukunda çok ileri gitmek anlamına geleceği ileri sürülüyordu. Ancak bunun, sınır değerlerin aşılmasının çevre ceza hukukunun gelecekteki uygulamasında rol oynamayacağı anlamına gelmeyeceğine de vurgu yapılmaktaydı. Sınır değerlerin belirlenmesinde beklenen ve umulan artış göz önüne alındığında, bunun, çevre ceza hukukunun uygulanması için büyük önem taşıyacağı ileri sürülmüştür. Heinrich Laufhütte ve Manfred Möhrenschrager, 'Umweltstrafrecht in neuer Gestalt' (1980) 92 (4) Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 912, 919.
- 5 Rene Bloy, 'Die Straftaten gegen die Umwelt im System des Rechtsgüterschutzes' (1988) 100 (3) Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 485, 485; Sacit Yılmaz, *Çevre Hukuku Bağlamında Türk Ceza Kanunundaki Çevre Suçları* (Adalet, Ankara 2013) 88. Çevreye karşı gerçekleştirilen fiiller bağlamında ceza hukuku korumasından söz edilebilmesi için öncelikle toplumda buna yönelik inanç birliğine ulaşılması gerektiğine yönelik görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ersan Şen, *Çevre Ceza Hukuku* (Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1994) 79.
- 6 Köksal Bayraktar, 'Çevreye Karşı Suçlar' Özel Ceza Hukuku Cilt V Genel Tehlike Yaratıcı, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar (On İki Levha, İstanbul 2019) 175. Çevre kavramının hukuk kapsamında ele alınışının nispeten yakın zamanlara denk gelmesinin sebebi olarak, çevrenin korunması bakış açısının ancak tali bir amaç olarak dikkate alınması sebebiyle dolaylı şekilde etki etmesi olduğu yönünde değerlendirme için bkz. Laufhütte ve Möhrenschrager (n 4) 916.

gibi doğal temellerinin sürekli olarak korunması arasındaki karmaşık ve değişken menfaatler, çevreye yönelik hangi boyuttaki ihlallerin kabul edilebilir veya izin verilebilir olduğunun belirlenmesini gerekli kılmaktadır⁷. Zira her şeyden önce, endüstriyel bir toplumda çevre kirliliğine belirli bir ölçüde izin vermenin esasen bir alternatifi yoktur⁸. Ancak insan faydası ve çevrenin korunması parametreleri arasındaki dengenin çevre aleyhine bozulmasının etkisi, beklenenden daha fazla zarara sebebiyet verebilmektedir.

Hızlanan teknolojik ve ekonomik gelişmeler nedeniyle çevrenin tehlike altına girmesi sonucu insan hayatı bakımından daha tehlikeli hale gelmemesi için gerekli sınırlar içinde kalması adına belirli yasaklar ve emirlerde yansıtılan çoklu idari önlemler ve anlaşmalar, tavsiyeler, fiziksel planlama, garantiler vb. şeklinde çeşitli önlemlerin uygulanmasına⁹ yönelik devletlerin müdahale yükümlülüğü doğmuştur¹⁰. Çevrenin korunması, her ülkenin, bu amaca ulaşacağı normatif değerleri uygulayarak yasal sistemini geliştirerek biyolojik çeşitliliğin genel olarak korunması ve buna yönelik katkıda bulunma yükümlülüğünü gerekli kılmaktadır¹¹. Belirtilmelidir ki, birçok Avrupa ülkesinde, çevreye yönelik tehlikelerin yasal kontrolünü güçlendirmek için son yirmi yılda medeni¹² ve ceza kanunları ile idare hukuku mevzuatı değiştirilmiştir¹³.

7 Lothar Kuhlen, 'Umweltstrafrecht — auf der Suche nach einer neuen Dogmatik' (1993), 105 (4) Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 697, 697. Nitekim doktrinde hayatın temel esasları olarak görülen, suyun, havanın ve toprağın korunması gereken hukuki değer olarak kabul edilmesinin, insan müdahalesi yoluyla çevreye verilen zararın genellikle kaçınılmaz olduğu ve idare hukuku kapsamında izin verildiği hususları göz önünde bulundurulduğunda, görünüşte kaldığı da ileri sürülmüştür (Laufhütte ve Möhrenschrager (n 4) 918-919). Benzer bir yaklaşım, uluslararası hukuk kapsamında ceza hukukunun neden çevre standartlarını uygulamak için uluslararası düzeyde isteksizce kullanıldığı sorusu üzerinden çevreyle ilgili karmaşık çıkarlar dengesinin bulunduğu, ayrıca çevre hukukunun birincil normlarının esas olarak doğası gereği "yumuşak" olduğu ve bunların genişliği ve belirsizliğinin suçlar için uygun temel oluşturmadıkları anlamına geldiği hususlarını ileri sürmüştür. Neil Boaster, *An Introduction to Transnational Criminal Law* (2. bs, Oxford 2018) 200.

8 Kuhlen (n 7) 709; Şen (n 5) 183. *Tiedemann* çevre ceza hukukunda yaşanan gelişmeleri sanayileşmenin derecesine göre farklılık gösterse de, ticari işletmelerin çıkarları ile çevrenin korunması arasındaki çatışmada geçici çözümlerin yerini kalıcı temel kararlar alındığı şeklinde değerlendirmiştir (Klaus Tiedemann, *Die Neuordnung des Umweltstrafrechts Gutachtliche Stellungnahme zu dem Entwurf eines Sechzehnten Strafrechtsänderungsgesetzes (Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität)* (Walter de Gruyter, Berlin 1980) 10). Bununla birlikte aynı sonucu sınır aşan nitelikteki çevreyi kirlenme fiilleri bakımından söylemek güçtür. Bu durumda çevrenin kirlenmesi zayıf düzenlemeler ve yolsuzluklar ile kolaylaştırılmakta ve olumsuz sonuçların ortaya çıkmasına elverişli bir zemin hazırlamaktadır. Sınır aşan çevre suçlarına yönelik küresel bir yasaklama rejiminin geliştirilmesi için çağrıların 1990'lı yıllardan beri yapıldığı hususu da dikkate alınırsa, bu yöndeki çabalar da tam olarak hâlâ karşılık bulmuş değildir. Boaster (n 7) 200.

9 Johannes Saurer, 'Die Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts – Eine Koordinationsstrategie Im Wandel' (2017) 50 (3) *Die Verwaltung* 339, 339.

10 Mršić (n 1) 132.

11 ibid 131.

12 Çevrenin korunmasında medeni hukuk araçlarının yetersizliğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Levent Emre Özgüç, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Çevrenin Kasten Kirlenmesi Suçu* (On İki Levha, İstanbul 2020) 24 vd.

13 Albrecht (n 3) 168.

Çevrenin korunmasında idari, siyasi ve ekonomik müdahalelerin yeterli olabileceği savı, günümüzde çevreye yönelik ihlallerde gerçek mağdurun toplumu oluşturan herkes olduğu, ceza hukukunun bu alanda da etkili olması gerektiği ve ceza hukukunun müdahalesinden vazgeçilemeyeceği kabulü ile zayıf kalmıştır¹⁴. Ayrıca toplumdaki değer kalıplarının değişmesi ve insan ilişkilerinin daha da gelişmesi sonucunda çevrenin yasal kontrol mekanizmalarıyla da korunması gerektiği fikrinin yaygın olarak kabul görmesiyle birlikte¹⁵, ceza hukuku müdahalesinin gerekliliği daha da önem kazanmıştır. Hatta bunun da ötesinde çevreye yönelik ihlallerin uluslararası ceza hukuku boyutuyla *ekokırım* suçu (*Ökozid*) olarak bağımsız bir suç kapsamında dikkate alınıp alınmayacağına yönelik tartışmalar 1970'li yıllardan beri süregelmektedir¹⁶.

Bununla birlikte ceza hukuku müdahalesinin ne şekilde gerçekleşebileceği ve kapsamının nasıl belirleneceği sorun teşkil etmektedir. Özellikle çevrenin korunmasında idare hukuku kurallarının baskınlığı, ceza hukuku ile ilişkisinin değerlendirilmesini gerektirmektedir. Çalışmada çevre ceza hukukunda çevre suçlarının idare hukuku ile yakın ilişkisinin detaylı bir şekilde incelenmesi amaçlanmakta olup, çevre ceza hukukunun idari bağıllığı çok yönlü olarak dikkate alınacaktır. Böylece kuruma farklı bir bakış açısı ile yaklaşılacak ve idari bağıllık kapsamında ileri sürülen sorunlara çözüm önerileri getirilmeye çalışılacaktır.

I. Çevrenin İdare Hukuku Aracılığıyla Korunmasına İlişkin Geleneksel Yaklaşım

Çevrenin korunmasına ilişkin geleneksel yaklaşım, çevre hukukunun idare hukukuyla daha sıkı bir bağlantı içinde olduğu ve bu nedenle idare hukuku mevzuatıyla düzenleme

14 Özenbaş (n 2) 926; Handan Yokuş Sevik, *Çevre Hukuku Doğal Çevrenin Korunması* (Adalet Yayınları, Ankara 2013) 235; Hasan Sınar, 'Çevre Ceza Hukukunun Gelişimi ve Çevrenin Ceza Normları ile Korunması Rejimi Yönünden Almanya ve Fransa' (2013) 8 (2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 417, 419-420; Ahmet M. Güneş, *Çevre Hukuku* (3. bs, Adalet 2020) 249; Osman Gazi Ünal, *Türk Ceza Hukuku'nda Tehlike Suçları* (Yayınlanmamış Doktora Tezi) (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü 2020) 169; Özgüç (n 12) 23.

15 Albrecht (n 3) 168.

16 Konuya ilişkin kapsamlı bilgi için bkz. Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide Commentary And Core Text 2021 <<https://static1.squarespace.com>> Erişim Tarihi 20 Aralık 2021.

altına alınabileceği temeline dayanmaktadır¹⁷. Gerek çevrenin kirletilmesinin önlenmesinde tesislerin kurulmasından önce idari emir ve tedbirlerle, gerekse de çevrenin kirletilmesiyle birlikte kirleticilere yönelik uygulanan idari yaptırımlarla idare hukukunun çevrenin korunmasındaki işlevi esastır¹⁸. Çevresel değerlerin korunmasında idari düzenlemelerin veya idari makamların izinlerinin ağırlık taşıması nedeniyle¹⁹ çevre ceza hukukuna geçerlilik alanı tanınmamaktadır. Bu durumda çevre ceza hukuku kapsamında idari yaptırımların desteklenmesinden²⁰ dahi söz edilemeyecektir. İdari para cezalarının çevrenin korunmasında yeterli olacağı söylemi “ekonomik suça ekonomik ceza” anlayışının ürünü olarak kabul edilmektedir²¹.

Çevrenin idare hukukuyla korunmasına benzer şekilde çevre ceza hukukunun idare hukukuna mutlak bağlılığının söz konusu olduğu sistem de ceza hukukunun sadece idare hukuku sisteminin doğru işleyişini desteklemek için kullanılması anlamına gelmekte²² ve bu sistem içinde ceza hukuku genellikle sadece alınan idari kararları uygulamak için geçerli kabul edilmektedir²³. Bu ise beraberinde söz konusu hususun çevresel değerleri korumaya yönelik olup olmadığı tartışmasını getirmekte, bu tür

17 Michael G.Faure, ‘The Revolution in Environmental Criminal Law in Europe’ (2017) 35 (2) Virginia Environmental Law Journal 321, 324. Nitekim *Faure/Visser* bu hususu, çevre suçlarının çoğu ülkenin mevzuatında geleneksel olarak formüle edilme şeklinin, lisanssız emisyonları veya lisans koşullarının ihlallerini cezalandırmaktan ibaret olması örneği ile somutlaştırmıştır. Yazarlar ayrıca çevre kirliliğine ilişkin cezai sorumluluğun kapsamının büyük ölçüde idare hukuku sorunlarına bağlı olduğunu belirtmişlerdir. Konuya ispat bağlamında yaklaşan yazarlara göre, çevre ceza hukukunu böyle şekillendirmenin, çevre kirliliğinin nasıl kanıtlanacağına dair etkileri olduğu açıktır. Çevre suçlarının doğası göz önüne alındığında, konuya ilişkin davada teknik uzmanlığın etkisinin çok yüksek olması, 1980’lerde çevre suçlarının bu idari bağlılığının sorun olarak görülmesine ve çevre kirliliğini doğrudan cezalandırmanın yollarının aranmasına vesile olmuştur. Faure Michael ve M. Visser, ‘How to Punish Environmental Pollution - Some Reflections on Various Models of Criminalization of Environmental Harm’ (1995) 3 (4) European Journal of Crime Criminal Law and Criminal Justice 316, 316.

18 Şen (n 5) 75.

19 Hero Schall, ‘Das Umweltstrafrecht heute: ein bloßes Alibi-Instrument?’ in Roland Hefendehl and Tatjana Hörnle (eds) Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014 (De Gruyter 2014) 818. Burada, çevre yönetiminin uzmanlaşmış ve farklılaştırılmış bir sistemi gerektirdiği ve adli makamlar olarak adli kolluğun, savcılık makamının ve ceza mahkemelerinin uzmanlaşmadığının ve çevreyi etkileyebilecek farklı sektörlerin farklı (endüstriyel ve ticari) faaliyetlerinin denetlenmesine ve kontrol edilmesine yönelik ihtiyaç doğrultusunda idari kuruluşların uzmanlaşmış kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Albrecht (n 3) 175. Bununla birlikte yazar yakın zamanda farklı ülke uygulamalarında çevreye yönelik gerçekleştirilen fiillerin adli soruşturulması bakımından gelişmelere de değinmiştir. Bu bağlamda Norveç örneğinde Cumhuriyet savcılığı bünyesinde, çevre suçu vakalarını soruşturmak için yetkilendirilmiş özel bir dairenin 1988’de kurulduğunu belirtmiştir. Ayrıca Hollanda’da oluşturulan irtibat savcılık makamı ile çevre suçlarının kovuşturulması sadece adli düzeyde olmayıp, aynı zamanda çevrenin yönetimine ilişkin idari makamlar ile koordineli yürütülen bir süreç amaçlanmaktadır. ibid 176.

20 ibid 170.

21 Volkan Maviş, *Türk Ceza Kanunu’nda Çevreye Karşı Suçlar* (Yetkin Yayınları 2021) 127.

22 Faure Michael, ‘The Development of Environmental Criminal Law in the EU and its Member States’ (2017) 26 Review of European Community & International Environmental Law 139, 140.

23 Faure ve Visser (n 17) 319.

hükümler tarafından korunan tek değer, çevre hukukunun uygun şekilde uygulanmasında idari makamın menfaati olduğu iddia edilmektedir²⁴.

Aynı zamanda çevre ceza hukuku kapsamında işlenen fiillere yönelik idari yaptırım uygulanması şeklinde ağırlık kazanan eğilimin, idari yaptırımın yeterli bir caydırıcı etki sağlayacağına yönelik düşünceye²⁵ ve idari yaptırımların hızlı uygulanabilirliğine dayandığı görülmektedir²⁶. Bu bağlamda çevre ceza hukukunun gerekliliğinin tartışılmasına, uygulamada cezai kovuşturmadaki eksiklikler ve çevre ceza hukukunun normatif sınırlamaları gerekçe gösterilmektedir²⁷. Özellikle çevre ceza hukukunun yeni uygulamaya başlandığı zamanlarda pratikte çevre ceza hukukunun uygulanmasına ilişkin veriler, soruşturma makamlarının sınırlı kapasiteleri göz önüne alındığında, önemli oranda çevre suçunun²⁸ reddedildiğini göstermekteydi²⁹. Nitekim Alman ceza hukukunda çevreye karşı işlenen suçlarla çevrenin korunmasına yönelik önemli bir adım olarak görülen ceza hukuku korumasını yasal düzlemde sağlamak mümkün olmuşken, özellikle bu değişikliğin ilk zamanlarında bu hükümlere dayanan mahkûmiyet sayısının çok düşük ve sürekli artan çevre suçlarının sayısı ile orantısız olduğuna dikkat çekilmiştir. Ceza hukukunun diğer hükümlerinin aksine yargıya intikal eden dava sayısının da son derece az olması, uygulamada çevrenin etkin şekilde korunmasına ilişkin beklentinin karşılanamadığı şeklinde yorumlanmıştır³⁰. Bunun nedeni olarak söz konusu düzenlemelerin uygulanmaya başlandığı zamanlarda, örneğin son derece gelişmiş endüstriyel kirleticilerle ilgili olarak, kovuşturma organlarının yetersiz ekipman

24 ibid 320. Yazarlar bu idari düzenlemelerin, özellikle emisyon sınır değerlerini ortaya koydukları ölçüde, aynı zamanda çevrenin korunmasına da yönelik olduğunun artık daha yaygın olarak kabul edildiğinin altını çizmişlerdir. Bu nedenle, örneğin ruhsatsız bir kimya tesisi işleten kişiyi cezalandıran ceza hükmü de dolaylı yoldan çevreye ilişkin değerleri korumaya yöneliktir. ibid 320.

25 Çevre ceza hukukunun etkinliğinin ne ölçüde olduğu problemini *Schall*, çevre ceza hukukunun salt ispat aracı mı olduğu sorusu üzerinden değerlendirmiştir. *Schall* (n 19) 815 vd.

26 Faure (n 17) 339. İdare hukuku yaptırımlarını ceza yaptırımlarından ayıran tek hususun özgürlüğü bağlayıcı cezalar olduğu ve bu nedenle idare hukuku korumasının çevre için yeterli olduğu yönünde görüş için bkz. *Uhlmann*, s. 1228'den aktaran *Maviş* (n 21) 127. Çevrenin korunmasında sadece idare hukukuna dayalı bir yaklaşımın dar ve yetersiz olduğu yönünde bkz. *Yener Ünver ve Ayşe Nuhoğlu, Federal Almanya Çevre Ceza Hukuku* (Beta 1999) 59. Yazarlar, ulusal bir yürütme organı tarafından yapılacak düzenlemelerde ne global-ekolojik bir yaklaşıma ulaşılabileceğini ne de bireysel olarak korunması gereken değerlerin yeterince dikkate alınabileceğini ifade etmişlerdir. ibid 59.

27 *Schall* (n 19) 816. Bununla birlikte yazar, genel önleyici etkinin, her şeyden önce, çevresel ceza normlarının Alman Ceza Kanunu'na dâhil edilmesinden 1998 yılına kadar çevre ceza hukuku kapsamındaki soruşturma işlemlerindeki keskin artışın devam etmesinde görülebileceğine dikkat çekmiştir (ibid 821). Konuya ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. *Albrecht* (n 3) 169 vd.

28 Çevre suçu kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. *Maviş* (n 21) 131 vd.

29 *Faure* (n 22) 139.

30 H.-U. Paefßen, 'Overlapping Tensions between Criminal and Administrative Law: the Experience of West German Environmental Law' (1991) 3 (2) *Journal of Environmental Law* 247, 249.

ve deneyime sahip olması ve ayrıca, ilgili idari makamların, hukuki bir yükümlülüklerinin olmaması sebebiyle suç teşkil eden kirliliği ilgili makamlara bildirmek konusunda geri planda kalmaları gösteriliyordu. Ayrıca bu hükümlerin idari bağlılığa dayanan özel yapısı nedeniyle, ceza sorumluluğunun karmaşık bir dizi düzenleyici hükümlere bağlı olmasının sonucu olarak sadece gerekli izinlere veya lisanslara sahip olma, özellikle endüstriyel işletme yöneticileri veya diğer kirleticiler tarafından bir savunma aracı olarak kullanılabilirdi³¹.

Bunun yanı sıra maddi ceza hukuku ile delil sorunlarının birbiriyle ilişkili olduğu gerçeği çevre ceza hukuku için de geçerli olduğundan³², konu ispat hukuku açısından da problem teşkil etmektedir³³. Ceza hukukunda kanıt eşliğinin yüksek olması ve yaptırımların ağır olması çevreye karşı gerçekleştirilen ihlallerde ceza hukukunun uygulanmasının sınırlanması gerekliliğinde etkili olmaktadır³⁴.

Çevrenin korunmasında ceza hukukunun dışlanması şeklindeki eğilimi güçlendiren diğer bir husus ise ceza hukukunun merkezi alanını bireysel hareketlerin ve spesifik mağdurların oluşturması³⁵ sebebiyle çevreye karşı gerçekleştirilen fiiller ile ihlal edilen hukuki değerlerin bireysel nitelikte olmadığı iddiasıdır³⁶. Çevrenin korunmasını ihlal eden nitelikteki fiillerin ilgili suç kapsamında gerçekleştirilmesi halinde çevreye zararlı davranışlarla doğrudan ilgili olan mağdurlar, zaman ve yer açısından ancak nadiren tespit edilebildiğinden, burada mağdurların anonimliğinden³⁷ ve mağduriyetin kompleks etki zincirlerinden kaynaklanan dezavantaj söz konusu olmaktadır³⁸. Nitekim bu tür suç grubunun temel kriminolojik önemi, sözde mağduru olmayan suçlara (*non-victim criminal offenses*) atıfta bulunmasıdır. Diğer bir ifadeyle, bu suçla korunan değer

31 ibid 250.

32 Faure ve Visser (n 17) 316. Benzer yönde görüş için bkz. Rüdiger Breuer, 'Verwaltungsrechtlicher und strafrechtlicher Umweltschutz - Vom Ersten zum Zweiten Umweltkriminalitätsgesetz' (1994) 49 (22) *JuristenZeitung* 1077, 1080.

33 İspat güçlüğü'nün söz konusu olduğu durumlarda bu kapsamdaki fiillerin ceza hukuku korumasından uzak tutulabileceğine yönelik görüşün isabetli olmadığı yönünde bkz. Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer* (Seçkin Yayıncılık 2003) 677.

34 Faure (n 22) 141.

35 Ünver ve Nuhoğlu (n 26) 29.

36 Bu kapsamda açıklama için bkz. Ünal (n 14) 163.

37 Maden, gürültüye neden olma suçu özelinde "mağduru belirli bir kişi olması icap etmeyen" niteliğinin uygun olacağını belirtmiştir. Mehmet Maden, 'Bir Tehlike Suçu Olarak "Gürültüye Neden Olma"' (TCK, m. 183) ve Tehlike Suçlarına İlişkin Genel Tespitler' (2021) 25 (1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 431, 437.

38 Hans-Jörg Albrecht, Günter Heine ve Volker Meinburg, 'Umweltschutz durch Strafrecht?' (1984) 96 (4) *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 943, 948. Benzer yönde değerlendirme için bkz. Güneş (n 14) 252.

ihlalinin sonuçları genellikle önemli bir zaman aralığı ile ortaya çıktığı için, mağdurunun “soyut” olduğu suçlardır³⁹. Ayrıca çevreye karşı gerçekleştirilen zararlar bakımından, ne gerçekleştirilen davranışı ne de davranışı gerçekleştirenin kusurluluğunu ceza hukukunun merkezi alanına yerleştirebilmenin söz konusu olabileceği ileri sürülmüştür⁴⁰.

II. Çevreye Yönelik Gerçekleştirilen İhlaller Kapsamında Ceza Hukuku Müdahalesinin Gerekliliği

a. Genel Olarak

Çevrenin korunmasına ilişkin olarak ceza hukuku müdahalesinin ne ölçüde gerekli olduğu konusu, talilik ilkesi⁴¹ (*subsidiarity principle*) kapsamında çevreye ilişkin ihlallerin idari para cezası veya tedbir kararları (*administrative fines or injunctions*) ile yeterli oranda korunup korunmadığı konusunu tartışmaya açmıştır⁴². İdarenin yaptırımlar hususunda görevini yapmaması ya da kararlı olmaması⁴³, ayrıca çevre hukuku ihlalleri ile mücadelede alternatif çözümlerin genellikle eksik kalması çoğu hukuk sisteminde ülkelerin, ceza hukukuna önem vermesini sonuçlamıştır⁴⁴. Çevreye yönelik gerçekleştirilen ihlallerde özel hukuka ve idare hukukuna ilişkin yaptırımların yetersiz kalması, özellikle çevreyi ciddi biçimde tehlikeye sokan ve bu yolla insan sağlığını ve hayatını tehdit eden fiiller bakımından etkisini göstermiş ve ceza hukukuna ilişkin yaptırımların dikkate alınması gerekliliğine yönelik girişim ağırlık kazanmaya başlamıştır⁴⁵. Artık çevre hukuku farklı hukuk alanları ile ilişkisi sebebiyle çevre kirliliğine yönelik çeşitli hukuk yollarının (tazminat, idari para cezaları vb.) bulunduğu bir araç kutusu (*toolbox*) olarak kabul edildiğinde, burada son çare ilkesi⁴⁶ gereğince ceza hukuku da yer almaktadır⁴⁷.

39 Mršić (n 1) 132.

40 Bu görüşe ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver ve Nuhoğlu (n 26) 29.

41 Söz konusu ilkenin cezanın son çare olması ilkesi ile ilişkisi hakkında tartışma için bkz. Ozan Ercan Taşkın, ‘Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku’ (2016) 15 (1) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 59, 66 vd.

42 Faure ve Visser (n 17) 324. Çevre ceza hukukunun çevrenin korunmasına ilişkin idare hukuku kaynaklı eksiklikleri ortadan kaldıramayacağı ve bu nedenle çevreye yönelik gerçekleştirilen zararlar bağlamında ceza hukukunun ve idare hukukunun kümülatif etki sorunu yerine çevre koruma kanunlarına ve onların uygulanmasına odaklanılması gerektiği yönünde bkz. Laufhütte ve Möhrenschrager (n 4) 920.

43 Doktrinde bir görüş çevre suçlarının düzenlendiği yer itibarıyla suçun kovuşturulması bağlamında da etkililiğinin bulunduğunu belirtmiş ve buna yönelik ceza kanunlarında yer alan çevre suçlarının uygulayıcılar tarafından daha önemli görüldüğüne dikkat çekmiştir. Faure (n 17) 322.

44 Faure (n 22) 139. Çevrenin korunmasında ceza hukuku müdahalesinin gerekliliğine yönelik görüşler için bkz. Şen (n 5) 73 vd.

45 Özenbaş (n 2) 924; Ünver ve Nuhoğlu (n 26) 25 vd.; Şen (n 5) 59; Taşkın (41) 124.

46 Son çare ilkesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver (n 33) 692 vd.

47 Faure, The Development (n 22) 139; Gülsün Ayhan Aygörmöz, Çevre Ceza Hukuku Çevre Ceza Genel Hükümler C. I (On İki Levha 2021) 2; Güneş (n 14) 251.

Ceza hukuku açısından çevrenin korunmasının kapsamı, korunmasında genel ceza politikası çabalarıyla işlevsel olarak bütünleştirilen cezai düzenlemelerin sentezini ifade etmektedir⁴⁸. Ceza kanunlarında buna ilişkin suç tiplerine yer verilmesi ile birlikte, çevre politikasının idare hukuku anlamında öncelikle organizasyonel-planlama ve önleyici-kontrol fonksiyonlarını yüklenmesi⁴⁹ çizgisine ek olarak çevrenin korunması güçlendirilmiştir⁵⁰. Ceza hukukunun bu etkisi çevrenin önleyici korumasından sorumlu olan idarenin özellikle kronik hale gelmiş sorunlarıyla bu korumayı gerçekleştirmekten uzak olduğu⁵¹ dikkate alındığında oldukça önem taşımaktadır. Böylece çevreye karşı gerçekleştirilen fiillerin tabi olduğu yaptırımlar nitelik itibariyle farklılaşmakla kalmayıp, aynı zamanda kapsam itibariyle de genişlemektedir. Görece yakın bir zamana kadar çevrenin farklı usul ve yöntemlerle korunduğu ve ceza hukukunun ilgisinin dışında bulunduğu kabulünün⁵² bugün için artık geçerliliği kalmamıştır. Aksine çevrenin korunmasında bir hukuk aracı olarak idare hukukunun tek başına yeterli korumayı sağlamadığının anlaşılmasının yanı sıra idare hukukunun öncelikli olarak dikkate alınmasıyla⁵³ birlikte ceza hukukunun etkisi artmaktadır.

1970-80'li yıllarda daha fazla önem kazanmaya başlayan⁵⁴, çevrenin ceza hukuku kapsamında korunması etkisini 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu⁵⁵ bakımından da göstermiştir. Öncelikle Türk Ceza Kanunu'nda çevre tanımına⁵⁶ yer verilmemekle birlikte, 2872 sayılı Çevre

48 Mršić (n 1) 132.

49 Çevrenin korunmasının insan sağlığı ile doğrudan ilişkisi göz önünde bulundurulduğunda, özel hukuk ve idare hukuku araçlarının etkinliğinin sınırlı kaldığı yönünde bkz. Albrecht, Heine ve Meinburg (n 38) 947.

50 Albrecht, Heine ve Meinburg (n 38) 946. Nitekim *Bloy*, Alman Ceza Kanunu'nda yer alan suç tipleri ile çevrenin tamamen korunması sağlanmamış olsa dahi çevre suçlarının esas alanının ceza kanununa dâhil edilmesiyle çevrenin korunmasında kanun koyucunun değişen statüyü tanımamasının açığa kavuşmasının kayda değer olduğunu belirtmiştir. *Bloy* (n 5) 485.

51 Ozan Ercan Taşkın, 'Maddi ve Muhakeme Boyutuyla Çevre Ceza Hukukuna Dair Bazı Tespitler/Kısmi Öneriler' (2015) 3 (1) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 119, 124. Çevre ceza hukukunun hem önleyici hem de çevre zararını oluştuktan sonra koruyucu işlevinin bulunduğu yönünde bkz. Maviş (n 21) 126.

52 Konu hakkında ayrıca bkz. Yılmaz (n 5) 87-88.

53 İdare hukukunun önceliğinin, idare hukuku uyarınca kanuna aykırı olan bir iznin ceza hukuku uyarınca her zaman hukuka aykırı olması gerektiği anlamına gelmeyeceği yönünde görüş için bkz. Paeffgen (n 30) 252.

54 Nitekim *Faure* bu durum, çevre ceza hukukunun son 30 yılda olağanüstü bir evrim geçirdiği şeklinde ifade etmiştir. *Faure*, *The Development* (n 22) 139.

55 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde 5237 sayılı TCK'da olduğu gibi çevre suçları belli bir sistematik içinde yer almamıştır. Bununla birlikte dağınık şekilde örneğin, çevreyi kirletme ve bozma fiillerinin halkın sağlığını tehlikeye düşürmesi bağlamında 369. (yangın çıkarmak), 394. (halkın içeceği suları zehirleyerek veya bozarak umurun sıhhatini tehlikeye düşürmek), 526. (yetkili makamların emir ve talimatlarına aykırı davranmak) madde düzenlemelerine yer verilmiştir. 765 sayılı TCK'da yer alan çevreye ilişkin suçlar hakkında ayrıca bkz. (Özenbaş (n 2) 926); Şen (n 5) 87 vd.; Özen (n 2) 14.

56 Çevre kavramının her zaman onu çevreleyen bir merkezle birlikte düşünülmesine rağmen bu bağlantı noktasının başlangıçtan itibaren içerik açısından tanımlanamadığı yönünde görüş için bkz. *Bloy* (n 5) 494.

Kanunu'nda⁵⁷ (md. 2) çevrenin; “*Canlıların yaşamları boyunca ilişkilerini sürdürdükleri ve karşılıklı olarak etkileşim içinde buldukları biyolojik, fiziksel, sosyal, ekonomik ve kültürel ortam*” şeklinde ifade edildiğinin belirtilmesi gerekmektedir⁵⁸. İnsanın biyolojik yaşam alanını oluşturan temel unsurlar olarak su, toprak ve havanın korunması bu bağlamda ön plana çıkmaktadır. Bu koruma aynı zamanda anayasal güvence⁵⁹ altına da alınmıştır.

Türk hukukunda yan ceza hukuku düzenlemeleri⁶⁰ ile korunması söz konusu olan çevrenin ceza kanununda hukuki değer olarak⁶¹ korunmaya tabi kılınması, yakın zamanda⁶² mümkün olmuştur⁶³. Böylece Türk çevre ceza hukukunda çevrenin korunmasının sadece idari cezalar ile yaptırım altına alınmasıyla yetinilmemiş, TCK kapsamında cezai hükümler⁶⁴ de öngörülmüştür.

Belirtilmelidir ki, söz konusu yasal gelişmeler son zamanlarda giderek artan, doğal yaşam alanlarının geri döndürülemez şekilde tahribatına karşı koyma görevinin bir parçası olarak ceza hukuku müdahalesinin gerekliliğinin ürünü olarak dikkate alınmalıdır⁶⁵. Diğer bir ifadeyle, çevrenin idari korunmasının asliliğine ek olarak,

57 Türk hukuku kapsamında Çevre Kanunu 09 Ağustos 1983'te yürürlüğe girmekle birlikte, Kanun bağlamında birçok değişiklik de getirilmiştir. Değişiklik süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bayraktar (n 6) 176. Çevre Kanunu'nda yer alan suçların tasnifi için bkz. Durmuş Tezcan, 'Çevre Suçları ile İlgili Bazı Değerlendirmeler' Prof. Şükrü POSTACIOĞLU'na ARMAĞAN (D.E.Ü. Hukuk Fak. Dön. Sermaye İşl. Yayınları No: 81 1997) 349, 356 vd.

58 Çevre kavramını açıklayan görüşler için ayrıca bkz. Yılmaz (n 5) 1 vd. Ayrıca Çevre Kanunu'nda çevre suçlarının düzenlenmiş olduğuna yönelik vurgu gerekli ve önemlidir. Bu kanunda çevre kirliliğinin önlenmesi amacıyla suç ihdas edilmiş ve böylece çevrenin idarece etkin şekilde korunması amaçlanmıştır (Tezcan (n 57) 356; Otto Backes, 'Umweltstrafrecht' (1973) 28 (11/12) Juristenzeitung 337, 337).

59 1982 Anayasası'nın 56. maddesinde; “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir”. Ayrıca TCK'nın 1. maddesinde ceza kanununun amacına yer verilmiş olup, çevrenin korunması gereken değerlerden birisi olduğu ifade edilmiştir.

60 Nitekim 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 20. maddesinde; çevrenin korunmasına yönelik konulan kurallara aykırı hareket edenlere uygulanacak idari yaptırımlara yer verilmiştir. Çevrenin korunmasına ilişkin Çevre Kanunu dışında yasal düzenlemeler de bulunmaktadır. Örneğin, kültürel çevre ile ilgili 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, 2873 sayılı Milli Parklar Kanunu, 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu, 3621 sayılı Kıyı Kanunu, 3194 sayılı İmar Kanunu, 618 sayılı Limanlar Kanunu, 167 sayılı Yeraltı Suları Kanunu, 3167 sayılı Kara Avcılığı Kanunu, 6831 sayılı Orman Kanunu, 1380 sayılı Su Ürünleri Kanunu bu kapsamdadır.

61 Çevre suçlarında korunan hukuksal değere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Aygörmöz (n 47) 24 vd.

62 Örneğin Alman Ceza Kanunu'nda çevrenin korunmasına yönelik suç tiplerinin 1980'li yıllarla birlikte kabul edildiği görülmektedir (Albrecht, Heine ve Meinburg (n 38) 943). Türk Ceza Kanunu'nda çevreye karşı suçların (TCK md. 181 vd.) kabulü 5237 sayılı Kanun dönemine tekabül etmektedir.

63 Ceza hukukunun çevrenin korunmasında araç olarak kullanılmasının ne ölçüde yerinde olduğu soruna ilişkin görüşler için bkz. Serdar Talas, 'Türk Ceza Kanunu'nda Çevrenin Kasten ve Taksirle Kirlenmesi Suçları' (2013) LXXI (1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1147, 1148.

64 TCK'da çevrenin kasten kirlenmesi (md. 181), çevrenin taksirle kirlenmesi (md. 182), gürlüğe neden olma (md. 183) ve imar kirliliğine neden olma (md. 184) suçları düzenlenmiştir.

65 Schall (n 19) 826.

insanların yaşamlarını ve sağlığını tehlikeye atan tehlikeli çevre kirliliğinin olduğu bir zamanda cezai müdahalenin gerekçesi açıktır⁶⁶. Ancak idare hukukunun öngördüğü idari emirlere veya yükümlülükler aykırılıktan dolayı cezalandırmanın ötesine geçme ve su, hava, toprak gibi belirli çevresel ortamları tehlikeli veya zararlı maddelerle⁶⁷ ihlal eden fiilleri doğrudan ceza hukuku ile koruma ihtimalinde dahi idari menfaatlerin de göz önünde bulundurulacağına dikkat edilmesi gerekir⁶⁸.

Çevrenin korunmasına ilişkin sadece suç düzenlemeleri bulunmamakta, kabahat teşkil eden fiiller de söz konusu olmaktadır. Bunlar düzene aykırı fiil (*Ordnungswidrigkeiten*) olarak nitelendirilen ve suçun aksine, kanunun ihlal edilmesiyle birlikte idari yaptırım uygulanmasını gerektiren hukuka aykırı fiillerdir (KK md. 2)⁶⁹. Çevrenin korunmasına hizmet eden tüm kanunların, çevreye yönelik ihlallere ilişkin yaptırımlar öngördüğü göz önünde bulundurulduğunda, örneğin idari onayın alınmaması, idari gerekliliklere uyulmaması veya bildirim ve izleme yükümlülüklerine uyulmaması gibi daha az haksızlık içeriğine sahip, çevre kanunu ihlalleri bu bağlamda kabul edilmektedir⁷⁰. Çevre koruma önlemlerinin çoğunun idare hukukunun bir parçasını oluşturduğu dikkate alındığında, bu önleyici araçlar genellikle, idari kurumların yasak olan faaliyetler karşısında tedbir ve yaptırım uygulaması şeklindeki baskıcı yollarla tamamlanmaktadır⁷¹.

66 Mršić (n 1) 133.

67 “Tehlikeli maddeler, bileşimleri, miktarları veya diğer özellikleri itibarıyla insan hayatını ve sağlığını, hayvanları ve bitkileri tehlikeye atabilecek maddelerdir. Zararlı maddeler suyun kimyasal, fiziksel, bakteriyolojik ve biyolojik özelliklerinde değişikliklere neden olarak örneğin, suyun doğal özelliklerini önemli ölçüde bozarak kullanımı engelleyebilir veya kısıtlayabilir”. Mršić (n 1) 136.

68 Albrecht (n 3) 170. Doktrinde bir görüş, çevreye karşı işlenen suçlarda salt idari nitelikteki hukuki değerlerin (*administrative Rechtsgutsbestimmung*) korunması gerektiğini savunmakta olup, örneğin suların kirlenmesi suçu (ACK md. 324) bağlamında suçun idare tarafından belirlenecek olan kamu hukuku amacını korumaya hizmet etmesi gerektiğini ileri sürmüştür (Kuhlen (n 7) 705). *Kuhlen* bu yaklaşımın sadece kanun koyucunun iradesi ile değil, ayrıca tarafsız bir bakış açısı ile de çeliştiğini ileri sürmüştür. Söz konusu olan doğal yaşam temellerimizin korunması ile ilgilidir ve bunların idari yönetimi, korumanın sağlanmasında sadece bir araçtır. ibid 705.

69 Paeffgen (n 30) 247-248; Bernhard Kretschmer, ‘Das Umweltstrafrecht und das Umweltordnungswidrigkeitenrecht in Deutschland’ (2010) 7 (2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 55, 60; Zeynel T. Kangal, *Kabahatler Hukuku* (3. bs. Adalet 2022) 23. Nitekim Alman Çevre Hukuku’nda da çevrenin korunmasında idare hukuku kurallarının yanında idari ceza hukuku kurallarının da uygulanması söz konusu olmuştur. Burada düzene aykırılık oluşturan fiillere idari para cezasının öngörülmesi kabul edilir (Sınar (n 14) 429). Suçlar ile idari suçlar arasında hukuksal değer varlığı ya da yokluğu şeklindeki bir ayrıma gidilmesinin isabetli olmadığı yönünde görüş için bkz. Ünver (n 33) 665.

70 Joachim Herrmann, ‘Die Rolle des Strafrechts beim Umweltschutz in der Bundesrepublik Deutschland’ (1979) 91 (2) Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 281, 294. İdari ceza hukuku ile genel ceza hukuku ayırımına ilişkin bilgi ve değerlendirme için bkz. Ünver (n 33) 659 vd.

71 Paeffgen (n 30) 247. Yazar ayrıca cezai kovuşturmanın, toplum için yüksek derecede katlanılmaz nitelikteki davranışlara tepki olarak karşılık bulduğunu, bununla birlikte idari suçlarda açık bir manevi baskı gerektirmeyen salt hukuka aykırılığı bastırmanın hedeflendiğini ifade etmiştir. ibid 248.

Çevreye karşı gerçekleştirilen fiillerin yaptırma tabi olduğu kabul edilse dahi sadece idare hukuku temelli korunması, uygulamada çevresel suç hükümlerince korunan değerlerin ceza kanununda korunan değerler kadar önemli görülmemesi ve dolayısıyla daha düşük bir önceliği hak ettiği iddiasının güçlenmesi anlamına gelmektedir⁷². Ceza kanunu kapsamında korumanın sağlanması, çevresel müdahalelerin sosyal olarak zararlı etkileri konusunda kamuoyunu bilinçlendirmek ve genel önleyici etkilerin yükseltilmesi bakımından da daha etkili bir yol olarak görülmektedir⁷³. Nitekim özellikle çevreye yönelik işletmelerden kaynaklanan zararlarda çevre ceza hukukunun önleyici etkisi daha etkin şekilde gerçekleşebilmektedir. Zira işletmeler tarafından çevreyi koruyucu önlemler almaya çaba gösterme, aksi halde gerçekleşecek cezai takibattan ve buna bağlı olarak işletmenin itibarına verilen zarardan kaçınma endişesinin bir sonucu olarak değerlendirilebilir⁷⁴. Özellikle toplumda artan çevre bilincinin etkisiyle, işletme tarafından gerçekleştirilen çevreye yönelik ihlal durumunda bunun topluma ifşa olmadan etkilerinin giderilmesine yönelik çaba, söz konusu fiilin ceza hukuku boyutuyla korunuyor olmasının etkisidir⁷⁵. Ceza yaptırımlarının sadece adli para cezası ile sınırlı olmaması ve özellikle özgürlüğü bağlayıcı cezaların yaptırım gücü dikkate alındığında, idari yaptırımlara karşı caydırıcılık etkisi de ön plana çıkmaktadır⁷⁶. Bunun yanı sıra çevrenin korunmasına ilişkin ceza hukuku lehine etki eden doktrinsel değişikliklerin de çevre ceza hukukuna ilişkin politikanın değişmesindeki öneminin yadsınmaması gerektiği belirtilmektedir⁷⁷.

Çevre hukukunda ceza hukukunun etkin hale gelmesine ilişkin gereklilik şu kabule de dayandırılabilir: İdari makamların söz konusu fiili birçok faktörü gözetererek irdelemesi nedeniyle idare hukuku kapsamında muhtemelen hoş görülebilecek olan münferit kirlilik olayları ceza hâkimi tarafından çevrenin korunması bağlamında dikkate alındığında cezalandırılmasına yol açabilir⁷⁸. Bununla birlikte çevre ceza hukukunun

72 Faure, *The Revolution* (n 17) 326.

73 Kristian Kühl, 'Probleme der Verwaltungsakzessorietät des Strafrechts, insbesondere im Umweltstrafrecht' in Wilfried Küper, Ingeborg Puppe (eds.) *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987* (De Gruyter 1987) 824. Benzer yönde değerlendirme için bkz. Tiedemann (n 8) 19.

74 Konuya ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. Albrecht (n 3) 173.

75 Schall (n 19) 823; Kretschmer (n 69) 56 vd. Bununla birlikte doktrinde bir görüş, çevreye karşı gerçekleştirilen fiillerin ceza hukuku kapsamında ele alınması halinde, şirketler ve idari makamlar arasındaki diğer yasal ihtilafların artmasının yanı sıra uyumsuzluk sorununun artmasının muhtemel olduğuna dikkat çekerek konuyu farklı bir yönü ile değerlendirmiştir. Albrecht (n 3) 173.

76 Joseph Dimentho, *Criminal Enforcement of Environmental Law*, s. 140'dan aktaran Özgüç (n 12) 27.

77 Faure, *The Revolution* (n 17) 323.

78 Paeffgen (n 30) 256.

uygulamada karşısına çıkan zorluk kapsamında idari organlar genellikle kontrol, soruşturma, kurumlara ait işyerlerine erişim vb. açısından geniş yetkilere sahipken, ceza adaleti kurumlarının cezai soruşturmalarda suçun işlendiğine dair belirli bir derecede şüphe gerektiren ceza muhakemesi kanunlarıyla sınırlandırıldığı dikkate alınmalıdır⁷⁹. Çevrenin korunmasında pratik olarak idari ve cezai kurumların ve uygulamaların birbiriyle koordineli hale getirilmemesinin olumsuz etkilerinin olacağı göz önünde bulundurulmalıdır⁸⁰. Bu aynı zamanda çevrenin korunmasında ceza hukuku müdahalesinin etkililiği⁸¹ ile de ilişkilendirilmektedir ve etkililiğin büyük ölçüde, belirli bir hükmün ihlalinin mahkemede kanıtlanma olasılığıyla ilgili olacağına işaret edilmektedir⁸².

b. Ceza Hukuku Müdahalesinin Sınırı Olarak Son Çare İlkesi Kapsamında Çevre Ceza Hukukunun Değerlendirilmesi

Ceza hukukunun toplumların kirlilik ve risk sorununa verdiği cevaplarda rol oynaması gerektiği şeklindeki sonuç üzerinde bir mutabakat olduğu kabul edilebilirse de, çevre koruma alanında ceza hukukunun ne kadar ileri gitmesi gerektiği ve çevre ceza hukukunun çevreyi koruma çabasında etkin bir araç haline getirilmesinde neler yapılabileceği netlik kazanmamıştır⁸³. Doğal çevrenin korunması şeklinde ifade edilebilecek genel amaç, hem çevre ceza hukukunun hem de idare hukukunun temelinde yer alsın da, bu amaca ulaşmak için tasarlanmış araçlar esas olarak farklıdır⁸⁴. Ceza hukuku korumasının çevrenin korunması bakımından uygulanabilir birçok zorlayıcı araçtan birini teşkil etmesi gerçeğinin yanında ceza hukukunun son çare olarak kabul edilmesi, etkisini çevreye yönelik gerçekleştirilen fiillerin ceza kovuşturmasına alternatif olarak idari para cezaları ile yaptırım altına alınması şeklinde göstermiştir⁸⁵. Bu, ceza hukukunun her şeyi korumak gibi bir amacının olamayacağı ve dolayısıyla hukuka

79 Albrecht (n 3) 174-175.

80 Breuer (n 32) 1081.

81 Doktrinde bir görüş, çevre hukukunun uygulanmasında, fiillerin yalnızca kriminalize edilerek çözülemeyecek daha birçok zorluğun bulunduğu ve bunun sadece sembolik mevzuata yol açması gibi ciddi bir tehlikeye sebep olduğuna, bu sayede çevre hukuku ihlallerinin, aynı zamanda etkili bir yaptırımın gerçekleşeceğine dair herhangi bir garanti olmaksızın suç sayıldığına dikkat çekmiştir. Faure, The Development (n 22) 139.

82 Faure ve Visser (n 17) 325.

83 Albrecht (n 3) 168.

84 ibid 172.

85 Faure, The Revolution (n 17) 323. İdari para cezalarının miktarlarının tespitinde *kirlatici kuruluşun büyüklüğü, üretim hacmi, işgücü* göz önünde bulundurulmaktadır. Bayraktar (n 6) 176.

aykırılık alanına nazaran suç alanının çok daha dar olduğu esasına dayanmaktadır⁸⁶. Böylece ceza hukuku kapsamında uygulanan yaptırım, kanun koyucunun toplumsal olarak zararlı davranışları bastırmak için kullandığı araçlar arasında en sert önlemi teşkil ettiğinden, yalnızca “son çare” olarak yani zorunlu olduğu sürece⁸⁷ kullanılabilir⁸⁸. Ceza hukukuna sınırlı bir alan öngören bu yaptırım piramidinin en üstü ancak diğer hukuk yollarının başarısız olması ya da yetersiz kalması durumunda devreye girebilecektir⁸⁹. Bu bağlamda ceza hukuku, yetkili idari makamlar tarafından uygulanan kontrol modelleri ve kirliliğe verilen tepkilerin yeterli olmadığı durumlarda gündeme gelebilecektir⁹⁰.

Cezanın son çare olması aynı zamanda söz konusu hukuka aykırılığın cezaya liyakat ve cezaya ihtiyaç gereklilikleri ile de ilişkilendirilmektedir⁹¹. Çevrenin korunmasına ilişkin ceza hukukunun uygulanmasının meşruiyeti cezaya liyakat yönünden de dikkate alınmalıdır. Zira bir davranış yasak olmanın ötesinde sosyal açıdan zararlı ve düzenli şekilde insanların bir arada yaşamasını katlanılmaz hale getiriyorsa engel olunmasını gerektirmektedir⁹². Hukuki değerlerin her türlü ihlali cezaya liyakat ölçütünü karşılamamaktadır. Ayrıca ceza hukukunun yararcı karaktere sahip olması nedeniyle liyakat ölçütü tek başına yeterli olmayacak, bunun yanı sıra fiilin cezalandırmaya muhtaç olması⁹³ da dikkate alınacaktır⁹⁴. Bu nedenle çevreye karşı işlenen suçlar hem çevreyi oluşturan unsurlar ile ilişkisi hem de insanla doğrudan ilişkisi sebebiyle geniş bir uygulama alanına sahip suçlar olarak dikkat çekmektedir.

Ceza hukukunun son çare olma ilkesi ile bağlantılı olarak değinilmesi gereken diğer bir ilke ise, orantılılık ilkesidir. Korunan hukuki değerlerin uğradığı zarardan, cezanın

86 Taşkın, Son Çare (n 41) 63; Ali Şahin Kılıç, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık (Yayımlanmamış Doktora Tezi), (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü 2020) 121 vd.

87 Bazı yazarlar tarafından bunun “vazgeçilmezlik” şeklinde ifade edildiği yönünde bilgi için bkz. Taşkın, Son Çare (n 41) 65.

88 Schall (n 19) 820; Faure, The Development (n 22) 141; Raimo Lahti, ‘Über die neueste Strafrechtsentwicklung in Finnland’ (2003) *Juridica International* VIII 62, 64; Maviş (n 21) 123.

89 Faure, The Development (n 22) 141.

90 Albrecht (n 3) 175; Breuer (n 32) 1091.

91 Taşkın, Son Çare (n 41) 70 vd. Alman hukukunda neredeyse doktrinin tamamı tarafından üzerinde görüş birliğine varılan, belirli bir alana ceza hukuku müdahalesinin gerekliliğinin saptanmasında cezaya liyakat ve cezaya ihtiyaçlılık ölçütlerine göre değerlendirme yapılması gerektiğine ilişkin bilgi için bkz. Ünver (n 33) 672.

92 Schall (n 19) 820.

93 Ünver, cezalandırmaya muhtaç olma ölçütünü şu şekilde ifade etmiştir: “Cezalandırmaya muhtaçlık, toplumun cezalandırmaya layık hukuksal değer tehditlerinden veya ihlallerinden korumak ve hukuk düzeninin muhafazası bakımından cezanın vazgeçilemez bir araç olması anlamına gelmektedir.” Ünver (n 33) 673.

94 ibid 673.

daha ağır bir zarara yol açmaması gerektiği şeklinde ifade edilen orantılılık ilkesi bakımından cezanın suç fiiliyle orantılı olması gerekir⁹⁵. Bu nedenle ceza kanunlarında çevre suçları bakımından öngörülen cezaların nispeten daha hafif olduğu ve bunun çevrenin korunmasında ceza hukukunun geri planda kalmasının bir sonucu olduğu şeklindeki değerlendirme⁹⁶ hukuki dayanaktan yoksun olacaktır. Söz konusu husus, korunan hukuksal değer ile gerçekleştirilen fiilin haksızlık içeriği dikkate alınarak incelenmeli ve ceza hukukunun genel esasları göz ardı edilmemelidir. Ayrıca orantılılık ilkesinin bir sonucu olarak tüm çevre suçları bakımından götürü bir cezanın benimsenmediği de ifade edilmelidir. Ceza hükmünün olası zarar ile ihlal durumunda uygulanabilecek yaptırım arasında dengeli bir ilişki sağlayıp sağlamadığı meselesi, belirli bir zararın olmaması durumunda bile, çevreye yönelik soyut bir tehdit durumunda ceza hukukunun müdahalesini meşru kılan soyut tehlike suçlarında ilgili fiile nispeten daha az bir cezai yaptırımın uygulanmasını beklenir kılmaktadır⁹⁷.

Çevreye karşı gerçekleştirilen ihlallerin suç kapsamında ele alınmasında ceza araçlarının ceza sorumluluğunun belirlenmesinde ve bunun akabinde infaz aşamasında *sosyal ve ekonomik maliyetinin* bulunduğu ve bunun yanı sıra aşırı kriminalizasyonun, çevre suçlarına nazaran daha ağır suçlar için gerekli araçlardan etkin bir şekilde yararlanılmasını engellediği hususları⁹⁸ da göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

c. Ceza Hukukunun Müdahalesinin Gerekliği Noktasında Çevre Suçlarında Korunan Hukuksal Değer Sorunu

Çevreye karşı işlenen suçlarda sorun arz eden husus, diğer suçlarda olduğu gibi fiili kimin gerçekleştirdiğinden ziyade bir suçun fiilen işlenip işlenmediğidir⁹⁹. Çevre suçu genel olarak çevresel değerlerin ortadan kaldırılması ya da bu değerlere zarar verilmesine yönelik suçlar olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁰. Belirtilmelidir ki, genel bir çevre suçu tanımına ne ceza kanununda ne de çevre ceza hukukuna dair hükümler içeren diğer

95 Taşkın, Son Çare (n 41) 73; Aygörmöz (n 47) 3.

96 Görüş hakkında bkz. Şen (n 5) 78.

97 Faure ve Visser (n 17) 324. Bununla birlikte yazarlar, idari değerlerin ihlalinin kirliliğin kendisinden daha ağır bir şekilde cezalandırıldığını bazı Belçika yasalarını örnek göstermek suretiyle, bazı hukuk sistemlerinde idari değerlerin ihlaline nispeten yüksek hapis cezaları uygulandığına dikkat çekmişlerdir. ibid 324.

98 Taşkın, Son Çare (n 41) 68.

99 Albrecht (n 3) 171.

100 Nebahat Kayaer, 'Atık ve Artıklarla Çevrenin Kasten Kirlenmesi Suçu (TCK m. 181/1)' (2019) 21 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 139, 142. Ayrıca bkz. Tezcan (n 57) 352. Nitekim Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi (UNODC) tarafından çevre suçu 'çevre için olumsuz sonuçları olabilecek suç davranışı' şeklinde bir dizi farklı ve ayrı faaliyetleri içeren genel kapsamda tanımlanmıştır. Boaster (n 7) 200.

düzenlemelerde yer verilmiştir¹⁰¹. Böylece neyin suç sayılması gerektiğine ilişkin bazı ihtilafların yasama düzeyinde çözülmediği, ancak kirlilik, atık bertarafı veya doğal yaşamı tehlikeye atan diğer fiillerin söz konusu olduğu durumlarda uygulama sürecine aktarıldığı açıktır¹⁰².

Çevre suçlarının ceza kanunlarında yer alan diğer suçlara nazaran az öneme sahip suçlar (*das Bagatelldelikt*) olduğu şeklindeki iddia, örneğin çevreye karşı gerçekleştirilen fiilin toprağa veya suya kalıcı olarak zarar vermesi ihtimalinde o çevrede yaşayan insanların sağlığı bakımından ciddi tehlike oluşturması nedeniyle geçerlilik taşımamaktadır¹⁰³. Bu aslında çevreye yönelik gerçekleştirilen her bir ihlalin tek başına dikkate değer görülmemesi ve ancak ihlallerin nicelik açısından belli bir seviyeye gelmesi halinde cezai yaptırıma tabi tutulabilmesi kabulüne dayanmaktadır¹⁰⁴. Nitekim çevreye yönelik gerçekleştirilen fiillerin ceza kanunlarında yer bulmadan önce söz konusu edilen husus, korunan hukuki değere ilişkin olmuştur. Bu fiiller ile fiillerin türüne ve ağırlığına göre ceza kanununun iç korumasıyla bağlantılandırılması gereken hukuki değerler arasındaki ilişki ön plana çıkmıştır¹⁰⁵.

Çevre ceza hukukunun idari bağıllığının da etkisiyle çevreye karşı gerçekleştirilen fiillerle insan sağlığı ya da hayatına yönelik zararlardan önce de bireysel değerlerin korunmasının mı ön planda olduğu ya da insanla ilişkili olmakla birlikte görece bağımsız ekolojik değerlerin¹⁰⁶ mi korumanın şartını oluşturduğu veya idare hukukuna ilişkin

101 Faure, *The Revolution* (n 17) 325. Doktrinde bir görüşe göre, çevreyi tehlikeye sokan veya zarar veren fiillere yönelik düzenleme içeren ceza kanunları bir yandan çevre suçları ile doğal kaynakların meşru veya gerekli kullanımı diğer yandan endüstriyel işletmelerin faaliyetlerinin meşru ve vazgeçilmez kullanımı arasında açık ve pratik olarak uygulanabilir bir sınır sorununu ele almalıdır. Bu nedenle yazara göre, çevresel suçların tanımında, hem ekolojik hem de endüstriyel ve ticari çıkarlar dikkate alınmalıdır. Albrecht (n 3) 172.

102 ibid 171.

103 Schall (n 19) 823. Nitekim *Tiedemann*, su, hava, toprak vb. değerlerin yaşam bakımından öneminin, söz konusu unsurların sadece toplumsal düzenin bir ifadesi olarak ceza kanunu kapsamında korunmasını haklı kılmadığını, ayrıca bu bağlamda çevreye yönelik gerçekleştirilen fiillerin daha az önemli suç kapsamındaki kabulünü de dışladığını belirtmiştir. *Tiedemann* (n 8) 18.

104 Kuhlen (n 7) 698.

105 *Tiedemann* (n 8) 14. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. *Maviş* (n 21) 144 vd. Çevre suçlarıyla korunması amaçlanan hukuki değerlere ilişkin ileri sürülen gruplandırma hakkında bkz. *Ünver* (n 33) 1018 vd.

106 *Tiedemann*, ekolojik değerlerin tümünün insanla olan ilişkisinin aynı kapsamda değerlendirilemeyeceğini belirttikten sonra gürültüye veya iyonlaşma etkisi doğurmayan ışınlara sebebiyet verme (ACK md. 325a) suçları üzerinden verdiği örnekte insanla ilişkisi bağlamında korunan hukuksal değerlerin çevreye yönelik işlenen diğer suçlardaki değerlerden daha güçlü olduğunu belirtmiştir (*Tiedemann* (n 8) 28). Gürültüye neden olma suçu bağlamında “*neden olunan gürültünün, ‘ortalama insan duyu yetisine göre, sağlığa zarar verme potansiyeli’ bulunması; bu ‘gürültü içerisinde başkasının sağlığının zarar görme tehlikesinin, potansiyel olarak barınması’ gerekir. Gürültünün, bu gürültüye maruz kalan kimselerin beden ve ruh sağlığının bozulması riski ile karşı karşıya gelmesi*” düzeyinde olması gerektiği belirtilmiştir. *Maden* (n 37) 441.

birey üstü değerlerin mi dikkate alınması gerektiği gündeme getirilmiştir¹⁰⁷. Bununla birlikte çevre ceza hukuku, idare hukukunun ve dolayısıyla idari kolluğun temel amacını oluşturan genel sağlığın, genel güvenliğin ve esenliğin korunması¹⁰⁸ ile sınırlanamayacak şekilde bireysel hukuksal değerlerin korunması ile ilişkilendirilmeye başlanmıştır. Ceza hukuku kapsamında bazı değerlerin etkin korunabilmesini sağlamak adına sadece suçun konusuna zarar verilmesi değil, konunun tehlikeye düşürülmesi de suç kabul edilerek söz konusu hukuki değerler daha fazla korunmak istenmiştir¹⁰⁹. Bu bağlamda çevrenin korunması alanında örneğin havanın, suyun, toprağın niteliği için idari düzenlemelerden farklı standartlar oluşturmanın gerekli olmadığı şeklinde ileri sürülebilecek iddia, bireye ilişkin hukuki değerler kapsamında insan sağlığının da dikkate alınması halinde dayanaksız kalmaktadır¹¹⁰.

Çevreye karşı suçlar ile korunan hukuki değer hava, toprak, su, bitki örtüsü, hayvan türleri gibi çevreye ilişkin menfaatler ile insan hayatı ve sağlığı gibi insanı esas alan hukuksal değerlerdir¹¹¹. Böylece insan merkezli ekolojik yaklaşım¹¹² olarak çevreye karşı işlenen suçlarda *çifte hukuki değer ilişkisine (doppelten Rechtsgutsbezug)* dikkat çekilmektedir¹¹³. Çevrenin, su, hava ve toprak ortamları ile insanlığın temel yaşam koşullarından biri olması bile hukuki değerler kapsamına dâhil edilmesi gereğine işaret

107 Tiedemann (n 8) 28. Konuya ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. Laufhütte ve Möhrenschrager (n 4) 915; Ünver ve Nuhoglu (n 26) 38 vd. Çevreye yönelik gerçekleştirilen fiillerde korunan hukuki değere ilişkin yaklaşım farklılığının suçun mağdurunun tespitini de etkilediğine ilişkin değerlendirme için bkz. Maviş (n 21) 135.

108 Tezcan (n 57) 353. Çevreye karşı gerçekleştirilen fiiller bakımından korunan değerlerin idari yararlar olduğuna yönelik görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Maviş (n 21) 154 vd.

109 İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. bs, Seçkin Yayıncılık 2021) 221.

110 Köhl (n 73) 827. Çevre ve doğa kavramları arasındaki farklılığa ilişkin değerlendirme için bkz. Bloy (n 5) 495.

111 Köhlen (n 7) 701; Herrmann (n 70) 282; Özenbaş (n 2) 927. Ünver bu konuyu şu şekilde ifade etmiştir: “Yeni hukuksal değerlerin kabul edilmesi, yalnızca klasik suçların uygulanma alanlarının hazırlık hareketlerine doğru öne çekilmesinin bireye ait değerlerin korunması için yeterli olamayacağını, ceza hukukunun uygulama alanını bu yeni hukuksal değerlere paralel oluşturacak yeni suç tiplerinin aracılığıyla genişletilmesi gerektiğini ifade etmekteydi.” Ünver (n 33) 1015.

112 Köhlen (n 7) 714.

113 Dieter Dölling, ‘Review of Umwelt-Strafrecht. Sonderausgabe der Kommentierung der §§ 311 d, e, 324-330 d in der 10. Auflage des Leipziger Kommentars zum Strafgesetzbuch, by J. Steindorf’ (1987) 42 (6) Juristenzeitung 291, 291; Laufhütte ve Möhrenschrager (n 4) 914 vd.; Werner Hoppe ve Martin Beckmann, Umweltrecht (C. H. Beck, 1989) 164; Kretschmer (n 69) 65; Ünver ve Nuhoglu (n 26) 40, 55; Yokuş Sevük (n 14) 296; Şen (n 5) 115 vd. Çevreye karşı işlenen suçlarda korunan hukuksal değer ve tarihsel gelişimine ilişkin değerlendirme için bkz. Bloy, (n 5) 487 vd. Alman Ceza Kanunu’nda düzenlenen çevre suçlarına ilişkin hukuksal değerlerin tespitinde birey-çevre ilişkisinin ağırlığı esas alınarak belirlenen gruplandırma için bkz. Ünver ve Nuhoglu (n 26) 40 vd.

etmektedir¹¹⁴. Zira bu hukuki değerlerin tanınmasında, nihayetinde, şimdi yaşayan insanların ve gelecek nesillerin uzun süreli menfaatlerinin bulunduğu esasına dayanılmaktadır¹¹⁵. Bu şekilde çevresel değerlerin de nihai olarak insan menfaatine odaklı olduğu şeklindeki, çevreye yönelik suçlarda korunan hukuksal değerlerin insan merkezci olduğuna yönelik yaklaşım genel kabulü oluşturmaktadır¹¹⁶. Böylece salt çevreye ilişkin değerleri ya da salt insan merkezci yaklaşımı diğerinden soyutlamadan çevreye yönelik işlenen suçlarda korunan hukuki değerlerin belirlenmesi TCK'da yer alan tüm çevre suçlarını da kapsayan bir sonucu ortaya çıkarmaktadır¹¹⁷. Bununla birlikte çevreye yönelik gerçekleştirilen fiiller bağlamında ihlal edilen değerlerin tespitinde bu suçların çoğu durumda¹¹⁸ bağlı yapısının bulunduğundan hareketle idari menfaatlerin de göz ardı edilmemesi gerekmektedir¹¹⁹. Ne salt idari yükümlülüğe aykırılık ne de salt çevreye yönelik gerçekleştirilen ihlal çevre suçlarını tam olarak karşılamaktadır. Bu, çevresel suçların bağımsız bir şekilde, örneğin belirli bir davranışın neden olduğu ekolojik zararı hesaba katarak tanımlanmaması şeklinde de ifade edilebilir¹²⁰. Kendine özgü yapısı nedeniyle çevre suçları bakımından özellik arz eden bu husus, hukuki değerlerin tespitinde de çok yönlü bakış açısının dikkate alınmasını mümkün kılmaktadır.

114 Schall (n 19) 819. Bu bağlamda yazar söz konusu kabulde Alman Ceza Kanunu'nda çevreye karşı suçlar (ACK md. 324 vd.) arasında korunan hukuki değere ilişkin tartışmanın bulunmasının bir rol oynamadığını belirtmiştir. ibid 819.

115 Kuhlen (n 7) 701; Taşkın, Maddi ve Muhakeme Boyutuyla (n 51) 124. Yazar bu bağlamda küresel hukuki değer (*globale Rechtsgut*) kavramını kullanmıştır (Kuhlen (n 7) 714). *Heinrich* ise evrensel hukuki değer şeklinde adlandırdığı hukuki değerlerin soyut tehlike suçları ile yakın ilişkisini ele almış ve "klasik" ceza hukukunun bireysel hakları (yaşam, fiziksel bütünlük, mülkiyet, özgürlük) merkezi olarak korurken, günümüzde evrensel hukuki değerlerin korunmasının giderek artan bir şekilde ceza politikası faaliyetlerinin odak noktası haline geldiğine dikkat çekmiştir. Yazar ayrıca bu evrensel hukuki değerlerin genellikle belirsiz bir şekilde tanımlanabilmesinin sorun teşkil ettiğine de değinmiştir. Bernd Heinrich, 'Zum heutigen Zustand der Kriminalpolitik in Deutschland' (2017) (1) *Kriminalpolitische Zeitschrift (KriPoZ)* 4, 7.

116 Kuhlen (n 7) 702. Yazar, insan merkezci çevre kabulünün yerine kendi haklarına sahip bir doğa kavramının dikkate alınması halinde bunun devrim niteliğinde bir değişiklikte sonuçlanacağını, zira olması gereken hukuk bağlamında ceza kanununun uygulanmasının elverişli olmayacağını ve olan hukuk kapsamında uygulanmasının düşünülmemeyeceğini belirtmiştir. ibid 702.

117 Aygörmez (n 47) 28, 33. Söz konusu yaklaşıma yönelik eleştiriler için bkz. Maviş (n 21) 153.

118 İdari usullerin öngörülmediği suçlar bakımından korunan değerlerin idari görüşle temellendirilemeyeceği yönünde bkz. ibid 155-156.

119 Benzer yönde değerlendirme için bkz. Yokuş Sevtük (n 14) 260; Maviş (n 21) 157.

120 Faure, *The Revolution* (n 17) 328.

Çevreye karşı suçlarda korunan hukuksal değerlerin çeşitliliği, suç tiplerinin zarar suçu, soyut-somut tehlike suçu farklılaşmasında da etki göstermiştir¹²¹. Çevreye karşı işlenen suçlar genel olarak soyut veya somut tehlike suçları¹²² şeklinde kanunda karşılık bulmuşlardır¹²³. Konu aşağıda çevre suçlarının idari bağlılığı ile ilişkilendirilerek farklı bir açıdan ele alınacaktır.

II. Çevre Ceza Hukukunda İdari Bağlılık

a. İdari Bağlılığın Çevre Ceza Hukukunu Sınırlaması

Çevre ceza hukuku 1970'lerde ortaya çıktığında, genellikle güçlü bir idari karaktere sahip olan, örneğin bir işletmeciye izin başvurusunda bulunma yükümlülüğü getiren çevre kanunlarında yer almaktaydı¹²⁴. Pek çok ülkede hükümler artık bir ceza kanununa dâhil edilmiş ve ayrıca birçok hukuk sisteminde çevre, ceza hukuku sisteminde daha özerk bir koruma almıştır¹²⁵. Çevre ceza hukuku kapsamındaki suçların özellikle Avrupa ülkeleri¹²⁶ dikkate alındığında, farklı yasal düzlemde yer aldıkları görülmektedir. İlgili suçlar Almanya'da olduğu gibi temel ceza kanununda¹²⁷ yer bulurken; İngiltere'de

121 Breuer (n 32) 1081. Tehlike suçlarına ilişkin ayrıca bkz. Baumann Jürgen/Weber Ulrich/Mitsch Wolfgang/Eisele Jörg, *Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch* (12. bs, Ernst und Werner Gieseking 2016) 117 vd. *Kuhlen* bireysel fiillerin (*Einzelhandlungen*) genellikle zarara ilişkin soyut tehlike ile bağlantılı bile olmadığını belirtmiştir. Örneğin, bir çiftçi bir dereye bir miktar sıvı gübre dökerse, bu bir kaynak olarak insanların suya ilişkin uzun süreli menfaatini tehlikeye atmayacaktır ve aynı şey çok daha ciddi kirlilik için de geçerlidir. *Kuhlen* (n 7) 714-715.

122 “Türk Ceza Kanunu’nun “çevreyi kasten kirlenme” suçunu düzenleyen 181/1, “taksirle kirlenme” suçunu düzenleyen 182/1 ve 2872 sayılı Çevre Kanunu’nun 8. maddelerinde suçun unsuru olarak kabul edilen “çevreye zarar verecek şekilde” kavramı ise, “gerçekleşen somut bir zararı” değil, “zarar vermeye elverişliliği, zarar ihtimalini” anlatmaktadır. Madde gerekçesinde de açıklandığı üzere atık veya artığın; kisten su, hava ve toprak şeklinde gruplandırılan alıcı ortama ya da bu ortamlarla ilişkili ekosistemlerden birine verilmesi ile suç oluşacaktır. Çevrenin kasten kirlenmesi, kanunda tehlike suçu olarak düzenlenmiştir. Zararın gerçekleşmesi, bu suçta unsur olmadığı gibi cezalandırma şartı da değildir.” Yargıtay 4 CD, 4005/34038, 24.11.2014; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 377/102, 12.2.2019 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 12 Aralık 2021. Tehlike suçlarının tasnifine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Maden (n 37) 449 vd.

123 Herrmann (n 70) 295. Netice suçlarındaki teşebbüs kurumunun, cezalandırmaya layık olabilecek her türlü tehlikeyi cezalandırmada yetersiz kalacağı ve bundan dolayı tehlike suçlarının avantaj elde ettiği yönünde değerlendirme için bkz. Aygörmöz (n 47) 54.

124 Faure, *The Development* (n 22) 140.

125 Faure, *The Development* (n 22) 139. Çevreye yönelik gerçekleştirilen fiillerin bu şekilde ceza kanunlarında yer bulmasında yol gösterici saiklerin aynı zamanda, hukukun bu alanında daha fazla tutarlılığın sağlanması ve bu hükümleri klasik suçlara ilişkin hükümlerin yanına yerleştirilerek kirliliğin önlenmesinin kamusal öneminin vurgulanması olduğunun altı çizilmiştir. Paeffgen (n 30) 248.

126 Avrupa’da çevrenin korunması bağlamında ceza hukukunun reddedildiği hukuk düzeninin olmadığına ilişkin bilgi için bkz. Ali Kemal Yıldız, ‘Çevrenin Kastan Kirlenmesi’, *Özel Ceza Hukuku Cilt V Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar* (On İki Levha 2019) 185.

127 Almanya 1980’de çevre ceza hukuku hükümlerini uygulamaya koymuş olup, bunu Hollanda (1989), Finlandiya (1995), Portekiz (1995) ve İspanya (1995) takip etmiştir. Faure, *The Development* (n 22) 142.

olduğu gibi merkezi bir çevre koruma kanunu kapsamında¹²⁸ ele alınabilmektedir. Ayrıca İtalya ya da Fransa¹²⁹ örneklerinde geçerli olduğu şekliyle özel idari çevre kanunlarına ek ceza hükümlerine yer verildiği görülmektedir¹³⁰. Bu bağlamda çevre ceza hukukunun¹³¹ bağıllığını, çevreye yönelik düzenlemelerin ceza hukukundan önce çevre hukuku kapsamında yer almasının bir sonucu olduğu şeklinde de değerlendirmek mümkündür¹³². Bu nedenle çevre suçlarının düzenlendiği sistemler göz önünde bulundurulduğunda, hukuk yollarının özelleşmesi bağlamında idare hukuku ile ceza hukukunun birbirinden izole şekilde hukuki düzenlemelerde yer alması yönündeki talebin, çevre ceza hukukunda karşılığını bulması çok güçtür¹³³. Zira çevre hukuku, idare ve ceza hukukunun bir arada var olmasını gerektiren disiplinler arası bir boyut kazanmıştır¹³⁴.

Çevre suçları, ceza kanunlarında yer alan klasik anlamdaki suçlardan, daha açık ifadeyle hayata, vücut dokunulmazlığına, malvarlığına vb. karşı işlenen suçlardan farklı yapıdadır¹³⁵. Öncelikle belirtilmelidir ki, çevre suçları temel kişisel hukuki değerlerin korunmasına ön gelen suç tipleri olarak ifade edilen ve insanlar arasındaki ilişkilerin gelişmesi neticesinde nispeten yakın zamanda ceza hukuku anlamında korunan hukuksal değerlerle ilişkilendirilen “modern” suç tiplerinin örneği olarak kabul edilmektedir¹³⁶.

128 Bu şekilde çevre hukukunun bütünleştirilmesini amaçlayan cezai hükümlere bir kanunda veya özel çevre kanununda yer veren ülkelere örnek olarak Birleşik Krallık’ın (1990) yanı sıra Danimarka (1991), İrlanda (1992) ve İsveç’in (1998) verilmesi mümkündür. ibid 142.

129 Çevreye ilişkin başlıca düzenlemelerin 1970’li yıllarda kabul edildiğine ilişkin bilgi için bkz. Faure, *The Revolution* (n 17) 325.

130 Albrecht (n 3) 170. Konuya ilişkin ayrıca bkz. Bayraktar (n 6) 176. Çevre suçlarına ilişkin belirtilen bu son model, idari hukuka ve hatta idari karar alma süreçlerine bağlı veya bunlara yardımcı olan çevre suçlarıyla ilgilidir. Burada cezai yaptırımlar, nihayetinde, suçluyu idari emirlere vs. uymaya veya idari kurumlarla daha iyi işbirliği yapmaya itmek için kullanılır (Albrecht (n 3) 170). Burada cezai korumanın sağlanma şekli, genellikle bir idari kanunun sonunda, kanun hükümlerini veya fiile dayalı olarak çıkarılan yönetmelikleri ihlal eden herkesin belirli bir ceza ile cezalandırılacağını belirten bir hükümde yer almasıdır (Faure ve Visser (n 17) 319).

131 Doktrinde çevre ceza hukuku bakımından geniş ve dar anlamda çevre ceza hukuku şeklinde esas ayrıma gidilmektedir. Geniş anlamda çevre ceza hukukundan anlaşılması gereken, çevreye karşı hareketin adli ceza tehdidi altında bırakan normlar iken; dar anlamda çevre ceza hukukundan ise sadece Ceza Kanunu Özel Hükümler kapsamındaki çevreye yönelik suç tipleri anlaşılmaktadır. Aygörmez (n 47) 3.

132 Tiedemann (n 8) 9.

133 Breuer (n 32) 1091.

134 Saurer (n 9) 339.

135 Ünver ve Nuhoğlu (n 26) 32.

136 Tiedemann (n 8) 31. Konuya ilişkin ayrıca bkz. Lahti (n 88) 66 vd. Modern tehlike ceza hukuku (risk ceza hukuku), günümüz ceza hukukunda tartışılmalı konular içinde yer almaktadır. Bu bağlamda “cezalandırılabilirliğin ön plana genişletilmesi (*Vorfeldkriminalisierung*) suretiyle hukuki değerlerin korunması ile ilgilenen ve hukuki değerlerin ihlalinde zarardan ziyade tehlikeye yönelik bir yer değişiminin tercih edildiği ve geniş ölçüde yayılma gösteren bir ceza hukuku anlayışından” söz edilmektedir. Çevrenin korunması da bu bağlamda önem taşımaktadır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ünal (n 14) 168.

Nitekim çevre suçları bağlamında bu husus, ceza hukukunun klasik ödevi olarak hukuki değerlerin ihlalinin önlenmesi amacının yanına, ihlalin önceden önlenmesi adına geçici tedbirlerin alınması işlevinin de eklenmesi şeklinde ifade edilmektedir¹³⁷. Ayrıca geleneksel anlamda bireysel değerlerin ihlali, idari makamların müdahalesi olmaksızın doğrudan suç kapsamında yer almasına¹³⁸ rağmen çevreye karşı işlenen suçlar, idare hukuku ile ceza hukuku düzenlemelerinin birbiri ile ilişkili olduğu suçlardır¹³⁹. Bu bağlamda kendine özgü (*sui generis*) bir yapıya sahip suçlar olarak ifade edilmesi mümkündür¹⁴⁰.

Çevresel değerlerin ihlal edilmesine yönelik her bir fiil ceza sorumluluğunu gerektiren bir sonucu ortaya çıkarmadığından, çevresel değerler doğrudan ceza hukuku aracılığıyla korunmamaktadır¹⁴¹. Bu yönüyle ceza hukuku daha çok çevrenin idari yönetimini destekleyen bir işlev gerçekleştirmektedir¹⁴². Çevrenin korunmasında ceza hukukundan yararlanılabilmesi noktasında idari nitelikte katılımın gerekliliği açıktır¹⁴³. İdari önlemlerin alınması ve bu şekilde çevreyi korumayı sağlayıcı ortam oluşturulmasına rağmen, buna aykırı davranışlar bakımından ceza hukuku müdahalesi söz konusu olabilecektir¹⁴⁴. Bu bağlamda ceza hukuku normlarının ikincil nitelikte olduğu ve tamamlayıcı, güçlendirici fonksiyona sahip olduğu belirtilmekte¹⁴⁵ ve bunun zorunlu

137 Scholz, *Gewasserverunreinigung*, s. 58'den aktaran Ünver ve Nuhoglu (n 26) 32. Ceza hukukunun çevre suçları aracılığıyla ayrıca idari emir ve veya tedbirlerin güvencesi olarak onlara uyulup uyulmadığını kontrol etme ve zorlama işlevini de yerine getirdiği hakkında bkz. Şen, *Çevre Ceza Hukuku*, s. 78. Çevre suçlarında yaptırım olarak genellikle para cezalarının belirlenmesinin çevreye yönelik oluşan zararların giderilmesi suretiyle kişilerin maruz kaldığı tehlike veya zararın telafi edilmesinin ceza hukukuna farklı bir işlev yüklediği hakkında bkz. Şen (n 5) 82.

138 Faure, *The Revolution* (n 17) 328.

139 Lackner bu hususu şu şekilde ifade etmiştir: "Çevre hukuku, önleyici-idare hukukuna ve yaptırıma yönelik düzenlemelerin (*präventiv-verwaltungsrechtlicher und sanktionsrechtlicher Regelungen*) iç içe geçmesiyle karakterize edilir". Kühl (n 73) 816.

140 Faure, *The Development* (n 22) 140.

141 Faure, *The Revolution* (n 17) 328.

142 Michael Faure, 'Environmental Criminal Liability: The Long and Winding Road towards an Effective Environmental Criminal Law System in the EU' Marjan Peeters and Mariolina Elia Antonio (eds) *Research Handbook on EU Environmental Law* (Elgar 2020) 249; Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku ve Çevre (Türkiye Çevre Sorunları Vakfı Yayını 1982)* 13; Ünver, s. 1014. Çevre ceza hukukunun eşlik edici, güçlendirici olduğu yönünde bkz. Aygörmez (n 47) 13. Nitekim *Mršić* çevrenin küresel tahribatı karşısında toplumun karşı karşıya olduğu karmaşık durumu düzenlemek için idare hukuku ağırlıklı olmak üzere farklı hukuk alanlarındaki paydaşların aktif olarak sürece dâhil edilmesi gerektiğine vurgu yapmıştır (*Mršić* (n 1) 131). Çevrenin korunmasında ceza hukukunun işlevine ilişkin ayrıca bkz. Sınar (n 14) 420 vd.

143 Şen (n 5) 83.

144 Sınar (n 5) 421. Çevre ceza hukukunda adli para veya hapis cezası gibi cezai yaptırım tehdidinin, çevre hukukuna ilişkin yükümlülüklerin uygulanmasını desteklemek için kullanıldığına ilişkin bilgi için bkz. Saurer (n 9) 339.

145 Yıldız (n 126) 186.

sonucu olarak çevre idare hukukunun önceliği (*Vorrang des Umweltverwaltungsrechts*) esasına atıfta bulunmaktadır¹⁴⁶. Böylece kanun koyucunun kural olarak ceza hukukunda çevre hukukunun geri kalanından farklı ve daha katı davranış ölçütleri geliştiremeyeceğine dikkat çekilmektedir¹⁴⁷. Bu kabulün ortaya çıkardığı bir sonuç da, idari otoritelerin, çevreyi kirletmeye yönelik fiillerin cezalandırılabilir niteliği haiz olup olmadığının belirlenmesi noktasında etkisinin bulunacak olmasıdır. Zira idari otoriteler bir iznin şartlarını belirlemekle birlikte, aynı zamanda ceza sorumluluğu için gereken şarta da etki etmektedirler¹⁴⁸.

Nasıl ki çevreyi kirletmeye yönelik genel bir yasağın uygulanması fiilen mümkün değilse, çevre ceza hukukunun sadece fiilî değil, aynı zamanda yasal sınırları da kabul etmesi gerekmektedir. Çevre ceza hukukunda bu husus, idare hukuku kapsamında izin verilenlere, ceza hukuku kapsamında yasak konulamayacağı şeklinde ifade edilmektedir¹⁴⁹. Nitekim çevreye zararlı olduğu varsayılan fiillerin, bastırıcı ceza hukuku kadar önleyici hukuk kurallarına da tabi olabilmesi şeklinde tezahür eden bu durum, her biri farklı hukuki kavramlara dayanan ve farklı amaçlara hizmet eden¹⁵⁰ hukuk dallarının “*bir arada varoluşu*”nu gerekli kılmaktadır¹⁵¹. Doktrinde genel olarak çevre ceza hukukunun idari bağlılığı¹⁵² şeklinde ifade edilen bu durum¹⁵³ (*administratively*

146 Saurer (n 9) 341. Nitekim doktrinde, çevreyi korumak için giderek artan bir şekilde mali, örgütsel ve idari önlemler alındığı ve bu tedbirlerle karşılaştırıldığında ceza hukukunun ikinci planda kaldığı belirtilmiştir. Bununla birlikte yazarlar, belirtilen tedbirleri desteklemek ve uygulamak için yaptırım hükümlerinden vazgeçilemeyeceğine ve bunun aynı zamanda son yıllardaki uluslararası tartışmalarla da kanıtlandığına vurgu yapmışlardır. Laufhütte ve Möhrenschrager (n 4) 915.

147 Saurer (n 9) 341.

148 Faure, *The Revolution* (n 17) 328.

149 Laufhütte ve Möhrenschrager (n 4) 919.

150 Nitekim birçok çevre izni (*environmental permit*) ceza hukuku kapsamında sadece çevrenin yasal olarak korunması amacını değil, aynı zamanda ekonomik verimlilik, özellikle finansman, istihdam, vergi geliri vb. dâhil olmak üzere birçok faktörün dikkate alınmasını gerektirmektedir. Ayrıca idari kurumların bu bağlamda geniş takdir yetkisine sahip oldukları da göz önünde bulundurulmalıdır. Paeffgen (n 30) 256.

151 ibid 247.

152 *Binding*'in ceza hukukunun hukukun bağlı parçası olarak (*ein accessorischer Rechtsteil*) koruyucu hukuk olduğu şeklindeki iddiasının hiçbir zaman genel kabul görmese de ceza hukukunun bağlılığı (*Akzessorietät des Strafrechts*) kavramının ortak bir terim haline geldiğine ilişkin bilgi için bkz. Kühl (n 73) 825.

153 Faure, *The Revolution* (n 17) 322; Erich Samson, ‘Konflikte zwischen öffentlichem und strafrechtlichem Umweltschutz’ (1988) 43 (17) *Juristenzeitung* 800, 801; Faure, *The Development* (n 22) 140; Bloy (n 5) 498; Tiedemann (n 8) 9; Benedikt J.Lüthge ve Maximilian L. Klein ‘Die materielle Genehmigungsfähigkeit im Umweltstrafrecht: Bekanntes Problem, neue Ansätze’ (2017) 129 (1) *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 48, 49; Roman Götze, *Umweltstrafrecht* (René Börner) Buchbesprechung, *NuR* (2020) 42 467, 467; Paeffgen (n 30) 250; Kretschmer (n 69) 62; Breuer (n 32) 1083; Hoppe ve Beckmann (n 113) 165; Laufhütte ve Möhrenschrager (n 4) 919. Türk hukukunda idari bağımlılık şeklinde de ifade edilmektedir. Maden (n 37) 441; Aygörmöz (n 47) 14; Güneş Okuyucu Ergün, ‘Environmental Criminal Law in the European Union’ (2021) 70 (3) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 909, 915; Ünal (n 14) 169; Maviş (n 21) 171.

dependence - Verwaltungsakzessorietät), ceza hukukuna diğer suçlardan farklı bir işlev atfetmektedir. Kural olarak, yan ceza hukuku (*Nebenstrafrecht*) düzenlemelerinde suçların hâlihazırda teknik veya en azından içerik açısından bağlı ve referansa dayalı şekli, tipik olmakla birlikte; ceza kanununda yer alan suçlar bakımından bu genelleme geçerli değildir¹⁵⁴. Bunun temel nedenlerinden birinin ise, çevre hukuku alanında ceza hukuku anlamında belirli bir hukuka aykırılık tanımının olmaması, buna karşılık idare hukukunun hâlihazırda karmaşık bir düzenlemeler bütünü sunması olduğu ifade edilmektedir¹⁵⁵. Konu bir yönüyle de *hukuk düzeninin teklîğinin ve farklı hukuk dallarının çatışmasının engellenmesinin* gereği olarak dikkate alınmaktadır¹⁵⁶. Özel idare kanunlarının odak noktası, norm muhatabının ne yapması veya yapmaması gerektiğinin düzenlenmesidir. Bu emir ve yasakların cezai olarak pekiştirilmesi, onları zorlamanın ek bir yolu olarak görünmektedir¹⁵⁷. Bu nedenle idare hukuku, çevre hukuku bağlamında büyük ölçüde bireylerin ve şirketlerin uyması gereken yükümlülükleri içerirken; ceza hukuku, çevreye ilişkin idari kanunda yer alan hükümleri ihlal edenin belirli bir yaptırımla cezalandırılacağını kabul etmektedir¹⁵⁸.

Aslında idare hukuku, “izinsiz”, “idari yükümlülüklere aykırı” veya “yürürlükteki bir düzene aykırı” gibi şartlar aracılığıyla çevre ceza hukukunun alanına çeşitli şekillerde etki etmektedir¹⁵⁹. Burada iki kısmi hukuk sistemini koordine etmek ve çevre ceza hukuku çatısı altında idare ve ceza hukukunun uyumlaştırılmasını sağlamak gerekliliği ön plana çıkmaktadır¹⁶⁰. Bununla birlikte, genel amaç olarak doğal çevrenin korunması

154 Tiedemann (n 8) 13. Tiedemann, bu tür suç tiplerinin Alman Ceza Kanunu’nda istisna olduğu belirtmekle birlikte, bu tür ceza hukuku normlarının doğrudan veya nitelikli hal şeklinde insanların hayat ve sağlıkları ile ilişkilendirilen ceza hukuku kodifikasyonunun (*strafrechtlichen Kodifikation*) genel teknik ve esaslarıyla uyumlu olduklarını vurgulamıştır. ibid 13.

155 Paeffgen (n 30) 250.

156 Detlef Kröger/Ingo Klaus, *Umweltrecht: Schnell – erfaßt*, Springer Verlag, Berlin, 2001, s. 341’den aktaran Maviş (n 21) 172.

157 Kühl (n 73) 820.

158 Faure, *The Revolution* (n 17) 328. Çevreye yönelik idari ve adli yaklaşım arasındaki ayrımı doktrinde bir görüş şu şekilde ifade etmiştir: “Çevrenin idari kontrolü, çevre kanunlarının uygulanmasına ilişkin uyum sağlama mekanizmalarının zorlama ve cezai yaptırımlara değil, gönüllü eylem ve ikna veya olumlu teşviklere dayanması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. Bu model, son zamanlarda ceza adaleti sisteminde de arabuluculuk ve tazminat adaleti söz konusu olduğunda oldukça dikkat çeken bir model olan işbirliği ve pazarlığa referans etmektedir”. Albrecht (n 3) 171.

159 Götzte (n 153) 467. Belirtilmelidir ki, çevreye yönelik ihlallere ilişkin tüm devlet uygulamalarında yeknesak bir sistemden söz etmek mümkün değildir. Bu bağlamda Fransa örneğinde olduğu gibi çevre ceza hukukunun idari bağlılığına önem atfedilmeyip ya da sadece cezaların kapsamı ile sınırlı şekilde dikkate alınabileceği gibi, Avusturya örneğinde olduğu şekliyle sadece insan sağlığı bakımından ciddi bir tehlikenin varlığı halinde idari bağlılık göz ardı edilebilir. İdari bağlılığın kapsamının sayılan bu örneklerle de sınırlı olmadığı vurgulanmalıdır. Paeffgen (n 30) 250.

160 Saurer (n 9) 339.

hem ceza adaleti sistemi hem de idari organlar için aynı olsa da, çevre idaresi ve ceza adaleti kurumlarının çatışmasız bir şekilde işbirliği yapması beklenemeyecektir¹⁶¹. Konu özellikle idari makamların adli makamlardan farklı olarak yürütmenin parçası olması nedeniyle tarafsızlıklarını korumanın zor olduğu durumlar bakımından önem taşımaktadır¹⁶².

İdare hukuku ile ceza hukukunun kesişim alanı olarak çevre ceza hukukunda idari bağlılık, sadece normun yorumundaki etkisi ile sınırlı kalmayıp suç genel teorisine ilişkin kurumlar kapsamındaki etkisi ile gündeme gelmektedir¹⁶³. Bu bağlamda çevre ceza hukukunun idari bağlılığı kapsamında ilgili düzenlemelerde yer alan idare hukukuna ilişkin yükümlülükler aykırılık şartı ön plana çıkmaktadır. İdare hukuku yükümlülüklerinin, yasal hükümlerden, mahkeme kararlarından, uygulanabilir idari işlemlerden veya kamu hukuku sözleşmelerinden kaynaklanan yükümlülükleri içerdiği belirtilmektedir¹⁶⁴. Bununla birlikte söz konusu unsurların hukuka aykırılık kapsamında mı yoksa tipiklik¹⁶⁵ kapsamında mı dikkate alınması gerektiği tartışma konusudur. Benzer şekilde çevreyle ilgili fiillerin onaylanması için verilen resmi izin veya ruhsatın, suçun olumsuz unsurları¹⁶⁶ (*negative Tatbestandsmerkmale*) olarak mı veya suçların yapısında hukuka uygunluk nedeni olarak mı görülebileceği, buna ilişkindir. Alman çevre ceza hukukunda da kanun koyucunun failin cezalandırılmasını idare hukuku kapsamındaki yetkisiz hareketlerle ilişkilendirmesi halinde ne şekilde bir değerlendirme yapılacağına ilişkin görüş ayrılığı bulunmaktadır. Çoğunluk görüşünün, idari yükümlülüğün yerine getirilmesi anlamında yetkinin sağlanmasını ya da onayın

161 Albrecht (n 3) 171. Yazar, çevre ceza hukukunun karmaşık ve iyi organize edilmiş bir sisteme (endüstriyel, ticari vb. sistem) müdahale ettiğinin ve bunun da toplumun diğer önemli sektörleriyle, özellikle siyasi ve devlet yönetim sistemleriyle derinden ilişkili olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ceza hukukuna böyle bir bağlamda başvurulursa, ekonomik ve ticari sistemlerin önemli işlevlerinin etkilenebileceğinin ve toplumun diğer kesimlerinde istenmeyen yan etkilerin ortaya çıkabileceğinin dikkate alınması gerektiğini ileri sürmüştür. ibid 174.

162 Özgüç (n 12) 28.

163 Ünver ve Nuhoğlu (n 26) 57 vd.

164 Saurer (n 9) 343.

165 Bu yönde bkz. Yokuş Sevük (n 14) 344; Maden (n 37) 440; Dieter Dölling, 'Umweltstraftat und Verwaltungsrecht' (1985) 40 (10) Juristenzeitung 461, 462; Maviş (n 21) 182; Aygörmez (n 47) 48. Bununla birlikte TCK md. 181/2 bağlamında gereken iznin hukuka uygunluk sebebi olarak hakkın icrası kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinin doktrinde çoğunluk tarafından savunulduğuna dikkat çekilmiştir (ibid 48). Bu yönde bkz. Şen (n 5) 173; Yokuş Sevük (n 14) 344. Hakkın kötüye kullanılması veya hakkın sınırlarının aşılması durumunda fiilin hukuka uygunluğundan söz edilemeyeceğine ilişkin bkz. Şen (n 5) 179.

166 Saurer, ACK md. 327/1 kapsamında nükleer teknoloji tesisatının gerekli izin alınmaksızın işletilmesi halinde suçun oluşacağını ve bu nedenle gerekli iznin tipikliğin negatif unsuru olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Burada söz konusu idari işlemin varlığı, tipikliği kaldıran etki göstermektedir (Saurer (n 9) 355). Bu yönde ayrıca bkz. Laufhütte ve Möhrenschrager (n 4) 920. Negatif tipiklik unsurlarına ilişkin bilgi için bkz. Baumann, Weber, Mitsch ve Eisele (n 121) 109 vd.

alınmasını hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmesine karşılık¹⁶⁷, bunun tipikliği kaldıran etki kapsamında ele alınması gerektiği iddiası da bulunmaktadır¹⁶⁸. Ceza hukuku dogmatikliğinde idari yükümlülüklerin yerine getirilmesi adına verilen izin ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği¹⁶⁹ özellikle kast ve hata kurumları kapsamında ortaya çıkan sonuçlar bakımından önem taşımaktadır¹⁷⁰. Bu bağlamda ilgili ceza hükmünde idare hukukuna yapılan atıfta, atfın konusuna dikkat edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Salt teknik standartlardan ibaret olan ve idari yükümlülük içermeyen unsurların tipiklik kapsamında değerlendirilmesi söz konusu olacak iken; hukuka aykırılığa vurgu yapan idari yükümlülüklerin söz konusu olması halinde hukuka uygunluk sebebi kapsamında ele alınması gerekecektir¹⁷¹. Zira bu son ihtimalde kanun koyucu, çevreye yönelik gerçekleştirilen fiili sosyal bakımdan zararlı ve izin verilemez kabul ettiğine dikkat çekmektedir¹⁷².

Ceza hukukunun idari bağlılığına yönelik getirilen en önemli eleştiri, özellikle insanla olan ilişkisi çerçevesinde çevreye ilişkin değerlerin ceza hukuku yoluyla doğrudan korunmamasına ilişkin olmuştur. İdari yükümlülüklerin yerine getirilmesi durumunda ceza hukuku yoluyla herhangi bir koruma sağlanmayacaktır. Öte yandan, idari yükümlülükler hiç belirlenmemişse ceza hukuku yoluyla da koruma sağlanamayacaktır. Çevre ceza hukukunun idare hukukuna mutlak bağlılığının, korunan şeyin ekolojik değerlerden ziyade idari çıkarlar olduğu izlenimi bıraktığı ileri sürülmüştür¹⁷³. Çevre ceza hukukunun yalnızca izin verilen çevre kirliliği düzeyinin aşılmasını önlemeye yönelik daha sınırlı bir amaç izlediğinin kabulü, çevre ceza hukukunda çevresel değerlerin tam ve kapsamlı şekilde korunmasına yönelik amacın sembolik bir anlam taşıdığı savını desteklemektedir¹⁷⁴. Sözü edilen husus, idari bağlılığın derecelendirilmesi ile ilişkili olduğundan, aşağıda ayrıca dikkate alınacaktır.

167 Ünver ve Nuhoglu (n 26) 61, dn. 235.

168 Saurer (n 9) 355. Konuya ilişkin ayrıca bkz. Michael Faure ve Johannes C. Oudijk, 'Die Strafgerichtliche Überprüfung von Verwaltungsakten im Umweltrecht' (1994) 49 (2) Juristenzeitung 86, 87.

169 Bu bağlamda Alman doktrininde idare hukuku dogmatikliğinde izin kaydıyla önleyici yasak (*präventivem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt*) ile sorumluluktan kurtarma kaydıyla bastırıcı yasak (*repressivem Verbot mit Befreiungsvorbehalt*) arasındaki ayrıma dikkat çekilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Saurer (n 9) 355-356.

170 ibid 355.

171 Aygörmez (n 47) 48.

172 Maviş (n 21) 182.

173 Faure, The Revolution (n 17) 330. Çevre ceza hukukunun idari bağlılığının birçok soruna sebep olabileceği yönünde ayrıca bkz. Kuhlen (n 7) 697.

174 ibid 709.

b. İdari Bağlılığın Görünüm Şekilleri

Belirtilmelidir ki, çevre ceza hukukunun idari bağlılığı, çevre hukukunun kritik noktası (*neuralgischer Punkt*) olarak anılmakta¹⁷⁵ olup, idari bağlılık farklı şekillerde çevre ceza hukukunda yer almaktadır. Hem Türk Ceza Kanunu hem de Alman Ceza Kanunu her suç tipinde farklı olsa da çevre suçlarının idari bağlılığını özümsemiştir¹⁷⁶. Türk Ceza Kanunu'nun ikinci bölümünde çevreye karşı suçlar (TCK md. 184 vd.) düzenlenmiş olup, çevre ceza hukukunun idari bağlılığına yer verilmiştir. Nitekim TCK'da çevreye kasten zarar verme suçunun gerçekleşebilmesi için suçun “İlgili kanunlarla¹⁷⁷ belirlenen teknik usullere aykırı olarak..” işlenmesi¹⁷⁸ şartı aranmıştır¹⁸⁰ ve ilgili düzenleme ile Ceza Kanunu dışındaki düzenlemelere atıfta bulunulmuştur. Benzer şekilde atık veya artıkların ülkeye sokulmasının (md. 181, f. 2), suç teşkil etmesi bu fiilin izinsiz

175 ibid 706.

176 Laufhütte ve Möhrensclager (n 4) 919.

177 İdare hukuku mevzuatında teknik usullerin kanunla değil yönetmelikle belirlenmiş olması sebebiyle, “ilgili kanun” ifadesinin sadece kanunları değil, bir kanuna dayalı olarak çıkarılan idarenin düzenleyici işlemlerini de kapsamına aldığı yönünde bkz. Talas (n 63) 1153. “...Türk Ceza Kanununun 181. maddesinin birinci fıkrasında suç olarak düzenlenen atık veya artıklarla çevrenin kasten kirletilmesi fiili, kanunlarda belirtilen teknik usullere aykırı olarak, çevreye zarar verecek şekilde atık veya artıkların alıcı ortamlar olan toprak, su ve havaya kasten verilmesidir. Buna göre suç, atık veya artıkların teknik usullere aykırı olarak bir defa alıcı ortama verilmesiyle oluşacaktır. Fıkra söz edilen ‘ilgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırılık’ hali; 2872 sayılı Çevre Kanunu, 2690 sayılı Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Kanunu, 5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu, 3213 sayılı Maden Kanunu gibi kanunların, kapsadıkları alanlarla ilgili olarak ‘çevreyi kirletmeme’ ilkesi gereğince çerçeve olarak benimsedikleri düzenlemelere dayanılarak oluşturulan yönetmeliklerde açıklanan ve somut olayın özelliklerine göre değerlendirilecek olan, arıtma, depolama, imha etme, taşıma, koruma, alıcı ortama verme, uzaklaştırma gibi hususlar bakımından öngörülen yükümlülüklerle aykırı davranmayı ifade etmektedir.” Yargıtay 4 CD, 32390/35424, 8.12.2014 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 09 Eylül 2021.

178 “...kanunlarla belirlenen teknik usullere” ifadesi yerine “hukuka aykırı olarak” ifadesinin kullanılmasının ve bunun sonucu olarak bağlı hareketli suç yerine serbest hareketli bir suç tipi oluşturulmasının çevre ceza hukuku bakımından daha yerinde olacağına ilişkin görüş için bkz. Yener Ünver, ‘Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Çevrenin Kirletilmesi Suçları’ (2005) 24 Güncel Hukuk Dergisi 52, 52. İlgili düzenlemenin kanunlar ihtilafına sebep olabildiğine ilişkin değerlendirme için bkz. Bayraktar (n 6) 177. Çevre suçları alanında hem idari hem de adli kontrol modelinin ve hem idari hem de cezai önleme türünün kullanılmasının idare hukuku ile ceza hukuku arasındaki ‘rol çatışmaları’na yol açtığına ilişkin değerlendirme için bkz. Albrecht (n 3) 175.

179 “Suç tarihinde sanığın kaptanı olduğu tekne ile yasak algarna avcılığı yaparken Sahil Güvenlik Komutanlığına bağlı ekipçe fark edilmeleri üzerine algarna takımlarını kesip denize attığı ve deniz kirliliğine sebep olmak suretiyle çevrenin kasten kirletilmesi suçunu işlemiş olduğu iddiasıyla çevrenin kasten kirletilmesi suçundan dava açıldığı anlaşılmıştır. Algarnanın, trol isimli düzeneğin demir borularla çerçevelenmiş daha küçük bir modeli olduğu bilinmektedir. Olay tutanağı, kamera görüntüleri, sanık savunması ve tüm dosya kapsamı değerlendirildiğinde, sanığın algarna ağlarını alıcı ortam olan denize doğrudan bırakması suretiyle 2872 sayılı Çevre Kanunu’nun 8, 20, Su Kirliliği Kontrolü Yönetmeliğinin 4/f ve 23. maddelerine aykırı davranarak deniz kirliliğine neden olduğu anlaşılmıştır.” Yargıtay 18 CD, 23942/5236, 2 Mart 2020 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 15 Eylül 2021.

180 Talas, “ilgili düzenleme bakımından ‘beyaza hüküm’ eleştirisi ileri sürülebilecek olsa da, cezalandırılan fiilin açıkça belirlendiği ve yaptırımın kanunla düzenlendiği durumlarda beyaza hükümden bahsedilmesinin mümkün olmadığını” belirtmiştir. Düzenlemede, suç oluşturan fiile ve yaptırımına açıkça yer verilmiştir. Talas (n 63) 1153.

olması şartına bağlanmıştır. Yine gürültüye neden olma suçu¹⁸¹ ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklerle aykırı olarak (md. 183) gerçekleşme şartına bağlanmış ve yapı ruhsatı almadan veya ruhsata aykırı olarak bina yapma (md. 184) imar kirliliğine neden olma suçu kapsamında dikkate alınmıştır¹⁸².

Bu şekilde suçun tipikliğinin harici bir normun varlığı ile somutlaştırılmasına atıfta bulunan suç düzenlemeleri atıf normları (*Blankettnormen*) olarak adlandırılmaktadır¹⁸³. Atıf tekniği¹⁸⁴ ile ceza hukukuna ilişkin normatif düzenlemenin başka bir cezai norma ya da ceza hukuku dışında bir norma bağlanması söz konusudur¹⁸⁵. ACK’da da paralel düzenlemelere yer verildiğini belirtmek gerekir. Nitekim ACK md. 324’te suların kirlenmesi suçu bakımından bu kirlenmenin “yetkisiz (*unbefugt*) olarak¹⁸⁶ gerçekleştirilmesi gerektiği hükme bağlanmış iken; toprağın (ACK md. 324a) ve havanın kirlenmesi (ACK md. 325) suçu kapsamında “idare hukukundan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmesi (*unter Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten*) gerekli kılınmıştır. ACK md. 326’da suç teşkil eden atıklarla ilgili izinsiz davranışlara yer verilmiştir. Böylelikle ceza hukuku korumasının alanı bakımından önemli bir sınırlandırma getirilmiştir¹⁸⁷. Söz konusu sınırlama, ceza hukuku korumasına ön gelen alanda ki, bu genelde idare hukuku olarak karşımıza çıkmaktadır, gerçekleşen yükümlülüğe aykırı ihlaller veya uygulanabilir emir ve koşulların yerine getirilmemesi¹⁸⁸ şeklinde meydana gelmektedir.

İdari bağlılığın farklı görünüm şekilleri doktrinde belli bir gruplandırma altında incelenmektedir. Nitekim kavramsal bağlılık şeklinde belirtilen idari bağlılık, çevre ceza hukukuna çevre idare hukukunda yer alan terimlerin uyarlanması anlamına

181 Tehlike suçu olarak gürültüye neden olma suçuna ilişkin değerlendirme için bkz. Maden (n 37) 431 vd.

182 Özenbaş (n 2) 927.

183 Saurer (n 9) 346; Kretschmer (n 69) 59. Bir hukuk kuralına atıfta bulunan unsur olarak değerlendirilebilir unsurlar ile açık (çerçeve) suç unsuru ayırımına ilişkin değerlendirme için bkz. Gökhan Ölmez, Suçun Tanımlanabilir ve Değerlendirilebilir Unsurları (Yayımlanmamış Doktora Tezi), (Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü 2020) 92.

184 Atıf türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aygörmez (n 47) 36 vd.

185 ibid 35.

186 Doktrinde bir görüş, suyun kirlenmesi bakımından yetkisizlik şartının hâlihazırda Alman Su Kaynakları Kanunu’nun (*Wasserhaushaltsgesetz*) 38. maddesinin “yetkisiz hareketler” şeklinde genel suç unsuru olarak hukuka aykırılığa atıfta bulunması sebebiyle hukuka aykırılıkla özdeş olduğunu ve bu nedenle ayrıca yer verilmesinin gereksiz olduğunu ileri sürmüştür. Buna ayrıca yer verilmesinin ancak özel durumların, özellikle de lisans/izin ile ilgili gerekliliklerin araştırılması bağlamında bir gösterge olması açısından önemli olabileceğini belirtmiştir. Tiedemann (n 8) 15.

187 Maden, gürültüye neden olma suçu üzerinden verdiği örnekte benzer değerlendirmede bulunmuştur. Maden (n 37) 438.

188 Albrecht, Heine ve Meinburg (n 38) 949.

gelmektedir¹⁸⁹. Bakıldığında, çevre ceza hukukunun idare hukukuyla sıkı ilişki içinde olmasının da sebebi olarak, pek çok kavramın idare hukuku kapsamında olduğu görülmektedir¹⁹⁰. Kavramsal bağlılıkta¹⁹¹ ceza kanununda çevreye yönelik suçlar bakımından çevre idare hukuku tarafından şekillendirilmiş terimler kullanılmakta, ancak belirli özel kanunlara veya özel hukuk normlarına açıkça atıfta bulunulmamaktadır¹⁹². Yorumlanmalarında idare hukukunun göz önünde bulundurulduğu bu türe örnek olarak, TCK md. 184 kapsamındaki yapı ruhsatı kavramının verilmesi mümkündür¹⁹³. Çevre ceza hukukunun birden fazla hukuk dalı ile ilişkisine dayanan bu çok yönlülüğü, kavramsal bağlılık kapsamında özellikle kavramların ilgili hukuk dallarında farklı anlam taşıması noktasında sorun arz edebilmektedir¹⁹⁴.

İdari bağlılığın diğer bir görünüm şekli, idare hukukuna bağlılık (*Verwaltungsrechtsakzessorietät*) şeklindedir. Burada bazı çevre suçlarının cezalandırılabilirliğinin idare hukuku yükümlülüklerine bağlanması söz konusudur¹⁹⁵. Bunlar, açık bir şekilde¹⁹⁶ ceza kanununa bir idari hukuk yükümlülüğünü dâhil eden ve ilgili ihlalleri cezalandıran normlardır¹⁹⁷. TCK md. 181/1’de geçen “ilgili kanunlarla belirlenen teknik usullere” şeklindeki gönderme buna örnektir¹⁹⁸. Bu bağlamda idari yükümlülükler aykırı olarak, izinsiz, ilgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırı olarak şeklindeki bu terimler çevre ceza suçlarının karakteristik bir unsurunu oluşturmakta olup, bunların idare hukuku kapsamındaki kanuna aykırılık kavramıyla temelde aynı anlama geldiğini söylemek mümkündür. İdare hukuku terimleri, ceza hukuku terimlerinden farklı bağlamlarda farklı amaçlara hizmet ettiğinden, ceza hukukuna

189 Lüthge ve Klein (n 153) 50; Saurer (n 9) 342.

190 Maviş (n 21) 173.

191 Doktrinde kavramsal bağlılığın oluşturulduğu durumlar eksik ceza normu örneği olarak ele alınmaktadır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ibid 177.

192 Saurer (n 9) 342.

193 Aygörmez (n 47) 38.

194 Horst Franzheim/Michael Pfohl, Umweltstrafrecht, s. 6’dan aktaran Maviş (n 21) 173. Buna ilişkin olarak belirlilik ve açıklık ilkesine bağlı kalınarak tek bir kavramın kullanılması gerekliliğinin dikkate alınması yönünde görüş için bkz. Ünver ve Nuhoğlu (n 26) 60; Maviş (n 21) 177. Bunun yanı sıra kavramsal bağlılık noktasında sorun teşkil edebilecek diğer bir husus olarak, ilgili kavramların tanımlarına ceza kanununda değil de yönetmelikte yer verilmesi halinde kanunilik ilkesinin ihlal edilebileceği ileri sürülmüştür (Maviş (n 21) 174). Ancak burada kanunilik ilkesinin sınırlarının ve ceza hukukunda işlevinin de dikkate alınarak bir değerlendirilmede bulunması gerekmektedir.

195 Lüthge ve Klein (n 153) 50.

196 Ceza normunun idare hukuku normlarına örtülü şekilde de atıfta bulunabileceği yönünde ayrıca bkz. Maviş (n 21) 174.

197 Saurer (n 9) 342.

198 Aygörmez (n 47) 39.

bakılmaksızın kabul edilmesi halinde uygun olmayan sonuçlara yol açabilir. Burada, idari hukuka aykırılık kavramı cezai sorumluluk için bir zemin oluşturamayacak kadar geniştir, çünkü çevresel ceza hükmünün niteliğini, idari düzenlemelere herhangi bir itaatsizliği cezalandıran hükümlere dönüştürebilme tehlikesini içermektedir¹⁹⁹.

Son bağıllık şekli²⁰⁰ ise idari işlem bağıllığı (*Verwaltungsaktsakzessorietät*) olarak nitelendirilmektedir. Bundan ise esas olarak icra edilebilir nitelik kazanmış bir yükümlülüğe veya bir idari işleme bağıllık anlaşılmalıdır²⁰¹. İdari kurumların faaliyetlerinin en sık ve en önemli kısmı, bir vatandaşın belirli bir davranış biçimine izin veren veya yasaklayan açık hükümler veya emirler kategorisine girmekte olup, bu tür bir idari faaliyet için tipik bir kavram olan 'idari işlem' (*Verwaltungsakt*) dikkate alınmaktadır²⁰². Örneğin, yetkisiz şekilde suların kirletilmesi suçunda yetkisizlik (ACK md. 324), çevreye zarar veren fiilin onaylanması içerikli bir idari işlemin eksik olması ile ilgilidir²⁰³. Konuyla ilişkili olarak çevre ceza hukukunun idari bağıllığı kapsamında ceza hukukuna ilişkin tartışma konusu yapılan bir husus da, yalnızca, kişi lehine olmak şartıyla maddi idare hukukuna dayanılıp dayanılmayacağıdır²⁰⁴. İdare hukukuna ilişkin düzenlemenin bulunmasının ya da bulunmamasının fail bakımından hangi kapsamda kabul edilebilir olduğu sorun teşkil etmektedir. İdari düzenlemelerde yer alan sınır değer hükümleri, ancak idari makam tarafından bir idari işlemde kişi bakımından uygulandığı takdirde hukuken bağlayıcı hale gelir. Ceza hukuku, yalnızca idari işlemin uygulanabilirliği ile bağlantılı olup, maddi anlamda hukuka uygunluğu (*materielle Rechtmäßigkeit*) ile ilişkili değildir²⁰⁵. Bu bağlamda ortaya çıkan soru ise, geçerli ancak

199 Paeffgen (n 30) 259. Çevreye yönelik gerçekleştirilen kirliliğin insan sağlığı bakımından zararlı olması şartıyla bağlantılı olarak idari yükümlülüğe aykırılığın da ağır yükümlülük ihlali olabilecek durumlar kapsamında değerlendirilmesi gerekliliğine yönelik açıklama için bkz. Tiedemann (n 8) 22.

200 Türk Ceza Kanunu'nda örneği bulunmamakla birlikte, Alman doktrininde incelenen diğer bağıllık türleri ise idari sözleşmelere ve idari yargı kararlarına bağıllıktır. Bunlardan ilki çevre ceza hukukunun kamu hukuku sözleşmelerine bağlı kılınması şeklinde ortaya çıkmaktadır. "ACK md. 330d cezai sorumluluğun, bir idari işlemle yüklenilebilecek nitelikte olması koşuluyla, kamusal bir sözleşmeden doğabileceğini belirtir." Diğerleri ise, idari yargı kararlarına yapılan atfın esas alınması suretiyle ortaya çıkmaktadır. Mavisi (n 21) 175-176.

201 Lüthge ve Klein (n 153) 50.

202 Paeffgen (n 30) 251; Dölling, Umweltstrafat (n 165) 461.

203 Saurer (n 9) 343.

204 Kuhlen (n 7) 708.

205 Laufhütte ve Möhrenschrager (n 4) 920-921.

hukuka aykırı bir idari işlemin²⁰⁶ (*wirksamen-rechtswidrigen belastenden Verwaltungsakt*) ihlalinin de cezalandırılabilir olup olmadığıdır²⁰⁷. Konu idare hukukuna ilişkin hukuka aykırılığın kaldırılması halinde, kaldırılmadan önce uygulanabilir idari işleme karşı işlenen ihlalin cezalandırılması kapsamında sorun teşkil etmektedir²⁰⁸. İptal edilene kadar geçerli olan idari işleme aykırı hareket eden kişinin cezalandırılmaması gerektiği ileri sürülmektedir²⁰⁹. Maddi anlamda hukuka aykırılığın bulunduğu böyle bir durumda kişi hukuka aykırı işleme uymamak suretiyle aslında hukuka uygun hareket etmektedir²¹⁰. Tüm çevre suçları bakımından geçerli olmamakla birlikte, ileri sürülen diğer bir argüman ise, çevre suçlarının soyut tehlike suçu olarak düzenlenmeleri sebebiyle hukuka aykırı bir idari işleme uyulmaması sebebiyle bir tehlikenin ortaya çıkmayacak olmasıdır²¹¹. Bu bağlamda sorun arz eden diğer bir husus ise, alınması gereken veya alınabilir ruhsat veya iznin fiilen alınmamış olması²¹², yani idari aykırılığın şekli

206 İdari işlem hukuka aykırı olsa bile hukuka uygunluk karinesinden faydalanmak suretiyle iptal davasında bu hukuka aykırılık tespit edilene kadar tüm hukuki etkilerini göstermektedir (Güher Ulu, ‘İdari İşlemin Unsurlarının İşlevi’ (2020) 19 (38) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 74, 79). Bu nedenle idari işlem yokluk dışında bir sakatlık taşınması durumunda yürürlükte olduğu sürece hem ilgilileri hem de kararı alan idareyi bağlayıcı etki göstermektedir. Maviş (n 21) 186.

207 Kuhlen (n 7) 708. Konuya ilişkin ayrıca bkz. Dölling, Umweltstrafat (n 165) 461 vd. İdare hukukunda idari işlemin unsurlarındaki ağır ve bariz hukuka aykırılıklar bakımından yokluk yaptırımına dikkate alınmaktadır. Daha açık ifadeyle “*yetki gaspı, fonksiyon gaspı, ağır ve bariz yetki tecavüzünün ve ağır şekil sakatlıklarının, fiili yol kabul edilen konu unsurundaki ve hatta sebep unsurundaki açık ve ağır hukuka aykırılıkların idari işlemin yokluğuna neden olduğu doktrin ve yargı kararlarında kabul edildiği görülmektedir*” (Ulu (n 206) 85). Yoklukla sakat bir idari işlemin çevre ceza hukuku bakımından ne şekilde etki edeceği noktasında Alman hukukunda net bir cevap verilmesi mümkün olmakla birlikte, Türk hukukunda aynı durumun geçerli olmadığı belirtilmiştir. Bu durum ise Türk idare mevzuatında Alman İdari Usul Kanunu md. 43/3 düzenlemesindeki gibi “bir idari işlem açıkça sakatsa ve bu sakatlık tüm koşullar değerlendirildiğinde, açıkça anlaşılıyorsa, o işlem yok hükmündedir” şeklinde bir düzenlemenin bulunmamasına dayandırılmıştır. Bu nedenle bu tür işlemlerin hak yaratmayacağı kabul edilse dahi yokluğun tespiti davası ile hukuka aykırı olduklarının tespit edilmesi gerekecektir. İlgili kişinin cezai sorumluluğunun ise idari işlemdeki hukuka aykırılığın niteliğine göre belirlenmesi gerektiği ve kişinin hatası varsa duruma göre suçun maddi unsurlarında hata ya da hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kapsamında değerlendirme yapılması gerektiği ileri sürülmüştür (Maviş (n 21) 184-185). Buna karşılık *Aygörmez*’e göre, “*Türk idare hukukunda yoklukla malullük ile aynı hukuki neticeye sahip olan, açık hatalı işlemler ile hile, aldatma ve hakkı kötüye kullanma sonucu elde edilen işlemler, hukuka uygunluk karinesinden yararlınsalar dahi, çevre ceza hukukunda maddi anlamda hukuka aykırı kabul edilmeli ve hukuka uygunluk sebebi olarak geçerlilik kazanmamalıdır.*” *Aygörmez* (n 47) 51.

208 Soyut tehlike suçlarına ilişkin değerlendirme için bkz. Laufhütte ve Möhrenschrager (n 4) 921.

209 *Aygörmez* (n 47) 50. Alman öğretisinde hukuka uygunluk karinesinden faydalanan idari işlemlerin çevre ceza hukukuna etkisine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Maviş (n 21) 186. Aksi yöndeki görüş ise, cezai sorumluluğun ortaya çıkacağı yönündedir. Hukuk düzeninin bütünlüğü ilkesi kapsamında idare hukuku kapsamında yükümlülüğe aykırı kabul edilen fiilen ceza hukuku bakımından da aykırılık teşkil etmesi gerektiği iddia edilmiştir. BGHSt 23, 86 (92)’den aktaran Maviş (n 21) 187.

210 *ibid* 187.

211 Saliger, Umwelt-Strafrecht, s. 48’den aktaran *ibid* 187.

212 İlgili idari kurumdan izin alınması gerekmektedir birlikte ilgili idarenin izinsiz faaliyette bulunmasına bilerek sessiz kalması halinde ne şekilde değerlendirme yapılması gerektiği yönünde görüşler için bkz. Ünver ve Nuhoğlu (n 26) 65-66; Maviş (n 21) 187 vd.

düzeyde kalması durumudur. Kabul edilen hâkim görüş, gerekli iznin fiilen bulunmaması sebebiyle cezalandırılabilirliğin mümkün olduğunu ileri sürmekte²¹³ ve bu husus sadece izin verilebilirlik durumunun hukuka uygunluk etkisi yaratmayacağı esasına dayandırılmaktadır²¹⁴. Diğer bir görüşün ise fiilin idari hukuka aykırılığına rağmen ceza hukuku kapsamında kişi lehine farklı şekilde karar verme ve ceza hukukunda hukuka aykırılığı reddetme şeklinde olduğu belirtilmektedir²¹⁵. Çevre ceza hukuku kapsamında çevrenin korunmasında salt idare hukuku açısından konunun ele alınışı ve çevre suçlarının koruduğu hukuksal değerlerin ve ceza hukuku esaslarının göz ardı edilmesi halinde, şekli düzeyde kalmış olan bu idari aykırılığın²¹⁶ ilgili kişi bakımından cezaî sorumluluk alanını oluşturduğu kabul edilebileceken; ilgili ceza normlarının kabul edilmiş amacı çerçevesinde yapılacak yorumla aynı sonuca varılmaması gerekecektir²¹⁷.

c. Çevre Suçlarının Düzenleniş Şekli İtibariyle İdari Bağlılık Derecelendirmesi

Çevre suçlarının ceza hukukuyla idare hukukunun güçlü bir şekilde karşılıklı ilişkisini gerektirdiği rahatlıkla söylenebilecekse²¹⁸ de bu ilişkinin ne ölçüde sıkı tutulması gerektiği noktasında, çevre hukuku kapsamında esas alınan salt çevrenin iyileştirilmesi mi yoksa çevreye yönelik gerçekleştirilen fiiller neticesinde ortaya çıkan zararın insan sağlığına yönelik etkilerin ortadan kaldırılması mı olduğunun²¹⁹ tespiti önem taşımaktadır. Nitekim çevreye yönelik fiillere ön gelen idari işlemler çeşitli sebeplerle hukuka uygun şekilde gerçekleşmemiş olabilir. Ancak, konuya ilişkin ortaya çıkabilecek ihtimallerin²²⁰

213 Kuhlen (n 7) 709; Maviş (n 21) 189.

214 Horn/Hoyer, s. 73'den aktaran Ünverve Nuhoglu (n 26) 64. "*Frankfurt Asliye Ceza Mahkemesi'ne (OLG) göre, çevreye ilişkin bir faaliyete resmi makamlarca izin verilmesi gerekli ve fakat bu izin verilmemiş olması halinde yapılan işlem hukuka aykırıdır. Çünkü o işleme ilişkin yetki, resmi makam tarafından verilen izinden doğmaktadır. İzin verilmemesi hali ise, bizzatı 'hukuka aykırılığı' ifade etmektedir.*" Horn/Hoyer, s. 703'den aktaran ibid 65.

215 Kuhlen (n 7) 709.

216 Ruhsata bağlı bir tesis değişikliğinin ruhsat alınmaksızın yapılması ihtimalinde sorumluluğun ne şekilde değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bkz. Ünver ve Nuhoglu (n 26) 66.

217 Nitekim Ünver/Nuhoglu, şekli olarak değil, maddi olarak izin alamayacak tesisin izinsiz işletilmesinin çevre ceza hukuku kapsamında ilgili ceza normunun kapsamına dâhil olması gerektiğini belirtmişlerdir. Böyle bir durumda ancak bir idare hukuku haksızlığından söz edilmesi gerektiğine dikkat çekmişlerdir. Ünver ve Nuhoglu (n 26) 65.

218 Michael Faure, Environmental Criminal Liability (n 142) 249.

219 Kühl (n 73) 827.

220 Bir idari işlem, çeşitli nedenlerle hukuka aykırı olmayabilir: Örneğin, bir lisans izni verme kararı, daha üst düzey bir kamu görevlisinin açık emirlerini ihlal ediyor olabilir veya karar, başka bir yetkilinin rızası olmadan alınmış olabilir. Ya da idare hukukunun genel şekli kurallarına aykırılık (kamu kurumunun mührünü içeren kâğıda yazılmamış bir emir) veya belirli çevresel hükümlere (örneğin, izin verilen kirlilik sınırlarının aşılması) aykırılık söz konusu olabilir. Paeffgen (n 30) 252.

tümü, lisans sahibinin cezai sorumluluğunu tesis etmek için uygun olmayacaktır. Bir idari kararı kanuna aykırı bulmanın birçok nedeninin ceza hukukunun amacı olan çevreyi korumakla ilgisi bulunmamaktadır²²¹. Yasal düzenlemelere aykırılık taşıyan bir iznin veya idari işlemin akabinde gerçekleşen kirletme fiilinde, bir çevre suçunun doğaya olası bir zararla ilgili olduğu da hesaba katılmalıdır²²².

Çevre ceza hukukunun idari bağıllığının öncelikle niteliksel ve işlevsel anlamda bir ayrıma tabi tutulması gereklidir. Niteliksel anlamda bağıllıktan anlaşılması gereken, ilgili suç düzenlemelerinde idari yükümlülükler veya düzenlemelere yapılan atfın kapsamının esas alınması iken; işlevsel anlamda idari bağıllıktan anlaşılması gereken ise, yargılama aşamasında hâkimin idare hukuku gerekliliklerini de dikkate alması sonucu ortaya çıkan bağıllıktır. Bu nedenle çevre ceza hukukunun idare hukuku ile ilişkisi, çevre suçlarının idari düzenlemeler ile olan niteliksel bağıllığı ile sınırlı olmayıp, idare ve ceza adaleti kurumları arasındaki ilişkinin yapılandırılmasında da etkili olan işlevsel bağıllığını (*functional dependencies*) da kapsamaktadır²²³. Zira çevreye karşı gerçekleştirilen belli bir fiilin ceza hukukuna göre hukuka aykırı olduğu kararının temeli, idare hukukuna göre hukuka aykırılığına dayanmakla birlikte bir idari işlemin hukuka uygun olup olmadığının tespiti, öncelikle ilgili idari kurumların uzmanlık alanı kapsamında idareye verilen bir görevdir²²⁴. Bununla birlikte bu husus, idari yargılama bağıllığı şeklinde anlaşılmaması gerekmekte ve ceza mahkemelerinin, idare hukuku yargı kararlarıyla ve kararlarda savunulan hukuki görüşlerle bağılı olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır²²⁵.

Çevre ceza hukuku kapsamında çevre suçlarının idare hukukuna tam bağıllığının azaltılmasının mümkün olup olmadığı, mümkünse ne şekilde gerçekleştirilebileceği

221 ibid 255.

222 ibid 252. Belirtilmelidir ki, doktrinde idari nitelikteki karar veya işlemin hukuka uygunluğu ile geçerliliğinin (*Wirksamkeit/validity*) birlikte mi değerlendirilmesi gerektiği sorusu Alman doktrininde ikisi arasında ayırım yapıldığı üzerinden örneklendirilmektedir. Yasal bir işlemin her zaman geçerli olduğu, ancak normalde böyle olmasına rağmen geçerli bir işlemin yasal olmasının gerekmediğine dikkat çekilmektedir. Zarar gören tarafın, idari bir kararın uygulanmasını engellemek istediğinde, buna itiraz etmesi gerektiği, aksi halde idari işlemin bir tür yasallık ve kesinlik kazanacağı belirtilmektedir. Böyle bir durumda ise artık itiraz edilemez ve hatta idarenin bile yalnızca sınırlı koşullar altında değiştirebileceği bir idari işlem söz konusu olacaktır (ibid 252). Türk hukuku bağlamında konuya ilişkin değerlendirme için bkz. Ulu (n 206) 79 vd.

223 Albrecht (n 3) 172. Doktrinde çevre ceza hukukunun idari bağıllığı şekli hukuki durum olarak da ifade edilmektedir. Dölling (n 113) 291.

224 Paeffgen (n 30) 255. Konunun ceza hâkiminin hangi ölçüde bir idari işlemin hukuka uygunluğunu özerk şekilde inceleme yetkisinin bulunduğu ile ilişkili olması sebebiyle kuvvetler ayrılığı ilkesini ilgilendirdiği yönünde değerlendirme için bkz. Faure ve Oudijk (n 168) 86 vd.

225 Konu hakkında bkz. Ünver ve Nuhoglu (n 26) 58.

önemlidir²²⁶. Bu bağlamda etkili bir çevre ceza sisteminin²²⁷, kirliliğin ciddi sonuçlara sebep olduğu bağımsız suçların yanı sıra çevrenin soyut olarak tehlikeye atılmasını ve somut olarak tehlikeye atılmasını cezalandıran bir kombinasyona ihtiyacı olduğu ileri sürülmüştür²²⁸. Ceza hukukunun her koşulda idari kararları desteklemekle sınırlı kalmaması gerektiği, çevrenin ceza hukuku ile daha bağımsız bir şekilde korunmasını sağlamanın yolları kapsamında tehlikenin ağırlığına bağlı olarak, ceza hukukunun dikkate alınması gerektiğine dikkat çekilmiştir²²⁹. Bu nedenle çevre hukuku sistemlerinde nitelik itibarıyla farklılaşan bu idari bağlılık derecelendirmeleri ayrı ayrı dikkate alınabileceği gibi, ilgili suç tipinin gerekliliği kapsamında birden fazlasının bir arada bulunması da söz konusu olabilecektir. Bu ayırım esas alınarak yapılan değerlendirmeler konunun daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır.

1. Katı İdari Bağlılık Kapsamında Soyut Tehlike Suçu Olarak Çevre Suçları

Çevreye karşı gerçekleştirilen fiillerin ceza hukuku kapsamında suç olarak tespiti bu suçların kendine özgü yapısı da dikkate alındığında her zaman kolay değildir. Aynı zamanda çevrenin korunmasında ceza hukukundan beklenen etkinin sağlanması çoğu durumda belli bir zararın meydana gelmesinden önceki aşamanın esas alınmasını gerekli kılmaktadır. Zarar meydana gelmese dahi zarar tehlikesine önem atfedilmesi ve bu şekilde suç düzenlemesine yer verilmesi çevre ceza hukukunda tercih sebebi olmuştur. Özellikle soyut tehlike suçu olarak düzenlenen çevre suçları çevre hukukunun etkililiği bağlamında ön plana çıkmaktadır. Çevre hukukunun önleyiciliği esası kapsamında, çevre suçlarının tehlike suçu olarak düzenlenmesinin çevrenin etkin şekilde korunmasını sağlayacağı belirtilmiştir²³⁰. Çevreye yönelik gerçekleştirilen fiillerin bazı durumlarda etkisinin uzun süre geçtikten sonra ortaya çıkabileceği hususu buna etkendir²³¹. Böyle bir durumda olası zararların önlenmesi için cezaya başvurulmasıyla çevrenin korunması öne çekilmektedir²³².

226 Faure, *The Revolution* (n 17) 332.

227 Belçika'da çevre ceza hukukunda idari ve cezai yaptırımların uyumlu hale getirilmesine ilişkin idari kurulların ilgili fiil hakkında idari yaptırım kararı vermeden önce savcıya bildirimimin zorunlu tutulması şeklinde sistem önerisi getirilmiştir. Bu sistem uyarınca savcı cezai kovuşturma başlatmaya ya da idari para cezası verilmesini kabul etmeye yetkili olacaktır. *ibid* 339.

228 *ibid* 334. Tehlike suçu kavramının açıklanmasına yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. Ünal (n 14) 114 vd.

229 G. Heine, 'Aspekte des Umweltstrafrechts im Internationalen Vergleich', *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (1986), s. 67'den aktaran Faure, *The Development* (n 22) 140.

230 Güneş (n 14) 253; Özgüç (n 12) 26 vd.

231 Şen (n 5) 142.

232 Maviş (n 21) 160.

Ceza hukuku hükmünün amacı dolaylı olarak çevrenin korunması olsa da, bu hükümlerin oluşturulma ve işleyiş biçiminde bu açık değildir. Aslında ceza hukuku bu durumda, idari düzenleme ihlal edilir edilmez, bunun çevreye zarar verip vermediğine bakılmaksızın uygulanmaktadır²³³. Soyut tehlike kavramı, böylece ceza hükmünün genellikle çevre kirliliğini doğrudan cezalandırmadığı gerçeğine atıfta bulunmakta ve ceza hukuku, önceki bir idari karar sistemine ek niteliğini haiz olmaktadır²³⁴. Diğer bir ifadeyle, ceza hukukunun yaptırım gücü, idari kararlara uyulmasının güvence altına alınması noktasında yoğunlaşmaktadır²³⁵. Belirtilen durum aslında çevre ceza kanunlarının geleneksel ceza hukukunun temel ilkeleriyle uyumlu tutulması ve aynı zamanda etkili yaptırım talebi bağlamında bu temel ilkeler tarafından uygulamaya konulan kısıtlamaların hafifletilmesi²³⁶ gereğinin bir sonucudur. Sözü edilen kısıtlamalar özellikle nedensellik bağının varlığına dair açık kanıt sağlama veya kast veya taksirin tam kanıtını sunma ihtiyacı şeklinde örneklendirilebilir²³⁷. Bu husus, hem nedensellik kaynaklı ortaya çıkabilecek sorunların en aza indirilebilmesi hem de kastın tespiti bakımından önem arz etmektedir²³⁸. Zira bir fiilin çevreye zarar vermek için genel uygunluğu hakkında bilginin varlığı halinde kastın bulunduğu sonucuna ulaşmak mümkün olacaktır²³⁹. Ayrıca çevre ceza hukukunda korumanın sağlanması hareket ile ceza sorumluluğu arasındaki nedensellik bağının

233 Faure ve Visser (n 17) 320.

234 Faure, The Revolution (n 17) 334; Faure ve Visser (n 17) 319. Soyut tehlikenin varlığı halinde çevresel zararlar bağlantısı az olacağından, bunun daha az ceza ile yaptırım altına alınması ya da idari yaptırımın dahi yeterli olabileceği yönünde bkz. Faure, The Revolution (n 17) 335.

235 Sınar (n 14) 424.

236 *Albrecht*, bu bağlamda kısıtlamaların esnetilmesine yönelik ispat yükünün tersine çevrilmesinin veya kusursuz sorumluluk ilkesinin getirilmesinin düşünülebileceğini ileri sürmüştür (*Albrecht* (n 3) 173). Doktrinde bir görüş ise soyut tehlike suçları kapsamında hareket ile hukuki değer arasındaki ilişkinin daha da esnetilmesi gerekliliğini kabul etmektedir. Suların kirlenmesi (*Gewässerverschmutzung*) örneği üzerinden şekillendirilen bu görüşe göre, doğal su özelliklerinde fiziksel, kimyasal veya biyolojik anlamda önemsiz, ihmal edilebilecek kadar küçük bozulmaların ötesine geçen herhangi bir bozulmanın suç kapsamında değerlendirmek bakımından yeterli olabilecektir. Bu bağlamda hâlihazırda kirlenmiş bir nehre evsel atık sularını bırakan kişinin, bu atık su boşaltımının hangi zararlı etkilerinin olabileceği belirli olmasa dahi cezalandırılması gerekecektir (*Kuhlen* (n 7) 712). Yazar, suların kirlenmesi suçunun bir neticeli suç olarak ACK'da (md. 324) düzenlenmiş olmasına rağmen, ki soyut tehlike suçları genellikle sırf hareket suçu olarak yer almaktadır, bunun sadece hareket ve suçun konusu arasındaki doğal olarak anlaşılan ilişki ile ilgili olduğunu belirtmiştir. Buna karşılık yazara göre zarar-tehlike suçları tipolojisi, hareket ile hukuki değer arasındaki ilişkiye dayanmaktadır ve normatif önemini buradan kazanmaktadır. *ibid* 713.

237 *Albrecht* (n 3) 173; *Laufhütte ve Möhrenschrager* (n 4) 918. Yazarlar, çevreye zarar verebilecek bir fiilin nedeninin yine de belirlenmesi gerektiğini, ancak bu şekilde özellikle zararın aynı veya benzer birçok hareketin bir araya gelmesiyle meydana gelmesi durumunda ortaya çıkan nedensellik sorunlarının azalacağını belirtmişlerdir. *ibid* 918.

238 *Backes* (n 58) 340. Yazar, hayatın veya sağlığın korunmasına ilişkin çevre ceza hükümlerinin ceza hukuku kapsamında ele alınması isteniyorsa, somut tehlike suçlarına ilişkin geleneksel yaklaşımın değiştirilmesi gerekliliğine vurgu yapmıştır. *ibid* 340.

239 *Albrecht, Heine ve Meinburg* (n 38) 950. Çevre suçlarının soyut tehlike suçu olarak dikkate alındığı ihtimalde suçun manevi unsuruna ilişkin değerlendirme için bkz. Faure ve Visser (n 17) 322.

kurulmasını zorunlu kıldığından²⁴⁰ ve çoğu durumda çevreye yönelik gerçekleştirilen fiiller birden fazla etkene bağlı olması sebebiyle kollektif özellik gösterdiğinden²⁴¹, istenen ceza hukuku müdahalesi için hareket ile hukuki değer arasındaki ilişkinin gevşetilmesi gerekli görülmektedir²⁴². Bunun yanı sıra yargılamada bireysel davranış ile çevreye verilen zarar arasındaki nedensel bağlantılara ilişkin açık kanıtların ortaya konulması gerektiği sorunu, yargılamanın mahkûmiyetle sonuçlanma ihtimalinin azalmasında da kendini göstermektedir²⁴³. Söz konusu sorunun çözümü ve aynı zamanda çevre ceza hukukunun alanının genişletilmesine yönelik olarak hareket ile çevresel ortamlar üzerindeki etkisi arasında bağlantı kuran gereklilikler koymadan yalnızca soyut tehlikeleri suç sayma eğilimi olmuştur²⁴⁴. Örneğin, ruhsatsız bir kimya tesisi işleten kişiyi cezalandıran bir ceza hükmü, çevreyle ilgili değerlerin korunmasına yöneliktir. Böyle bir tesisi lisanssız işletmek, temiz bir çevreyi tehlikeye atabilecek nitelik arz etmektedir. Ancak, ceza hukuku çevreye herhangi bir zarar veya zarar verme tehdidinden bağımsız olarak uygulandığından, bu hükümler çevrenin soyut bir şekilde tehlikeye atılmasını cezalandırmaktadır²⁴⁵. Benzer şekilde TCK md. 181/2 kapsamında atık ve artıkların izinsiz olarak ülkeye sokulması soyut tehlike suçu olarak tanımlandığından, atık ve artıkların izinsiz olarak ülkeye sokulması şeklindeki fiilin gerçekleştirilmesi ile çevre açısından tehlikenin gerçekleştiği ve suçun oluştuğu sonucuna ulaşılmaktadır²⁴⁶.

Bu tür suçlarda fiilin çevreye yönelik etkisinden ziyade ilgili idari düzenlemenin ihlal edilip edilmediğinin dikkate alınması sorun teşkil edebilmektedir. Diğer bir ifadeyle,

240 Backes (n 58) 339.

241 Toroslu (n 142) 22.

242 Kuhlen (n 7) 698. Yazar bu nedenle soyut tehlike suçlarının uygulamada yerleşik ve vazgeçilmez nitelikte olmalarına rağmen, zarar-tehlike tipolojisinde en şüpheli suç türü olarak kabul edildiğini belirtmiştir (ibid 712). Konuya ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. Tiedemann (n 8) 31-32. Soyut tehlike suçlarının göreceli kapsamının, “ekonomik gerekliliğin ağır basması (*übergeordnete wirtschaftliche Notwendigkeit*)” veya “ekonomik riskin dengelenmesinin gerekliliği (*notwendige Abwägung des wirtschaftlichen Risikos*)” gibi ceza hukuku dışındaki hukuka uygunluk nedeni veya mazeret nedeni sorununu gündeme getirdiği yönünde değerlendirme için bkz. Laufhütte ve Möhrenschrager (n 4) 918.

243 Albrecht (n 3) 171.

244 ibid 171; Kuhlen (n 7) 711; Ünver ve Nuhoğlu (n 26) 26; Ünal (n 14) 117. Tehlike suçlarının yeni ceza hukuku teorisinin de ağırlık noktasını teşkil ettiği yönünde bkz. Lahti (n 88) 67. Çevre ceza hukuku alanında soyut tehlike suçları ile çevre kabahatleri arasındaki niteliksel ayrıma ilişkin değerlendirme için bkz. Kretschmer (n 69) 62.

245 Faure, *The Revolution* (n 17) 329. Böyle bir durumda hâkimin cezai sorumluluğun kapsamını belirleme yetkisinin çok sınırlı olduğu izleniminin ortaya çıkmasına karşılık olarak *Faure/Visser*, idari kararlara büyük ölçüde bağlılığın olmasına rağmen, yargının, ihlal edildiği iddia edilen idari işlemin kontrolü yoluyla cezai sorumluluğun sınırlarını belirlemesi için hâlâ bir alanın bulunduğuna dikkat çekmişlerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Faure ve Visser (n 17) 321 vd.

246 Özenbaş (n 2) 929.

burada kanun hükmünde geçen idari düzenlemeye uygun hareket edildiği sürece, fiilin çevreye zarar verip vermediğinin tespiti gerekmeyecektir²⁴⁷. Ceza hukukunun işlevi adeta ilgili idari makamın işlemini denetleme ile sınırlanmış olmaktadır.

2. Kısmi İdari Bağlılık Kapsamında Somut Tehlike Suçu Olarak Çevre Suçları

Soyut tehlike suçu olarak çevre suçlarında ceza hukuku boyutunun geri planda kalması, çevrenin korunmasında artan duyarlılık ve ekolojik değerlerin ön plana çıkmasıyla birlikte somut tehlike suçu olarak çevre suçlarının da ağırlık kazanması gibi hususlar çevre ceza hukukunda farklı bir yönelime sebebiyet vermiştir²⁴⁸. Çevre ceza hukukunda idari bağlılığın soyut tehlike suçlarına göre gevşetildiği somut tehlike suçlarında, bir zarar tehlikesinin aranması şartı ön plana çıkmaktadır. Somut tehlike suçu olarak çevre suçları²⁴⁹, çevreye yönelik somut bir tehdidin oluşturduğu çevreye ilişkin bileşenlerin tehlikeye girmesini cezai sorumluluğun bir ön koşulu olarak gerektirmektedir²⁵⁰. Somut tehlike suçları kapsamında, kanuna aykırı gerçekleştirilen faaliyetlerin çevreye verebileceği soyut bir tehlike cezai sorumluluk için yetersizdir²⁵¹. Ciddi zarar endişelerinin varlığı esasına dayanan bu tür suçlarda, failin fiilinin hukuksal değeri ihlal etmeye elverişliliğine sonuç bağlanmaktadır²⁵². Soyut tehlike suçlarından farklı olarak somut tehlike suçlarında iki ayrı gereklilik göze çarpmaktadır. Hem örneğin, su kalitesinin değişmesi gibi çevreye yönelik somut olarak bir zarar tehlikesinin varlığı hem de söz konusu fiilin hukuka aykırılığı, dikkate alınması gereken hususlar olarak

247 Bir davaya konu olan olayda, şirketin bazı çalışanları şirketin lisanssız atık su yayararak yüzey sularında titanyum dioksit emisyonları ile ilgili sınırı aştığı gerekçesiyle yargılanmışlardır. Diğer bir ifadeyle, geçerli bir ruhsatın bulunmaması nedeniyle şirket, ruhsatsız atık su yayma yasağını ihlal etmiştir. Ancak mahkeme, lisans olmaması nedeniyle şirket çalışanlarını suçlu bulmamış ve bunun idari hatalardan kaynaklandığına karar vermiştir. Bu nedenle çalışanlar, söz konusu fiilin çevreye yönelik etkisi dikkate alınmadan beraat etmişlerdir. Mahkeme kararı ağır bir şekilde eleştirilmekle birlikte, bu karar aynı zamanda çevrenin korunmasını ceza hukukunda sadece idari kuralların ihlaline dayandıran bir hukuk sisteminin dezavantajını göstermektedir. Sistem sadece idari kuralların ihlaline dayanıyorsa ve bununla ilgili olarak herhangi bir nedenle idari bir ihlal kanıtlanıyorsa, çevre kirliliği olmasına rağmen ceza hukuku müdahalesinden söz edilemeyecektir. Faure ve Visser (n 17) 325.

248 Benzer yönde değerlendirme için bkz. Sınar (n 14) 424.

249 Doktrinde somut tehlike suçunu kendi içinde ayrıma tabi tutan görüş de bulunmaktadır. Varsayılan somut tehlike suçu ile kanıtlanabilen tehlike suçlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Yokuş Sevük (n 14) 270 vd.; Güneş (n 14) 254-255; Maviş (n 21) 165 vd. *Maviş*, ayrıma yer vermekle birlikte, varsayılan tehlike suçlarının soyut tehlike suçlarından başka bir şey olmadığına vurgu yapmıştır (ibid 165). Söz konusu ayırım doktrinde potansiyel tehlike-somut tehlike suçu ayrımı şeklinde de ifade edilmektedir. Potansiyel tehlike suçunun soyut tehlike suçunun özel, nitelikli bir alt türü olduğu yönünde görüş için bkz. Aygörmez (n 47) 58.

250 Çevre suçlarında somut tehlike doğuran fiillere ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. Şen (n 5) 144 vd.

251 Faure, *The Revolution* (n 17) 335.

252 Ünver ve Nuhoğlu (n 26) 34. Yazarlar elverişlilikten anlaşılması gerekenin, “*failin fiili sonucunda, korunan hukuksal yararı ortadan kaldıracak bir tehlikenin yaratılması*” olduğunu belirtmişlerdir. ibid 34.

ön plana çıkmaktadır²⁵³. Cezai sorumluluk ile zarar tehdidi arasında açık bir bağlantının varlığı önem taşımaktadır²⁵⁴. Bununla birlikte böyle bir durumda çevreye yönelik gerçekleştirilen fiilin salt idari yükümlülüğü ihlal edip etmediği değil, ayrıca örneğin, çevrenin kirletilmesi suçu bakımından zarar tehdidi oluşturan kirliliğin de ispatlanması gerekecektir. Ancak fiili bir zararın varlığının ispatlanması gerekmemektedir²⁵⁵. Vurgulanmalıdır ki, idari kurallara riayet edildiği sürece, fiilin kendisi hukuka aykırı olmayacağından herhangi bir cezai sorumluluk doğması muhtemel değildir²⁵⁶. TCK md. 181/4'te somut tehlike suçu düzenlemesine yer verilerek, suçun tipikliğinin oluşması bakımından maddede öngörülen sonuçların ortaya çıkması aranmamıştır²⁵⁷.

Bununla birlikte çevreye yönelik gerçekleştirilen fiillerin somut tehlike suçu olarak karşılık bulması, çevrenin korunmasında soyut tehlike suçlarına nazaran daha etkin bir rol oynamaktadır²⁵⁸. Somut tehlike suçları çevresel menfaatlerin korunmasında, yalnızca idari kuralların ihlaline dayanmaması sebebiyle, çevre suçları kapsamında korunan hukuki değer bakımından daha etkilidir²⁵⁹. Aynı zamanda yargılama aşamasında da hâkimin, idari bir düzenlemenin ihlal edilmesinden öte çevreyi oluşturan bileşenlerin tehlikeye girip girmediğine ilişkin normatif değerlendirmesi gerekli olduğundan, idari bağlılığın soyut tehlike suçlarına nazaran daha az olduğu belirtilmektedir²⁶⁰. Ancak somut tehlike suçlarında da çevreye yönelik gerçekleştirilen fiilin çevre bileşenlerinde olumsuz bir değişikliğe sebep olup olmadığının tespiti idare hukuku yönünü ilgilendiren teknik bilgiyi gerektirdiğinden²⁶¹, somut tehlike suçlarında da idari esasların etkisini sürdürdüğünün kabul edilmesi gereklidir. Bu nedenle idari bağlılığın kısmi nitelikte olduğu vurgulanmalıdır. Bu bağlamda çevre ceza hukukunun kısmen idari bağlılığının

253 Faure ve Visser (n 17) 330. Nitekim *Herrmann* verdiği örnek üzerinden somut tehlike suçlarında ispat zorluğuna dikkat çekmiştir: “*Örneğin, bir sanayi bölgesindeki hava birkaç sanayi kuruluşunun dumanıyla kirleniyorsa, belirli bir şirketin yaydığı dumanın mahallede yaşayan bir kişinin sağlığını tehlikeye attığını kanıtlamak mümkün olmayacaktır. Nedenselliğin kurulabilmesi için bu durumda bu kurumdan çıkan duman olmadan sağlık tehlikesinin oluşmayacağını kanıtlanması gerekirdi.*” *Herrmann* (n 70) 295.

254 Faure ve Visser (n 17) 331. Yazarlar, somut tehlike suçu olarak çevre suçlarının soyut tehlike suçlarından daha fazla cezalandırılması gerekliliğini orantılılık ilkesi bağlamında incelemişlerdir.

255 ibid 328.

256 Faure, *The Revolution* (n 17) 335.

257 Madde düzenlemesi kapsamında örneğin insanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkması, başka bir suç oluşturuyorsa failin (kastına göre) her iki suçtan da cezalandırılması söz konusu olabilecektir. Bu bağlamda fiil neticesinde kişilerin ayrıca sağlığı bozulmuşsa md. 181/4'ün dışında kasten yaralama suçundan (md. 86 vd.) cezalandırma gündeme gelecektir. *Artuk* (n 2) 44-45; *Talas* (n 63) 1153.

258 Faure ve Visser (n 17) 329.

259 ibid 332.

260 Faure ve Visser (n 17) 331.

261 *Maviş* (n 21) 164.

kabulü, gerek ceza hukukunun temel ilkeleri gerek çevre ceza hukukunun öncülleri kapsamında ortak paydanın oluşturulmasına daha fazla katkı sağlayacaktır²⁶².

3. İnsan Sağlığı Bakımından Ciddi Çevre Kirliliği Durumunda İdari Bağlılık

Çevreye karşı suçlar genellikle tehlike suçu olarak düzenlenmekle birlikte, zarar suçu olarak düzenlenen çevre suçları²⁶³ da bulunmaktadır. Genellikle çevresel değerlerin ön planda olduğu bu tür suçlarda, insan hayatı ve sağlığı bakımından bir zararın varlığı yine idare hukuku yükümlülüklerine aykırı şekilde gerçekleştirilmiş olma şartı ile ilişkilendirilmektedir²⁶⁴. Çevrenin korunmasına ilişkin ceza hukuku müdahalesinin idari çevre kanunlarına ek olarak getirilen ceza düzenlemeleri ile yetinilmemesi ve ayrı suç olarak ceza kanunlarında yer verilmesi önemli bir gelişme teşkil etmekle birlikte²⁶⁵, çevre ceza hukuku kapsamında her durum için yeterli değildir. Verilen izin veya ruhsatın gerekliliklere uyulup uyulmadığı ile bağlantılı olarak, insan hayatına veya sağlığına ilişkin tehlike durumunda da hukuka uygunluk etkisinin olup olmadığı sorun teşkil etmektedir²⁶⁶.

Yalnızca idare hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerden sapmadan örneğin, verilen onaydan veya gerekliliklerin ihlalinden veya işletme veya bakım hatalarından kaynaklanan belirli tehlikelerin varlığı halinde hukuka aykırılık açıktır²⁶⁷. Benzer şekilde ruhsatın tehdit, rüşvet gibi hukuka aykırılıklara dayanarak alınması halinde de ilgili faaliyetin hukuka aykırılığına şüphe yoktur²⁶⁸. Bununla birlikte çevrenin idari bağlılığı kapsamında çevresel değerlere yönelik gerçekleştirilen ihlallerin idare hukuku kapsamında izin verilen sınırın altında olup olmadığı meselesinde özellikle ilgili sınırı aşan ve fakat yaptırımsız kalan çevreye yönelik ihlallerin varlığı meşruiyet sorununa sebep olabilecektir²⁶⁹. Ayrıca

262 Paeffgen (n 30) 255.

263 Zarar suçu şeklindeki çevre suçlarının somut tehlike suçuyla benzerlik taşıdığına yönelik değerlendirme için bkz. Maviş (n 21) 167 vd.

264 ibid 168. Yazar bu bağlamda ACK md. 324a/1-1 düzenlemesini örnek göstermiştir. İlgili hükme ilişkin değerlendirme için bkz. ibid 168.

265 Faure, The Revolution (n 17) 322-323. Bununla birlikte doktrinde bir görüş, çevre ceza hukuku bağlamında ceza hukuku etkisinin tamamen terk edilmesi gerektiğine ve ceza hukukundan daha az müdahaleci nitelikteki diğer araçların dikkate alınması gerektiğine ilişkin yaklaşımında cezanın son çare olma ilkesine dayanmıştır (ibid 337). Benzer bir görüş ise, çevre ceza hukukunun etkisinin çok az olmasını, çevreye ilişkin ceza hükümlerinin idare hukukunun ruhsat labirentine ek olmaktan (*Appendix verwaltungsrechtlicher Genehmigungslabyrinth*) öteye geçemediği iddiasıyla ileri sürmüştür. Bu görüşe göre çevre suçları maddi içerik açısından kabahatin biraz daha fazlasını teşkil etmektedir. Schall (n 19) 815.

266 Tiedemann (n 8) 26. İdareden alınan ruhsatların ancak soyut tehlike doğuran fiillerin hukuka uygunluğunu ortadan kaldıracığı yönünde görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şen (n 5) 179.

267 Tiedemann (n 8) 27. İşletmeye ilişkin faaliyet hakkında idareye yanlış bilgi verilmesi veya ruhsatın kötüye kullanılması durumlarında hukuka aykırılık söz konusu olacaktır. Şen (n 5) 181.

268 ibid 184.

269 Kuhlen (n 7) 710.

çevreye yönelik gerçekleştirilen fiilin aynı zamanda idari bir yükümlülüğün ihlalini oluşturmaması durumunda, çevrenin ciddi şekilde tehlikeye atılması ve hatta kirlenmesi²⁷⁰ söz konusu olmasına rağmen, ceza kanununun müdahalesinin mümkün olmaması şeklinde istenmeyen sonuç ortaya çıkabilecektir²⁷¹. Diğer bir ifadeyle, failler, ilgili idari düzenlemelere göre hareket ettikleri takdirde herhangi bir kirlilikten sorumlu olmayacaklardır²⁷². Örneğin, gerekli ruhsatı alarak çimento fabrikası işleten tüzel kişinin bir süre sonra çevresini tehlikeye düşürmesi ve insan sağlığı bakımından gelecekte ciddi tehdit oluşturması durumunda sürdürülen faaliyetin çevre ceza hukuku kapsamındaki etkisi sorun teşkil etmektedir²⁷³. Zira böyle bir durumda kişi, cezai olarak ilgili faaliyeti tamamen kapsayan uygun bir idari işlem uyarınca hareket etmişse, ya suçun tipik unsurlarından birinin eksik olması ya da idari işlemin, fiili hukuka uygun kılması sebebiyle suç işlememiştir. Sorumluluktan muafiyet şeklinin bir önemi yoktur, hukuka uygun idari işlem suçun tamamlanmasını engelleyecektir²⁷⁴.

Bu nedenle bazı durumlarda idari bağlılığın etkisinin kaldırılması kabul edilmelidir. İnsan hareketiyle zorunlu olarak bağlantılı olan risklerin idare hukuku kapsamında izin verilebilir olması, bu hareketin sebep olduğu her neticeyi meşru kılamaz²⁷⁵. Ciddi nitelik taşıyan çevre suçlarının söz konusu olduğu durumlarda ceza hukukunun uygulama amacı çerçevesinde toplum düzenini ve güvenliğini sağlama öncelikli hale gelmektedir²⁷⁶. Örneğin, fabrikasyon üretiminde kullanılan atık maddelerin çevreye zarar verecek şekilde boşaltılması halinde insanlar, çevreyle temas ederek veya çevre bileşeni olarak toprak veya sulardan elde edilen ürünleri tüketerek zararlı etkilerle karşı karşıya kalmaktadırlar²⁷⁷. İdari düzenlemeler bu tür zarar veya riske izin vermemekle birlikte, bu tür durumlarda idari bağlılık perdesi delinmektedir²⁷⁸. İlgili faaliyetin idari izne ve idare hukukunun teknik kurallarına uygun

270 “Bu aşamada çoğu zaman zararın ortaya çıkmış olması, çevrenin kirlenmiş veya bozulmuş olması nedeniyle artık ceza normunun önleyici rolünün gerçekleşme olanağı kalmamış olmaktadır”. Özzenbaş (n 2) 927.

271 Faure, Environmental Criminal Liability (n 142) 250.

272 Mršić (n 1) 134.

273 Şen (n 5) 176.

274 Paeffgen (n 30) 251. Konuya ilişkin ayrıca bkz. Okuyucu Ergün (n 153) 915.

275 Laufhütte ve Möhrenschrager (n 4) 920. Bu nedenle, yazarlar kanalizasyonun bir nehre boşaltılmasına yönelik idari iznin, söz konusu kirlenme hareketinin sebep olduğu, bu nehirde yüzenlerin ölümünü haklı çıkaramayacağı örneğini vermişlerdir. İdare hukuku kapsamındaki ruhsat ve izinlerin, suçun öngördüğü hayat veya ciddi sağlık tehlikesinin söz konusu olması halinde artık tipikliği kaldıran bir etkiye sahip olmaması gerektiğini belirtmişlerdir. Yazarlara göre bu duruma ilişkin, bir yandan hakkın kötüye kullanılmaması ilkesi, diğer yandan idari işlemin içeriğinin artık bu kadar yüksek tehlikelerin ortaya çıkmasını kapsamadığı esası argüman olarak ileri sürülebilir. ibid 920.

276 Şen (n 5) 87.

277 Yıldız (n 126) 184.

278 Faure, The Revolution (n 17) 336.

şekilde yürütülüyor olması, o faaliyetin çevreye yönelen etkilerinin insan sağlığı ve çevrenin korunmasına ilişkin belirlenen asgari çevre standartları çerçevesinde kaldığına güvence teşkil etmemektedir. Aksini kabul çevre politikasına ve idari kararlara ilkesel bağımlılığın, cezai kovuşturma olasılığını fazla kısıtlaması ve nihayetinde çevre ceza hukukunun etkisiz ve dolayısıyla sadece sembolik ceza hukuku haline gelme riskini taşımaktadır²⁷⁹. Bu, özellikle idari gerekliliklerin şeklen yerine getirilse²⁸⁰ bile cezai sorumluluğun ortaya çıkabileceği ciddi çevresel zararların bulunması halinde önem teşkil etmektedir²⁸¹. Böyle durumlarda mevcut çevre zararının idari kurallara uyulmasından daha önemli olduğunun dikkate alınması gerektiğine vurgu yapılmalıdır²⁸². Hiçbir idari karara gerek duyulmaksızın ceza normları ile suç sayılması ihtiyacının oluştuğu²⁸³ bu ihtimallerde, çevre ceza hukukunun niteliksel anlamda bağımsızlığı gündeme gelmektedir.

Ciddi çevre kirliliği olarak nitelendirilen duruma örnek olarak ACK md. 330a düzenlemesi verilebilir. Söz konusu düzenleme herhangi bir idari yükümlülük ihlaline atıfta bulunmaksızın toksik maddelerin salınımı yoluyla insan yaşamının veya sağlığının tehlikeye atılmasını cezalandırmaktadır. Ayrıca bazı hukuk sistemlerinde, çevreye ilişkin değerlerin gerçekten özerk bir şekilde korunmasını sağlamak için, bir idari izin kapsamında izin verilse bile çevreye yönelik ciddi saldırıların cezalandırılması gerektiği önerilmektedir²⁸⁴. Bu ise beraberinde çevreye yönelik gerçekleştirilen “ciddi kirlilik”ten ne anlaşılması gerektiği sorusunu getirmektedir. Ciddi çevresel zararlardan anlaşılması gereken, toplum sağlığı bakımından ciddi risk doğuran ve/veya kişi sağlığı üzerinde ciddi sonuçlar yaratan uzun süreyle yayılan çevre kirliliğidir²⁸⁵.

279 Schall (n 19) 818. Nitelik sembolik ceza hukuku (*symbolischen Strafrechts*) kavramı Alman hukukunda son zamanlarda özellikle suç düzenlemelerinin artmakla birlikte, uygulanagelen düzenlemelerin sayısında önemli bir artışın ortaya çıkmadığı, bu ceza normlarının sadece toplumsal şikâyetlere tepki olarak getirilmesi sebebiyle cezai hükümlerin pratikte nadiren uygulandığı ve böylelikle ceza hukukunu etkisizleştirmeye yol açtığı esasları ile açıklanmaktadır. Heinrich (n 115) 8.

280 Söz konusu husus aslında çevre ceza hukukunun bıçak sırtı meselesini teşkil etmektedir. Zira idari normların, vatandaşların davranış kurallarını belirleme amacına eşit derecede hizmet etmesi şeklindeki işlevinin bireyler nezdindeki karşılığı bir idari düzene güven duyulmasıdır. Devletin belirli bir fiile resmi olarak izin veren karar veya işlemine karşılık, izne uygun hareket eden kişinin cezalandırabiliyor olması söz konusu güveni ihlal edecektir. Bu nedenle idari hukuka aykırılık şartının çevre ceza hukukunda oldukça sınırlı şekilde dikkate alınması gerektiği ileri sürülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Paeffgen (n 30) 251.

281 Faure, *The Revolution* (n 17) 335.

282 Maviş (n 21) 169.

283 Şen (n 5) 87.

284 Faure ve Visser (n 17) 340. Yazarlar ayrıca bilerek çevreye ciddi zarar verilmişse, lisansın hahki etkisini (*justificative effect*) sınırlamaya yönelik uluslararası bir eğilimin olduğuna dikkat çekmişlerdir (ibid 341). Ayrıca ABD’de çevreye ilişkin bazı düzenlemelerin kişilerin vücut bütünlüğünün ihlaline sebep olan ve çevreye yönelik gerçekleştirilen fiili idarece verilmiş izin var olsa dahi cezalandırılmayı öngördüğüne ilişkin bilgi için bkz. Mandıberg/Faure, s. 482’den aktaran Maviş (n 21) 170.

285 Faure, *The Revolution* (n 17) 335.

Ciddi kirlilik kriterinin belirsiz kaldığı²⁸⁶ ve belirlilik ilkesini zedelediği eleştirisi, insan sağlığına yönelik somut bir tehdit oluşturacak kadar bir kirliliğin arandığı cevabıyla giderilmeye çalışılmıştır²⁸⁷. Ayrıca hâkime fazla takdir yetkisinin tanınmış olduğu ve yine de söz konusu fiilin gerçekten somut bir tehlike oluşturup oluşturmayacağını belirlemek için teknik uzmanlığa dayanılması gerektiğine vurgu yapılmıştır²⁸⁸. Belirliliğin sağlanması adına dikkate alınan bu kriter, çevrenin korunmasında fazla insan merkezli bir odaklanma gerektirmesi nedeniyle dezavantaj olarak nitelendirilmekle birlikte, kaçınılmaz olduğu da itiraf edilmektedir²⁸⁹.

Bu nedenle bugünkü ve gelecekteki insanların korunma ihtiyacına dayanan hukuki değer olarak çevreye ilişkin özellikle ağır ihlaller bakımından²⁹⁰ ceza hukukunun doğrudan müdahalesinin göz ardı edilmemesi gerekir. Böylece insan yaşamı veya sağlığı için ciddi tehdit oluşturan ve dolayısıyla idari izinler için uygun olmayan fiillerin söz konusu olması²⁹¹ halinde çevre ceza hukukunun idari çevre hukukundan tam bağımsızlığının taşıdığı önem ortaya çıkmaktadır²⁹². İnsan yaşamı veya sağlığı için somut bir tehlike varsa, sistemin ciddi kirliliğe uygulanabilir bağımsız bir suçla tamamlanması gerekir. Sadece bu düzeyde, çevre ceza hukuku ile idare hukukunun karşılıklı bağlılığının ortadan kalktığı kabul edilmelidir²⁹³. Bu bağlamda ceza hukuku yoluyla çevrenin daha özerk bir şekilde korunmasının sağlanması gerekliliğinden yola çıkılarak, ceza hukukunun çevreye karşı gerçekleştirilen ihlallerde artık sadece idari yükümlülüğün ihlalini cezalandırmadığı reformlardan söz edilmesi²⁹⁴

286 Bu kriterin insan sağlığı bakımından zararlı olma kriterine göre daha uygun olduğu yönünde ayrıca bkz. Tiedemann (n 8) 21.

287 Faure ve Visser (n 17) 341.

288 ibid 343.

289 ibid 361-362.

290 Kühl (n 73) 818.

291 Çevre ceza hukukunun idari bağlılığını dışlayan bu tür durumlar bakımından uygulanabilirliği bulunan hükümler, istisnai ya da sisteme yabancı norm "*(systemfremde) Sonderstellung*" olarak da adlandırılmaktadır. Saurer (n 9) 341.

292 Benzer yönde değerlendirme için bkz. Tiedemann (n 8) 26.

293 Faure, The Revolution (n 17) 337.

294 Faure, The Development (n 22) 141-142. Nitekim devlet mevzuatlarında da bu konuya yer verildiğini belirten yazar, durumu Avrupa ülkelerinden verdiği örnekler üzerinden somutlaştırmıştır. Yazar Portekiz Ceza Kanunu'ndaki çevreye yönelik suçlar kapsamında yer alan yeni düzenlemelerin çevrenin somut olarak tehlikeye atılmasını ve ciddi kirliliği hedef aldıkları üzerinde durmuştur. Yine İspanyol Ceza Kanunu'nda yeni hükümlerde kanuna aykırı emisyonların yanı sıra çevresel olarak tehlikeli faaliyetlerde bulunmanın suç olarak düzenlendiğini belirtmiştir. Bu düzenlemelerle ekolojik değerlerin tehlikeye atılmasının cezalandırıldığını ve daha çok çevrenin somut olarak tehlikeye atılmasına odaklanıldığının önemine dikkat çekmiştir. Bunun yanı sıra İsveç ve Fransa örnekleri üzerinden konuyu pekiştiren yazar, özellikle Fransız Ceza Kanunu'nda ceza hukuku yoluyla çevrenin daha bağımsız bir şekilde korunmasına yönelik getirilen değişikliğe vurgu yaparak; 'ekolojik terörizm' (*ecological terrorism*) suçunu düzenleyen 421. maddeye değinmiştir. ibid 142.

önemli bir adım teşkil etmektedir. İnsan sağlığı bakımından ciddi bir tehdidin varlığı halinde ceza hukuku yaptırımlarının artması ve idari bağlılığın ortadan kalkması şeklindeki etki bu tür durumlarda çevre ceza hukukunun odağını çevre yerine insana çevirmesinin²⁹⁵ de en büyük kanıtı olarak görülebilir. Bununla birlikte niteliksel anlamda idari bağlılığın kalkması bu uygulama alanı sınırlı durum bakımından ileri sürülebilirse de, işlevsel idari bağlılığın tamamen devre dışı kalmasından söz edilemeyecektir. Zira burada ciddi çevre kirliliğinin insan hayatı veya sağlığı bakımından tehlike yaratmasının tespiti, özel teknik bilgiyi gerektirmektedir²⁹⁶. Çevreye yönelik zararın hangi düzeyde gerçekleştiği ve nasıl yapıldığını belirleyebilmek noktasında idarenin yetkilendirilmesine ihtiyaç bulunmaktadır²⁹⁷. Ancak bu, idare tarafından verilen iznin veya ruhsatın geçerliliği gibi hâkimin fiilin hukuka aykırılığını tespit ederken, idare hukuku kural veya işlemleri ile bağlı olması şeklinde yorumlanmamalıdır²⁹⁸.

Bununla birlikte çevreye yönelik gerçekleştirilen ihlallerin tamamen idare hukukundan soyutlanarak ceza hukuku kapsamında dikkate alınması gerektiği şeklinde bir sonuca ulaşılması da mümkün değildir. Zira ceza hukukunun etkinliği ne kadar artsa da çevre suçunun formülasyonu ile idare hukuku arasında hâlâ bir ilişkinin olduğu ve olacağı yadsınamaz²⁹⁹. Bu nedenle çevre politikası hedeflerinin uygulanması için mevcut araçların tamamı dikkate alındığında, ceza hukuku ve idare hukukunun esasen birbirine eşlik eden ve tamamlayıcı bir işleve sahip oldukları kabul edilmelidir³⁰⁰. Ancak eski sisteme kıyasla en büyük değişikliğin, suça ilişkin fiilin artık sadece idari görevlerin ihlalden ibaret olmadığı göz önünde bulundurularak; cezai hükümler ile yalnızca idari yükümlülüğe aykırılıktan ziyade, çevreye verilen tehlikeye veya zarara daha fazla odaklanılması³⁰¹ olduğu söylenebilir.

d. Kanunîlik İlkesinin Sonucu Olarak Belirlilik İlkesi Kapsamında İdari Bağlılığın Değerlendirilmesi

Kanun koyucu ceza kanununda yasaklanan davranışları mümkün olduğunca açık şekilde tanımlayarak cezalandırılabilirlik alanını tespit etmekte³⁰² ve ilgili davranışın ceza

295 Faure ve Visser (n 17) 344.

296 Maviş (n 21) 171.

297 Şen (n 5) 78.

298 ibid 183.

299 Benzer yönde değerlendirme için bkz. Tiedemann (n 8) 10.

300 Saurer (n 9) 341.

301 Faure, The Development (n 22) 142.

302 Kühn (n 73) 825.

hukukuna tabi olup olmayacağını net olarak³⁰³ belirlemektedir. Hem anayasal hem de uluslararası mevzuatta³⁰⁴ geçerlilik tanınan kanunilik ilkesinin³⁰⁵ çevre ceza hukukunda etkisi özellikle kanunun belirli olması çerçevesinde önem taşımakta ve idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza öngörülemediği esası çerçevesinde idari bağlılığın kapsamının tespiti ön plana çıkmaktadır. Kanunilik ilkesinin çevre ceza hukukunda da vazgeçilmez nitelikte olmasının gereği olarak, çevre suçunun kaynağının kanun olması ve ilgili kanunda suçun tarifinin yapılması ve cezasının öngörülmesi³⁰⁶ vurgusu önemlidir. Gerek geleneksel suç tipleri gerekse çevre ceza hukuku kapsamındaki suç tipleri için ceza hukuku normlarıyla etkili bir korumanın sağlanabilmesi, öncelikle suç tanımlarında yer alan kavramların belirliliğinin tespitini gerekli kılmıştır³⁰⁷. Ceza hukukunun temel ilkelerinden birini teşkil eden kanunilik ilkesi kapsamında belirsiz normlar sorun yaratabileceği gibi³⁰⁸, ayrıca ceza hukukunun koruması gereken değerler ihlali halinde uygulanacak ceza hükmünün bilinmemesine sebep olacağından, ceza hukuku korumasını da işlevsiz hale getirebilecektir³⁰⁹. Bu nedenle çevreye yönelik gerçekleştirilen fiiller bağlamında kanunilik ilkesine uyulup uyulmadığı aynı zamanda ceza hukukundan etkin bir şekilde yararlanılıp yararlanılmadığını tespit etmek için de önem taşımaktadır³¹⁰.

Geleneksel ceza hukukunun işleyişi, gerçekleştirilen fiil ile meydana gelen zarar veya tehlike arasındaki nedensel bağın varlığını gerektirmekle birlikte, ayrıca ceza hukukunun temel işlevini yerine getirmesinde, yani neyin suç sayılması gerektiği sorusuna net bir cevap verilebilmesi için, ceza hukuku tarafından korunan değerler ve davranış türlerinin tehlikeliliği hakkında belirlilik aransa da³¹¹, konu çevre ceza hukukunun idari bağlılık

303 Saurer (n 9) 346.

304 1982 Anayasası md. 38 ve AİHS md. 7 düzenlemeleri, söz konusu ilkeye dayanak teşkil etmektedir.

305 Kanunilik ilkesine ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. Zeynel Temel Kangal, 'Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi' (2011) 6 (17) Ceza Hukuku Dergisi 61, 62 vd.

306 Şen (n 5) 98.

307 Albrecht, Heine ve Meinburg (n 38) 943. TCK'da çevrenin kirletilmesi suçları bakımından suçun oluşması için atık veya artıkların mutlaka toprağa, suya veya havaya verilmesi gerekliliğine ilişkin düzenlemede suçun konusunun daha genel bir kavram olarak nitelendirilebilecek "çevre" yerine somutlaştırmak suretiyle açıkça ifade edilmesinin, belirlilik ilkesi bakımından yerinde olduğu yönünde bkz. Talas (n 63) 1151.

308 Faure ve Visser (n 17) 349; Saurer (n 9) 346.

309 Faure ve Visser (n 17) 362. Yazarlar çevre ceza hukukunda Hollanda örneğini vererek belirsiz kavramların artan kullanımının, çevre kirliliğinin toplumun baş etmesi gereken en önemli sorunlardan biri olarak görüldüğü bir zamanda, bir sorunla etkili bir şekilde başa çıkmak için ceza hukukunun kullanılmasının bir örneğini teşkil ettiğine dikkat çekmişler; bununla birlikte ceza hukukunun temel ilkelerini ihlal edecek şekilde kullanılmasının bu büyük toplumsal sorunların üstesinden etkin bir şekilde gelebileceğine inanmanın yanlış olacağına vurgu yapmışlardır. Yazarlar eleştirilerini çevre kirliliğine karşı mücadelenin ceza hukukunun kendisini kirletmesine yol açmaması gerektiği ile ifade etmişlerdir. ibid 363.

310 ibid 322.

311 Albrecht (n 3) 173. Çevreye karşı işlenen suçlarda nedensellik bağının tespitinin korunan hukuksal değerle ilişkisine ilişkin değerlendirme için bkz. Tiedemann (n 8) 30-31.

boyutuyla ilişkili olarak idari düzenlemelerdeki belirlilik beklentisini de ilgilendirmektedir. Konu bağlamında belirsiz normların çevre ceza hukukunda rol oynayabileceği farklı yolların bulunduğu belirtilmekte ve kanunlarda ve idari düzenlemelerdeki belirsiz normların varlığına atıfta bulunmaktadır³¹². Zira ceza hukukuna kıyasla çevre hukukunda, görece belirsiz hukuki kavramların genel kullanımı ön plana çıkmaktadır. Belirtilen husus sadece çevre ceza hukuku ile sınırlı olmayıp, özellikle medeni ve idare hukukunda son zamanlarda muğlak normların kullanılması pratiği dikkat çekmektedir. Bu şekildeki normların söz konusu düzenlemede neyin yapılması neyin yapılmaması gerektiği arasındaki gri alanı oluşturduğu belirtilmekte ve yasa koyucu tarafından muğlak ifadelerin kullanım sebebi olarak mevzuattaki belirli normların tam olarak etkili olmadığı durumlarda bir güvenlik ağı (*safety net*) olarak hizmet edebilmelerini sağlamak olduğu iddia edilmektedir. Bu, özellikle belirli bir normun geniş bir alanı kapsadığı ve sonuç olarak nispeten belirsiz terimlerle formüle edildiği durumlarda geçerlidir³¹³.

Söz konusu husus, ceza hukukuna ilişkin çevre korumasının sınırlarının ve kapsamının hukuk devleti ilkesi çerçevesinde oluşan endişenin sebebi olarak ifade edilmektedir³¹⁴. Burada esas olarak açık olan ve böylece kanun koyucunun yasama müdahalesi olmaksızın sosyal ve teknik değişime sürekli olarak adapte edilmesini sağlayan norm türü söz konusudur. Mevzuatta muğlak normların kullanımını haklı çıkarmak için ileri sürülen bu argüman, daha spesifik kuralların her zaman mümkün olmadığı, çünkü bir tür düzenleme gerekli olmasına rağmen, konunun çok karmaşık olduğu veya belirli mevzuata izin vermek için çok hızlı değişebileceği gerekçesine dayanmaktadır³¹⁵.

Çevre suçları kapsamında idari bağılıktan kaynaklanan belirsizlik sorununu farklı bir açıdan ele alan bir görüşe göre ise, çevre ceza hukuku kapsamında örneğin çevrenin kirletilmesi şeklinde genel nitelikte bir fiilin suç olarak kabul edilmesinin içerdiği belirsizlik nedeniyle, idare hukukuyla bağlantısının bir noktaya kadar vazgeçilmez olduğu ileri sürülmüştür³¹⁶. Konuyla bağlantılı olarak çevre hukukunun kendine özgü yapısı nedeniyle sürekli değişime açık olmasının, ceza kanunlarında buna paralel bir

312 Faure ve Visser (n 17) 347.

313 ibid 346.

314 Kühl (n 73) 819.

315 Faure ve Visser (n 17) 346. Nitekim yazarlar kanun koyucunun konu bağlamında neyin yasak olarak düzenlenmesi gerektiğine ilişkin belirlemedeki zorluğun nedenini *gerçekliğin çeşitliliği ve yönetilemezliği* (*the multiplicity and unmanageability of reality*) ile ilgili alanlardaki gelişmelerin varsayılan öngörülemesizliği ve hızına dikkat çekerek açıklamışlardır. Bu nedenle, bu durumlarda daha yeterli ve spesifik düzenlemelerin genellikle mümkün olmayacağını ileri sürmüşlerdir. ibid 349.

316 Faure, The Revolution (n 17) 333. Yazar, cezalandırılabilir netice ile belirli bir hareket arasındaki nedensel bağı kanıtlamanın imkânsızlığının böyle genel nitelikteki bir hükmü pratikte uygulanamaz hale getireceğine dikkat çekmiştir.

değişikliği her zaman mümkün kılmayacağından, idare hukuku kapsamında bu ihtiyacın giderilmesi de idari bağlılığın gerekliliğine yönelik dikkate alınan bir husus olarak ortaya çıkmaktadır³¹⁷. İdari bağlılığın birleştirici yönüne dikkat çeken bu yaklaşım açısından bakıldığında, söz konusu bağlılığın ortaya çıkaracağı bir sonuç da örneğin, sınıflandırılmış tesisler, atıklar, yer altı ve üstü sularının, havanın korunması gibi çok çeşitli sektörel çevre kanunlarına yayılabileceğinden, çoğu hukuk sisteminde yalnızca geçerli ceza hukuku hükümlerini bulmanın karmaşık bir hal alacak olmasıdır³¹⁸.

Çevre idare hukukunda kanunların yanı sıra yönetmelik vb.nin de geniş bir uygulama alanı bulunmaktadır ve bunlar ilgili oldukları kanunun teklifinin aksine çok sayıda düzenlenebilmektedir³¹⁹. Nitekim Türk hukuku bağlamında örneğin atık ve artıkların izinsiz olarak ülkeye sokulması suçu kapsamında Çevre Kanunu'nda ya da diğer ilgili kanunlarda atık ve artık maddelerin çevreye zarar vermeden doğal ortama verilmesine veya imha edilmelerine ilişkin teknik usuller doğrudan düzenlenmemiştir. Günümüzde bu tür tehlike yaratan atık ve artıkların sayısı ve çeşidi kadar teknolojik gelişmelerle bunların nasıl imha edileceği de sürekli değiştiğinden, atık ve artıkların imhası ve bertarafına ilişkin teknik usullerin kanunlarla belirlenmesinin neredeyse imkânsız olduğu ifade edilmiştir³²⁰. Ceza kanununda düzenlenen suçlara ön gelen idari düzenlemelerin farklılığı ve çokluğu ile ilişkili olarak sorunların ortaya çıkması da muhtemel olmaktadır. Çevre ceza hukuku normlarının bu esnekliği, bir yandan toplumsal gelişmelerin engellenmesi tehlikesinin önüne geçerken, diğer yandan da düzenlemelerin uygulanmasına ilişkin dogmatik açıdan çok sayıda soruyu gündeme getirmektedir³²¹. Belirtilmelidir ki, çevre ceza hukukunun bu “parçalı yapısı”, uygulayıcıların ceza hukuku tarafından hangi belirli davranışların yasaklanacağını belirlemelerini zorlaştırmıştır³²². Bu nedenle konu kanunilik ilkesi çerçevesinde ele alındığında, idari

317 Krell, s. 12'den aktaran Maviş (n 21) 172.

318 Faure, The Development (n 22) 140.

319 Saurer (n 9) 347.

320 Özbaş (n 2) 928. Benzer yönde bir değerlendirme de Yaşamış tarafından yapılmıştır. “Yasa'nın 181. maddesinde kasda dayalı çevre suçunun maddi unsuru açıklanırken ‘İlgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırı olarak...’ işlenen çevre suçlarından söz edilmektedir. Türkiye’de yürürlükte bulunan yasalar içerisinde belirlenmiş bir teknik usul yoktur. Teknik usullerin yasalarla belirlenmesi olanaksızdır. Teknik usuller son derecede ayrıntılıdır ve sık sık değişirler. Bu nedenle de yönetmelik ve standard gibi yönetsel metinlerle düzenlenirler. YTCK ile belirlenen şekli ile kanunun amaç bölümünde belirtilen çevre koruma ile ilgili görüşlere aykırı olarak çevresel suçların hemen hemen bütünü takipsiz ve cezasız bırakılmıştır.” Firuz D. Yaşamış, ‘Çevre Ceza Hukuku’nda Son Gelişmeler: Yeni Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu’ (2005) 58 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 137, 140. Farklı yönde görüş için bkz. Özgüç (n 12) 270-271.

321 Albrecht, Heine ve Meinburg (n 38) 950.

322 Faure, The Revolution (n 17) 325.

bağlılığın bir avantaj olarak görülebileceği iddiası, çevreye yönelik fiillerin cezalandırılması yolunda idari izin veya koşulların belirsiz veya muğlak olabileceği ihtimali ile zayıflamaktadır³²³.

Konu ayrıca çevre ceza hukukunun idari bağlılığı kapsamında seçilen düzenleme tekniğinin ve buna bağlı olarak cezalandırmanın ceza kanunu dışında bir şarta bağlı kılınmasının belirlilik ilkesine uygun olup olmadığı noktasında da sorun teşkil etmektedir³²⁴. Yan ceza hukuku alanı olarak kabul edilen çevre ceza hukuku³²⁵ kapsamında mevzuatta yer alan ceza hükümlerinin özelliği, esas olarak sadece ceza tehdidini içermesi, ancak yasağın içeriğine ilişkin olarak, kanun ve yönetmeliklere ve hatta kanun veya yönetmeliklere dayanılarak çıkarılan idari işlemlere atıfta bulunmasıdır³²⁶. Özellikle soyut tehlike suçları kanunilik ilkesi ışığında incelendiğinde, bazı durumlarda kanun koyucunun cezai sorumluluğun şartlarını sadece geniş olarak belirlemesi ve ayrıntılı şartları belirleme yetkisini ise yürütmeye ve onun idari organlarına bırakması eleştirilmektedir³²⁷. Nitekim ceza hukukunun müdahalesi ancak idari yükümlülüklerin ihlali durumunda mümkün olabileceğinden, ceza hukukunun

323 ibid 333.

324 Saurer (n 9) 346. Alman Anayasa Mahkemesi'nce idari bağlılığın belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmediği yönünde bkz. Aygörmes (n 47) 40.

325 Çevre ceza hukuku ve idare hukuku arasındaki ilişkinin belirlenmesinde tipiklik ve hukuka aykırılık şeklindeki ceza hukuku sistematüğinden ayrılması gerektiği yönünde bkz. Samson (n 153) 801.

326 Kühl (n 73) 819. Bu nedenle çevre hukukunun en önemli özelliklerinden birinin suçta ve ceza kanunilik ilkesinden çok uzaklaşmış olduğuna ilişkin değerlendirme için bkz. Bayraktar (n 6) 177.

327 Faure ve Visser (n 17) 322. Yazarlar, kanun koyucunun yürütmenin faaliyet göstermesi gereken çerçeveyi geniş olarak tanımladığı sürece bir sorun olmasa da bazı durumlarda kanun koyucunun cezai sorumluluğun şartlarını belirleme yetkisini yürütmeye bırakmasının sorun teşkil edeceğini ifade etmişlerdir. Yazarlar bu durumun, bu cezai sorumluluğun hangi fiilleri kapsayabileceği konusunda hiçbir fikri olmaksızın, parlamentonun sadece bir ceza belirlemesi sorununa yol açabileceğini ileri sürmüşlerdir. ibid 322.

özerkliğinin³²⁸ kaybedildiğine dikkat çekilmektedir³²⁹. Bunun da ötesine geçen bir yaklaşıma göre ise, idari bağlılık engeli nedeniyle çevre ceza hukukunun önemi bulunmayacak ve hatta kaldırılması gündeme gelebilecektir³³⁰. Belirtilen iddialar, çevre suçlarıyla korunan hukuksal değerler dikkate alındığında, çevrenin kirletilmesi salt ilgili idare hukukundan doğan yükümlülüklerle aykırılığa indirgenemeyeceğinden, hukuka uygun değildir. Ancak çevre ceza hukukunun bu bağlılık nedeniyle işlevsiz olduğu kanıtlanırsa, çevre ceza hukukunun etkisizliği üzerinden ileri sürülen talep tartışma konusu edilebilir³³¹. Bu nedenle çevre ceza hukukunun idare hukuku normlarına bağlılığının ceza hukuku ile idare hukuku arasındaki ayrımı ortadan kaldırmayacağı gibi, çevre ceza hukuku terimlerinin formülasyonunda ilgili idare hukuku terimlerinin takip edilmesi, yorumun özdeşliğini ve buna bağlı olarak yasal gelişmeyi önemli ölçüde güvence altına alabileceği de ileri sürülmüştür³³². Böylece idari bağlılığın gerekliliği noktasında dikkate alınan bu husus ise, idare hukukunda yükümlülüklerin formüle edilmesinin, hukuka aykırılık kavramının çevre ceza hukukunda daha belirgin hale getirilmesine katkıda bulunabileceğine ilişkin olmuştur. Bu bağlamda örneğin, çevrenin kirletilmesi suçu kapsamında belirli bir kirlilik biçiminin yasal olup olmadığını belirlemek için en iyi konumda bulunanın idari makam olduğu ifade edilmiştir³³³. İdare hukuku sistemlerinin çoğu, idari makamların çevre kirliliğine izin verebileceği koşulları

328 Konuya ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. Kühl (n 73) 825 vd.

329 Faure, *The Revolution* (n 17) 328. *Kuhlen*, Alman doktrininde çevre ceza hukukuna ilişkin 1980 yılıyla başlayan beklentilerin özellikle çevre ceza hukukunun hukuk devleti ilkesi kapsamında etkinliğinin şüphe yaratması ve beklentiyi karşılayamaması sebebiyle hayal kırıklığı yarattığını ileri sürmüştür (Kuhlen (n 7) 699). Yazara göre, bu düşünce ağırlık merkezini ceza hukuku dogmatiklerinin dışında arayan ve belirli sosyolojik mülahazalarda bulan modern ceza hukuku gelişimine dayanmaktadır. Modern ceza hukukunun müdahaleci veya önleyici hukuka yönelik eğilimi, sosyal ilişkilerin artan şekilde yasallaşması veya hukukun artan bir şekilde deforme olması şeklinde modern ceza hukukunun gelişimini de karakterize etmektedir. Konuyu çevre ceza hukukuyla ilişkilendiren yazar, çevresel riskler söz konusu olduğunda, bunların genellikle toplumsal olarak üretildiğine ve bu nedenle makul bir şekilde bireysel fiillere kadar izlenmesinin güçlük arz ettiğine dikkat çekmektedir. Bireysel sorumluluk isnadiyetine dayanan ceza hukukunun ise bu tür risk durumları ile başa çıkma çabasının ancak hukuk devletine bağlılık esasını zedeleme pahasına gerçekleşeceğinin altını çizmiştir (ibid 699-700). Ceza hukukunda bu şekilde bir değişikliğin, soyut ve bireyüstü (*überindividueller Rechtsgüter*) hukuki değerlerin tanınması anlamına geleceğini belirtmiştir. Bu değerlerin ihlalleri ise ancak yeni türdeki atıpkı isnadiyet yapıları (*atypischer Zurechnungsstrukturen*) aracılığı ile bireysel fiillere dayandırılabilir. Ceza hukukunda radikal bir değişime işaret eden bu yaklaşım kapsamında bu tür ceza hukukunun çok sayıdaki bireysel katkıdan seçmece yaparak belirli hareketleri cezalandırmasının hukuka uygun olmayacağı açıktır. Ceza hukukunun bu şekilde sözde koruma görevi açısından, aldatıcı, sembolik bir hukuk teşkil edeceği ve çevre ceza hukukunun bunun tek örneği olmadığı ayrıca uyuşturucu suçlarının (*Betäubungsmittelstrafrecht*) ve modern ekonomi suçlarının (*modernen Wirtschaftsstrafrechts*) da bu bağlamda örnek olduğu ileri sürülmüştür. Bununla birlikte yazar bu yaklaşımı yerinde bulmamıştır. ibid 700 vd.

330 Schall (n 19) 817-818.

331 ibid 819.

332 Tiedemann (n 8) 17.

333 Faure, *The Revolution* (n 17) 333.

düzenleyen idari düzenlemelere dayandığından; bu idari düzenlemelerde, belirli bir bileşiğin salınabilecek miktarını sabitleyen emisyon standartları veya emisyon sınır değerleri önem taşımaktadır³³⁴. Benzer şekilde havanın kirletilmesi bağlamında gerçekleşen kirlenmenin hangi aşamaya kadar kabul edilebilirliği konusunda ceza kanun koyucusunun bir belirleme yapması güçlük arz edeceğinden, sınırın belirlenmesi hususunun alana ilişkin uzmanlığı bulunan kişiler tarafından gerçekleştirilmesi anlaşılabilir kabul edilecektir³³⁵.

Bununla birlikte ceza hukuku kapsamında konulan yasağın özellikle soyut tehlike suçu şeklinde tanımlanmasına yönelik her bir girişim, belirli sınır değerlerinin ve bağımsız kriterlerin eksik olması nedeniyle, sınırın belirsizleşmesine sebep olacaktır. Bu ise beraberinde kanunda belirsiz şekilde yer bulan ceza hükümlerinin hiç dikkate alınmaması tehlikesini beraberinde getirecektir³³⁶. Ayrıca ilgili düzenlemelerde cezai tanımların içerdiği esnekliği azaltmak ve öngörülebilirlik ve yasallığa ilişkin temel ceza hukuku ilkelerine uymak için üst idari organlar tarafından belirlenen sınırlara başvurulmakla birlikte³³⁷; idare hukuku kapsamındaki düzenlemelere yapılan atıf sebebiyle bu kapsamda gerçekleştirilen fiilin idari kontrol yetkisinin kötüye kullanılması ihtimalinin ortaya çıkabileceği ve bu durumda fiilin salt idari itaatsizlik/yükümlülüğe aykırılık teşkil etmekten ibaret olacağı belirtilmektedir³³⁸. Zira idari otoritenin takdir yetkisi ne kadar büyükse, idari makamın cezai sorumluluk koşullarını belirleme gücünün de o kadar fazla olacağına dikkat edilmesi gerekmektedir³³⁹.

Kanun koyucu tarafından çevre suçlarının uyumlu ve koordineli bir şekilde tanımlanmamasını pratikte ortaya çıkan dezavantaj olarak görmek mümkündür³⁴⁰. Bu nedenle, bir yanda ekolojik değerlerin yeterli düzeyde korunmasını sağlama isteği ile diğer yanda kanunilik ilkesine saygı gösterme ihtiyacı arasında bir uzlaşma bulunması gerekli görülmektedir³⁴¹. Atıf hükümleri şeklinde ceza hukukunda kendine yer bulan çevre suçları, idarenin düzenleyici işlemleri ile suç oluşturulamayacağı

334 Faure ve Visser (n 17) 319. Konuya ilişkin ayrıca bkz. Tiedemann (n 8) 16.

335 Kühl (n 73) 818.

336 ibid 818.

337 Albrecht (n 3) 170.

338 Schall (n 19) 818.

339 Faure ve Visser (n 17) 320.

340 Faure, The Revolution (n 17) 325.

341 Faure ve Visser (n 17) 362.

esas bağlamında hükmün doldurulmasının idarenin ilerideki düzenleyici işlemine bırakılması³⁴² şeklinde tezahür eden çerçeve kanun ya da beyaz hüküm³⁴³ şeklindeki düzenlemelerin hukuka aykırılığıyla³⁴⁴ birlikte değerlendirilmelidir. Bu bağlamda çevre ceza hukukunda yönetmelik gibi idari düzenlemelerin tamamlayıcı işlevinin çevre ceza hukukunun bağlı yapısı göz önünde bulundurularak sınırlı şekilde ele alınması gereklidir³⁴⁵. Cezanın türü ve miktarı ya kapsayıcı norm olarak ilgili ceza hükmünde ya da başka bir kanun düzenlemesi ile yeterince açık şekilde belirlenmelidir³⁴⁶. Diğer düzenlemeler ile ancak, değişen ve çeşitli bireysel düzenlemelerin gerekli olabileceği durumlar şeklinde suçun spesifikleşmesini meşru kılan, suçun kanunda belirlenmiş unsuruna ilişkin belirli özellikleri³⁴⁷ ele alınabilir³⁴⁸. Böylece burada suç teşkil eden fiilin tamamen idarenin düzenleyici işlemine tabi kılındığı ve sadece cezanın ve suçun konusunun kanunda belirtildiği çerçeve kanundan³⁴⁹ söz edilemeyecektir. Somut durumlara ilişkin belirlemeleri ilgilendiren hususların kanun koyucu tarafından hükme bağlanması şeklindeki beklentinin makul olmayacağı da göz önünde bulundurulmalıdır³⁵⁰. Bu şekilde çevre ceza hukukunun kendine özgü yapısının ortaya çıkardığı zorunlu bir sonuç olarak dikkate alınabilecek atıf

342 Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararda idarenin tamamlayıcı işlevinin ifade ettiği şartlar çerçevesinde kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmediği belirtilmiştir. “Anayasa'nın 7. maddesinde yasama yetkisinin TBMM'nce kullanılacağı ve devredilemeyeceği kurala bağlanmıştır. Bu kural karşısında, Anayasa'da yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa'da öngörülen ayırık durumlarda dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasanın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Temel kuralları koymadan, ölçüsünü belirlemeden ve sınırı çizmeden yürütmeye düzenleme yetkisi veren kural, Anayasanın 7. maddesine aykırı düşer.” Anayasa Mahkemesi, 1995/22213, 06.07.1993.

343 Kavramlar hakkında açıklama ve konuya ilişkin tartışmalar için bkz. Maviş (n 21) 177 vd.

344 Bu yönde ayrıca bkz. Kangal (n 304) 77; Şen (n 5) 92; Ölmez (n 183) 92.

345 Yokuş Sevük (n 14) 238.

346 “Kesinlik taşıyan, kişisel bakış açısına göre değişmeyen, anlamları uygulamalarla belirlenmiş, hukuk ve Anayasa terminolojisi haline gelmiş dolayısıyla hukuk dilinde oturmuş terimler belirli (belirlilik ilkesine uygun) kabul edilebileceklerdir.” Aygörmez (n 47) 45.

347 Suç unsurlarının kanunda açıkça belirtilmesi gerektiğine ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin kararına konu olan olay mülga TCK md. 526 ile ilgili olup, AYM tarafından kanunilik, belirlilik ve kuvvetler ayrılığı kapsamında değerlendirilmiştir. Anayasa Mahkemesi, 1973/14707, 7/6/1973 <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>> Erişim Tarihi 11.12.2021. Söz konusu madde düzenlemesine ilişkin kanunilik ilkesi bağlamında değerlendirme için bkz. Şen (n 5) 106 vd.

348 Saurer (n 9) 347; Kretschmer (n 69) 67. Ayrıca doktrinde kanun ve yönetmelik dışında kalan idari düzenlemelere ilişkin çevre ceza hukukunda idare hukuku ağırlıklı bir bakış açısı eleştirilmiştir. Norm-somutlaştırıcı idari düzenlemelerin (*normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften*) bağlayıcı etkisi, harici etkinin olmaması ve devlet-vatandaş ilişkisinde bağlayıcı etkisinin olmaması nedeniyle reddedilmiştir. Saurer (n 9) 354.

349 Şen (n 5) 99.

350 ibid 107.

hükümlerinin anayasal temelde kanunilik ilkesi ile bağdaşır nitelikte kabul edilmesi³⁵¹ söz konusu olabilecektir.

Sonuç

Günümüzde çevrenin korunmasında araç olarak ceza hukukunun devreye girmesi, önemli bir gelişme teşkil etmektedir. Çevre ceza hukukunun gelişim çizgisi göz önünde bulundurulduğunda, önceleri sistemin esas olarak idare hukukuna ek niteliğinin ön planda olduğu görülmektedir. Çevrenin korunmasına yönelik ceza hukukunun uygulama alanının sınırlanması ve bunun yerine idari para cezaları gibi alternatif yaptırım türlerinin idare hukuku temelli dikkate alınması gerektiği şeklindeki eğilimi, sadece idari yaptırımların hızlılığı gibi şekli bir bakış açısı ile dikkate almak çevre ceza hukuku kapsamındaki beklentilerin karşılanması noktasında zayıf kalacaktır. Çevreye karşı gerçekleştirilen fiillerin tümünün kabahat teşkil edebilecek şekilde suça nazaran daha az haksızlık içeriğini barındırdığı yönündeki genelleme de hukuka uygun değildir. Belirtilmelidir ki, idari bağlılığın ceza hukuku tarafından çevrenin korunmasında kısıtlamaya yol açtığı gerçeği, çevresel ceza normlarının idare hukukuna bağlılığının alternatifinin olmadığına anlaşılması kadar tartışmasıdır³⁵².

Çevreye yönelik gerçekleştirilen fiiller bakımından ceza hukuku müdahalesini en aza indirgeme çabası kapsamında bu fiillerin salt soyut tehlike suçu olarak dikkate alınması yeterli bir koruma sağlamayacaktır. Bununla birlikte çevre ceza hukuku kapsamında çevreye yönelik ihlallerin soyut tehlike suçu veya somut tehlike suçu olarak düzenlenmesinde çevrenin korunmasındaki etkinliğin sağlanmasının ilgili idari düzenlemelere aykırı olmaya bağlılığı gerektirmediği de kabul edilmelidir. Özellikle çevre kirliliğinin insan sağlığı bakımından ciddi tehdit oluşturması durumunda çevrenin korunması bakımından etkili aracın ceza hukuku olduğu dikkate alınmalıdır³⁵³. Nitekim günümüzde belli sınırlamaları bulunmakla birlikte, mutlak idari bağlılık sisteminin, birçok hukuk sisteminde terk edilmiş ve çevrenin ceza hukuku yoluyla daha özerk bir şekilde korunmasına ağırlık verilmiş olması³⁵⁴ çevre ceza hukuku bakımından önemli bir gelişme olarak dikkate

351 Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararı için bkz. ibid 180-181. Doktrinde bir görüş, belirlilik ilkesinden beklentinin aşırı olmaması gerektiğini, kanunların yaşamın çeşitliliğine ve somut olayın özelliklerine uygun düşmeyebileceğini belirtmiştir. Bu bağlamda yazar "vatandaşın ceza normuyla korunan değerini ve belirli bir davranış biçiminin yasaklandığını bilme ve devlet reaksiyonunu öngörme, en azından bir cezalandırılma riskini bilme olanağına sahipse, belirlilik ilkesine uygunluktan söz edilebileceğini ifade etmiştir. Kangal (n 304) 77.

352 Schall (n 19) 819.

353 Faure ve Visser (n 17) 343.

354 Faure, The Development (n 22) 141.

alınmalıdır. Bununla birlikte çevre hukukunun kendine özgü çok yönlü yapısı sebebiyle çevrenin korunması noktasında da bu etkinin devam ettiği kabul edilmeli ve idare hukuku ile ceza hukukunun ortak bir paydada buluşması gerektiğine önem verilmelidir. Çevreye yönelik ihlallerin insan hayatı ve sağlığı bakımından etkisi arttıkça, çevre hukukunun ceza korumasının da alanı genişlemelidir.

Çevre hukukunda yaşanan gelişmeler ve idare hukukuna bağlı olmayan çevre ceza hukukunun öngörülebilir gelecekte yerinin olmadığı³⁵⁵ hususu göz önünde bulundurularak, çevre ceza hukukunun bağlılığı ile idari düzenlemelerin dağınıklığı ve çokluğu birlikte ele alındığında gelecekte çevre kanunu çatısı altında bir uyumlaştırma³⁵⁶ güçlük arz etmekle birlikte; ceza hukuku ile idare hukukunun çevre hukuku esasları kapsamında daha koordineli bir hale getirilmesi mümkündür.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Kaynakça/References

- Albrecht H, Günter H ve Meinburg V, ‘*Umweltschutz durch Strafrecht? Empirische und rechtsvergleichende Untersuchungsvorhaben zum Umweltstrafrecht und zur Umweltkriminalität*’ (1984) *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 943-998.
- Albrecht H. J, ‘*Environmental Criminal Laws and Environmental Crimes in Europe - Problems and Prospects*’ (1994) 2 (2) *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 168-179.
- Artuk M. E, ‘*Çevrenin Kasten Kirletilmesi Suçu (TCK. m.181)*’ (2014) 1 (1) *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 37-48.
- Aygörmez G. A, *Çevre Ceza Hukuku Çevre Ceza Genel Hükümler C. I* (On İki Levha 2021).
- Backes O, ‘*Umweltstrafrecht*’ (1973) 28 (11/12) *Juristenzeitung* 337-342.
- Baumann J, Weber U, Mitsch W ve Eisele J, *Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch*, (12. bs, Ernst und Werner Gieseking 2016).
- Bayraktar K, *Çevreye Karşı Suçlar, Özel Ceza Hukuku Cilt 5* (On İki Levha 2019).
- Bloy R, “*Die Straftaten gegen die Umwelt im System des Rechtsgüterschutzes*” (1988) 100 (3) *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 485-507.
- Boaster Neil, *An Introduction to Transnational Criminal Law* (2. bs, Oxford 2018).
- Breuer R, ‘*Verwaltungsrechtlicher und strafrechtlicher Umweltschutz - Vom Ersten zum Zweiten Umweltkriminalitätsgesetz*’ (1994) 49 (22) *Juristenzeitung* 1077-1091.

355 Kuhlen (n 7) 709.

356 Tiedemann (n 8) 9.

- Dölling D, 'Umweltstrafat und Verwaltungsrecht' (1985) 40 (10) Juristenzeitung 461-469.
- Dölling D, 'Review of Umwelt-Strafrecht. Sonderausgabe der Kommentierung der §§ 311 d, e, 324-330 d in der 10. Auflage des Leipziger Kommentars zum Strafgesetzbuch, by J. Steindorf' (1987) 42 (6) Juristenzeitung 291-292.
- Faure M, 'The Development of Environmental Criminal Law in the EU and its Member States' (2017) 26 Review of European Community & International Environmental Law 139-146.
- Faure M, 'The Revolution in Environmental Criminal Law in Europe' (2017) 35 (2) Virginia Environmental Law Journal 321-356.
- Faure M, *Environmental Criminal Liability: The Long and Winding Road towards an Effective Environmental Criminal Law System in the EU in Marjan Peeters and Mariolina Eliantonio (eds), Research Handbook on EU Environmental Law* (Elgar 2020).
- Faure M ve Oudijk J. C., 'Die Straferichtliche Überprüfung von Verwaltungsakten im Umweltrecht' (1994) 49 (2) Juristenzeitung 86-91.
- Faure M ve Visser M, 'How to Punish Environmental Pollution - Some Reflections on Various Models of Criminalization of Environmental Harm' (1995) 3 European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 316-368.
- Götze R, 'Umweltstrafrecht (René Börner) Buchbesprechung', NuR (2020) 42-43.
- Güneş A. M., *Çevre Hukuku* (3. bs, Adalet 2020).
- Heinrich B, 'Zum heutigen Zustand der Kriminalpolitik in Deutschland' (2017) 1 Kriminalpolitische Zeitschrift (KriPoZ) 4-20.
- Herrmann J, 'Die Rolle des Strafrechts beim Umweltschutz in der Bundesrepublik Deutschland' (1979) 91 (2) Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 281-308.
- Hoppe W ve Beckmann M, *Umweltrecht* (C. H. Beck 1989).
- Kangal Z. T., *Kabahatler Hukuku* (3. bs, Adalet 2022)
- Kangal Z. T., 'Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi' (2011) 6 (17) Ceza Hukuku Dergisi 61-106.
- Kayaer N, 'Atık ve Artıklarla Çevrenin Kasten Kirlenmesi Suçu (TCK m. 181/1)' (2019) 21 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 139-203.
- Kılıç A. Ş., *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık (Yayımlanmamış Doktora Tezi)* (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü 2020).
- Kretschmer B, 'Das Umweltstrafrecht und das Umweltordnungswidrigkeitenrecht in Deutschland' (2010) 7 (2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 55-77.
- Kuhlen L, 'Umweltstrafrecht - auf der Suche nach einer neuen Dogmatik' (1993) Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 697-726.
- Kühl K, 'Probleme der Verwaltungsakzessorietät des Strafrechts, insbesondere im Umweltstrafrecht' in Wilfried Küper; Ingeborg Puppe (eds.) *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987* (De Gruyter 1987) 815-861.
- Lahti R, 'Über die neueste Strafrechtsentwicklung in Finnland' (2003) *Juridica International* VIII 62-67.
- Laufhütte H ve Möhenschlager M, 'Umweltstrafrecht in neuer Gestalt' (1980) 92 (4) Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 912-972.
- Lüthge B. J ve Klein M. L., 'Die materielle Genehmigungsfähigkeit im Umweltstrafrecht: Bekanntes Problem, neue Ansätze' (2017) 129 (1) Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 48-81.
- Maden M, 'Bir Tehlike Suçu Olarak "Gürültüye Neden Olma" (TCK, m. 183) ve Tehlike Suçlarına İlişkin Genel Tespitler' (2021) 25 (1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 431-469.
- Maviş V, *Türk Ceza Kanunu'nda Çevreye Karşı Suçlar* (Yetkin Yayınları 2021).
- Mrišić G, 'Environmental Protection From The Aspect Of Criminal Law' (2021) 8 (1) *Intereulaweast* 129-151.

- Okuyucu E. G, 'Environmental Criminal Law in the European Union' (2021) 70 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 909-924.
- Ölmez G, *Suçun Tanımlanabilir ve Değerlendirilebilir Unsurları (Yayınlanmamış Doktora Tezi)* (Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü 2020).
- Özen M, 'Çevreye Karşı İşlenen Suçlar (TCK md. 181, 182)' (2010) 18 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9-43.
- Özenbaş N, 'Çevrenin Ceza Hukuku Yoluyla Korunması Kapsamında Çevrenin Kirletilmesi Suçları' (2013) International Conference On Eurasian Economies 924-931.
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. bs, Seçkin Yayıncılık 2021).
- Özgüç L. E, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Çevrenin Kasten Kirletilmesi Suçu (On İki Levha 2020).
- Paeffgen H.-U, 'Overlapping Tensions between Criminal and Administrative Law: the Experience of West German Environmental Law' (1991) 3 (2) Journal of Environmental Law 247-264.
- Samson E, 'Konflikte zwischen öffentlichem und strafrechtlichem Umweltschutz' (1988) 43 (17) Juristenzeitung 800-805.
- Saurer J, 'Die Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts – Eine Koordinationsstrategie Im Wandel' (2017) 50 Die Verwaltung 339-365.
- Schall H, 'Das Umweltstrafrecht heute: ein bloßes Alibi-Instrument?' in Roland Hefendehl and Tatjana Hörnle (eds) *Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014* (De Gruyter 2014) 815-826.
- Sınar H, 'Çevre Ceza Hukukunun Gelişimi ve Çevrenin Ceza Normları ile Korunması Rejimi Yönünden Almanya ve Fransa' (2013) 8 (2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 417-444.
- Şen E, *Çevre Ceza Hukuku* (Kazancı Hukuk Yayınları 1994).
- Talas S, 'Türk Ceza Kanunu'nda Çevrenin Kasten ve Taksirle Kirletilmesi Suçları' (2013) LXXI (1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1147-1157.
- Taşkın O. E, 'Maddi ve Muhakeme Boyutuyla Çevre Ceza Hukukuna Dair Bazı Tespitler/Kısmi Öneriler' (2015) 3 (1) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 119-166.
- Taşkın O. E, 'Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku' (2016) 15 (1) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 59-91.
- Tezcan D, 'Çevre Suçları ile İlgili Bazı Değerlendirmeler' Prof. Şükrü POSTACIOĞLU'na ARMAĞAN (D.E.Ü. Hukuk Fak. Dön. Sermaye İşl. yayınları No: 81 1997) 349-378.
- Tiedemann K, *Die Neuordnung des Umweltstrafrechts Gutachtliche Stellungnahme zu dem Entwurf eines Sechzehnten Strafrechtsänderungsgesetzes (Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität)* (Walter de Gruyter 1980).
- Toroslu N, *Ceza Hukuku ve Çevre* (Türkiye Çevre Sorunları Vakfı Yayını 1982).
- Ulu G, 'İdari İşlemin Unsurlarının İşlevi' (2020) 19 (38) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 74-102.
- Ünal O. G, *Türk Ceza Hukuku'nda Tehlike Suçları (Yayınlanmamış Doktora Tezi)* (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü 2020).
- Ünver Y, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer* (Seçkin Yayıncılık 2003).
- Ünver Y, 'Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Çevrenin Kirletilmesi Suçları' (2005) 24 Güncel Hukuk Dergisi 52-53.
- Ünver Y ve Nuhoğlu A, *Federal Almanya Çevre Ceza Hukuku* (Beta 1999).
- Yaşamış F. D, 'Çevre Ceza Hukuku'nda Son Gelişmeler: Yeni Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu' (2005) 58 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 137-147.
- Yıldız A. K, *Çevrenin Kasten Kirletilmesi, Özel Ceza Hukuku Cilt 5* (On İki Levha 2019).
- Yılmaz S, *Çevre Hukuku Bağlamında Türk Ceza Kanunundaki Çevre Suçları* (Adalet 2013).
- Yokuş Sevük H, *Çevre Hukuku Doğal Çevrenin Korunması* (Adalet Yayınları 2013).



Kasten Yaralama Suçunun Silah Olarak Kabul Edilen “Saldırı ve Savunma Amacıyla Yapılmış Olmasa Bile Fiilen Saldırı ve Savunmada Kullanılmaya Elverişli Diğer Şeyler” ile İşlenmesi

Committing the Offense of Intentional Injury with “Any Instrument, Not Having Been Specifically Manufactured for the Purpose of Attack or Defense, Which May Be Used for Such Purpose” and is Accepted as a Weapon

Eylem BAŞ¹

¹Dr. Öğr. Üyesi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Eskişehir, Türkiye

ORCID: E.B. 0000-0002-3400-2042

ÖZ

Kasten yaralama suçunun silahla işlenmesine, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 86. maddesinin 3. fıkrasının (e) bendinde, cezanın daha fazla verilmesini gerektiren nitelikli hal olarak yer verilmektedir. TCK'nın 6. maddesinin (f) bendinin 4. alt bendinde ise “saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler”in “ceza kanunlarının uygulamasında” silah olarak anlaşılacağı belirtilmektedir. Ancak 4. alt bentte yer alan söz konusu ifadede neyin anlaşılması gerektiği belirli değildir. Çalışmada kasten yaralama suçunda kullanılan “saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler”in uygulamada ortaya çıkardığı sorunlar incelenecektir. Ardından 4. alt bendin yürürlükten kaldırılması ve TCK'nın 6. maddesinde ya da 86. maddesinin 3. fıkrasının (e) bendinde gerçekleştirilecek değişikliklerle başka bir ifadenin kullanılmasının gerekliliği üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kasten Yaralama Suçu, Silah, Türk Ceza Hukuku

ABSTRACT

The commission of the offense of intentional injury with a weapon is included as a secondary element requiring the aggravation of the penalty in subparagraph (e) of paragraph 3 of Article 86 of the Turkish Penal Code numbered 5237 (TCK). According to the 4th subparagraph of paragraph (f) of Article 6 of the TCK, “in the implementation of the criminal law” it is stated that “[a]ny instrument, not having been specifically manufactured for the purpose of attack or [defense], which may be used for such purpose” will be understood as a weapon. However, it is not clear what should be understood from the aforementioned expression in subparagraph 4. In this study, the problems caused by the phrase “[a]ny instrument, not having been specifically manufactured for the purpose of attack or defense, which may be used for such purpose” will be examined in practice. Subsequently, the necessity of abolishing the 4th subparagraph and using another expression with an amendment to be made in article 6 or the subparagraph (e) of the 3rd paragraph of article 86 of the TCK will be emphasized.

Keywords: The Offense of Intentional Injury, Weapon, Turkish Criminal Law

Submitted: 28.02.2022 - **Revision Requested:** 11.04.2022 - **Last Revision Received:** 16.04.2022 - **Accepted:** 18.04.2022 - **Published Online:** 30.05.2022

Corresponding author: Eylem Baş, E-mail: eylem.bas@ogu.edu.tr

Citation: Baş, Eylem, “Kasten Yaralama Suçunun Silah Olarak Kabul Edilen “Saldırı ve Savunma Amacıyla Yapılmış Olmasa Bile Fiilen Saldırı ve Savunmada Kullanılmaya Elverişli Diğer Şeyler” ile İşlenmesi (2022) 10(1) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 97. <https://doi.org/10.26650/JPLC2021-1030810>



EXTENDED ABSTRACT

As an aggravating factor arising from the instrument used in the crime, the commission of the offense of intentional injury with a weapon is regulated in subparagraph (e) of the 3rd paragraph of Article 86 of the Turkish Penal Code numbered 5237 (TCK). It is undisputed that the offense of intentional injury with a weapon should be punished effectively. However, in this case, the trial of the crime is carried out ex officio. In this context, what should legally be understood as the weapon is essential.

It can be seen that the concept of weapon is defined in paragraph (f) of Article 6 of the TCK, which is titled “Definitions..” According to this paragraph, “[i]n the implementation of the criminal law the term of a weapon shall have the following meaning”: “a firearm”; “an explosive”; “all instruments produced for the purpose of [defense] or attack [that] are capable of cutting, piercing[,] or injuring”; “any instrument, not having been specifically manufactured for the purpose of attack or [defense], which may be used for such purpose”; and “a nuclear, radioactive, chemical[,] or biological substance [that] has burning, corrosive, harmful, suffocating[,] or toxic properties or is capable of causing permanent illness..” Although it is stated in the preamble of this study that the concept of “weapon” is defined such that it need not be explained separately, it should be noted that the aforementioned determination is not valid, particularly in terms of subparagraph 4 of paragraph (f) of Article 6. This is because, even if the offense of intentional injury is committed with instruments that are considered weapons within the scope of subparagraph 4, there is no uniform understanding regarding these instruments in the punishment phase. This situation can lead to unjust results, such as different punishments for different perpetrators who commit the offense of intentional injury using the same means.

In this study, the concept of “weapon,” which includes the reference in the 4th subparagraph, will be examined first. While making this examination, article 189 of the Turkish Penal Code numbered 765 (ETCK), which constitutes the basis of the complex expression in the 4th subparagraph of (f) subparagraph of the 6th article of the TCK, will also be emphasized. Subsequently, an evaluation will be performed on the cases in which the instrument used in the crime of intentional injury should be included in the scope of “any instrument, not having been specifically manufactured for attack or [defense], which may be used for such purpose.”

Furthermore, the present study will explore whether animals, parts of the human body, or immovable objects are included in this context as well as the particular issues that can arise if the instrument used in the crime of intentional injury during the trial cannot be seized. Moreover, the relationship of the 4th subparagraph with the 3rd subparagraph will be highlighted due to the problems that it causes in practice regarding the crime of willful injury. In addition, what should be understood from the 4th subparagraph will be considered. Thus, the issue of whether the offense of intentional injury is committed with “all instruments produced for defense or attack [that] are capable of cutting, piercing[,] or injuring” or “any instrument, not having been specifically manufactured for attack or defense, which may be used for such purpose” will be addressed. All the aforementioned issues will be examined with a careful consideration of the approach of doctrine and practice. As a result, the necessity of abolishing the 4th subparagraph and using another expression with the amendment to be made in article 6 or the subparagraph (e) of the 3rd paragraph of article 86 of the TCK will be emphasized.

I. Giriş

Kasten yaralama suçunun silahla işlenmesi, TCK'nın 86. maddesinin 3. fıkrasının (e) bendinde, suçta kullanılan vasıttadan kaynaklanan¹ cezanın daha fazla verilmesini gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmektedir.² Nitekim söz konusu durumun etkili bir şekilde cezalandırılmasının önemi yadsınamaz³ ve bu durumda suç re'sen takip edilir. Bu kapsamda silahtan neyin anlaşılması gerektiği önem arz etmektedir.

“Tanımlar” başlığını taşıyan TCK'nın 6. maddesinin (f) bendinde 5 alt bent halinde silah kavramının tanımlandığı görülmektedir. Hatta bu maddenin gerekçesinde her ne kadar “silah” kavramının ayrıca açıklanmaya gerek kalmayacak şekilde tanımlandığı ifade edilmekteyse⁴ de özellikle de hükmün (f) bendinin 4. alt bendi bakımından söz konusu belirlemenin geçerli olmadığı belirtilmelidir. Nitekim kasten yaralama suçunda olduğu üzere çoğu suçta,⁵ suçun 4. alt bent kapsamında sayılan şeylerle işlenmesi bakımından daha sonra da belirtileceği üzere yeknesak bir uygulamanın olmadığı görülmektedir. Söz konusu durum, örneğin aynı şeyi kullanan iki failin farklı cezaya tabi tutulmalarına ve bu kapsamda adaletsiz sonuçlara sebebiyet verebilecek niteliktedir.

Bu çalışmada ilk önce 4. alt bendin de içinde yer aldığı “silah” kavramı incelenecektir. Bu inceleme yapılırken 4. alt bentte yer alan söz konusu sorunlu ifadenin temelini oluşturan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (ETCK) silah kavramının tanımına yer veren 189. maddesi ile TCK'nın 6. maddesinin (f) bendi üzerinde durulacaktır. Ardındansa kasten yaralama suçunda kullanılan şeyin hangi hallerde “*saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler*” kapsamında yer alacağı hususu değerlendirilecektir. Bu çerçevede hayvanın, insan bedenine ilişkin kısımların ve de yalnızca taşınırların mı bu kapsamda yer alıp almadığına değinilecektir. Ayrıca kasten yaralama suçunda kullanılan ve 4.

1 Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (11. Bs., Savaş Yayınevi 2021) 51; Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen M, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (6. Bs., US-A Yayıncılık 2017) 80; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* (5. Bs., Beta Yayıncılık 2021) 159.

2 TCK'nın 86. maddesinin 1. fıkrasında kasten yaralama suçunun temel şekline; 86. maddesinin 3. fıkrasında ve 87. maddesinde cezanın daha fazla verilmesini; 86. maddesinin 2. fıkrasında ve de 88. maddesindeyse cezanın daha az verilmesini gerektiren nitelikli hallerine yer verildiği görülmektedir. Bkz. Toroslu ve Toroslu, (n. 1) 44.

3 Abdullah Pulat Gözübüyük, ‘Silah ve Silah Sayılan Aletlere Dair Temyiz İçtihatlarının Tahlihi’ (1955) (6) Ankara Barosu Dergisi 404, 404.

4 Gerekçe metni için bkz. Cumhuriyet Şahin ve İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Gazi Külliyyatı* (2. Bs., Seçkin Yayıncılık 2005) 100.

5 Bu kapsamda cinsel saldırı suçu (TCK m. 102/3-d), tehdit suçu (TCK m. 106/2-a), kişi hürriyetinden yoksun kılma suçu (TCK m. 109/3-a) örnek olarak verilebilir.

alt bent kapsamında yer alan şeyle ilgili olarak ceza muhakemesinde karşılaşılan sorunlara yer verilecektir. 4. alt bendin kasten yaralama suçuyla ilgili olarak uygulamada çıkardığı sorunlar ve birbirleriyle olan yakın ilişkileri nedeniyle 3. alt bentle olan ilişkisi incelenecek ve 4. alt bentten neyin anlaşılması gerektiği üzerinde durulacaktır. Böylece kasten yaralama suçunun “saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet” ile mi yoksa “saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler” ile mi işlendiği sorununa değinilecektir. Tüm bu bahsi geçen hususlar öğretinin ve uygulamanın yaklaşımına yer vermek suretiyle incelenecektir. Sonuç olarak 4. alt bendin yürürlükten kaldırılması ve TCK’nın 6. maddesinde ya da 86. maddesinin 3. fıkrasının (e) bendinde gerçekleştirilecek değişiklikle başka bir ifadenin kullanılmasının gerekliliği üzerinde durulacaktır.

II. Ceza Kanunlarının Uygulanması Bakımından Silah Kavramı

Silah kavramı, gündelik hayat içinde çoğunlukla akla ilk olarak ateşli silahları getirmekteyse de Türk Dil Kurumu’nun sözlüğünde “savunmak veya saldırmak amacıyla kullanılan araç”,⁶ “savunmak veya saldırmak için kullanılan nesne, etken araç” ve de “bir konuda etkili her şey” şeklinde tanımlanmaktadır.⁷ Söz konusu tanıma bakıldığında tanımın oldukça geniş olduğu görülmektedir. Nitekim bu tanım, esas alınrsa insan bedenine ilişkin kısımların dahi silah olarak nitelendirilmesi mümkündür.⁸ Bu nedenle, bu kavramın anlamının belirlenebilmesi adına ceza hukuku uygulamasında sınırlarının çizilmesinde fayda vardır.⁹

a. ETCK’nın 189. maddesi Bakımından Silah Kavramı

Silahtan neyin anlaşılması gerektiğiyle ilgili olarak ETCK’nın 189. maddesi ilk olarak şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Kanunun tatbikinde silah, bir cürmün esbabı müşeddidesini teşkil ettiği takdirde kanunda hilafı yazılı olmadıkça silah tabirinden maksat:

6 Hukuk sözlüğünde yapılan aynı yöndeki tanım için bkz. Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü* (9. Bs., Yetkin Yayınları 2005) 1100. Öldürme ve savunma amacıyla kullanılan herhangi bir alet şeklindeki bir diğer tanımlama için bkz. Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuk Lügatı* (3. Bs., Başbakanlık Basımevi 1991) 300. Yine yaralama amacıyla üretilen ve mahiyeti gereği tehlikeli bir araç şeklindeki diğer bir tanım için bkz. Eric Hilgendorf, ‘Körperteile als „gefährliche Werkzeuge” (2000) 112(4) ZStW 811, 814-815.

7 Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük* (11. Bs., Türk Dil Kurumu Yayınları 2011) 2110.

8 Hilgendorf, (n. 6) 833.

9 Olgun Değirmenci, ‘Askerî Ceza Kanunu Uygulamasında Silah Kavramı’ (2016) (1) Ankara Barosu Dergisi 81, 84-85.

1 - *Şişli baston ve buna benzeyen gizli silahlardan,*

2 - *Alehlak ateş çıkaran aletlerden,*

3 - *Bunlardan maada cebir ve tehdit için taşınan bıçak, kama ve sair aletlerden ibarettir.*"¹⁰

Hükme bakıldığında sayma suretiyle sınırlı bir tanıma yer verildiği görülmektedir.¹¹ Ancak bu durum, aynı sonucu doğurmaya elverişli şeylerin maddede sayılmamaları nedeniyle silah sayılmamasına ve bu nedenle de hakkaniyete uygun bir düzenlemenin ve uygulamanın olmamasına sebebiyet verdiği yönünde öğretilmiştir. Nitekim silah kavramıyla ilgili olarak içtihat da farklılıklar oluşmuştur.¹² Bu kapsamda 1949 yılında ETCK'nın 189. maddesinin dönemin değişen koşulları bakımından yeterli olup olmadığı konusunda inceleme yapılmış ve de karşılaştırmalı hukuktan da yararlanılmak suretiyle silah kavramının tanımının tümüyle değiştirilerek yeni bir tanımın yapılması ve bu tanıma nelerin girdiğinin belirlenmesi gerektiği düşüncesiyle 5435 sayılı "Türk Ceza Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun"¹³ ile söz konusu hükümde kapsamlı değişiklikler gerçekleştirilmiştir.

5435 sayılı Kanun'un yayımı tarihinde yürürlüğe giren 1. maddesiyle değiştirilen ETCK'nın 189. maddesinde, cezanın belirlenmesinde ağırlaştırıcı neden olarak öngörülen ve bu nedenle nitelikli hali oluşturan "silah" kavramından TCK'nın 6. maddesinin (f) bendine benzer şekilde "*ateşli silâhlar*"ın, "*patlayıcı maddeler*"in "*tecavüz ve müdafaaada kullanılan her türlü kesici, delici veya bereleyici aletler*"in ve de "*yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı eczalar veya diğer her türlü zehirler ve boğucu, kör edici gazlar*"ın anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Söz konusu hükme bakıldığında aslında silahın tanımının yapılmadığı, her bir bentte ortak özelliklerinin gösterilerek sayma yoluyla belirlemede bulunduğu görülmektedir.¹⁴ Bu kapsamda taşınması yasak olan ve yasak olmayan silahlar da yer almaktadır.¹⁵

10 <<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=765&MevzuatTur=5&MevzuatTertip=3>> Erişim Tarihi 10.09.2021.

11 Enes Köken, *Silah Kavramı ve Silah Kaçakçılığı Suçları (Açıklamalı – İçtihatlı)* (1. Bs., Adalet Yayınevi 2020) 28.

12 Gözübüyük, (n. 3) 404-405.

13 7234 sayılı 16.6.1949 tarihli Resmî Gazete

14 Değirmenci, (n. 9) 87.

15 ETCK'nın 189. maddesinde değişiklik yapan 5435 sayılı Kanunla ilgili Adalet Komisyonu Raporu için bkz. T. C. Başbakanlık Muamelât Genel Müdürlüğü Tetkik Müdürlüğü, Sayı: 71 – 1348, "Türk Ceza Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun Tasamı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/555)", 9.5.1949, 12.

TCK'nın 6. maddesi bakımından silah, suçun temel şekli ya da nitelikli hali olarak uygulama alanı bulabilmekteyken,¹⁶ ETCK'nın 189. maddesindeyse sadece cezanın daha fazla verilmesini gerektiren suçun nitelikli hali olarak öngörülmüştür.¹⁷ Nitekim söz konusu durum ETCK'nın 189. maddesinin metninden açıkça anlaşılmaktadır.¹⁸ Bu kapsamda ETCK döneminde suçun temel şekli olarak silahtan bahsedildiğinde ETCK'nın 189. maddesi uygulama alanı bulamamaktaydı¹⁹ ve hakim her somut olayda kullanılan aletin silah olup olmadığını değerlendirmesi gerekmektedir.²⁰

16 TCK'da suçun temel şekli ya da nitelikli hali olarak silaha yer veren suçlarla ilgili örnekler için bkz. Değirmenci, (n. 9) 92; Selman Dursun ve Sebastian Hoffmanns, 'Der Waffenbegriff im deutschen und türkischen Strafrecht' *Die Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung: Forschungsband zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrecht Alexander von Humboldt Stiftung Institutspartnerschaft (2009-2013)*, (Nomos 2014) 193-228, 201, dp. 6.

17 Mustafa Ruhan Erdem, 'Türk Ceza Kanununda Silah' (2003) 7(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 4.

18 Abdullah Pulat Gözübüyük, 'Silahlara Ait Suçlar ve Cezaları Hakkında Mukayeseli Bir İnceleme' (1949) 40(8) Adalet Dergisi 1109, 1118.

19 "189. maddenin ne gibi şeylerin cürümde kullanılması halinde silahtan sayılabileceğine dair olan hükmü haddi zatında silahtan sayılmadığı halde mücerret cürümde kullanıldığı surette silahın yapacağı tesiri yapabilecek mahiyette olan şeylerin cürümde kullanılmasından husule gelen netice ve tesirin aynı işte bizzat silahın yapacağı netice ve tesirden farklı olamayacağı hikmet ve mülahazasına müstenit ve mevzuuna maksur istisnai bir hükümdür. Bu hükmün doğrudan doğruya silahtan sayılmayan ve bir cürümde kullanılmayan sair aletleri sadece taşımak bahsinde kıyas ve istidlale medar addine evvela cezai esaslar müsait olamaz. Çünkü cezada mazmunlar aleyhine kıyas cari olamaması ve istisnaların mevridine münhasır olması o esaslar icabındır. Binaenaleyh ceza tatbikatında 549. maddenin hüküm ve manası 189. maddenin mücerret ve müstakil olarak aramak lazımdır. Bu noktai nazardan tetkik ve teemmül olununca kanunun 549. madde hükmünden maksadı ancak tecavüz ve müdafaa için yapılan ve bu mahiyetleri itibarı ile taşınması mücerret tecavüz ve müdafaa kast ve niyetinden başka bir niyete atfolunamayacak olan alatu mahsusaya matuf bulunduğuy, madde metninde müstamel silah tabirinin nas beyinde şayi ve münteşir manasına mutabık olarak ateş çıkaran aletlere hasırndan ve cerh edici aletlerin de kama saldırma ve büyük bıçak gibi mahsus vasıflarla kasr ve tahdidinden müsteban olur. Kanun ibaresindeki gibi edadının, meşhuma dahil olacak şeylerde makablinde sayılan aletlerin haiz oldukları evsafı mahsusa ile aynıyet ve mutabakat aramak lüzumu ilmi ve usuli icabattan olmakla o aletlerin mahiyeten ve şeklen haiz oldukları ucu sivri ve büyük vasıflarını haiz olmayan şeylerin gibi edadının şümülüne ithali caiz olamaz. Zira kabahatlerde kast ve niyet aranmayıp mücerret kanunun bir emir ve nehyine muhalif hareketin cezaı mucip olacağına göre madde metnindeki gibi edadının alelülak cerh etmek kabiliyetini haiz aletlere şümülünün tecvizi halinde bilfarz sanatını icraya giden berber çantasındaki ustura ve makası veya bağını kazmaya giden bağcı omuzundaki kazma ve küreğin dahi mücerret ruhsatsız taşınmış olmasından dolayı 549. madde hükmüne tebaan cezaı mucip olması zaruri olur ki bu netice kanun vazının maksadına mugayirdir. Binaenaleyh usturanın bir cürümde kullanılmaksızın mücerret taşınmasından dolayı Ceza Kanunu noktai nazarından ceza verilemeyeceğine, on muhalif reye karşı otuzbir rey ile karar verildi." YİBGK. E. 1929/11 K. 1929/5 T. 6.3.1929 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 11.2.2021.

20 Bu kapsamda örneğin ETCK'nın 466. maddesinde öngörülen kavgada korkutmak amacıyla silah çekme suçu bakımından silahtan "olağan durumda bir kimseyi korkutabilecek nitelikte ve yeterlilikteki" aracın anlaşılması gerektiği YİBGK'nın 1965/2 Esas 1965/4 Karar ve 5.7.1965 tarihli kararında belirtilmişti. Bu kararın temelinde ETCK'nın 466. maddesiyle ilgili olarak "ustura, çaka, bıçak, macak, orak, balta, kazma ve grebi gibi araçların silah sayılıp sayılmayacağı hakkında Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararları arasında içtihat uyumsuzluğu" yatmaktadır. Bkz. YİBGK. 1965/2 E. 1965/4 K. 5.7.1965 T. <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 23.10.2021.

ETCK döneminde de TCK döneminde olduğu üzere ETCK'nın 189. maddesinin 1., 2. ve 4. bentleriyle ilgili olarak herhangi bir sorunla karşılaşılınmamışsa da TCK'nın 6. maddesinin (f) bendinin 3. ve 4. bentlerinin karşılığını oluşturan²¹ ETCK'nın 189. maddesinin 3. bendinin uygulanmasında tereddütlerin bulunduğu ve farklı uygulamalara neden olduğu görülmektedir.²² Söz konusu 3. bendin gerekçesinde “*tecavüz ve müdafaada kullanılan silâhlardan her türlü kesici aletler; saldırma, kama ve her nevi bıçakları ve çakıları ve yine bunlar gibi kesici olan ustura ve jiletleri ve delici aletler, şişlibastoları, şişleri*²³ ve uçları sivriltilmiş demir çubukları, büyük çivileri ve hülâsa batmaya, delmeye yarıyan bütün aletler de; Amerikan yumruğu, ustura, topuz ve matrak gibi taarruz için hazırlanmış aletleri ifade” edeceği öngörülmüştür. Ayrıca alt bentler şeklinde ayrıma gidilmesinin gerekçesi olarak “*yapılış ve tesirleri*”nin dikkate alınması gösterilmiştir.²⁴

Hükmün 3. bendinde geçen “alet” ifadesi, silahın tanımlanması bakımından anahtar bir ifadedir.²⁵ Söz konusu hükümde, ETCK'nın 189. maddesinde gerçekleştirilen değişiklikten evvel “*bıçak, kama ya da benzeri alet*” şeklinde yer alan ifade yerine daha bilimsel ve genel mahiyet taşıdığı gerekçesiyle “*kesici, delici, bereleyici*” ifadelerine yer verildiği belirtilmektedir. Nitekim hükmün ilk hali bakımından söz konusu örneklendirme,²⁶ yukarıda da bahsedildiği üzere uygulamada maddede sayılan ve sayılmayan ancak doğrudukları etki aynı olan aletlerin kullanılması bakımından farklı şekilde cezalandırmaya sebebiyet vererek adaletsiz bir uygulamaya neden olabilecek nitelikteydi. Yine hükümde söz konusu aletlerin cebir ve tehdit için taşınmasının aranması da uygulamada sorunlara neden olabilmekteydi. Nitekim “*taşınan*” ifadesi örneğin çakı ile yaralama fiili bakımından çakının cebir ve tehdit için taşınmadığı belirtilmek suretiyle silahla yaralama olarak kabul edilmemesine neden olmaktadır.²⁷

21 İsmail Turgut Kıldan ve Togay Akdemir, ‘Kasten Yaralama Suçunda Silah Kavramının Yargıtay Kararları Doğrultusunda İncelenmesi’ (2015) 0(6) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 227, 229.

22 Gözübüyük, (n. 3) 406.

23 “*Suçta kullanılan 45-50 cm uzunluğundaki 0.5 cm eninde ucu sivri mangal (soba) şişinin delici, yaralayıcı ve bereleyici özelliği bulunan savunma ve saldırıya elverişli TCK'nun 189. maddesi kapsamındaki silâhlardan olduğu ve atılı suçun takibi şikayete bağlı suçlardan olmadığı nazara alınarak sanığın kardeşine ve eşine karşı silahla müessir fiil suçlarından mahkumiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden hatalı bilirkişi beyanına itibar edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması,*” Y. 2. CD. E. 2001/21598 K. 2002/8585 T. 13.5.2002. Yargıtay'ın benzer yönde vermiş olduğu bir diğer kararı için bkz. Y. 1. CD. E. 2010/7543 K. 2012/7104 T. 2.10.2012 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 11.2.2021.

24 ETCK'nın 189. maddesinde değişiklik yapan 5435 sayılı Kanun'un 189. maddeyle ilgili gerekçesi için bkz. T. C. Başbakanlık Muamelât Genel Müdürlüğü Tetkik Müdürlüğü, (n. 15) 7.

25 Kıldan ve Akdemir, (n. 21) 229.

26 Türk Hukuk Kurumu, (n. 6) 300.

27 ETCK'nın 189. maddesinde değişiklik yapan 5435 sayılı Kanunla ilgili Adalet Komisyonu Raporu için bkz. T. C. Başbakanlık Muamelât Genel Müdürlüğü Tetkik Müdürlüğü, (n. 15) 7, 19.

Her ne kadar söz konusu gerekçelerle ETCK'nın 189. maddesinde değişikliğe gidilmişse de uygulamada değişikliğin amacına uygun bir içtihat geliştirilememiş ve böylece madde hükmüyle içtihat arasında ciddi uyumsuzluk söz konusu olmuştur.²⁸ Nitekim bu durum uygulamanın ETCK'nın 189. maddesinin 3. bendi bakımından genel bir ilke ortaya koyamadığı, nelerin silah sayılacağı, nelerin sayılmayacağını olaysal olarak belirlediği gerekçesiyle öğretide eleştirilmiştir.²⁹ Bu çerçevede, uygulamada "balta,³⁰ keser, levye demiri,³¹ çekiç,³² özel olarak kırılmış şişe, bijon anahtarı, çelik cop, demir kilo,³³ orak, tornavida, ekmek bıçağı, ingiliz anahtarı, masat,³⁴ makas,³⁵ testerenin demir kısmı, soba küreği, pense, demir dirgen,³⁶ girebi, çakı bıçağı,³⁷ soba

28 Gözübüyük, (n. 3) 406.

29 Kıldan ve Akdemir, (n. 21) 229.

30 "cürümde kullanılan balta ve turpanın silahtan madut olup olmadığı ve esbabı müseddededen sayılıp sayılmayacağı hususunda Temyiz Mahkemesi İkinci Ceza Dairesi Aliyesi'nin 21.12.1932 ve 5930/7260 ve 2.7.1933 ve 977/4043 tarih ve no'lu ilamları arasında hasıl olan içtihat ihtilafının halli için daireye tevdi olunan ilam suretleri telhis ve nüshaları teksir ve tevzi edilerek 16.5.1934 tarihine müsadif çarşamba günü toplanan Heyeti Umumiye Başmüddeiumumi namına Başmuavin Süreyya Beyefendi hazır olduğu halde 43 zatin iştirak ettiği görüldükten ve müzakere nisabı tahakkuk ettikten sonra hadise bir def'ada Birinci Reis İhsan Beyefendi Hz. tarafından izah edilerek re'ye vazolundukta: Balta ve turpan misillü aletler de Türk Ceza K.nun 189. maddesinin üçüncü fıkrasında yazılı aletler gibi tecavüz ve müdafaaada istimal olunabileceği ve cebri tehdide salih olduğu cihetle Ceza Kanunu'nun tatbikatında silahtan sayılacağına ekseriyetle 16.5.1934 tarihinde karar verildi." YİBGK. E. 1934/50 K. 1934/11 T. 16.5.1934 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 11.2.2021.

31 YCGK. E. 1993/4-23 K. 1993/44T. 1.3.1993 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 25.10.2021.

32 "Şahsi davacı tüm aşamalarda sanık Mustafa E.'un demir çekiç ile kendisini yaraladığını iddia etmiş olmasına göre, sanığın eylemini silahtan sayılan çekiçle gerçekleştirmesi karşısında davanın şahsi dava yoluyla takip edilemeyeceği, gözetilmeden mahkemece duruşmaya devamla esas hakkında hüküm tesisi," Y. 2. CD. E. 2001/18636 K. 2002/13433 T. 8.7.2002 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 11.2.2021.

33 "Sanığın eylemini TCK'nun 189. maddesinin 3. fıkrasında yer alan aletlerden sayılan demir kilo ile işlediği, bu durumda hakkında TCK'nun 457. maddesinin 1.fıkrasının uygulanması gerekeceği ve vazgeçme ile davanın ortadan kaldırılamayacağı gözetilmeden yazılı şekilde sanık hakkında davanın TCK'nun 460. maddesi ile ortadan kaldırılması," Y. 2. CD. E. 2002/9184 K. 2003/11987 T. 13.10.2003 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 11.2.2021.

34 "Sanığın mağduru "masat" olarak tabir edilen ve bıçak bilemede kullanılan aletle hayati tehlike geçirmeyecek ve (5) gün iş ve gücüne engel olacak şekilde yaraladığının anlaşılmasına göre, masatın 765 sayılı TCK'nun 189. maddesinde belirlenen alet ve vasıtalarından sayıldığı ve bu sebeple şikayetten vazgeçmeyle davanın ortadan kaldırılamayacağı gözetilmeden bilirkişinin yetersiz mütalaasına dayanılarak kamu davasının şikayetten vazgeçme nedeniyle aynı Kanununun 460. maddesi gereğince ortadan kaldırılmasına karar verilmesi," Y. 2. CD. E. 2004/13716 K. 2005/26027 T. 21.11.2005 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 11.2.2021.

35 Bu kapsamda nakış makasının silah olduğu yönünde bkz. Y. 2. CD. 55/827, 4.2.1987 (Centel, Zafer ve Çakmut, (n. 1) 160)

36 Y. 4. CD. 4369/5483, 27.5.1998 (Centel, Zafer ve Çakmut, (n. 1) 160-161, dp. 123)

37 "sanığın bıçakla müessir fiile teşebbüs suçunda kullandığı çakılı turnak makasının çakı kısmının bıçak olduğu TCK'nun 189. maddesinde belirtilen kesici, delici aletlerden sayıldığı ve silah niteliğinde olduğu, 13.7.1999 tarihli bilirkişi incelemesinin 6136 sayılı yasa yönünden yapıldığı gözetilmeden çakılı turnak makasının silah niteliğinde olmadığından bahisle şikayetten vazgeçmeye bağlı olarak kamu davasının ortadan kaldırılmasına karar verilmesi," Y. 2. CD. E. 2001/18414 K. 2002/9186 T. 22.5.2002 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 11.2.2021.

maşası, tahra, ateş küreği”, tüp anahtarı,³⁸ silah sayılmasına karşın; “çivili tahta, bira şişesi, yemek çatalı, demir parçaları, hayvan bağlama zinciri, bilye yatağı, tabanca kabzesi, okey istakası, çay bardağı, demir oturak, terazi kefesi, dikenli tel, yüzük, sopa gibi kullanılan tüfek, taş ve sopa” nınsa silah olarak kabul edilmediği görülmektedir.³⁹ Yine bu dönemde küreğin demir kısmının,⁴⁰ falçatanın⁴¹ silah olarak kabul edilmesine karşın; üvendirenin,⁴² konserve açmaya özgülünen anahtarın⁴³ ise silah olarak kabul edilmediği belirtilmelidir.

ETCK döneminde Yargıtay’ın başlardaki içtihatları değerlendirildiğinde, “*kesici, delici veya bereleyici aletler*”in silah sayılabilmesi bakımından bu şeylerin bizatihi söz konusu niteliğe sahip olmasının yeterli olmadığı aynı zamanda mahiyeti gereği saldırı ya da savunma için üretilmesinin ve de bu amaçla failin yanında bulundurulmasının arandığı görülmektedir. Ancak söz konusu içtihat ETCK’nın 189. maddesinin 3. alt bendine uygun olmadığı yönünde eleştirilmiştir. Bu kapsamda “*kesici, delici veya bereleyici aletler*”in saldırı ve savunmaya elverişli olmasının aranmasının gerektiği belirtilmiştir.⁴⁴ Daha sonraysa Yargıtay’ın görüşünü değiştirdiği, saldırı ve savunma amacıyla üretilmemiş olsa dahi fiilen saldırı ve savunmada ve de bu amaçla kullanılan ve de mahiyeti buna uygun düşen şeyleri silah olarak kabul ettiği görülmüştür.⁴⁵ Bu nedenle bir şeyin saldırıda ya da savunmada kullanılması onun tek başına silah olarak kabul edilmesi için yeterli değildir. Bu şeyin saldırıya yarar, savunmaya elverişli bir nitelik arz etmesi gerekmektedir. Söz konusu niteliğin

38 Y. 2. CD. 5369/6946, T. 27.5.1992 (Erdem, (n. 17) 11). Yine bu dönemde küskü demirinin silah olarak kabul edildiği yönünde bkz. YCGK. 384/326, 24.10.1938 (Abdullah Pulat Gözübüyük, ‘Ceza Hukukunda Silah ve Bıçak Mefhumları’ (1945) 36(11) Adalet Dergisi 1138, 1146-1147)

39 YCGK. E. 2014/3-92 K. 2014/325 T. 10.6.2014; YCGK. E. 2008/3-25 K. 2008/22 T. 12.2.2008 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 11.2.2021.

40 Y. 2. CD. E. 2004/2341 K. 2005/1785 T. 16.2.2005 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 21.10.2021.

41 Y. 4. CD. 2508/9232, T. 11.5.1955 (Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (16. Bs., Beta Yayıncılık 2001) 141)

42 Y. 4. CD. 12.2/29992, T. 17.3.1954 (Dönmezer, (n. 41) 141, dp. 42)

43 Y. 4. CD. 11239/9395, 28.10.1952 (Dönmezer, (n. 41) 140, dp. 34)

44 Gözübüyük, (n. 3) 407, 410.

45 Nitekim örneğin YCGK 72/73, 17.11.1958 tarihli kararında tornavidayı silah olarak kabul etmiştir. Yine bu kapsamda YCGK’nın 171/157, 30.3.1964 tarihli kararı şu şekildedir: “*Yaralamada kullanılan araç, eğer kesici, delici veya bereleyici nitelikte yapılmışsa ve açtığı yara da bu nitelikte bir aracın 457/1 de ceza arttırıcı silahlardan sayılması için yeterli olup, ayrıca o aracın saldırı ve savunmada kullanıla gelmesinin mutad olup olmadığı yönlerinden bir araştırma ve soruşturma lüzumu yapılmaması gerekmez*” Bkz. Dönmezer, (n. 41) 141-142, dp. 45. Yargıtay 2. CD. de 2006/329 sayılı kararında kasten yaralama suçunda 20 cm uzunluğundaki demirden spatulanın, ucunun sivriliği ve mağdurda oluşturduğu kesikler dikkate alınarak silah olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Y. 2. CD. E. 2005/1251 K. 2006/329 T. 26.1.2006 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 11.2.2021. Söz konusu spatulanın saldırıda ve savunmada kullanılmak üzere üretildiğini söylemekse güçtür.

bulunup bulunmadığıysa, fiilin gerçekleştiriliş şekline, bilirkişinin görüşüne göre hâkim tarafından takdir edilmektedir.⁴⁶

Buna karşın, Yargıtay'ın ETCK döneminde kasten yaralama suçunda kullanılan aletin silah olarak kabul edilmesi bakımından -her ne kadar söz konusu durum ETCK'nın 189. maddesinden açıkça anlaşılmasa da- bu aletin mahiyeti doğrultusunda kullanılmasını aradığı görülmektedir. Örneğin YCGK, 4/145 sayılı kararında⁴⁷ kesici aletin kesme, bereleyici aletin bereleme, delici aletinse delme amacıyla kullanılması halinde silahtan bahsedilmesi gerektiğinden hareketle delici niteliğe sahip demir dirgenin delme amacıyla değil de ezme amacıyla kullanılarak mağdurun yaralanması halinde silahtan bahsedilemeyeceğini belirtmiştir. 1985/5 sayılı kararındaysa⁴⁸ bıçağın her ne kadar ETCK'nın 189. maddesi kapsamında silah olarak kabulü gerekse de somut olayda mağdurlara karşı kızgın demir olarak kullanılması nedeniyle suçun silahla işlendiğinden bahsedilemeyeceğini belirtmiştir. Zira burada bıçak, niteliğine uygun şekilde kullanılmamıştır. Yine 1978/258 sayılı kararındaysa⁴⁹ ateşli bir silah olan tabancanın mahiyetine uygun olarak ve bu kapsamda ateşlenmeyerek, yalnızca kabzasının kasten yaralama suçunda kullanılması bakımından tabancanın kabzasını silah olarak kabul etmemiştir. Ancak Yargıtay'ın bu yaklaşımının öğretide eleştirildiği görülmektedir. Zira kasten yaralama suçunda kullanılan aletin silah sayılıp sayılmayacağıının belirlenmesinde, suçun niteliğinin, aletin kullanılış şeklinin, mesafenin ve mağdurun üzerinde yaratılan etkinin bir bütün olarak dikkate alınması gereklidir. Nitekim kullanılan aletin somut olaydaki kullanılış şekli, özel bir tehlike yaratıp yaratmadığı önem taşır ve bu kapsamda bir aletin her ne kadar kullanım amacına uygun olacak şekilde kullanılmasa dahi silah sayılabilmesi mümkündür.⁵⁰

46 ETCK'nın 189. maddesinde değişiklik yapan 5435 sayılı Kanunla ilgili Adalet Komisyonu Raporu için bkz. T. C. Başbakanlık Muamelât Genel Müdürlüğü Tetkik Müdürlüğü, (n. 15) 19.

47 YCGK. E. 4/145 K. 145 8.11.1954 (Dönmezer, (n. 41) 141)

48 YCGK. 1984/2-393 E. 1985/5 K 14.1.1985 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 11.2.2021.

49 "Olayın bu oluş biçiminden de görüldüğü gibi, müessir fiil tabancasının kabzası ile işlenmiş tabanca, kendi fonksiyonu çevresinde silah olarak kullanılmamıştır. Gerçekten tabanca bir ateşli silahtır ve bu amaçla kullanılmak üzere imal edilmiştir. Kabzası ile vurmanın herhangi bir künt cisimle vurmaktan farkı yoktur. Nitekim sanık tabancasını olayda ateşli silah olarak kullanması mümkün iken bu yola gitmeyerek o anda eline geçirdiği bir taş, sopa veya benzeri künt bir cisim gibi kullanmıştır. Bu itibarla, suçun tabanca ile işlendiğinin kabulüne yasal olanak ve dayanak bulunmamış olmasına göre usul ve yasaya uygun görülmeyen direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir." YCGK. E. 1978/8-186 K. 1978/258 T. 19.6.1978 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 6.10.2021.

50 Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Ceza Özel Hukuku* (19. Bs., Seçkin Yayıncılık 2021) 263. Bu kapsamda sopa olarak kullanılan tüfeğin de her ne kadar mahiyetine uygun şekilde kullanılmamışsa da silah olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Kıldan ve Akdemir, (n. 21) 232.

Ayrıca uygulamada bu hükmün 3506 sayılı “765 Sayılı Türk Ceza Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine, Bu Kanuna Ek Maddeler İlave Edilmesine, 647 Sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına ve 10 Haziran 1949 Tarihli 5435 Sayılı Kanunun Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun”un 20019 sayılı 14.12.1988 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanmasıyla birlikte yürürlükten kalkıp kalkmadığı hususunda tereddüt doğmuştur. Hatta “www.kazanci.com” sitesinden ETCK’nın 189. maddesine bakıldığında “*Madde 189, 7 Aralık 1988 tarih ve 3506 sayılı Kanunun 10 uncu maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır*” şeklindeki ifadenin bulunduğu görülmektedir.⁵¹ Yine ETCK döneminde “Başbakanlık Mevzuat Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü”nce yayınlanan külliyatta da söz konusu maddenin “mülga” olduğunun yazılı olduğu belirtilmektedir.⁵² Bu kapsamda uygulamada TCK’nın yürürlüğe girdiği 1.6.2005 tarihine kadar ETCK’nın 189. maddesinin yürürlükte olup olmadığına ilişkin kafa karışıklığının bulunduğu, bazı

51 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 11.2.2021.

52 Dönmezer, (n. 41) 140, dp. 32.

kararlarda uygulanmasına devam edildiği⁵³ bazı kararlarda ise uygulanmadığı⁵⁴ görülmektedir.

Öğretideyse ETCK'nın 189. maddesinin yürürlükten kalktığı, bu nedenle suçun temel şekli ya da nitelikli hali olarak “silah”tan bahsedilen hükümler bakımından ETCK'nın 189. maddesinin uygulama alanı bulacağından bahsedilemeyeceği haklı olarak ileri sürülmektedir. Her ne kadar 3506 sayılı Kanun'un amacı TCK'nın 189. maddesini kaldırmak olmayıp esas olarak 5435 sayılı Kanun'un para cezasına ilişkin olarak getirdiği düzenlemeleri yürürlükten kaldırmak olsa da 5435 sayılı Kanun, ETCK'nın 189. maddesinde değişiklik yaptığundan ve bu yasa tümüyle yürürlükten kaldırıldığından ETCK'nın 189. maddesi de yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak bu durum yasa yapma tekniğinin ve yapılan değişikliğin hukuk sisteminde doğuracağı

53 “10.6.1949 tarihinde yürürlüğe giren 5435 sayılı Kanunun 2. maddesi ile para cezalarında misil artırımına gidilmiş, bu uygulama, oranlar değiştirilmek suretiyle 2248 ve 2790 sayılı Kanunlarla devam ettirilmiştir. 3506 sayılı Kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere, 765 sayılı TCK.na bu Kanunla eklenen 1. madde ile Kanun ve Tüzüklerdeki para cezaları, 5435 sayılı Kanundaki sisteme paralel olarak ve uygulanacak katsayı sistemine temel teşkil etmek üzere artırılmak suretiple otomatik esasa bağlanmıştır. 3506 sayılı Kanunun 10. maddesindeki hüküm; 5435 sayılı Kanundaki artırma oranlarının 2248 ve 2790 sayılı Kanunlarda olduğu gibi zaman zaman değiştirilmesi şeklindeki sistemin terkedilmesi, para cezalarındaki artırımların devamlılık arz eden yeni bir esasa bağlanması amacını taşımaktadır. Görüldüğü üzere 5435 sayılı Kanunla değiştirilen hükümlerin yürürlükten kaldırılması söz konusu olmayıp, yapılan düzenleme, para cezalarında öngörülen katsayı sisteminin tabii sonucunu teşkil etmekte, bu sistemin getirilmesi ile uygulama yeri kalmayan misil artırması usulu terk edilmektedir. Nitekim, Ceza Genel Kurulu'nun, 765 sayılı TCK.nun 549. maddesinin yürürlükten kaldırıldığına dair yerel mahkeme kararı ile ilgili 16.12.1991 gün ve 1991/2-336 esas, 1991/360 sayılı kararında; (765 sayılı TCK.nun 549. maddesi 16.6.1949 gün ve 7234 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 5435 sayılı Yasa ile değiştirilmiş ve bu günkü şeklini almıştır. 5435 sayılı Yasa ise 14.12.1988 günlü Resmî Gazete'de yayınlanan 3506 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır. Değişiklik yapan yasanın yürürlükten kaldırılması Ceza Yasasında yer alıp sonradan değiştirilen hükümlerin de kaldırıldığı biçiminde yorumlanamaz) denilmiş ve 5435 sayılı Yasa ile değiştirilen 765 sayılı TCK.nun 549. maddesinin yürürlükte olduğuna karar verilmiştir. Aynı kararda yasa koyucunun amacının 5435 sayılı Yasa ile Ceza Yasasında değişiklik yapılan maddeleri yürürlükten kaldırmak olmayıp, para cezaları ile ilgili yeni bir sistem getirilmesinden ibaret olduğu vurgulanmaktadır. Bu itibarla, ceza uygulamasına esas teşkil eden hükümlerden birini içeren TCK.nun 189. maddesinin yürürlükten kaldırılması için sebep ve zaruret bulunmadığı, maddenin halen yürürlükte olduğu gözetilmeden, yasa koyucunun amacına ters düşer bir yorum ile yazılı şekilde hüküm tesisi... bozmayı gerektirmiş” Y. 2. CD. E. 1993/1506 K. 1993/2226 T. 23.2.1993 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 11.2.2021.

54 “TCY.nın 189. maddesini yeniden düzenleyen 5435 sayılı Yasanın, 3506 sayılı Yasanın 10. maddesiyle kaldırılması karşısında, sanık Baki'nin yaralama eyleminde kullandığı demir borunun hangi nedenle silah sayıldığıнын karar yerinde açıklanmaması” Y. 4. CD. E. 1992/6712 K. 1992/7575 T. 2.12.1992; “T.C. Yasasının 189. maddesinin 3506 sayılı Yasanın 10. maddesiyle kaldırılması karşısında suçta kullanılan levye demirinin ne suretle silah sayıldığı açıklanmadan cezanın T.C.Y.nın 457/1 maddesiyle artırılması”nı yasaya aykırı bulmuştur. Y. 4. CD. E. 1992/2219 K. 1992/2844 T. 16.4.1992; “T.C. Yasasının 189. maddesi, 5435 sayılı Yasanın 1. maddesiyle, T.C. Yasasının birçok ve bu arada 549. maddesiyle birlikte yeniden düzenlenmişti. Ne varki bu düzenlemelerden sonra, T.C. Yasasının 189 ve 549. maddeleri, 5435 sayılı Yasayla düzenlenen öbür maddelerinin tersine, daha sonra çıkan başka yasayla yeniden düzenlenmişlerdi. 5435 sayılı Yasa ise, 7.12.1988'de benimsenen ve 14.12.1988'de yayımlanan 3506 sayılı Yasanın 10. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla T.C. Yasasının 189. ve 549. maddeleri de yürürlükten kalkmışlardır.” Y. 4. CD. E. 1991/2956 K. 1991/4226 T. 21.6.1991 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 11.2.2021.

sonuçların dikkate alınmaksızın yasa çıkarmanın bir göstergesi olarak kabul edilmelidir.⁵⁵

b. TCK'nın 6. maddesi Bakımından Silah Kavramı

TCK'nın "tanımlar" başlıklı 6. maddesinde bazı kavramlarla ilgili olarak "*ceza kanunlarının uygulanması*" bakımından geçerli olan tanımlamalara yer verildiği görülmektedir. Nitekim söz konusu madde, kuralı ve müeyyideyi içermediğinden tamamlayıcı (ikincil) nitelikte olan⁵⁶ tanım normudur. Maddede yer alan tanımların hem TCK'nın "Özel Hükümler" başlığını taşıyan "İkinci Kitabında" öngörülen suçlar hem de TCK'nın 5. maddesi gereğince tüm özel ceza kanunlarıyla, ceza hükmü taşıyan kanunlardaki suçların yorumlanması bakımından dikkate alınması gerekmektedir.⁵⁷ Böylece TCK'nın 6. maddesinin terim birliğinin sağlanmasında uygulamaya açıklık kazandıracak nitelikte olduğu savunulmaktaysa da,⁵⁸ özellikle de bu çalışmanın konusunu oluşturan (f) bendinin 4. alt bendi bakımından böyle olmadığı belirtilmelidir.

Türk ceza mevzuatında, yalnızca kasten yaralama suçuyla ilgili olarak değil, suçun temel şekli ya da nitelikli hali olarak birçok suçta silah kavramına yer verilmesi bu kavramın mevzuatta tanımlanmasına sebebiyet vermiştir.⁵⁹ Türk Dil Kurumu'nun sözlüğünde yer alan ve bu çalışmada da yer verilen tanımın yetersiz görülmesi de TCK'da bu kavramın tanımlanmasında etkili olmuştur.⁶⁰ Bu kapsamda TCK'nın "tanımlar" başlıklı 6. maddesinin (f) bendinde "*silah*" kavramının 5 alt bent halinde belirlendiği görülmektedir. Buna göre silah kavramından 1. alt bent uyarınca "*ateşli silahlar*"ın, 2. alt bent uyarınca "*patlayıcı maddeler*"in, 3. alt bent uyarınca "*saldırıda ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet*"in, 4. alt bent uyarınca "*saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler*"in, 5. alt bent uyarınca da "*yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif,*

55 Erdem, (n. 17) 1-3, 12; Sahir Erman ve Çetin Özek, *Ceza hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı Suçlar (TCK 448-490)* (Dünya Yayıncılık 1994) 125.

56 Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (26. Bs., Savaş Yayınevi 2021) 38-39.

57 Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. I* (2. Bs., Adalet Yayınevi 2014) 133.

58 Ali Parlar, *Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. I* (2. Bs., Bilge Yayınevi 2015) 40.

59 Fatih Selami Mahmutoğlu ve Serra Karadeniz, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, (1. Bs., Beta Yayıncılık 2017) 67.

60 Dursun ve Hoffmanns, (n. 16) 199.

kimyasal, biyolojik maddeler"in anlaşılacağı belirtilmektedir.⁶¹ Ancak söz konusu madde incelendiğinde aslında silahın tanımının yapılmadığı, özelliklerine yer verilerek türlerinin belirtildiği⁶² buna karşın 4. alt bentteyse ETCK döneminde ortaya çıkan ve bir önceki başlıkta değinilen uygulamadaki sıkıntıları aşmak adına geniş bir silah kategorisine yer verecek şekilde bir belirlemenin yapıldığı anlaşılmaktadır.⁶³ Nitekim Yargıtay'ın da görüşü bu yöndedir. Örneğin YCGK 2019/606 sayılı kararında TCK'nın 6. maddesinin (f) bendinin 4. alt bendinin ETCK'nın 189. maddesiyle arasındaki en temel ayrım olduğuna işaret ederek TCK ile ETCK'ya nazaran silah kavramının genişletilerek önceki daraltıcı uygulamanın terk edildiğini belirtmiştir.⁶⁴ Yine Y. 3. CD. 2007/3755 sayılı kararında ETCK döneminde kasten yaralama suçunda kullanılan bira bardağının silah olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği bakımından gerçekleştirdiği değerlendirmede, bira bardağının TCK'nın 6. maddesinin (f) bendinin 4. alt bendi kapsamında olduğunu ancak bunun ETCK bakımındansa silah olarak değerlendirilemeyeceğini belirterek sanık hakkında ETCK'nın lehe olduğunu ve

61 TCK'nın 6. maddesinde yer verilen silaha ilişkin tanımın yasama yorumu olduğu yönünde bkz. Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükmeler* (16. Bs., Seçkin Yayınevi 2021) 136.

62 Değirmenci, (n. 9) 85, 93; Köken, (n. 11) 53-54. Mevzuatta, ayrıca Ateşli Silahlar ve Bıçaklar İle Diğer Aletler Hakkında Yönetmelik'in 2. maddesinin (b) bendinde de silahın "uzaktan veya yakından canlıları öldürebilen, yaralayan, etkisiz bırakan, canlı organizmaları hasta eden, cansızları parçalayan veya yok eden araç ve aletlerin tümü" şeklinde tanımlandığı, (bkz. 20888 sayılı 1.6.1991 tarihli Resmî Gazete) ancak hükümde gerçekleştirilen değişiklikte hükümde geçen araç ve aletlerin ruhsata tabi olması gerektiğinin belirtildiği görülmektedir. (bkz. 23291 sayılı 29.12.1999 tarihli Resmî Gazete) Ancak bu tanımın söz konusu Yönetmelik'te geçen silah tanımı için geçerli olduğu belirtilmelidir.

63 Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükmeler* (16. Bs., Seçkin Yayıncılık 2021) 211; Hasan Sinar, Sinan Altunç, Serap Keskin Kiziroğlu, Ali Kemal Yıldız, Gülşah Bostancı Bozbayındır, Barış Erman, Fulya Eroğlu Erman, Gülşah Kurt, Köksal Bayraktar ve Pınar Memiş Kartal, *Özel Ceza Hukuku Cilt II Kişilere Karşı Suçlar* (1. Bs., On İki Levha Yayıncılık 2017) 153; Murat Aydın, 'Genel Güvenliği Kasten Tehlikeye Düşürmek Suçu, Silah Kavramı ve Yargıtay Uygulaması' (2007) (6) Terazi Aylık Hukuk Dergisi 50, 57; Köken, (n. 11) 20; Mahmutoğlu ve Karadeniz, (n. 59) 68. Bu yorumun kabul edilmesindeki bir diğer gerekçeyi ise TCK'nın 6. maddesinin 4. alt bendi yanında gelişen teknolojinin bir neticesi olarak 5. alt bendin öngörülmesi oluşturmaktadır. Bkz. Kıldan ve Akdemir, (n. 21) 230.

64 YCGK. E. 2017/3-377 K. 2019/606 T. 17.10.2019 <www.kazanci.com> (11.2.2021). YCGK'nın 2008/22 sayılı kararında ise sanığın yerden aldığı odun parçasıyla mağdurun sol gözüne vurmak suretiyle sol gözünün işlevinin yitirilmesine neden olacak şekilde yaraladığı olayda, suçta kullanıldığı sabit olan sopanın ETCK'nın 189. maddesi kapsamında yerel mahkeme tarafından silah olarak kabul edilmediği, ancak TCK'nın 6. maddesi kapsamındaysa silah kapsamında olduğu kabul edilmek suretiyle lehte olan kanunun belirlenmesine ilişkin yapılan karşılaştırma ile ilgili olarak yerel mahkemece yapılan bu karşılaştırmanın YCGK'nın 2008/22 sayılı kararıyla TCK'nın ve ETCK'nın farklı tanımlara yer vermesi karşısında hukuka uygun olduğu dile getirilmiştir. Ancak bu karar oyçokluğuyla alınmış ve YCGK üyelerinden altısı sopanın TCK bakımından da silah olarak kabul edilemeyeceği gerekçesiyle karşıoy kullanılmışlardır. YCGK. E. 2008/3-25 K. 2008/22 T. 12.2.2008 <www.kazanci.com> (11.2.2021). Yine benzer yönde verilen bir diğer karar için bkz. YCGK. E. 2017/3-311 K. 2019/112 T. 19.2.2019 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 7.10.2021.

uygulanması gerektiğini belirtmiştir.⁶⁵ Ancak söz konusu kararla ilgili olarak değerlendirmenin yapılmasında bira bardağının kesici, delici veya bereleyici özelliğe sahip olmamasının etkili olduğu yorumunda bulunmak mümkün görünmemektedir. Nitekim bira bardağının sert bir şekilde bir kimseye vurulmasında vücudun vurulan yerinde berenin meydana gelmesi mümkündür. Buna karşın ETCK döneminde Yargıtay bu şeylerin bizatihi (örneğin bereleyici olması gibi) söz konusu niteliğe sahip olmasını yeterli görmemekte, bir önceki başlıkta da belirtildiği üzere aynı zamanda mahiyeti gereği saldırı ya da savunma için üretilmesini ve de bu amaçla failin yanında bulundurulmasını aramaktadır.

Öğretide silahtan, somut olayın özellikleri ve kullanılan şeyin objektif niteliği dikkate alınarak, kullanma şekline göre önemli yaralanmaya neden olabilen saldırı ya da savunmaya yarayan her türlü şeyin anlaşılması gerektiği belirtilmektedir.⁶⁶ Bir şeyin tehlikeliliği, kullanılış şekline ya da yapısından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle bir şeyin silah sayılabilmesi için muhakkak saldırıda ve savunmada kullanmak amacıyla üretilmesi gerekmektedir.⁶⁷ ETCK'nın 189. maddesinin 3. bendine bakıldığında kasten yaralama suçunda kullanılan şeyin saldırıda ve savunmada kullanılmasının yeterli olduğu, kullanılmak üzere üretilmesininse aranmadığı görülmektedir.⁶⁸ Buna karşın ETCK döneminde, Yargıtay'a göre, cam şişe ya da bardak, kasten kırılarak saldırıda ve savunmada kullanılır şekilde sokulmadığı sürece silah olarak kabul edilemezdi.⁶⁹ Örneğin Yargıtay failin tabancayla ateş etmesi neticesinde mağdurun otomobilinin camının kırılması ve kırılan camdan kopan parçanın mağduru yaralaması halinde bu kırık camı silah olarak değerlendirmemiş ve olayda basit yaralamanın

65 “Sanığın bira bardağını mağdurun yüzüne vurması sonucu gözünün kör olması nedeniyle mahkumiyetinde, 765 sayılı TCK'un 456/3. maddesinde öngörülen beş yıldan 10 yıla kadar hapis cezasının, 5237 sayılı TCK'un 6/f-4. Maddesindeki “failin saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli şey”ler silah olarak kabul edildiği ve bu haliyle bira bardağı ile organlardan birinin işlevini yürütülmesine neden olan yaralamanın karşılığının aynı kanununun 29.6.2005 tarihli 5377 sayılı kanunla değişik 87/2-son maddesi gereğince cezasının alt sınırı 8 yıl olup üst sınırı da 12 yıl 18 ay olduğundan 4237 sayılı TCK'un aleyhe olduğu nazara alınmadan ve bardağın silah olarak değerlendirilmemesi sebebiyle cezanın alt sınırının beş yıl olarak kabüliyle yazılı şekilde yeni TCK hükümlerine göre hüküm kurulması” Y. 3. CD. 2007/5399 E. 2007/3755 K. 2.5.2007 T. (Karar metni için bkz. Yaşar, Gökcan ve Artuç, (n. 57) 159, dp. 146)

66 Tezcan, Erdem ve Önok, (n. 50) 259-261.

67 Erdem, (n. 17) 8.

68 Erdem, (n. 17) 8-9. Her ne kadar söz konusu durum YCGK'nın 4-87/98, 12.4.1993 tarihli kararında da belirtilmişse de (Dönmezer, (n. 41) 143-144) bu kararda ayrıca kullanılan nesnenin kesici, delici ya da bereleyici olmasının aranmasının gerekli olmadığı yönünde bkz. Erdem, (n. 17) 9, dp. 45. Ancak YCGK'nın söz konusu kararının bu konuyu ilkesel olarak çözdüğü, bu nedenle ETCK'nın 189. maddesinin ister mülga olsun ister olmasın yerinde olduğu yönünde bkz. Dönmezer, (n. 41) 144.

69 Y. 4. CD. E. 1987/1852 K. 1987/3032 T. 25.3.1987 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 4.11.2021.

olduğuna hükmetmişti.⁷⁰ Şişenin fail tarafından kasten kırılmadığı ancak kırık bir şişenin saldırıda kullanıldığı bir diğer olaydaysa bu kırık şişeyi silah kapsamında kabul etmişti.⁷¹ Yargıtay’ın söz konusu yorumundan hareketle örneğin cam şişenin fail tarafından mağdurun kafasına vurulmak suretiyle parçalanması halinde de silahın varlığından bahsetmemek gerekmektedir. Buna karşın TCK’nın yürürlüğe girmesiyle birlikte artık Yargıtay hem kırık olmayan cam şişeyi⁷² hem de kırık cam şişeyi silah olarak kabul etmektedir.⁷³

Kasten yaralama suçunda kullanılan bazı şeylerin saldırıda kullanılmasa dahi bizatihi silah niteliğine sahip olduğu kabul edilmektedir. 6136 sayılı “Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun”⁷⁴ ile 2521 sayılı “Avda ve Sporda Kullanılan Tüfekler, Nişan Tabancaları ve Av Bıçaklarının Yapımı, Alımı, Satımı ve Bulundurulmasına Dair Kanun”⁷⁵ kapsamına giren şeylerin örnek olarak verilmesi mümkündür. Bu kapsamda 6136 sayılı Kanun’un 1. maddesi uyarınca “*bıçaklarla salt saldırı ve savunmada kullanılmak üzere özel olarak yapılmış bulunan diğer aletler*”in yine 4. maddesinin 1. fıkrası uyarınca “*kama, hançer, saldırma, şişli baston, sustalı çakı, pala, kılıç, kasatura, süngü, sivri uçlu ve oluklu bıçaklar, topuz, topuzlu kamçı, boğma teli veya zinciri, muşta ile salt saldırı ve savunmada kullanılmak üzere özel nitelikteki benzeri aletler*”in TCK’nın 6. maddesi uyarınca silah olarak kabulü gereklidir. Ancak her ne kadar 6136 sayılı Kanun’da silah kavramına yer verilmişse de bu Kanun’un amacındaki farklılığa dikkat etmek gereklidir. Nitekim 6136 sayılı Kanunla bu Kanun’da öngörülen şeylerle suçun işlenmesinin önlenmesi istenmektedir.⁷⁶ Bu nedenle de TCK’nın 6. maddesi kapsamında sayılan ve silah olarak değerlendirilen şeyleri 6136 sayılı Kanunla sınırlı olacak şekilde ele almamak gerekir. Örneğin mekanizması mermiyi ateşlemeye elverişli olmayan bir tabanca 6136 sayılı Kanun kapsamında silah olarak

70 Y. 1. CD. E. 1996/4243 K. 1997/14 T. 21.1.1997 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 11.2.2021.

71 “Suçta kullanılan şişenin sanık tarafından kırılıp, silah haline getirilmemiş olsa bile, şişenin kırık olduğu bilinerek kullanılmış olması itibarıyla TCK.nun 189. maddesine göre silahtan sayılacağı ve bu itibarla TCK.nun 457/1. maddesinin uygulanmasını gerektireceği gözetilmeden yazılı gerekçe ile sözü geçen maddenin uygulanmaması suretiyle eksik ceza tayini, Bozmayı gerektirmiş” Y. 4. CD. E. 1987/1019 K. 1988/43 T. 28.1.1988 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 11.2.2021.

72 Y. 3. CD. E. 2011/21788 K. 2012/38644 T. 19.11.2012 (Yaşar, Gökcan ve Artuç, (n. 57) 211)

73 Y. 3. CD. E. 2018/7619 K. 2018/17984 T. 21.11.2018 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 13.2.2021.

74 8458 sayılı 15.7.1953 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren bu Kanun’un ilk halinde Kanun’un başlığı “Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Hakkında Kanun” iken 2249 sayılı “6136 Sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Hakkında Kanunun Başlığı ile 1, 2, 3, 4, 5, 12, 13, 14, 15, 16 ncı Maddelerinin ve Ek Maddesinin Değiştirilmesine ve Bu Kanuna iki Ek Madde ve Bir Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun” ile şuan ki başlığını almıştır. Bkz. 16674 sayılı 22.6.1979 tarihli Resmî Gazete

75 17459 sayılı 15.9.1981 tarihli Resmî Gazete

76 Gözübüyük, (n. 3) 404.

kabul edilemeyecekse de tehdit suçunun işlenmesinde bu suçu nitelikli hale getirecektir.⁷⁷ Yine örneğin kullanılmaya elverişli olmayan ve bu kapsamda mekanizması bozuk bir tüfek 6136 sayılı Kanun kapsamında silah sayılmayacakken, bu tüfeğin mağdura saldırıda fail tarafından sopa olarak kullanılması halinde artık silahın varlığının kabulü gerekir.⁷⁸ Zira 6136 sayılı Kanun kapsamında yer alan bir şey TCK'nın 6. maddesi kapsamında silah olarak kabul edilecekken, TCK'nın 6. maddesinin 6136 sayılı Kanun'a nazaran daha geniş olduğu belirtilmelidir.⁷⁹ Aynı yorum, 2521 sayılı Kanun bakımından da geçerlidir.

Elbette ki silah kullanılmayarak suç işleyen bir kimsenin fiilinin ilk başta çok ağır olmayacağı söylenebilir. Nitekim kişilere karşı silahla gerçekleştirilen saldırıların daha fazla zararlar sonuçlandığı görülmektedir. Bu kapsamda kişisel güvenliği tehlikeye sokan söz konusu durumla mücadele edebilmek adına cezanın daha fazla verilmesi gerekmektedir. Ancak bunun her bir somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmesi zorunludur.⁸⁰ Nitekim, TCK'nın 6. maddesindeki tanım kapsamında silah olarak değerlendirilen bir şeyin, suçun temel şeklinde ya da nitelikli halinde silahın arandığı haller bakımından işlenen suç bakımından elverişli olması gerekmektedir. Burada silah olarak kabul edilen şeyin üretiminin ya da bulundurulmasının muhakkak suç oluşturmaysa gerekli değildir. Suçun işlenmesinde araç olarak kullanılması yeterlidir.⁸¹

Suçun işlenmesinde kullanılan şey, bir suçun işlenmesiyle ilgili olarak elverişliyen başka bir suçta bu niteliği haiz olmayabilir.⁸² Örneğin kuru sıkı tabanca TCK'nın 106. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinde öngörülen tehdit suçunu nitelikli hale getirmek bakımından aranan silah kavramı için elverişlidir.⁸³ Nitekim Yargıtay'ın da görüşü bu

77 Tezcan, Erdem ve Önok, (n. 50) 260.

78 Erdem, (n. 17) 5.

79 Köken, (n. 11) 35; Mahmutoglu ve Karadeniz, (n. 59) 68.

80 ETCK'nın 189. maddesinde değişiklik yapan 5435 sayılı Kanun'un genel gerekçesi için bkz. T. C. Başbakanlık Muamelât Genel Müdürlüğü Tetkik Müdürlüğü, (n. 15) 2.

81 Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (19. Bs., Adalet Yayınevi 2021) 83.

82 YCGK. E. 2017/3-377 K. 2019/606 T. 17.10.2019 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 11.2.2021. Örneğin Y. 8. CD. 2011/14915 E. 2012/922 K. 13.1.2012 T. kararında soba demirinin tehdit suçunda korkutucu niteliğe sahip olup olmadığının tartışılmamasını hukuka aykırı bulmuştur. (Karar metni için bkz. Yaşar, Gökcan ve Artuç, (n. 57) 216)

83 Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve A. Caner Yenidünya, *Türk Ceza Kanunu Şerhi C. I*, (2. Bs., Adalet Yayınevi 2014) 84.

yöndedir.⁸⁴ Ancak kuru sıkı tabanca ile mağdura etkili ve yakın mesafeden ateş edilmesi halinde kasten yaralama suçu bakımından silahtan bahsedilebilecekken, oldukça uzak bir mesafeden mağdura ateş edilmesi halinde bahsedilmemelidir.⁸⁵ Yine sopa, taş,⁸⁶ kazma ve kürek gibi şeyler kasten yaralama suçunu nitelikli hale getirmek bakımından elverişli; bu şeyler TCK’nın 314. maddesinde öngörülen silahlı örgüt suçu bakımından gereken elverişli silah niteliğini haiz değildir. Yine örgütün faaliyeti kapsamında işlenen suçlar bakımından örneğin failin mağdura kürekle saldırarak kasten yaralaması halinde silahla kasten yaralama suçunun varlığını kabul etmek gereklidir. Ancak söz konusu kürek, suç işlemek için örgüt kurma suçunun nitelikli hali bakımından aranan TCK’nın 220. maddesinin 3. fıkrası uyarınca silah niteliğinde değildir.⁸⁷ Bu nedenle TCK’nın 6. maddesiyle her bir suç için uygulama alanı bulabilecek nitelikte genel bir silah tanımına yer verilmediği⁸⁸ görülmektedir.⁸⁹ Buna karşın söz konusu maddedeki silah tanımı, kasten yaralama suçu bakımından önemli ölçüde uygulanabilir niteliktedir. TCK’nın 86. maddesinin gerekçesinde kasten yaralama suçunun silahla işlenmesiyle ilgili olarak TCK’nın 6. maddesindeki silah tanımına bakılmasının gerektiğinden bahsedilmesi de bu kabulün benimsenmesinde etkili olmaktadır.⁹⁰ Esasında bir şeyin ceza hukuku bakımından silah olarak kabul edilip edilemeyeceği sorusuna kolaylıkla olumlu ya da olumsuz şekilde cevap vermek olanaklı değildir. Nitekim söz konusu cevap bir anlamda duruma bağlı olup suçun hukuki konusunu ihlal etmeye uygun olmasını gerektirmektedir.⁹¹ Bu kapsamda TCK’nın 6. maddesindeki

84 “sanığın, elinde bulundurduğu kuru sıkı tabanca ile uzaklaşan arabanın arkasından ateş etmeye çalışması ancak silahın ateş alması şeklindeki eyleminin silahın gerçek tabancadan görünüm olarak ayırt edilemeyen ve objektif ölçülere göre görünüşteki korkutuculuk özelliği nedeniyle herhangi bir söz söylenmesi ve ateş edilmese bile, ağır ve haksız zarara uğratmayı bildirme niteliğinde sayılması karşısında, sanığın eyleminin tamamlanmış silahla tehdit suçunu oluşturduğu gözetilmeden, TCK’nın 106/2-a ve aynı kanunun 35. maddeleri kapsamında kaldığı şeklindeki yanlış nitelendirme ve yasal olmayan gerekçe ile hüküm kurulması” Y. 4. CD. E. 2018/7800 K. 2021/14897 T. 20.5.2021 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 27.10.2021.

85 Kuru sıkı tabancayla ya da kabzasıyla mağdura vurulması halindeyse kasten yaralama suçunun silahla işlendiğinin kabulünün gerekli olduğu yönünde bkz. Aydın, (n. 63) 57.

86 Taşın, tehdit ya da yağma suçunda silah olarak kabul edilmemesi, kasten yaralama suçunda kullanılması halinde kasten yaralama suçunun silahla işlendiğinin kabul edilmesi için bkz. Aydın, (n. 63) 57. Yine kasten yaralama suçunda kullanılan taşın silah olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (6. Bs., Adalet Yayınevi 2019) 220; Özbek, Doğan ve Bacaksız, (n. 63) 212; İlhan Üzülmöz, *Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar* (1. Bs., Adalet Yayınevi 2013) 21.

87 Artuk, Gökçen ve Yenidünya, (n. 83) 84.

88 Kıldan ve Akdemir, (n. 21) 227.

89 Bu nedenle de öğretide söz konusu maddede silahın tanımının yapılmadığı ve esasında silahın türlerinin gösterildiği yönünde görüşler mevcuttur. Bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, (n. 50) 259; Mahmutoğlu ve Karadeniz, (n. 59) 68.

90 Kıldan ve Akdemir, (n. 21) 227, 231.

91 Dursun Hoffmanns, (n. 16) 197, 201, 217.

silah tanımına giren bir şeyin, temel şeklinde ya da nitelikli halinde silaha yer veren her bir suç bakımından, silah olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin hem ilgili suçun hem de somut olayın özellikleri dikkate alınarak ayrıca belirlenmesi gerekmektedir.

III. Kasten Yaralama Suçunun “Saldırı ve Savunma Amacıyla Yapılmış Olmasa Bile Fülen Saldırı ve Savunmada Kullanılmaya Elverişli Diğer Şeyler” ile mi İşlendiği Sorunu

a. Genel Olarak

Kasten yaralama suçunda silahın kullanılması faille avantaj sağlamakta,⁹² failin suçu işlemesini kolaylaştırmakta,⁹³ ahlaki kötülüğünü ortaya koymakta,⁹⁴ mağdur üzerinde yarattığı etki sebebiyle mağdurun korkusunu arttırmaktadır.⁹⁵ Ayrıca mağdurun savunmasında güçlüğü sebebiyet vermesi ve mağdurda iz bırakma ihtimali de bu suçun silahla işlenmesinin nitelikli hal olarak öngörülmesinde etkilidir.⁹⁶ Bu nedenle kasten yaralama suçunun silahla işlenmesinin nitelikli hal olarak öngörülmesi yerindedir.⁹⁷

Buna karşın, kasten yaralama suçu bakımından silah olarak kabul edilen ve de TCK'nın 6. maddesinin (f) bendinin 4. alt bendi kapsamında yer verilen ifadeden neyin anlaşılması gerektiği sorunludur. Hatta uygulamada mahkemelerin önlerine gelen olayda nelerin silah sayılıp sayılmadığına ilişkin tereddüt yaşadıklarının görüldüğü, Yargıtay'ın kararlarına baktıkları,⁹⁸ ancak tereddütlerini yenememeleri halinde sanık lehine yorum yaptıklarını dile getirdikleri görülmektedir.⁹⁹

92 Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, (n. 81) 250; Dursun ve Hofmanns, (n. 16) 198.

93 Mehmet Fatih İçer, *Uygulamada Karşılaşılan Tereddütlü Yönleriyle Yaralama ve Öldürme Suçları* (1. Bs., Adalet Yayınevi 2019) 376.

94 Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, (n. 81) 249.

95 Centel, Zafer ve Çakmut, (n. 1) 159; Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (3. Bs., Adalet Yayınevi 2019) 241; Tezcan, Erdem ve Önok, (n. 50) 259; Kıldan ve Akdemir, (n. 21) 231.

96 Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (12. Bs., Yetkin Yayınları 2018) 176.

97 Sınar, Altunç, Keskin Kızıroğlu, Yıldız, Bostancı Bozbayındır, Erman, Eroğlu Erman, Kurt, Bayraktar ve Memiş Kartal, (n. 63) 153.

98 Örneğin Konya 8. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 759-882 sayılı 28.12.2015 tarihli kararında bu durum şu şekilde dile getirilmektedir: Yargıtay tarafından ağaçtan yapılan her bir eşyanın uygulamada silah sayılması gerekeceğine ilişkin belirlemelerin yapıldığı, bu kapsamda “*basit bir marangoz artığı tahta çubuğu*”n, “*bir ekmek fırını önündeki basit bir ağaç dalının veya basılıp kırılan Erik dalının silah sayılmasına karşın, bezbol sopasının, minibüsçü tarafından özel hazırlanan meşe sopasının da silah sayıldığı*” görülmektedir. Konya 8. Asliye Ceza Mahkemesi'nin söz konusu kararı için bkz. YCGK. E. 2017/3-377 K. 2019/606 T. 17.10.2019 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 11.2.2021.

99 Söz konusu durumu dile getiren İzmir 15. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 3.7.2012 gün ve 863-942 kararı için bkz. YCGK. E. 2014/3-92 K. 2014/325 T. 10.6.2014 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 27.10.2021.

b. “Saldırı ve Savunma Amacıyla Yapılmış Olmasa Bile Fiilen Saldırı ve Savunmada Kullanılmaya Elverişli Diğer Şeyler” İfadesine İlişkin Sorun

5435 sayılı Kanunla ETCK’nın 189. maddesinde gerçekleştirilen değişikliğe karşın uygulamada değişikliğin amacına uygun bir içtihat geliştirilemediğinden ve böylece madde hükmüyle içtihat arasında ciddi bir uyumsuzluğun ortaya çıktığından yukarıda bahsedilmişti. Söz konusu uyumsuzluğun TCK’nın 6. maddesinin (f) bendinin 1, 2, 3 ve de 5. alt bentleri bakımından olmasa da 4. alt bendi bakımından halen geçerli olduğu görülmektedir.¹⁰⁰ Nitekim 4. alt bentte kullanılan ifade belirlilikten uzak¹⁰¹ ve yoruma oldukça açık olup farklı değerlendirmelere sebebiyet verebilecek niteliktedir.¹⁰² Bu kapsamda kasten yaralama suçunun adeta “herhangi bir şey” kullanılarak işlenmesi halinde söz konusu nitelikli halin uygulanması söz konusu olabilmektedir.¹⁰³ Özellikle de hükümde yer alan “diğer şeyler” ifadesi kanunilik ilkesi ve bu kapsamda hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik açısından sakıncalıdır. Zira hüküm bu haliyle neredeyse her türlü şeyi silah olarak kapsamına almaktadır.¹⁰⁴ Ancak ceza hukukunun yalnızca toplumsal cezai ihtiyaçların karşılanmasına yönelik bir araç olmadığı, aynı zamanda devletin cezalandırma hakkını sınırlayarak bireyin özgürlüğünü korumak açısından suçlunun güvencesini oluşturduğu unutulmamalıdır.¹⁰⁵

4. alt bent uyarınca kasten yaralama suçunda kullanılan her bir şeyin “fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli” olmak şartıyla, ne tür bir amaçla yapıldığına bakılmaksızın silah kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Elbette ki söz konusu şartın “kullanılan her bir şey” bakımından önemli bir sınırlama fonksiyonu gördüğü yadsınmasa da bunun yeterli olmadığı ifade edilmelidir. Ayrıca yukarıda da belirtildiği üzere özel olarak saldırıda ya da savunmada kullanılmak üzere bu aletin üretilmiş olması gerekli değildir.¹⁰⁶ Hükümdeki temel ayırt edici ölçütü hükümde de yer verildiği üzere “saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişlilik” oluşturmaktadır. Bu kapsamda şeyin, saldırı ve savunmada etkinliği sağlamak bakımından elverişli olması

100 Kıldan ve Akdemir, (n. 21) 244.

101 Samet Can Olgaç, *Kasten Yaralama Neticesinde Ölüme Neden Olma Suçu: TCK 87/4* (1. Bs., Seçkin Yayıncılık 2016) 218.

102 Köken, (n. 11) 53.

103 Gökhan Taneri ve Gani Kamışlı, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, (1. Bs., Seçkin Yayıncılık 2018) 145.

104 Didar Özdemir Ekici, ‘Yargıtay Kararları Işığında Türk Ceza Hukukunda Silah Kavramı’, İstanbul Üniversitesi – Cerrahpaşa Adli Tıp ve Adli Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019 1-2, 77.

105 Hilgendorf, (n. 6) 822.

106 Tezcan, Erdem ve Önok, (n. 50) 261-262.

gerekmektedir.¹⁰⁷ Bu kapsamda yaralamaya sebebiyet verecek nitelikte olan ancak ilk bakışta silah olarak değerlendirilemeyen ve bu nedenle de bizatihi silah niteliğinde olmayan¹⁰⁸ her bir şeyin silah olarak değerlendirilmesi mümkün olmaktadır.¹⁰⁹ Elbette silahın kasten yaralama suçunda nitelikli hal olarak öngörülmesinin mantığına uygun olacak şekilde kullanılan bu şeyin silah olarak değerlendirilmesi mümkündür.¹¹⁰

4. alt bendin kaleme alınışında problem bulunmaktadır. Zira bu alt bent kapsamında yer alan şeyler özü itibariyle “silah” değildir.¹¹¹ Nitekim “tanımlar” başlığını taşıyan bir maddenin işlevinin bu olacağı iddia edilebilirse de gerçekleştirilen tanımın kesin bir şekilde kaleme alınması halinde bu tanımlama çabasının faydalı olacağı belirtilmelidir.¹¹² Ancak “silah” kavramı bakımından örneğin TCK’nın 6. maddesinin (b) bendinde yer verilen “çocuk” tanımındaki gibi bir belirlilik söz konusu değildir. Nitekim kasten yaralama suçunun 4. alt bent uyarınca silahla işlendiğine ilişkin belirlemelerin yapıldığı somut olayların ironik bir şekilde medyada dahi gündeme getirildiği görülmektedir. Bu kapsamda örnek olarak failin mağdurun yüzüne “çiğköfte dürümü”nü fırlatmasının iddianamede silahla yaralama olarak kabul edilmesi,¹¹³ yine “annenin oğluna fırlattığı naylon terlik “silah” sayıldı”,¹¹⁴ “terlik ve leğenden sonra “hortum” da silah sayıldı”¹¹⁵ şeklindeki haberler verilebilir. Yine failin mağdura temizlik fırçasını fırlatmasının Yargıtay tarafından silah sayılmasına ilişkin haberin devamında ise “temizlik fırçası sizce silah sayılır mı?” sorusuyla sokakta birden fazla kişiyle röportaj yapıldığı görülmektedir.¹¹⁶ Yine iddianamede ders kitabının silah sayılmasıyla ilgili olarak “ders kitabı sizce silah sayılır mı?” sorusuyla sokakta birden fazla kişiyle röportaj yapıldığı, çoğu kişinin silah sayılamayacağını söylediği, ardından haberin “kitabın cehalete karşı en büyük silah olduğu biliniyordu ama

107 YCGK. E. 2017/3-377 K. 2019/606 T. 17.10.2019 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 11.2.2021.

108 Kıldan ve Akdemir, (n. 21) 235; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, (n. 83) 83.

109 Özbek, Doğan ve Bacaksız, (n. 63) 211.

110 Erman ve Özek, (n. 55) 126.

111 Artuk, Gökçen ve Yenidünya, (n. 83) 83.

112 Dursun ve Hoffmans, (n. 16) 220.

113 <https://www.ntv.com.tr/turkiye/cig-kofte-silah-sayildi-2-yil-hapisle-yargilanacak,q1e5znK1iEmwk7aQLXktFQ> Erişim Tarihi 20.11.2021.

114 <https://www.haberturk.com/gundem/haber/1320198-annenin-ogluna-firlattigi-naylon-terlik-silah-sayildi> Erişim Tarihi 20.11.2021.

115 <https://www.haberturk.com/gundem/haber/1311300-terlik-ve-legenden-sonra-hortum-da-silah-sayildi> Erişim Tarihi 20.11.2021.

116 <https://m.facebook.com/ShowAnaHaber/videos/temizlik-fir%C3%A7asi-silah-sayildi/248055057327944/> (20.11.2021)

gerçek anlamda silah sayıldığı dava ilk olacak” şeklinde bitirildiği görülmektedir.¹¹⁷ Elbette ki medyanın ceza hukukuna ilişkin bilgisindeki noksanlığın, kanuni tanımın sorunlu olduğunun göstergesi olarak kabul edilmesine tek gerekçe olamayacağı belirtilmelidir.

Alman Ceza Kanunu’nun (Al. CK) “kişi ve konuya ilişkin kavramlar” başlıklı 11. paragrafında ise bu kanunda geçen bazı kavramların tanımlandığı ancak TCK’nın 6. maddesinde olduğu üzere “silah” şeklinde bir kavramın tanımlanmadığı belirtilmelidir. Bu kapsamda 4. alt bent kapsamına giren bir şeyle kasten yaralama suçunun, Al. CK’daki karşılığını oluşturan “*tehlikeli yaralama*” başlığını taşıyan 224. paragrafına bakmakta fayda vardır. Zira söz konusu paragrafın 1. fıkrasında, yaralama suçunun “*silahla*” ya da “*diğer tehlikeli bir aletle*” işlenmesi, yaralama suçunun nitelikli hali olarak öngörülmüştür. Bunun nitelikli hal olarak öngörülmesindeki temeli silah olarak kullanılan şeyin mağdurun vücut dokunulmazlığıyla ilgili olarak ortaya çıkardığı potansiyel tehlikedeki ağırlık ve bu kapsamda önemli ölçüde tehlike yaratmaya elverişli olması oluşturmaktadır.¹¹⁸ Ancak burada fiilen meydana gelen zarar ya da tehlike değil, söz konusu tehlikeyi meydana getirmeye genel olarak elverişli olup olmama ve de potansiyel bir tehlike yaratıp yaratmama durumu dikkate alınmalıdır.¹¹⁹ Ayrıca söz konusu hükümde yaralama suçunun hayatı tehlikeye düşüren bir muamelede bulunarak işlenmesi de cezanın daha fazla verilmesini gerektiren bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Buradaki “*diğer tehlikeli bir alet*” ifadesi üst kavram olduğundan maddede örneğin bıçaktan bahsedilmemiştir.¹²⁰ Öğretide silahın da esasen söz konusu üst kavram içinde yer aldığı belirtilmektedir.¹²¹ Al. CK uyarınca her ne kadar kullanılan aletin “silah” ya da “tehlikeli bir alet” olması arasındaki ayrımın belirlenmesi uygulanacak olan kanun hükmünde bir farklılık yaratmamaktaysa¹²² da söz konusu hükümle en azından tehlikeli aletleri ifade etmek üzere “silah” kavramının kullanılmaması yerindedir.

Al. CK’nın 224. paragrafına benzer bir düzenlemeye 1632 sayılı sayılı Askeri Ceza Kanunu’nun¹²³ “Amire ve mafevka fiilen taarruz edenlerin cezaları” başlıklı 91.

117 <<https://www.youtube.com/watch?v=05VmLXdjkT8>> Erişim Tarihi 20.11.2021.

118 Hilgendorf, (n. 6) 812.

119 Erdem, (n. 17) 9.

120 Hilgendorf, (n. 6) 811.

121 Kristian Kühn, *Lackner/Kühn, Strafgesetzbuch*, (29. Aufl., Der Verlag C.H.BECK 2018) StGB § 224 Rn. 2. Yaygın kullanım dahi bu iki kavramı birbirinden ayırmadığından söz konusu iki kavramın birlikte kullanılmasının gerekli olmadığı yönündeki görüş için bkz. Dursun ve Hoffmanns, (n. 16) 215-216.

122 Değirmenci, (n. 9) 115.

123 1520 sayılı 15.6.1930 tarihli Resmî Gazete

maddesinin 2. fıkrasında “*Taarruz veya taarruza teşebbüs silahlı olarak veya bir hizmet esnasında veya toplu asker karşısında veyahut silah ve tehlikeli bir alet ile yapılmış ise beş seneden, az vahim hallerde bir seneden aşağı olmamak üzere suçluya hapis cezası verilir*” şeklinde yer verilmiştir. Hükümde “*tehlikeli bir alet*” ifadesine ayrıca yer verilmesi öğretide silah kavramından ateşli silahların anlaşılması gerektiği şeklinde yorumlanmaktadır.¹²⁴

Kasten yaralama suçunda fail tarafından “*saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılan*” her bir şeyin muhakkak silah olarak değerlendirilmesinin gerekmediğinin altı çizilmelidir. Bu nedenle 4. alt bendin yürürlükten kaldırılması haklı olarak önerilmektedir. Zira hâkim “*işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı*” belirlerken TCK’nın 61. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca “*suçun işlenmesinde kullanılan araçları*”¹²⁵ ve (e) bendi uyarınca da “*meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı*”¹²⁶ nı dikkate alacaktır. Ancak bu öneri kabul edildiği takdirde artık nitelikli halden bahsedilemeyeceği ve temel cezanın kasten yaralama suçu açısından öngörülen “*cezanın alt ve üst sınırı arasında*” kalacağına bir kez daha vurgulanmasında fayda vardır.

Kasten yaralama suçunda kullanılan şeyin silah olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği önem arz etmektedir. Nitekim ceza hukukunun temel hak ve özgürlüklerle olan doğrudan ilişkisi bunu gerektirmektedir.¹²⁶ Her ne kadar normun amacını ortaya çıkarabilmek için daraltıcı, genişletici ya da ilerletici yoruma başvurulabilmesi mümkünse¹²⁷ de kanunilik ilkesi karşısında ceza sorumluluğunun arttırılmasına sebebiyet verecek nitelikli haller bakımından geniş değil, dar yoruma

124 Ancak Askeri Yargıtay’ın kaldırılmadan evvelki uygulamalarına bakıldığında örneğin kasaturayı, “tehlikeli bir alet” olarak değil, “silah” olarak kabul ettiği görülmektedir (As.Yrg.3.D., 9.1.1990, 16/9; As.Yrg.1.D., 26.9.2007, 1726/1899). Yine ateşli silahın ateşlenmediği ve dipçığının kullanıldığı durumu ise silah olarak değerlendirmektedir (As.Yrg.3.D., 22.4.2008, 1141/1135). Söz konusu kabulün temelindeyse 211 sayılı “Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu”nun (10702 sayılı 9.1.1961 tarihli Resmî Gazete) “*askerlerin silah kullanma yetkileri*”ni düzenleyen 87. maddesinin 1582 sayılı “4/1/1961 tarih ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun 87 ve 88 inci Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun” (14178 sayılı 5.5.1972 tarihli Resmî Gazete) ile değiştirilmesiyle birlikte silah kullanma tarzı kapsamında silahın dipçığının ve de kabzasının da kullanılmasından bahsedilmesinin yattığı belirtilmektedir. Yine uygulamada çakı bıçağının (As.Yrg.Drl.Krl., 6.12.1963, 2098/110), usturanın (As.Yrg.3.D., 23.5.1967, 22/231), falçatanın (As.Yrg.1.D., 9.3.1988, 229/212), jiletin (As.Yrg.1.D., 17.5.2000, 39/336), maket bıçağının (As.Yrg.Drl.Krl., 15.6.1995, 62/62), su borusunun (As.Yrg.Drl.Krl., 17.12.1998, 180/173), yemek çatalının (As.Yrg.1.D., 3.4.2003, 427/422), baltanın (As.Yrg.3.D., 23.01.2007, 85/84), tornavidanın (As.Yrg.4.D., 04.12.2007, 1960/1955), demir borunun (As.Yrg.4.D., 13.11.2007, 1805/1796) “tehlikeli bir alet” olarak kabul edildiği görülmektedir. Kararlarla ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Değirmenci, (n. 9) 112-115.

125 Özdemir Ekici, (n. 104) 79.

126 Değirmenci, (n. 9) 84.

127 Hafizoğulları ve Özen, (n. 1) 23-24.

başvurulmalıdır. Şayet yapılan bu dar yorum, kanunun amacına hizmet etmiyorsa kanunda kullanılan ifadede değişikliğe gidilerek açıklığın sağlanması gereklidir.

Uygulamada kasten yaralama suçunda su borusunun,¹²⁸ terliğin,¹²⁹ vileda sapının,¹³⁰ şemsiye demirinin,¹³¹ çaydanlıktaki sıcak suyun ve çayın,¹³² kızgın yağın,¹³³ hortumun,¹³⁴ bira

- 128 “Suçta kullanılan ve mağdurun kafa kemiğinde kırığa neden olan “su borusunun” 5237 sayılı Yasa’nın 6/f-4 bendinde belirtilen “saldırı ve savunma amacı ile yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şey” olarak tanımlanan bu madde anlamında silah olarak kabul edilip hükümlenilen temel hapis cezasının aynı Yasa’nın 87/2-son maddesine göre 8 yıldan az olamayacağı halde yazılı şekilde karar verilmesi temiz edenin sıfatına göre bozma nedeni yapılmamıştır.” Y. 3. CD. E. 2006/9008 K. 2007/6596 T. 26.9.2007 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 7.10.2021.
- 129 “Sanığın üzerine atılı basit kasten yaralama suçundan dolayı, seçimlik cezalardan hapis cezasına hükmedilmesi karşısında, bu cezanın adli para cezasına çevrilemeyeceği gözetilmeyerek 5237 sayılı TCK’nin 50/2 nci maddesine aykırı davranılması ve sanığın eylemini 5237 sayılı TCK’nin 6/1-f.4 maddesine göre silahtan sayılan terlikle gerçekleştirmiş olması karşısında sanığın cezasında TCK’nin 86/3-e maddesine göre artırım yapılmaması aleyhe temiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır... Mahkemenin kabulünün, katılanın sanığın görünmesi olduğu ve suç tarihinde sanığın evine geldiği, evde tanık Recep’i görünce sanığa sinkaflı bir şekilde küfür ettiği, bunun üzerine sanığın da aynı şekilde katılana sinkaflı şekilde küfür ederek yerden aldığı terliği katılanın gözüne vurduğu” şeklinde olması karşısında sanık hakkında 5237 sayılı TCK’nin 29 uncu maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı hususunun karar yerinde tartışılmaması,” Y. 3. CD. E. 2013/13372 K. 2014/4349 T. 11.2.2014 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 7.10.2021.
- 130 “Evli olan sanıkların aşamalarda değişmeyen beyanları ile beyanlara uygun doktor raporları ve dosya içeriğine göre mağdur sanıkların çıkar tartışma sonucu birbirlerini yaraladıkları, sanık S. T. nin yaralama fiilinde saldırıda kullanılmaya elverişli TCK’nin 6/1-f.4 maddesi kapsamında kalan vileda sapını kullandığı anlaşılmalı, sanıkların hangi tarafın haksız hareketi sonucu yaralama fiilini işlediklerinin tespit edilememesi karşısında tahrik altında yaralama suçunu işledikleri halde yazılı şekilde beraat kararı verilmesi,” Y. 3. CD. E. 2014/41891 K. 2015/16137 T. 6.5.2015 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 7.10.2021.
- 131 “Katılan’ın aşamalarda istikrarlı olarak 5237 Sayılı TCK’nin 6/1-f.4 maddesi gereği silahtan sayılan şemsiye demiri ile darp edildiğini bildirdiği, tanık ...’ın katılanın bu husustaki beyanını doğruladığı ve iddianamede de 5237 Sayılı TCK’nin 86/3-e maddesinin uygulanması talep edildiği halde sanık hakkında TCK’nin 86/3-e maddesinin gerekçe gösterilmeksizin uygulanmaması,” Y. 3. CD. E. 2020/6445 K. 2020/11595 T. 23.9.2020 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 7.10.2021. Ancak ETCK dönemindeyse şemsiyenin ETCK’nin 189. maddesi kapsamında silah olarak kabul edilmediği görülmektedir. Bkz. Y. 10. CD. E. 1997/3295 K. 1997/3358 T. 17.3.1997 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 25.10.2021.
- 132 Y. 2. CD. E. 2010/3910 K. 2010/26923 T. 29.9.2010 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 7.10.2021. Yargıtay’ın sıcak suyu silah saymayarak verdiği aksi yöndeki kararı için bkz. Y. 2. CD. E. 2008/916 K. 2008/6405 T. 07.04.2008 (Kıldan ve Akdemir, (n. 21) 235, dp. 47). Nitelikli yaralama suçuyla ilgili olarak Al. CK’nın 224. paragrafında geçen “tehlikeli bir alet” ifadesi bakımından kanunilik ilkesi gereği bu aletin maddi bir varlığa sahip olması gerektiği bu nedenle sıvıların ya da gazların bu kapsamda düşünülmeyeceği yönünde bkz. Detlev Sternberg Lieben, *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar* (30. Aufl., Der Verlag C.H.BECK 2019) StGB § 224, Rn. 6. Ancak sıvıların ya da gazların içinde olduğu kaplarınsa tehlikeli bir alet olarak kabulü mümkündür. Bkz. Bernhard Hardtung, *Münchener Kommentar zum StGB Band 4* (4. Aufl., Der Verlag C.H.BECK 2021), StGB § 224 Rn. 15.
- 133 Y. 4. CD. 6627/8074, T. 21.9.1998 (Özbek, Doğan ve Bacaksız, (n. 63) 212, dp. 46) Kızgın yağın TCK’nin 6. maddesinin (f) bendinin 5. alt bendi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündeki farklı görüş için bkz. Köken, (n. 11) 110.
- 134 Y. 3. CD. E. 2011/35503 K. 2012/45443 T. 24.12.2012 (Kıldan ve Akdemir, (n. 21) 237, dp. 60.)

bardağının,¹³⁵ kemerin,¹³⁶ İngiliz anahtarının,¹³⁷ copun,¹³⁸ orağın,¹³⁹ sapının kullanıldığı keserin,¹⁴⁰ yine sapının kullanıldığı baltanın,¹⁴¹ takozun,¹⁴² çiçek saksısının,¹⁴³ “televizyon kumandası

- 135 Y. 3. CD. 5399/3755, T. 2.5.2007 (Gürsel Yalvaç, *Karşılaştırmalı – Gereçli İçtihatlı Türk Ceza Kanunu* (1. Bs., Adalet Yayınevi 2008) 45); Y. 3. CD. E. 2012/19659 K. 2013/20885 T. 21.5.2013 (Kıldan ve Akdemir, (n. 21) 237, dp. 62.)
- 136 Y. 3. CD. E. 2012/15095 K. 2013/22034 T. 28.5.2013 (Kıldan ve Akdemir, (n. 21) 238, dp. 66.); Y. 3. CD. E. 2012/30479 K. 2013/24228 T. 11.06.2013 (Kıldan ve Akdemir, (n. 21) 239, dp. 72.)
- 137 “Müştekinin beyanıyla uyumlu doktor raporunda tanımlanan yaralanmaların niteliği ve olayın özelliklerine göre, sanığın resmi nikahlı eşine karşı kasten yaralama eylemini 5237 Sayılı TCK'nin 6/1-f-4 maddesi uyarınca silahtan sayılan İngiliz anahtarı ile gerçekleştirdiği anlaşılmalı, aynı olayda birden fazla nitelikli halin birleşmesi sebebiyle sanık hakkında 5237 Sayılı TCK'nin 61. maddesi gereğince temel ceza tayininde alt sınırdan uzaklaştırılması gerektiğinin gözetilmeden, yazılı şekilde karar verilmesi,” Y. 3. CD. E. 2013/7726 K. 2014/1926 T. 22.1.2014 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 28.10.2021.
- 138 Y. 3. CD. E. 2012/18715 K. 2013/20083 T. 15/05/2013 (Kıldan ve Akdemir, (n. 21) 234, dp. 41)
- 139 “Sanığın kardeşi olan katilani 5237 Sayılı TCK'nin 6/1-f-4 maddesince silahtan sayılan orak ile yaraladığı anlaşılmalı, 5237 Sayılı TCK'nin 86/3-a-e bentlerini ihlal etmesi ve sanık hakkında aynı olayda iki ağırlaştırıcı neden bulunması gözetilerek 5237 Sayılı TCK'nin 86/2. maddesi temel ceza tayininde alt sınırdan uzaklaştırılması gerektiğinin gözetilmemesi,” Y. 3. CD. E. 2018/2886 K. 2018/18573 T. 29.11.2018 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 11.2.2021.
- 140 “Sanık hakkında müşteki ...'in yaralama suçundan kurulan hükümde; müşteki ...'in aşamalarındaki sanığın kendisine keser sapı ile vurduğuna dair ısrarlı beyanı ve tanıkların olay esnasında sanığın elinde uzun bir cisim olduğuna dair ifadeleri ile tüm dosya kapsamına göre sanığın eylemini 5237 sayılı TCK'nin 6/1-f-4 maddesine göre silahtan sayılan keser sapı ile gerçekleştirdiğinin anlaşılması karşısında sanığın cezasında 5237 sayılı TCK'nin 86/3-e maddesine göre arttırım yapılmayarak eksik ceza tayin edilmesi,” Y. 3. CD. E. 2020/9275 K. 2020/14257 T. 21.10.2020<www.kazanci.com> Erişim Tarihi 6.10.2021. Buna karşın ETCK döneminde testerenin sapının kullanılmasının silah kapsamında değerlendirilemeyeceğine ilişkin bkz. “Testerenin sapıyla mı yoksa keskin kısmıyla mı yaralamanın meydana getirildiği tespit edilmelidir. Testerenin keskin kısmının kullanılması halinde silahla yaralama söz konusu olacağından şikâyetten vazgeçme nedeniyle kamu davasının ortadan kaldırılmasına karar verilemez.” Y. 2. CD. E. 2005/2089 K. 2006/473 T. 26.1.2006 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 6.10.2021.
- 141 “Sanığın, mağdurları TCK'nin 6/1-f-4 maddesine göre silahtan sayılan balta sapı ve sopayla yaraladığının, mağdur ... beyanı ile mağdurların yaralanmasına ilişkin adli rapordan anlaşılması karşısında, sanık hakkında kurulan hükümlerde TCK'nin 86/3-e maddesinin uygulanmaması suretiyle eksik ceza tayini” Y. 3. CD. E. 2020/6800 K. 2020/7468 T. 23.6.2020 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 3.11.2021.
- 142 Y. 3. CD. E. 2012/22700 K. 2013/24911 T. 13.06.2013 (Kıldan ve Akdemir, (n. 21) 239, dp. 74)
- 143 “Sanığın, katilani TCK'nin 6/1-f-4 maddesine göre silahtan sayılan çiçek saksısıyla yaraladığının dosyada mevcut 10.03.2015 tarihli “CD Çözüm Tutanağı”, katilani ve tanık beyanları ile doğrulanması karşısında, sanığın eylemi neticesinde meydana gelen kırığın bu saksıyla oluşturulmadığından bahisle sanık hakkında kurulan hükümde TCK'nin 86/3-e maddesinin uygulanmaması suretiyle eksik ceza tayini,” Y. 3. CD. E. 2020/12063 K. 2020/16657 T. 18.11.2020 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 3.11.2021.

ve saç fırçası"nın,¹⁴⁴ bastonun,¹⁴⁵ bira şişesinin,¹⁴⁶ rakı şişesinin,¹⁴⁷ süpürge borusunun,¹⁴⁸

144 Y. 2. CD. E. 2007/6840 K. 2007/7958 T. 04.06.2007 (Yalvaç, (n. 135) 45)

145 "Sanıkların ve tanıkların beyanına, bu beyanları doğrulayan adli rapor içeriğine ve dosya kapsamına göre, katılan sanık ... yaralama eylemini 5237 Sayılı TCK'nin 6/1-f-4 maddesi uyarınca silahtan sayılan baston ile gerçekleştirdiği halde, sanık hakkında 5237 Sayılı TCK'nin 86/3-e maddesi uygulanmayarak eksik ceza hükmolünmesi," Y. 3. CD. E. 2018/2326 K. 2018/17762 T. 19.11.2018 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 13.2.2021. ETCK döneminde Y. 4. CD. 2003/10732 sayılı kararıyla "suçta kullanılan ve 70 cm. uzunluğunda, 2cm çapında, içi boş profil borudan yapılarak ucunda plastik takılı bulunduğu bilirkşi anlatımı ile belirlenen bastonun sivriltilerek ya da başka biçimde saldırı ve savunmaya elverişli bir alet haline getirilmediği"ni belirterek ETCK'nın 189. maddesi anlamında silah olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Y. 4. CD E. 2002/29020 K. 2003/10732 T. 4.11.2003 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 11.2.2021. Yine ETCK döneminde, saldırıda kullanılan su borusu (Y. 2. CD. E. 2001/18172 K. 2002/9314 T. 22.5.2002 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 11.2.2021) ve "demir çubuk" (Y. 2. CD. E. 2001/15174 K. 2002/6218 T. 11.4.2002 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 11.2.2021.) silah olarak kabul edilmemiştir. TCK dönemindeyse demir çubuğun silah olarak kabul edildiği görülmektedir. Y. 3. CD. E. 2010/6799 K. 2012/33874 T. 10.10.2012 (Kıldan ve Akdemir, (n. 21) 236, dp. 54). Ancak ETCK döneminde Yargıtay'ın hangi gerekçeyle demir çubuğu silah saymadığı ancak tırnak makasının çakısını silahtan saydığıının anlaşılacağı yönünde eleştirildiği görülmektedir. Bkz. Erdem, (n. 17) 12. ETCK döneminde silah olarak kabul edilmeyen baston şeklindeki otomobil kilidinin (Y. 4. CD. 4141/5159, 13.5.1998), krikonun (Y. 4. CD. 452/666, 3.2.1997 T.) TCK döneminde silah sayılacağı yönünde bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, (n. 63) 212

146 "Sanığın katılan ...'ı TCK'nin 6/1-f.4 maddesi uyarınca silahtan sayılan bira şişesi ile vurarak yüzünde sabit iz olacak şekilde yaraladığı olayda; TCK'nin 86/1. maddesine göre belirlenen "1 yıl 6 ay hapis" cezasının TCK'nin 86/3-e maddesi uyarınca (1/2) oranında artırılarak "1 yıl 15 ay hapis" cezası bulunması, TCK'nin 87/1-c maddesi gereği belirlenen bu cezasının bir kat artım yapılarak "2 yıl 30 ay hapis" cezası bulunması, cezanın beş yılın altında kılması halinde TCK'nin 87/1-son maddesi gereğince beş yıla çıkartılması gerekirken cezanın 5 yıla çıkartılmadan yazılı şekilde eksik ceza tayini," Y. 3. CD. E. 2019/18611 K. 2020/2515 T. 10.2.2020 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 13.2.2021.

147 Y. 3. CD. E. 2009/23310 K. 2012/5257 T. 15.02.2012 (Kıldan ve Akdemir, (n. 21) 236, dp.51)

148 "Mağdur ... hakkında Çardak Devlet Hastanesi'nce tanzim edilen 15/06/2013 tarihli raporda, "kaftada 6 cm lik şişlik, sırtta sağ altta kızarıklık, ağrı, hassasiyet, sağ el işaret parmağında 2 cm lik kesi, sağ ön kolda 10 cm lik şişlik olduğu, sağ el işaret parmağını hareket ettiremeyen hastanın muhtemel tendon kesisinin olduğu, hastanın el cerrahinin olduğu üst merkeze sevkinin uygun olup durum bildirir geçici rapor olduğu" belirtilmiş, Denizli Devlet Hastanesi beyin cerrahi uzmanı tarafından verilen 27/06/2013 tarihli raporda, mağdurun yaralanmasının basit tıbbi müdahale ile giderilebileceği tespiti yapılmasına rağmen, aynı hastanenin aynı tarihli ortopedi uzmanı tarafından verilen raporunda, mağdurun sağ el 2. parmakta kesi sebebiyle Pamukkale Üniversitesi Hastanesi ortopedi kliniğinde tedavi görmüş olup, tedavi eden kurumca raporun verilmesinin uygun olacağını belirtildiği, dosya içeriğinde mağdurun elindeki kesi ile ilgili olarak yaralanmasının niteliği konusunda alınmış bir rapora rastlanılmadığı anlaşıldığından, tüm doktor raporları ve tedavi evraklarının varsa graflerinin temin edilerek ilgili Adli Tıp Kurumuna gönderilip, mağdur ...'nin yaralanmasının niteliği konusunda duraksamaya yer vermeyecek şekilde kati raporu alındıktan sonra, sanığın hukuki durumun tespit ve tayini gerektiği gözetilmeksizin eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi, b-) Mağdur annesini 5237 Sayılı TCK'nin 6/1-f.4 maddesi uyarınca silahtan sayılan süpürge borusu ile yaralayan sanık hakkında TCK'nin 86/3-a maddesi uyarınca artırım yapılmasına rağmen, uygulama maddesi olarak TCK'nin 86/3-e maddesinin gösterilmemesi," Y. 3. CD. E. 2016/5656 K. 2016/20938 T. 21.12.2016 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 28.10.2021.

tuğlanın,¹⁴⁹ tencerenin ve tavanın,¹⁵⁰ beyzbol sopasının,¹⁵¹ leğenin (“*tabak benzeri bir*” cismnin),¹⁵² av tüfeği dipçığının,¹⁵³ cam sürahinin¹⁵⁴ kullanılmasının 4. alt bent kapsamında silah olarak kabul edildiği görülmektedir. Elbette ki bu şeylerin her birinin soyut olarak silah sayılmaması gerektiği, somut olayda fiilen saldırıya elverişli şekilde kullanılması sebebiyle silah sayılması gerektiği ifade edilmelidir. Ancak bahsi geçen bu şeylerin bazısı bakımından (örneğin orakla, tuğlayla ve de cam sürahiyle ilgili olarak verilen kararda) bu şekilde bir değerlendirmenin yapılmadığı görülmektedir.

- 149 “*Sanığın yaralama eylemini saldırıda kullanmaya elverişli silahtan sayılan tuğla ile işlediği kabul edilmesine karşın, TCK’nin 86/3-e maddesinin uygulanmaması,*” Y. 18. CD. E. 2019/23616 K. 2020/1873 T. 22.1.2020 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 13.2.2021. Buna karşın Y. 1. CD. ise 23.6.2008 tarihli kararında tuğlanın silahtan sayılmayacağını bu nedenle sanık hakkında TCK’nin 86. maddesinin (e) bendinin uygulanmasını bozma nedeni yapmıştır. Bkz. Erdener Yurtcan, *Yargıtay Kararları Işığında Türk Ceza Kanunu (Genel Hükümler) Cilt I* (2. Bs., Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2015) 98-99.
- 150 “*Sanığın mağdur Kezbiban’ı TCK’nin 6/1-f-4 maddesine göre silahtan sayılan tencere ve tava ile yaraladığının mağdur beyanı ve yaralanmasına ilişkin alınan rapordan anlaşılmasına rağmen sanık hakkında kurulan hükümde TCK’nin 86/3-e maddesinin uygulanmaması suretiyle eksik ceza tayini*” Y. 3. CD. E. 2019/16133 K. 2020/1893 T. 4.2.2020 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 13.2.2021. ETCK döneminde pamuk çapasının silah olarak kabul edilemeyeceği yönünde bkz. Y. 2. CD, 11248/11369, 23.9.1953 (Gözübüyük, (n. 3) 459)
- 151 “*Müştekinin aşamalarda suç tarihinde sanık tarafından beyzbol sopası ile yaralandığı yönündeki anlatımları, müşteki hakkında Antalya Atatürk Devlet Hastanesi tarafından düzenlenen adli raporda “sol göz altında hafif kızarıklık ve şişlik, sol ön kol radius distalde 4-5 cm çizik, sıyrık ve 3x3 cm şişlik, karın orta bölgede 2 cm kızarıklık” tespit edildiğinin bildirilmesi ve dosya kapsamı karşısında; sanığın eylemini 5237 Sayılı TCK’nin 6/1-f-4 maddesi kapsamında silahtan sayılan beyzbol sopası ile işlediği sabit olduğu halde, cezasından 5237 Sayılı TCK’nin 86/3-e bendi uyarınca artırım yapılmaksızın sanık hakkında eksik ceza tayin edilmesi,*” Y. 3. CD. E. 2020/14462 K. 2020/18545 T. 9.12.2020 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 25.10.2021.
- 152 “*sanık, mağdurla tanıkların soruşturma aşamasındaki beyanlarına ve dosya kapsamına göre, sanığın mağduru leğenle (tabak benzeri bir cisimle) yaralaması karşısında, sanığın eylemini TCK’nin 6/1-f-4 maddesi kapsamında silahla gerçekleştirdiği anlaşılma, sanığın eyleminin TCK’nin 86/2 ve 86/3-e maddeleri kapsamında kaldığı ve şikayete tabi olmadığı gözetilmeden, şikayetten vazgeçme sebebiyle sanık hakkındaki kamu davasının yazılı şekilde düşürülmesine karar verilmesi,*” Y. 3. CD. E. 2014/39565 K. 2015/13420 T. 15.4.2015 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 25.10.2021.
- 153 “*Kasten yaralama suçunda kullanılan av tüfeği dipçığının, 5237 Sayılı TCK’nin 6/f-4 maddesi gereğince silahtan sayıldığı gözetilmeden, sanıklar hakkında aynı Kanun’un 86/3-e maddesinin uygulanmaması suretiyle sanıklar ... ve ... hakkında eksik ceza tayin edilmesi... Sanıklar ... ve ... hakkında 5237 Sayılı TCK’nin 87/3. maddesi kapsamında uygulama yapılırken, mağdurun vücudundaki kemik kırığının mağdurun hayat fonksiyonlarındaki etkisinin derecesinin tıbbi raporla belirlenmesinden sonra sanıklara 5237 Sayılı TCK’nin 86/1. maddesi gereğince verilen temel cezada bu etkinin derecesine göre en fazla temel cezanın yarısına kadar artırım yapılabileceği halde sanıklara verilen cezada, mağdurun vücudundaki kemik kırığının hayat fonksiyonlarına etkisinin derecesi tespit edilmeden, 5237 Sayılı TCK’nin 87/3. maddesi gereğince alt sınırdan ayrılarak (1/6) oranında artırım yapılması,*” Y. 3. CD. E. 2015/29247 K. 2016/10893 T. 28.4.2016 <www.kazanci.com> (5.11.2021). ETCK dönemindeyse silah olarak kabul edilmemekteydi. Y. 4. CD. E. 1981/1043 K. 1981/1149 T. 5.3.1981 (Dönmezer, (n. 41) 143, dp. 53)
- 154 “*Sanığın suç tarihinde eşi olan mağduru 5237 Sayılı TCK’nin 6/1-f-4 maddesince silahtan sayılan cam sürahi ile yaraladığı anlaşılma, 5237 Sayılı TCK’nin 86/3-a-e bentlerini ihlal etmesi ve sanık hakkında aynı olayda iki ağırlaştırıcı neden bulunması gözetilerek 5237 Sayılı TCK’nin 86/2. maddesi temel ceza tayininde alt sınırdan uzaklaşılması gerektiğinin gözetilmemesi,*” Y. 3. CD. E. 2020/4115 K. 2020/8057 T. 30.6.2020 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 18.11.2021.

Uygulamada kasten yaralama suçunda kullanılan şeyin bazı hallerde silah, bazı hallerdeyse silah olarak kabul edilmediğine ilişkin kararların verildiği görülmektedir. Nitekim Y. 3. CD. 2015/11169 sayılı kararında kasten yaralama suçunda kullanılan pet şişeyi “*mağdurenin beyanıyla uyumlu doktor raporunda tanımlanan yaralanmaların niteliği ve olayın özelliklerine göre*” 4. alt bent kapsamında silah olarak kabul etmişken;¹⁵⁵ YCGK ise 2017/3-311 sayılı kararında “*sanık tarafından kullanılış biçimine göre mağdurun yaralanması sonucunu doğuracak elverişlilikte olmaması, yine kullanılış biçimine göre kavgada tokat veya yumrukla meydana getirilebilecek zarardan öte sanığa bir avantaj veya üstünlük sağlamaması, kavgada sanık tarafından etkin bir şekilde kullanılmaması ve dosyada mağdurun yaralandığına dair herhangi bir adli rapor da bulunmaması karşısında, su dolu 500 ml’lik pet şişenin, kullanılış biçimine göre kasten yaralama suçu bakımından silah olarak nitelendirilemeyeceği kabul edilmelidir*” diyerek pet şişeyi 4. alt bent kapsamında silah olarak kabul etmemiştir.¹⁵⁶ Nitekim somut olayın özellikleri esas alınmak suretiyle aracın kullanılış şeklinin oluşturduğu tehlike, şeyin silah olarak değerlendirilmesinde dikkate alınmalıdır. Bu nedenle ön bir kabulde kasten yaralama suçunda kullanılan bir şeyin silah olarak değerlendirilmesi ya da değerlendirilmemesi gerektiğinden bahsedilmemelidir. Buna karşın uygulamada, ön bir kabulde hareket edildiğine ilişkin kararların da bulunduğu görülmektedir.¹⁵⁷

Her ne kadar kasten yaralama suçunun tabanca kabzası kullanılarak işlenmesi halinde Yargıtay burada silahla yaralama suçunun oluştuğunu kabul etmekteyse¹⁵⁸ ve öğretide

155 Y. 3. CD. E. 2015/11169 K. 2015/27147 T. 5.10.2015 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 7.10.2021.

156 YCGK. E. 2017/3-311 K. 2019/112 T. 19.2.2019 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 7.10.2021.

157 “*Mağdurun ilk ifadesinde sanığın kendisine kafa ile vurduğunu beyan etmesi, sanığın tahta ile vurduğunu ilk kez duruşmada dile getirmesi, mağdurun adli raporundaki tespitler ve tüm dosya kapsamı nazara alındığında sanığın üzerine atılı eylemi silahtan sayılan sopa veya piknik tüpü ile işlediğine dair yeterli delil olmadığı nazara alınıp, eylemin TCK’nin 86/2 maddesi kapsamında basit kasten yaralama suçu olduğunun gözetilip, şikayetten vazgeçme sebebiyle TCK’nin 73/4-6, CMK’nin 223/8. maddeleri uyarınca düşürülmesi gerektiğinin gözetilmemesi,*” Y. 3. CD. E. 2015/27934 K. 2016/7954 T. 30.3.2016 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 13.2.2021. Dikkat edileceği üzere burada Y. 3. CD. sapanın ve piknik tüpünün kullanılış şeklini dikkate almaksızın ön bir kabulde her ikisinin de silahtan sayıldığını belirtmiştir. “*Dosya kapsamına, taraf ve tanık anlatımına özellikle de mağdurun hazırlık aşamasındaki anlatımına göre, yaralanmanın silahtan sayılan sandalye ile gerçekleşip gerçekleşmediği ve olayda TCK’nin 86/3-e maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı hususunun tartışılması gerektiğinin gözetilmemesi,*” Y. 1. CD. E. 2021/11336 K. 2021/15011 T. 15.12.2021 Erişim Tarihi 18.4.2022. Dikkat edileceği üzere burada Y. 1. CD. de sandalyenin kullanılış şeklini dikkate almaksızın ön bir kabulde silahtan sayıldığını belirtmiştir.

158 Y. 3. CD. E. 2020/15 K. 2020/3089 T. 17.2.2020; Y. 6. CD. E. 2014/5757 K. 2017/3522 T. 17.10.2017 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 13.2.2021.

de bu yönde görüşler olsa da¹⁵⁹ aksi yönde görüşlerin de savunulduğu görülmektedir.¹⁶⁰ Buna karşın öğretide oyuncak tabancanın kabzasıyla mağdura vurulmuşsa dahi artık kasten yaralama suçunun silahla işlendiğinin kabul edilmesi gerektiği yönünde görüşler de mevcuttur.¹⁶¹ Ancak Yargıtay oyuncak tabancayı tehdit suçu bakımından silah olarak kabul etse de¹⁶² ve öğretide bu yönde görüşler olsa da¹⁶³ bu durum, oyuncak tabancanın kullanıldığı somut olayın özelliklerinin ve de bu tabancanın kullanılış şeklinin dikkate alınmaması nedeniyle eleştirilmelidir.¹⁶⁴ Hatta bu kapsamda örneğin A'nın oyuncak tabancayı B'nin başına doğrultarak ateş eder gibi yapması neticesinde B'nin bu nedenle şok geçirerek kekeme kalması halinde bu durumun TCK'nın 86. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen “sağlığının” ya da “algılama yeteneğinin bozulması” kapsamında kaldığı belirtilmektedir.¹⁶⁵ Nitekim kasten yaralama suçunun neticesi TCK'nın 86. maddesinde “başkasının vücuduna acı” verme, “sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulması” şeklinde ifade edilmektedir.¹⁶⁶ Ancak söz konusu neticelerin meydana gelmesi bakımından elverişli olması halinde tabancanın dolu ya da boş, sağlam ya da bozuk, gerçek ya da oyuncak olması (ilk bakışta anlaşılmadığı sürece) arasında herhangi bir ayırım yapılması yerinde değildir.¹⁶⁷ Önemli olan şeyin kullanılış şekli, etkilenen vücut kısmı ve mağdurun özellikleridir. Yani somut olayda mağdur için tehlike oluşturacak şekilde kullanılması gereklidir.¹⁶⁸ Örneğin bir kimsenin sırtına tabancanın kabzasıyla basit bir şekilde vurulması halinde suçun silahla işlendiğinden bahsedilmemelidir. Kasten yaralama suçunun işlenmesinde kullanılan tabancanın kabzasının, suçla korunan hukuki varlık veya menfaatin üzerinde özel bir tehlike yaratıp yaratmadığının dikkate alınması gereklidir. Şayet özel bir tehlike yaratıyorsa bu suçun silahla işlenmiş olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır.¹⁶⁹ Aynı yorum kuru sıkı tabanca bakımından da geçerlidir.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre silah etkisini oluşturmaya elverişli her bir şeyin

159 Aydın, (n. 63) 57.

160 Soyaslan, (n. 96) 176; Sınar, Altunç, Keskin Kiziroğlu, Yıldız, Bostancı Bozbayındır, Erman, Eroğlu Erman, Kurt, Bayraktar ve Memiş Kartal, (n. 63) 153.

161 Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, (n. 81) 250.

162 Y. 4. CD. E. 1991/2956 K. 1991/4226 T. 21.6.1991 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 7.10.2021.

163 Mahmutoğlu ve Karadeniz, (n. 59) 70.

164 Erman ve Özek, (n. 55) 125; Centel, Zafer ve Çakmut, (n. 1) 161.

165 Tezcan, Erdem ve Önok, (n. 50) 263-264.

166 Toroslu ve Toroslu (n. 1) 46.

167 Erman ve Özek, (n. 55) 125.

168 Ralf Eschelbach, *Beck'sche Online-Kommentare BeckOK* (50. Ed., 2021), StGB § 224 Rn. 25

169 Erdem, (n. 17) 10, dp. 51.

objektif olarak değerlendirilerek silah olarak kabul edilmesi gereklidir.¹⁷⁰ Ancak kasten yaralama suçunun işlenmesinde kullanılan şeyin silah olarak nitelendirilebilmesi için kullanılan şeyin bizatihi tehlikeliliğinin belirleyici olmadığı altı çizilmelidir.¹⁷¹ Nitekim Al. CK'nın 244. paragrafı uyarınca da tehlikeli alet, aletin objektif yapısı ve somut olaydaki kullanım şekli dikkate alınarak ciddi bir yaralanmaya sebebiyet verebilecek herhangi bir şey olarak kabul edilmektedir.¹⁷² Bu kapsamda bir aletin kasten yaralama suçunun işlenmesinden evvel tehlikeli ya da tehlikesiz şeklinde sınıflandırılması söz konusu değildir.¹⁷³ Nitekim söz konusu nitelendirme, şeyin somut olaydaki kullanılış şekline göre belirleneceğinden, genel itibariyle tehlike yaratmaya elverişli olmayan bir şeyin kullanılış şekline göre silah olarak kabul edilmesi mümkün olduğu gibi, tam tersi de yani genel itibariyle tehlike yaratmaya elverişli bir şeyin kullanılış şekli açısından silah olarak kabul edilmemesi de mümkündür.¹⁷⁴ Örneğin ayakkabı bağcığı esasında tehlikeli değilken, kullanılış şekline göre tehlikeli bir şey olabilir.¹⁷⁵ Ancak ilk olasılık bakımından kasten yaralama suçundan dolayı failin cezasının arttırılabilmesi için failin mağduru yaralama kastıyla hareket etmesi gereklidir. Örneğin yolda yürürken gördüğü taşı, yalnızca ne kadar uzağa atabileceğini denemek amacıyla fırlatan ancak o esnada orada geçmekte olan ancak görmediği bir başkasına isabet ettiren kimse kasten yaralama suçunu işlemiş olarak kabul edilmez. Bu nedenle kasten yaralama suçunun nitelikli halini oluşturan suçun silahla işlenmesinden dolayı ceza sorumluluğu da söz konusu olamaz.¹⁷⁶ İkinci olasılığa örnek olaraksa makas verilebilir. Genel itibariyle tehlikeli sayılması mümkün olan makasın, mağdurun sadece saçını kesmek amacıyla kullanılması halinde silah olarak değerlendirilmemesi gereklidir.¹⁷⁷ Bu nedenle Al. CK'nın 224. paragrafında yer alan “alet” ifadesinden evvel “tehlikeli” şeklinde bir sığata yer verilmesinin yerinde olmadığı, zira tehlikenin söz konusu aletin kullanım şekline bağlı olduğu bu nedenle de tehlikenin alete ilişkin

170 Erman ve Özek, (n. 55) 125; Centel, Zafer ve Çakmut, (n. 1), 160.

171 Hans Ullrich Paeffgen ve Martin Böse, *Nomos Kommentar Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch* (5. Aufl., Nomos Verlag 2017) StGB § 224, Rn. 12.

172 Dennis Bock, *Strafrecht Besonderer Teil I* (4. Aufl., Springer-Verlag 2018) 128.

173 Hilgendorf, (n. 6) 812.

174 Erdem, (n. 17) 9.

175 Georg Küpper ve René Börner, *Strafrecht Teil I* (4. Aufl., Springer Verlag Berlin 2018) 66.

176 Hardtung, (n. 132) Rn. 17. Ancak ETCK döneminde Yargıtay taşı ve taşla aynı etkiyi gösteren tel zımbanın silah olmadığını belirtmiştir. Bkz. Y. 2. CD. 5334/8594 16.6.1999 (Özbek, Doğan ve Bacaksız, (n. 63) 212, dp. 41). TCK dönemindeyse taşın silah olarak kabul edildiği görülmektedir. Bkz. Y. 3. CD. E. 2010/6166 K. 2012/28228 T. 03.07.2012 (Kıldan ve Akdemir, (n. 21) 236, dp. 52)

177 Erdem, (n. 17) 9, dp. 47.

değil kullanılış şeklinin bir özelliği olduğu haklı olarak dile getirilmektedir.¹⁷⁸ Bu nedenle 4. alt bendin yürürlükten kaldırılarak, söz konusu durumun nitelikli hal olarak kabul edilmesi isteniyorsa TCK'nın 86. maddesinin 3. fıkrasının (e) bendinin “silahla ya da kullanımı itibariyle tehlike yaratan herhangi bir aletle işlenmesi” şeklinde düzenlenmesi daha yerinde olacaktır. Bir diğer öneri ise TCK'nın 6. maddesinin (f) bendinde silah kavramı yerine silahın da içinde yer aldığı “tehlikeli bir şekilde kullanılan herhangi bir alet” ya da “silah” kavramının yanında “tehlikeli bir şekilde kullanılan herhangi bir alet” ifadesinin kullanılması olabilir. Getirilen bu önerilerin, mevcut düzenleme bakımından dile getirilen belirlilikten uzak ve yoruma oldukça açık olduğuna ilişkin eleştirileri gidermeye elverişli olmadığı yönünde eleştirilmesi mümkündür. Nitekim her bir somut olay bakımından ayrıca değerlendirmeyi gerektirmektedir. Ancak söz konusu ifade kasten yaralama suçunda “*saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler*”in “*tehlikeli bir şekilde kullanı*”maması halinde nitelikli hal olarak uygulanmasına engel olacaktır. Nitekim 4. alt bentte yer alan ifade somut olayın dikkate alınmaksızın, soyut olarak bir şeyin “*saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şey*” şeklinde yorumlanmasını ve ön bir kabulle hareket edilmesini mümkün kılar niteliktedir.

Somut olayda mağdurun özellikleri, şeyin kullanım yoğunluğu, etkilenen vücut kısmı bu değerlendirmede etkili olmaktadır. Şayet kullanılan şey, tehlikeli şekilde kullanılmamışsa örneğin silah olarak değerlendirilen tabancayla ya da tehlikeli bir şey olarak değerlendirilmesi mümkün olan plastik copla mağdurun sırtına ya da kalçasına hafif bir şekilde vurulmuşsa artık bu nitelikli halin uygulanmasından bahsedilmemelidir. Zira olayda “silah” ya da “tehlikeli bir şey” vardır ancak bunların “tehlikeli bir şekilde” kullanılması söz konusu olmadığından kasten yaralama suçu silahla işlenmemiş olarak kabul edilmelidir. Bu kapsamda örneğin Al. CK'nın 224. paragrafıyla ilgili olarak uygulamada “kullanılış şeklinin dikkate alınmak suretiyle” hançerin, sopanın, buz hokeyi sopasının, şişenin, bira bardağının, elektro şok cihazının, sandalyenin ayağının, halı çırpıcının, demir çubuğun, ingiliz anahtarının, çıplak vücuda uygulanan bisiklet zincirinin, muştanın, jiletin, motorlu aracın sürülmesinin, yüze uygulanan elbise askısının, yerde yatan kişiye fırlatılan dolabın, bıçak gibi kullanılan makasın, köpeğin saldırtılmasının, göze saplanan kurşun kalemin ya da kürdanın tehlikeli alet olarak kabul edildiği görülmektedir.¹⁷⁹

178 Hardtung, (n. 132) Rn. 20.

179 Sternberg Lieben, (n. 132) Rn. 4, 4.

Öğretide yer alan bir görüş yanmakta olan sigaranın vücuda bastırılması halinde özel bir tehlike yaratmaya elverişlilik söz konusu olmadığından bu fiilin silahla işlenmiş sayılmasından bahsedilemeyeceği yönündedir.¹⁸⁰ Yargıtay ise söz konusu durumda yanmakta olan sigaranın silah olduğu görüşüne sahiptir.¹⁸¹ Ancak bu konuda en başta kesin bir hükme varmak yerine yanmakta olan sigaranın kullanılış şeklinin ve ortaya çıkardığı neticenin dikkate alınarak hükme varılması daha yerindedir. Bu kapsamda şartları oluştuğu takdirde yanmakta olan sigaranın da silah değerlendirilmesi mümkündür.¹⁸² Zira kasten yaralama suçunda daha önce de belirtildiği üzere kullanılan şeyin niteliğinin, kullanılış şeklinin, mağdurun özelliklerinin de dikkate alınmak suretiyle potansiyel bir tehlike yaratmaya elverişli olup olmadığı dikkate alınmalıdır.¹⁸³ Bu kapsamda örneğin kurşun kalem bizatihi tehlikeli bir araç olarak nitelendirilemeyecekken, bebeğin bingılacağına saplandığında söz konusu kabul geçerli olmayacaktır.¹⁸⁴ Nitekim Y. 3. CD. 2018/13433 sayılı kararında kullanılan şeyin silah olarak değerlendirilebilmesi için bu şeyin yapısının, olayda kullanılış şeklinin, suçun icrası sırasında ayrı bir bilinçle kullanılıp kullanılmadığının, vuruş şiddetinin, hedef alınan yerin, mağdurun özelliklerinin dikkate alınmak suretiyle suçla korunan hukuki varlık veya menfaat üzerinde özel bir tehlike yaratmaya elverişli olmasının gerektiğini belirtmiştir.¹⁸⁵ Yine YCGK da 2019/606 sayılı kararıyla kasten yaralama suçu bakımından, yumruğun ya da tokadın ortaya çıkarabileceği zararın ötesinde yaralanmaya neden olabilen ve de yaralama tehlikesini barındıran, faile suçun işlenmesi bakımından avantaj ve üstünlük sağlayan, mağdurda ise korkutucu ve caydırıcı etki doğurarak mağdurun suça karşı direncini kırmak bakımından elverişli olan ve bu kapsamda saldırı ve savunmada etkin bir şekilde kullanılabilecek nitelikte olduğunu belirtmek suretiyle koltuk değneğinin 4. alt bent kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini bu nedenle ilk derece mahkemesince koltuk değneğinin silah olarak kabul edilmemesini hukuka aykırı bulmuştur. Böylelikle, saldırı ya da savunmada etkin şekilde kullanılan her bir şeyin, yapısı, kullanılış şekli ve de elverişlilik kriterinin dikkate alınması gerektiğine vurgu yapmıştır.¹⁸⁶ Ancak YCGK'nın önüne gelen bu olayda failin sağ bacağı tamamıyla

180 Erdem, (n. 17) 9. Aksi yönde bkz. Köken, (n. 11) 110.

181 Y. 3. CD. E. 2011/7911 K. 2012/24003 T. 11.06.2012 (Bkz. Kıldan ve Akdemir, (n. 21) 239, dp.71)

182 Eschelbach, (n. 168) Rn. 29.

183 Erdem, (n. 17) 9-10.

184 Paeffgen ve Böse, (n. 171) Rn. 14a.

185 Y. 3. CD. E. 2017/18534 K. 2018/13433 T. 20.9.2018 (Bkz. Salih Kocalar ve Yunus Biçen, *Kasten Yaralama Suçu Örneğinde Genel Hükümler*, (1. Bs., Seçkin Yayıncılık 2019) 154)

186 YCGK. E. 2017/3-377 K. 2019/606 T. 17.10.2019 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 11.2.2021.

kopuktur ve fail, kendince yaptığı bir koltuk değneğini kasten yaralama suçunda araç olarak kullanmıştır. Bu olayda failin tek ayağının üzerinde durmak suretiyle koltuk değneğiyle mağdura vurmasının ve bunun mağdurda yarattığı etkinin, beyzbol sopasını kullanan ve de iki bacağı da bulunan bir failin fiiliyle aynı olmadığı ortadadır. Nitekim YCGK'nın önüne gelen bu olayda failin mağdura koltuk değneğiyle vurmasının ardından dengesini kaybederek düştüğü ve mağdurun söz konusu fiil neticesince basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek şekilde yaralandığı alınan adli rapordan anlaşılmaktadır.¹⁸⁷ Bu kapsamda YCGK'nın somut olayın koşullarını dikkate almayarak koltuk değneğini silahtan sayması yerinde değildir.

Öğretide YCGK'nın söz konusu 2019/606 sayılı kararının ardından uygulamada kullanım şekli ve doğurduğu sonuçlar dikkate alınmak suretiyle herhangi bir aletin kullanılması halinde silah olarak kabul edilmeye başlandığı belirtilmektedir.¹⁸⁸

Fail şayet bedeni kuvvetini mağdura karşı uygularken, kendisini avantajlı konuma getiren, mağdurun üzerindeyse tehlike yaratmaya elverişli olan örneğin parmağındaki büyükçe bir yüzükle mağdura yumruk atarsa bu durumda artık kasten yaralama suçunun silahla işlendiğinden bahsedilmesi gereklidir.¹⁸⁹ Bu kapsamda örneğin Almanya'da uygulamada şayet failin ayağındaki ayakkabıyla birlikte mağdura saldırması halinde ayakkabı sağlam ya da ağır sa yahut da böyle bir özelliğe sahip olmamasına karşın örneğin mağdurun midesi gibi hassas bir bölgesi hedef alınmışsa ya da sert bir şekilde kullanılmışsa ayakkabının tehlikeli bir alet olduğu kabul edilmektedir. Hatta oldukça hafif bir ayakkabı giyen failin yerde yatan örneğin 72 yaşındaki mağdura vurması halinde de söz konusu hafif ayakkabının tehlikeli bir alet olarak kabulü gerektiğinden bahsedilmektedir. Buna karşın örneğin kayak ayakkabısıyla¹⁹⁰ basit bir tekmenin atılması halindeyse yine tehlikeli bir aletin varlığı kabul edilmelidir.¹⁹¹ Nitekim Yargıtay da ayaktaki postala benzeyen bir ayakkabıyı, yine herhangi bir nitelendirme yapmaksızın

187 Konya 8. Asliye Ceza Mahkemesi ise 28.12.2015 tarih ve 759-882 sayılı kararı için bkz. YCGK. E. 2017/3-377 K. 2019/606 T. 17.10.2019 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 11.2.2021.

188 Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt Madde 86-140*, (1. Bs., Adalet Yayınevi 2021) 3256.

189 Y. 3. CD. E. 2012/20159 K. 2013/19468 T. 13/05/2013 (Kıldan ve Akdemir, (n. 21) 241, dp. 89)

190 Yine failin ayağındaki buz pateni ayakkabısının da bu kapsamda değerlendirilebileceği yönünde bkz. Kıldan ve Akdemir, (n. 21) 241.

191 Sternberg Lieben, (n. 132) Rn. 4.

ayakkabıyı silahla yaralama olarak kabul etmektedir.¹⁹² Buna karşın Yargıtay’ın herhangi bir özellik arz etmeyen ayakkabının silah olarak kabul edilemeyeceği yönünde kararının da bulunduğu belirtilmelidir.¹⁹³ Ancak çalışmada da belirtildiği üzere ön bir kabulde kasten yaralama suçunda kullanılan bir şeyin silah olarak kabul edilip edilmemesi yerine somut olayın tüm koşullarına göre bir değerlendirme yapılması neticesinde kanaate varılması yerinde olacaktır.

c. “Saldırı ve Savunma Amacıyla Yapılmış Olmasa Bile Fiilen Saldırı ve Savunmada Kullanılmaya Elverişli Diğer Şeyler”le İlgili Olarak Özellik Arz Eden Bazı Hususlar

1. Hayvanın Bu Kapsamda Yer Alıp Almadığı Meselesi

Öğretide kasten yaralama suçu bakımından hayvanın da silah olarak sayılmasının mümkün olduğu, örneğin köpeğin kasten yaralama suçu bakımından elverişli olması nedeniyle 4. alt bent kapsamında silah olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır.¹⁹⁴ Bu kapsamda A’nın köpeğini B’yi ısırması için saldırtması örnek olarak verilebilir.¹⁹⁵ Bu görüşe göre köpeğin ısırması ile karna bıçak sokulması arasında bir fark bulunmadığı gibi bir objenin silah sayılabilmesi için insanın bedeni üzerinde ne şekilde bir etki

192 Y. 3. CD. E. 2009/5509 K. 2012/2448 T. 24.01.2012; Y. 3. CD. E. 2009/23644 K. 2012/5943 T. 21.2.2012; Y. 3. CD. E. 2012/12928 K. 2013/17838 T. 02.05.2013 (Karar metinleri için bkz. Kıldan ve Akdemir, (n. 21) 241, dp. 90.) Yargıtay’ın bu yaklaşımın yerinde olduğu yönünde bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, (n. 50) 261.

193 Y. 3. CD. 5904/21237, 26.12.2016 (Mustafa Artuç, *Kişilere Karşı Suçlar* (2. Bs., Adalet Yayınevi 2018) 431, dp. 794)

194 Yaşar, Gökcan ve Artuç, (n. 57) 159; Tezcan, Erdem ve Önok, (n. 50) 261. Örneğin Almanya’da köpek, yaralama suçunun işlenmesinde kullanıldığında “tehlikeli bir alet” olarak kabul edilmektedir. Bkz. Sternberg Lieben, (n. 132) Rn. 4.

195 Burada “Hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması” başlığını taşıyan ve “Gözetimi altında bulunan hayvanı başkalarının hayatı veya sağlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde serbest bırakan veya bunların kontrol altına alınmasında ihmâl gösteren kişi, altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır” şeklinde kaleme alınan TCK’nın 177. maddesinin üzerinde durulmasında fayda vardır. Şayet bir kimse “Gözetimi altında bulunan hayvanı başkalarının hayatı veya sağlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde serbest bırak”mışsa “veya bunların kontrol altına alınmasında ihmâl göster”mişse ve bu nedenle hayvanın bir kimseyi ısırarak yaralanmasına sebebiyet vermişse, yaralama suçundan dolayı bu hayvanı bırakan kimsenin sorumluluğu sahip olduğu manevi unsura göre belirlenmelidir. Nitekim yaralama suçunun kasten ve bu kapsamda olası kastla ya da taksirle ve bu kapsamda basit ya da bilinçli taksirle işlenmesi mümkündür. Bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, (n. 63) 213. Nitekim Yargıtay’ın da görüşü de bu yöndedir: “Sanığın, bekleme yaptığı inşaat alanında, ipini saldırdığı köpeklerden birinin mağdura saldırarak ısırması sonucu yaraladığı, TCK’nın 177. maddesinde “...veya gözetimi altında bulunan hayvanı başkalarının sağlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde kontrol altına almakta ihmâl gösteren” halinin suç olarak düzenlendiği, maddede belirtilen suçun tehlike suçu olduğu, somut olayda ise kişinin yaralanması sebebiyle şikayete bağlı olan TCK’nın 89/1. maddesi kapsamında zarar suçunun da oluştuğu, taksirle yaralama suçundan şikayetten vazgeçmiş olması karşısında, sanık hakkında CMK’nın 226. maddesi uyarınca TCK’nın 177. maddesinden ek savunma hakkı tanınarak bu suçtan mahkumiyet hükmü kurulması gerektiği halde, yanlış değerlendirme sonucu taksirle yaralama suçundan şikayetten vazgeçme sebebiyle davanın düşmesine karar verilmesi,” Y. 12. CD. E. 2016/5424 K. 2018/951 T. 5.2.2018 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 26.10.2021.

gösterdiğinin de önemi bulunmamaktadır.¹⁹⁶ Ayrıca hayvanın eşya olarak kabul edilmesi de bu görüşün benimsenmesinde etkili olmaktadır.¹⁹⁷ Yargıtay'ın da kasten yaralama suçuyla ilgili görüşü bu yöndedir.¹⁹⁸

Hayvanın kasten yaralama suçunda silah olarak kabul edilmesi durumuyla tutarlı olabilmek adına örneğin isnat yeteneği bulunmayan bir insanın failin kontrolünde “alet” olarak kullanılması halinde de silahın kullanıldığından bahsedilmesinin gerektiği belirtilmektedir.¹⁹⁹ Ancak yerinde olarak öğretide aksi de savunulmaktadır.²⁰⁰ Nitekim hayvanın TCK'nın 6. maddesinin (f) bendinin 1, 2., 3. ve de 5. alt bentlerine girmediği açıktır. Hükmün 4. alt bendi bakımından değerlendirmek gerekirse de 4. alt bentte “*saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile*” şeklindeki ifadeye yer verilmesi silah olarak kabul edilen şeylerin saldırı ve savunma amacı taşımasa dahi hangi amaçla olursa olsun²⁰¹ insan tarafından yapılan bir şey olması gerektiği şeklinde yorumlanmaya elverişlidir. Bir diğer yorum ise canlı bir varlık olan hayvanın insan tarafından kullanılan bir araç ya da gereç yahut da nesne olarak kabul edilemeyeceği yönündedir.²⁰² Ancak söz konusu yorumun Türk hukuk sisteminde hayvanın eşya olarak kabul edilmesi karşısında (her ne kadar kabul etmek istenilmese de)²⁰³ benimsenmesinin sorunlu olduğu belirtilmelidir.

Söz konusu tartışmalara mahal vermeksizin ve hayvanın da kasten yaralama suçunda kullanılmasının silah olarak kabul edilmesi isteniyorsa bu konuda Fransız Ceza Kanunu'nun (Fr. CK) 132-75. maddesinin 4. fıkrasına²⁰⁴ benzer bir düzenlemenin

196 Erdem, (n. 17) 7, dp. 37; Köken, (n. 11) 102-103.

197 Hardtung, (n. 132) Rn. 15.

198 “*Sanığın, tartıştığı müştekiye yanında bulunan köpeğini saldırtarak müştekiye adli rapora göre basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralaması olayında, sanığın gerçekleşen eyleminin silahla kasten yaralama suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin, suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi,*” Y. 3. CD. E. 2013/30417 K. 2014/3632 T. 30.1.2014 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 5.10.2021. Yine benzer yönde bkz. Y. 2. CD. E. 2009/49963 K. 2009/49963 (Yurtcan, (n. 149) 84). Buna karşın yağma bakımındansa köpeğin silah olarak değerlendirilmeyeceği yönündeki karar için bkz. 6. Ceza Dairesi 2015/800 E. , 2015/40132 K. 28.04.2015 <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> Erişim Tarihi 11.11.2021. Söz konusu durum uygulamadaki çelişkiyi göstermektedir.

199 Hilgendorf, (n. 6) 817-818.

200 Parlar, (n. 58) 1104. Bu görüşün benimsenmemesi halinde hâkimin TCK'nın 61. maddesi gereğince cezayı alt sınırdan uzaklaşmak suretiyle vermesinin mümkün olduğu belirtilmelidir. Bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, (n. 63) 213; Kıldan ve Akdemir, (n. 21) 241-242.

201 Kıldan ve Akdemir, (n. 21) 230.

202 Özbek, Doğan ve Bacaksız, (n. 63) 213; Kıldan ve Akdemir, (n. 21) 242.

203 Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* (1. Bs., Yetkin Yayınları 2013) 9.

204 <https://www.legislationline.org/download/id/3316/file/France_Criminal%20Code%20updated%20on%2012-10-2005.pdf> 24-25 Erişim Tarihi 11.11.2021.

TCK’nın 6. maddesinde yer verilmesi daha yerinde bir tercih olacaktır. Nitekim söz konusu hükümde bir hayvanın öldürmek, yaralamak ya da tehdit amacıyla kullanılması halinde de bir silahın kullanıldığıнын kabul edileceği belirtilmektedir.²⁰⁵

2. İnsanın Bedenine İlişkin Kısımların Bu Kapsamda Yer Alıp Almadığı Meselesi

İnsanın bedeni²⁰⁶ ve bu kapsamda bedenine ilişkin kısımlar örneğin el, kafa ya da ayak gibi uzuvlar her ne kadar işlenmesi kast edilen yaralama suçu bakımından saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli olsa da failin beden bütünlüğüne dahil olmaları,²⁰⁷ failin varlığından ayrı bir varlığa sahip olmamaları²⁰⁸ (Al. CK bakımındansa “alet” olarak kabul edilemeyecek olmaları) nedeniyle²⁰⁹ 4. alt bent kapsamında değerlendirilemez.²¹⁰ Bu kapsamda örnek olarak failin mağduru dişleriyle ısırması, uzattığı tırnaklarıyla mağdurun yüzünü çizmesi,²¹¹ mağdura yumruk atması, elinin kenarıyla tokat atması, ayağıyla ya da diziyile tekme atması²¹² ya da kafa atması verilebilir. Söz konusu durumlarda, failin dişinin, tırnaklarının, yumruğunun, elinin kenarının, ayağının, dizinin ya da kafasının silah olarak kabulünden bahsedilemez.²¹³

Dövüş sporları bakımından bedenin bölümlerinin kullanılması her ne kadar suçun hukuki konusu üzerindeki tehlikeyi arttırmaktaysa da bedenin silah olarak kabul edilmesinin temelinde bedenin silah ve esasında alet olarak kabul edilmemesi yatmaktadır.²¹⁴ Bu kapsamda kasten yaralama suçu bakımından basit bir tokat, hafif nitelikteki bir itme “basit bir tıbbî müdahaleyle” giderilebilecek şekilde kabul edilerek TCK’nın 86. maddesinin 2. fıkrası kapsamında hafif yaralama olarak kabul edilecekken,²¹⁵

205 Ayrıca maddede hayvanın sahibi mahkûm edilirse ya da kim olduğu belirlenemezse mahkemenin hayvanı, korunması için elden çıkarma yetkisine de sahip olan tescilli bir kamu hizmeti kurumuna verebileceği düzenlenmektedir.

206 Sternberg Lieben, (n. 132) Rn. 3a; Erdem, (n. 17) 1.

207 YCGK. E. 2017/3-377 K. 2019/606 T. 17.10.2019 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 11.2.2021.

208 Hilgendorf, (n. 6) 822.

209 Nitekim bu görüşe göre alet, biyolojik olarak sınırlı olan insanın performansını artırmak için kullanılan araçtır. Bkz. Paeffgen ve Böse, (n. 171) Rn. 14.

210 Özbek, Doğan ve Bacaksız, (n. 63) 212; Sınar, Altunç, Keskin Kızıroğlu, Yıldız, Bostancı Bozbayındır, Erman, Eroğlu Erman, Kurt, Bayraktar ve Memiş Kartal, (n. 63) 155. Söz konusu durumda amaçsal yorum gereği tehlikeli bir aletten bahsetmenin mümkün olduğu ve hatta fail tarafından uygulanan güçle, üçüncü bir kişinin uzvunun mağdura yönelik saldırıda kullanılması halinde de tehlikeli bir aletin varlığının söz konusu olduğu yönünde bkz. Hilgendorf, (n. 6) 822.

211 Artuk, Gökçen ve Yenidünya, (n. 83) 83.

212 Tezcan, Erdem ve Önok, (n. 50) 260-261.

213 Kıldan ve Akdemir, (n. 21) 241.

214 Paeffgen ve Böse, (n. 171) Rn. 14.

215 Konya 8. Asliye Ceza Mahkemesi ise 28.12.2015 tarih ve 759-882 sayılı kararı için bkz. YCGK. E. 2017/3-377 K. 2019/606 T. 17.10.2019 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 11.2.2021.

dövüş sporlarıyla ilgilenen bir kimsenin örneğin bir boksörün, karatecinin ya da güreşçinin al ya da ayak hareketleriyle yaralama suçunu gerçekleştirmesi halinde elbette ki temel cezanın TCK'nın 61. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendi uyarınca ortaya çıkan tehlikenin ya da zararın ağırlığına göre belirlenmesi gereklidir.²¹⁶

Failin vücudunun ayrılmaz bir parçası niteliğinde protezler de suçun işlenmesinde araç olarak kullanıldıklarında silah kabul edilemeyecekken, protez dişin ya da kolun yerinden çıkarılıp suç işlenmesi halinde somut olaya göre değerlendirmenin yapılması gereklidir.²¹⁷

3. Yalnızca Taşınırların mı Bu Kapsamda Yer Aldığı Meselesi

Ceza hukukunda “taşınır” ifadesinin, medeni hukuka nazaran daha geniş şekilde kabul edildiği belirtilmelidir. Bu kapsamda taşınmazdan sökülen ya da sökülebilen şeylerin dahi taşınır olarak kabul edilmesi gerekmektedir.²¹⁸ Yani ceza hukukuna göre bir şeyin taşınır olarak kabul edilebilmesi, fiilen taşınmasının mümkün olmasına bağlıdır.²¹⁹ Bu kapsamda öğretide ağırlıklı olarak 4. alt bent kapsamındaki şeyin taşınabilir olmasının gerekliliği savunulmaktadır.²²⁰ Taşınmazlarınsa silah olarak kabulünden bahsedilemeyeceği belirtilmektedir.²²¹ Yine örneğin mağdurun duvara doğru ittirilmek suretiyle duvara çarptırılması ya da merdivenden aşağı ittirilerek kafasının sert zemine çarptırılması suretiyle yaralanması halinde suçun silahla işlendiğinden bahsedilemez.²²² Sabit bir direğe doğru ittirilen mağdur bakımından da ortaya çıkan sonuç ne kadar ağır olsa da bu direk silah kapsamında değerlendirilmemelidir.²²³ Ayrıca bu görüşe göre taşınabilir ve silah olarak kabul edilen şeyin mağdura mı yoksa mağdurun mu silaha yöneltildiğinin bir önemi bulunmamaktadır.²²⁴ Yerde duran sivri uçlu bir taşla doğru mağdurun ittirilmesi bu kapsamda örnek olarak verilmektedir.²²⁵

216 Köken, (n. 11) 106.

217 Artuk, Gökçen ve Yenidünya, (n. 83) 83. Alçılanan kolun da tehlikeli bir alet kapsamında değerlendirilebileceği yönünde bkz. Sternberg Lieben, (n. 132) Rn. 4.

218 Toroslu ve Toroslu (n. 1) 136.

219 Tezcan, Erdem ve Önok, (n. 50) 744.

220 Erdem, (n. 17) 1; Centel, Zafer ve Çakmut, (n. 1) 161.

221 Yaşar, Gökcan ve Artuç, (n. 57) 159; Tezcan, Erdem ve Önok, (n. 50) 261.

222 Tezcan, Erdem ve Önok, (n. 50) 261.

223 YCGK. E. 2017/3-377 K. 2019/606 T. 17.10.2019 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 11.2.2021.

224 Kühl, (n. 121) Rn. 4.

225 Sternberg Lieben, (n. 132) Rn. 3a, 7.

4. alt bentte “*diğer şeyler*” ifadesine yer verildiği görülmektedir. Bunun sadece taşınır ya da taşınmazla sınırlandırılması ya da Alman ceza hukuku uygulamasında olduğu üzere tehlikeli bir alet bakımından insan üretimi olan bir madde şeklinde sınırlandırılması²²⁶ söz konusu olamamaktadır. Bu nedenle Alman ceza hukuku öğretisinde yerinde olarak savunulduğu üzere şeyin taşınabilir olmasının zorunlu olmaması²²⁷ şeklindeki görüşün 4. alt bent kapsamında geçerli olması savunulabilir. Nitekim bir kimseyi sabit bir kaya parçasına itirmekle, bir kimseye taş atmak bakımından yaratılan tehlike açısından hiçbir fark yoktur.²²⁸ Yine bir kimseyi örneğin evin duvarına doğru itirmekle, bir kimseye çekiçle vurma halinde etkilerinin benzer olduğunu söylemek amaçsal yorum açısından yerindedir.²²⁹ Bir şeyin silah olarak değerlendirilmesinde potansiyel tehlikeliliği, mağdurda korku yaratması gibi ölçütlerden hareket edildiğinde bu şeyin taşınır ya da taşınmaz olması arasında herhangi bir farklılığa gidilmesi yerinde değildir. Bu kapsamda bir anlamda neticenin belirleyici olmasından hareket edilmesi gerektiğini söylemek olanaklıdır.²³⁰

4. Ceza Muhakemesinde Karşılaşılan Sorunlar

Silahla kasten yaralama suçundan bahsedilebilmesi için suçun icrası esnasında silahın kullanılması gereklidir.²³¹ Örneğin fail silahı yanında bulundurmasına karşın silahı kasten yaralama suçunun icrası esnasında kullanmamışsa artık nitelikli halin uygulanmasından bahsedilemez.²³² İşin doğası gereği silahla yaralama suçu bakımından örneğin silahın mağdura isabet ettirilememesi örneğinde olduğu üzere silahın mağdurun üzerinde yaralama neticesine sebebiyet vermemesi halinde teşebbüs halinde kalan bir durum vardır²³³ ve failin ceza sorumluluğu TCK’nın 86. maddesinin 3. fıkrasının (e)

226 Paeffgen ve Böse, (n. 171) Rn. 15.

227 Hardtung, (n. 132) Rn. 15.

228 Küpper ve Börner, (n. 175) 66.

229 Paeffgen ve Böse, (n. 171) Rn. 14.

230 Köken, (n. 11) 99.

231 Aydın, (n. 63) 57; Özbek, Doğan ve Bacaksız, (n. 63) 212.

232 Sınar, Altunç, Keskin Kızıroğlu, Yıldız, Bostancı Bozbayındır, Erman, Eroğlu Erman, Kurt, Bayraktar ve Memiş Kartal, (n. 63) 153.

233 YCGK. E. 2017/3-377 K. 2019/606 T. 17.10.2019 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 11.2.2021.

bendi ve 35. maddesi uyarınca belirlenmelidir.²³⁴

Çalışmada kasten yaralama suçunda fail tarafından kullanılan şeyin somut olayda ortaya çıkardığı tehlike dikkate alınarak bunun silah sayılıp sayılmayacağını belirlenmesi gerektiğinden bahsedilmişti. Her somut olay bakımından hâkim, değerlendirmesini ve bu kapsamda fail tarafından kullanılan şeyin silah niteliğine sahip olup olmadığını 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 63. maddesinin 1. fıkrası uyarınca “*genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümler*”²³⁵ ancak bu koşullarda gereken çözümlenmeyi yapamadığı takdirde bilirkişiye başvurmalıdır.²³⁶ Nitekim bu başvuru yapılmaksızın verilen bir

234 “*pasta ustası olarak çalışan tarafların arasında çay demleme meselesinden çıkan tartışma sonrasında mağdur ...'un sanık ...'e yumruk vurarak hamurların yapıldığı tezgahın üzerine düşürdüğü buradan itiş kakış yaşayarak beraber yere düştükleri, sonrasında, mağdurun aşamalarda alınan sanığın kendisine bıçak fırlattığını, ancak bıçağın kendisine isabet etmediğine dair beyanı, sanığın da mağdurun kendisine odun ile vurması üzerine tezgahdaki bıçağı alıp ona attığına, ancak değmediğine ilişkin savunmaları ve 18.06.2015 tarihli CD İnceleme Tutanağı karşısında, olay günü tarafların karşılıklı birbirlerini darp ettikten sonra sanığın ayrıca mağdura tezgahın üzerindeki bıçağı da fırlattığının anlaşıldığı olayda, sanığın mağduru kasten yaralamaya yönelik birden çok eyleminin aynı suç işleme kastıyla çok kısa zaman aralığı içerisinde gerçekleştirilmesi nedeniyle, olay bir bütün olarak değerlendirilerek ve Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2015/3-1206 Esas- 2020/31 Karar sayılı kararı da göz önüne alınarak, sanığın mağdura yönelik eyleminin silahla kasten yaralamaya teşebbüs olarak değerlendirilmesi ve sanık hakkında - ek savunma da verilmesi suretiyle - TCK'nin 86/2, 86/3-e ve 35. maddeleri uyarınca uygulama yapılırken tamamlanmış basit yaralama suçu için öngörülen cezanın altına düşmeyecek şekilde bir ceza belirlenmesi gerektiği gözetilmeden, sanık hakkında TCK'nin 86/2. maddesi gereğince şikayetten vazgeçme nedeniyle kamu davasının düşürülmesine karar verilmesi,” Y. 3. CD. E. 2020/16006 K. 2021/71 T. 4.1.2021<www.kazanci.com> Erişim Tarihi 4.11.2021.*

235 “*5 cm uzunluğunda, 0,5 cm genişliğinde, uç kısmın sivri ve bu hâliyle yaralayıcı özelliğe sahip olduğu tespit edildiğinden bahisle vidanın silah kabul edilmesi gerektiğinin duruşma tutanağında açıkça belirtilmesi, sanığın bu tespite karşın suç eşyası üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmasına ilişkin CMK'nin 63. maddesi uyarınca bir talebinin bulunmaması ve suça konu eşyanın TCK'nin 6. maddesi uyarınca silah kapsamında kalıp kalmadığı hususunun çözümünün uzmanlığı gerektiren bir durum olmayıp her somut olayda deliller değerlendirilerek suretiyle hâkime ait bir görev olması birlikte değerlendirildiğinde, suça konu vidanın TCK'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendinin 4. alt bendinde tanımlanan “saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler” kapsamında kaldığı, böylece aynı Kanun'un 297. maddesinde düzenlenen suçun maddi konusunu oluşturduğu hususunda herhangi bir tereddüt bulunmadığından, suça konu vidanın silah kapsamında olup olmadığının tespiti bakımından bilirkişi raporu alınmasına gerek bulunmayıp Yerel Mahkemece dosyadaki mevcut delillerle hüküm kurulmasında herhangi bir isabetsizlik bulunmamaktadır.” YCGK. E. 2016/16-1161 K. 2019/126 T. 21.2.2019 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 13.2.2021.*

236 YCGK. E. 2017/3-377 K. 2019/606 T. 17.10.2019 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 11.2.2021.

kararın Yargıtay tarafından bozmayı gerektireceği belirtilmelidir.²³⁷ Zira bir şeyin silah olup olmadığının değerlendirilmesi teknik bilgiyi gerektirebilmektedir.²³⁸

Kasten yaralama suçunda kullanılan şeyle ilgili herhangi bir değerlendirme yapılmaması da bozmayı gerektiren bir durum olarak ortaya çıkmaktadır.²³⁹ Şeyin ele geçirilemediği haller bakımından değerlendirilmenin işlenen suçun mahiyeti de dikkate alınarak "elverişlilik" özelliği dikkate alınmak suretiyle yapılması gereklidir.²⁴⁰ Ancak bu durumda suçta kullanıldığı iddia edilen şeyin, silah olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğiyle ilgili olarak mağdurun, sanığın ve de varsa tanığın beyanları dikkate alınmak suretiyle bu şeyin niteliğinin (uzunluğuna, kalınlığına yine örneğin bir sopa kullanılmışsa hangi ağaçtan yapıldığına ilişkin belirlemeler yapılmaya çalışılarak),²⁴¹ söz konusu şeyin mağdurdaki yaralanmaya sebebiyet verebilecek nitelikte

237 "Sanığın suçta kullandığı tel parçasının, 765 sayılı TCK.nun 189. maddesi kapsamında silahtan sayılıp sayılmayacağı hususunda bilirkişi incelemesi yaptırılmadan tayin olunan cezanın aynı kanunun 457/1. maddesi ile artırılması... bozmayı gerektirmiştir" Y. 2. CD. E. 2004/24356 K. 2005/30313 T. 21.12.2005 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 11.2.2021. "5237 sayılı Yasanın 297. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen suçun maddi unsuru, infaz kurumu veya tutukevine silah sokulması yahut bulundurulması olduğuna göre, suça konu nesnenin 5237 sayılı Yasanın 6. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendinde silah olarak tanımlanan maddelerden olup olmadığı saptanmalıdır. Somut olayda, sanığın hükümlü olarak kaldığı infaz kurumunda çamaşır mandalının telinden imal edilip koğuştaki bulundurduğu, uç kısmı 4 cm uzunluğunda olan, kalem içine monte edilmiş ve tığ olarak kullandığı belirtilen aletin, saldırı ve müdafaa olarak kullanılmak üzere özel olarak hazırlanmış aletlerden olmadığı Yerel Mahkemece kabul edilmiş ise de, bu aletin mevcut durumu itibarıyla fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli nesnelere olup olmadığı tam olarak ve denetlenebilir düzeyde açıklığa kavuşturulmamıştır. Bu durumda soruşturma genişletilip, suça konu aletle ilgili olarak Adli Tıp Kurumu'ndan rapor alınarak yargılama konusu aletin fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli nesne niteliği taşıyıp taşımadığının, 5237 TCY'nın 6. maddesindeki tanımlardan hareketle aynı Yasanın 297. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilen silah niteliğine sahip olup olmadığının kuşkuyla ortadan kaldıracak biçimde saptanması ve bilahare yapılacak değerlendirme ile sanığın hukuki durumunun gerek suç tarihinde geçerli olan normlara ve gerekse hükümden sonra yürürlüğe giren ve kısmen lehte düzenlemeler de içeren 5237 sayılı Yasanın 297. maddesinin 1. ya da 2. fıkralarına uyup uyumadığının denetlenilebilir gerekçelerle belirlenmesi gerekmektedir." Bu karar oyçokluğuyla verilmiş olup karşı oy kullanan üyeler söz konusu aletin "tıg" niteliğinde olduğunu ve bu kapsamda delici bir niteliğe sahip bulunduğunu ve silah olarak kabul edilmesini gerektiğini belirtmişlerdir. YCGK. E. 2006/4-202 K. 2006/196 T. 19.9.2006 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 12.2.2021.

238 Soyaslan, (n. 96) 176.

239 "Sanık Kemal K.'nin etkili eylem suçunda kullandığı iddia edilen soba maşasının yayladaki evinde bulunduğu müşteki Gülfidan K.'nin beyanından anlaşılma, buradan temin edilerek, 765 sayılı TCK.nun 189. maddesi kapsamında silahtan sayılıp sayılmayacağı hususunda bilirkişi incelemesi yaptırılmadan tayin olunan cezanın aynı kanunun 457/1. maddesi ile artırılması... bozmayı gerektirmiştir" Y. 2. CD. E. 2004/7935 K. 2005/25313 T. 16.11.2005 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 11.2.2021.

240 YCGK. E. 2008/3-25 K. 2008/22 T. 12.2.2008 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 11.2.2021.

241 Kıldan ve Akdemir, (n. 21) 243.

olup olmadığının belirlenmek suretiyle sonuca ulaşılmalıdır.²⁴² Buna karşın olayda silahın kullanılıp kullanılmadığı hususu şüpheli kalmışsa bu durumda suçun nitelikli halini oluşturan silahın bulunmadığının kabulü gerekmektedir.²⁴³

IV. Kasten Yaralama Suçunun “Saldırı ve Savunmada Kullanılmak Üzere Yapılmış Her Türü Kesici, Delici veya Bereleyici Alet” ile mi yoksa “Saldırı ve Savunma Amacıyla Yapılmış Olmasa Bile Fiilen Saldırı ve Savunmada Kullanılmaya Elverişli Diğer Şeyler” ile mi İşlendiği Sorunu

Öğretide ve uygulamada kasten yaralama suçunda kullanılan aletin TCK'nın 6. maddesinin (f) bendinin 3. mü yoksa 4. alt bendine mi girdiği hususunda farklı değerlendirmelerin yapıldığı görülmektedir. Hatta kullanılan aletin TCK'nın 6. maddesinin (f) bendi kapsamına girdiğine ilişkin değerlendirmeye yetinildiği, alt bentler arasında bir sınıflandırmanın yapılmadığı da görülmektedir. Örneğin Y. 3. CD. kasten yaralama suçuyla ilgili olarak bıçağın,²⁴⁴ sopanın,²⁴⁵ satırın,²⁴⁶ plastik taburenin,²⁴⁷ cep telefonunun,²⁴⁸ kazmanın,²⁴⁹ tahranın ve küreğin,²⁵⁰ nacağın,²⁵¹ tornavidanın,²⁵²

242 “Kasten yaralama suçunda kullanılan ve ele geçirilemeyen sopyayla taşların biçimi ve özellikleri katılan, sanıklar ve tanıklardan sorulup, katılana ait adli raporda gösterilen yaralanmasının meydana geliş biçimi ve ölçütleriyle vücutta meydana getirdiği tahribatın ağırlığı itibarıyla bu sopyayla taşların silah sayılmasına elverişli özellikler taşıyıp taşımadığı, dolayısıyla 5237 Sayılı T.C.K.nun 6. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendinde açıklanan saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış veya saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli eşya olup olmadığı hususları irdelenip kesin olarak belirlenmeden, yetersiz bilirkişi beyanına istinaden, sopa ve taşların silahtan sayılarak sanıklar hakkında 5237 Sayılı T.C.K.nun 86/3-e maddesi uyarınca artırım yapılması” Y. 2. CD. E. 2010/36390 K. 2012/42420 T. 1.10.2012 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 13.2.2021. Yine benzer yönde bkz. Y. 3. CD. E. 2012/34667 K. 2013/10076 T. 12.3.2013 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 4.11.2021.

243 “Tüm bunlara göre, etkili eylem suçunun silahtan sayılan kesici alet kullanılarak gerçekleştirildiği gerek tarafların anlatımları gerekse maddi bulgular ve doktor raporlarıyla kanıtlanamamış olup olayda TCY'nun 457/1. maddesinin uygulanmasına olanak bulunmadığından Yargıtay C. Başsavcılığının bu hususa ilişkin itirazının reddi gerekir” YCGK. E. 2002/4-152 K. 2002/294 T. 9.7.2002 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 12.2.2021.

244 Y. 3. CD. E. 2020/9441 K. 2020/9480 T. 13.7.2020 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 18.11.2021.

245 Y. 3. CD. E. 2020/4612 K. 2020/11796 T. 28.9.2020; Y. 3. CD. E. 2020/7024 K. 2020/19524 T. 17.12.2020 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 18.11.2021.

246 Y. 3. CD. E. 2020/15873 K. 2020/11646 T. 24.9.2020; Y. 3. CD. E. 2012/21207 K. 2013/23998 T. 10.6.2013 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 28.10.2021.

247 Y. 3. CD. E. 2014/31806 K. 2015/9654 T. 17.3.2015 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 21.10.2021.

248 Y. 3. CD. E. 2020/4594 K. 2020/6453 T. 11.6.2020 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 3.11.2021.

249 Y. 3. CD. E. 2013/17720 K. 2014/5197 T. 13.2.2014 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 21.10.2021.

250 Y. 3. CD. E. 2017/16091 K. 2018/10838 T. 7.6.2018 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 13.2.2021.

251 Y. 3. CD. E. 2019/10879 K. 2019/9677 T. 7.5.2019 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 21.11.2021.

252 Y. 3. CD. E. 2019/13039 K. 2019/22345 T. 4.12.2019 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 13.2.2021.

pensenin,²⁵³ peçeteliğın,²⁵⁴ bilgisayar kablosunun ve çakmağın,²⁵⁵ plastik okey istakasın,²⁵⁶ çay bardağın,²⁵⁷ cam bardağın,²⁵⁸ kül tablasın,²⁵⁹ kampetin ve pompanın,²⁶⁰ meyve kasasın,²⁶¹ “plastik kaplı kablo şeklindeki bisiklet kilidi”nin,²⁶² su damacanasın,²⁶³ biriketin,²⁶⁴ demir borunun,²⁶⁵ demir sopanın,²⁶⁶ sandalyenin,²⁶⁷ parke taşın,²⁶⁸ anahtarlığın,²⁶⁹ soba ızgarasın,²⁷⁰ cep telefonunun,²⁷¹ kaldırım taşın,²⁷² sıcak kahvenin,²⁷³ yemek çatalın,²⁷⁴ kabağın,²⁷⁵ falçatanın,²⁷⁶ piknik tütünün,²⁷⁷ ayakkabın,²⁷⁸ TCK’nın 6. maddesinin (f) bendi kapsamında silahtan sayıldığını belirtmiş ancak hangi alt bendine girdiğine ilişkin bir değerlendirmede bulunmamıştır. Söz konusu durum yalnızca 3. CD. bakımından geçerli olmadığı belirtilmelidir.

- 253 Y. 3. CD. E. 2015/28579 K. 2016/9520 T. 14.4.2016 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 28.10.2021.
254 Y. 3. CD. E. 2018/61 K. 2018/14801 T. 9.10.2018 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 28.10.2021.
255 Y. 3. CD. 24137/2385, 8.2.2016 (Gökcan ve Artuç, (n. 188) 3315)
256 Y. 3. CD. E. 2014/6168 K. 2014/27181 T. 3.7.2014 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 22.11.2021.
257 Y. 3. CD. E. 2017/8217 K. 2018/2715 T. 20.2.2018 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 13.2.2021.
258 Y. 3. CD. E. 2019/16849 K. 2019/20865 T. 18.11.2019 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 28.10.2021.
259 Y. 3. CD. E. 2020/11628 K. 2020/15841 T. 9.11.2020 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 28.10.2021.
260 Y. 3. CD. 31858/14952, 27.6.2016 (Gökcan ve Artuç, (n. 188) 3314)
261 Y. 3. CD. E. 2017/8622 K. 2018/1770 T. 12.2.2018 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 28.10.2021.
262 Y. 3. CD. E. 2012/21974 K. 2013/21164 T. 22.05.2013 (Kıldan ve Akdemir, (n. 21) 238, dp. 69)
263 Y. 3. CD. E. 2017/17524 K. 2018/11550 T. 26.6.2018 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 14.2.2021.
264 Y. 3. CD. E. 2018/9591 K. 2019/6618 T. 28.3.2019 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 13.2.2021.
265 Y. 3. CD. E. 2020/5790 K. 2020/8055 T. 30.6.2020 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 13.2.2021. ETCK dönemindeyse demir borunun silahtan sayılmadığı görülmektedir. Y. 4. CD. 674/2106 15.3.1994 T. (bkz. Özbeke, Doğan ve Bacaksız, (n. 63), 212, dp. 40)
266 Y. 3. CD. E. 2018/10001 K. 2019/15050 T. 10.7.2019 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 13.2.2021.
267 Y. 3. CD. E. 2020/3904 K. 2020/11345 T. 22.9.2020 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 13.2.2021.
268 Y. 3. CD. E. 2019/4657 K. 2019/12573 T. 13.6.2019 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 13.2.2021.
269 Y. 3. CD. 8194/1843, 23.2.2017 (Gökcan ve Artuç, (n. 188) 3313)
270 Y. 3. CD. E. 2015/402 K. 2015/16161 T. 6.5.2015 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 13.2.2021.
271 Y. 3. CD. E. 2020/4594 K. 2020/6453 T. 11.6.2020 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 23.11.2021. Ancak ETCK döneminde yaralama suçunda kullanılan telsiz silah olarak kabul edilmediği belirtilmelidir. Y. 3. CD. 2006/10634 E. 2007/8056 K. 7.11.2007 T. (Yaşar, Gökcan ve Artuç, (n. 57) 226)
272 Y. 3. CD. E. 2017/4664 K. 2017/15784 T. 30.11.2017 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 13.2.2021.
273 Y. 3. CD. 2012/20101 E. 2013/15197 K. (Yurtcan, (n. 149) 78-79)
274 Y. 3. CD. 17116/9825, 4.7.2017 (Gökcan ve Artuç, (n. 188) 3312)
275 Y. 3. CD. 32256/11323, 4.5.2016, (Artuç, (n. 193) 430, dp. 785)
276 Y. 3. CD. E. 2019/625 K. 2019/7634 T. 9.4.2019 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 13.2.2021.
277 Y. 3. CD. E. 2015/27934 K. 2016/7954 T. 30.3.2016 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 13.2.2021. ETCK dönemindeyse piknik tütünün silah sayılmayacağı yönünde verilen Y. 4. CD’nin 1440/2670, 6.4.1993 tarihli kararı için bkz. Erdem, (n. 17) 11.
278 Y. 3. CD. 2012/33887 E. 2013/37253 K. (Yurtcan, (n. 149) 78)

Nitekim örneğin Y. 18. CD. jileti,²⁷⁹ YCGK sustalı bıçağı,²⁸⁰ Y. 1. CD. muştaayı,²⁸¹ “70 cm uzunluğunda içi beton dolu demir boru”yu,²⁸² sopayı,²⁸³ Y. 8. CD. ise “sallama olarak tabir edilen bıçağın sap kısmı”nı,²⁸⁴ TCK’nın 6. maddesinin (f) bendi kapsamında silah olarak kabul etmiş ancak bunun hangi alt bent kapsamında yer aldığına ilişkin bir belirleme bulunmamıştır.

Buna karşın Y. 3. CD. kasten yaralama suçuyla ilgili olarak 2017/11142 sayılı kararında²⁸⁵ bıçağı 3. alt bent kapsamında değerlendirmişken; 2020/20033 sayılı kararındaysa²⁸⁶ 4. alt bent kapsamında değerlendirmiştir. Yine Y. 2. CD. kamçıyı 2008/3914 sayılı kararında²⁸⁷ 3. alt bent; 3. CD. ise 2015/3070 sayılı kararında²⁸⁸ 4. alt bent kapsamında değerlendirmiştir.

Elbette ki her iki alt bent de silah başlığının altında yer aldığından söz konusu durum varılacak sonucu değiştirmeyecektir. Buna karşın TCK’nın 6. maddesinin (f) bendinde ayrıca ve açıkça belirtilen bentler karşısında ve ceza hukukunda benimsenen kanunilik ilkesi gereğince bu belirlemenin yapılması gereklidir. Nitekim Anayasa’nın “*duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması*” başlıklı 141. maddesinin 3. fıkrasında “*bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır*” şeklindeki hükmü de bu

279 “Cezaevinde hükümlü olan sanığın suç tarihinde Cumhuriyet Savcısı olan müşteki ...’e ilettiği taleplerinin karşılanmaması nedeniyle müşteki cezaevinden ayrıldıktan sonra aynı gün bu konuyu konuşmak için infaz koruma memuru olan katılanlar ..., ... ve ... ile birlikte başmemurluk odasına giderken cebinden çıkardığı ve silah niteliğinde sayılan jilet ile katılanlara saldırdığı daha sonra odada bekletilirken yine katılanlara yönelik olarak “Dışarıda elbet bir gün hepinizle karşılaşırız” diyerek sair tehditte bulunduğu biçiminde gerçekleşen olayda eylemlerinin bir bütün halinde TCK’nın 265/1-4 ve 43/2. maddelerinde düzenlenen görevi yaptırmamak için direnme suçunu oluşturduğu gözetilmeden, katılanlara yönelik yaralama, tehdit ve görevi yaptırmamak için direnme suçlarından ayrı ayrı hüküm kurulması... Kabule göre de, katılanlara yönelik tehdit suçlarının TCK’nın 106/1. maddesinin 2. cümlesinde düzenlenen suç oluşturduğu gözetilmeden, aynı maddenin 1. cümlesi uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi,” Y. 18. CD. E. 2019/8978 K. 2020/6627 T. 8.6.2020 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 12.2.2021.

280 YCGK. E. 2015/3-1206 K. 2020/31 T. 28.1.2020 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 21.10.2021.

281 Y. 1. CD. E. 2020/4373 K. 2021/7404 T. 21.4.2021 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 25.10.2021.

282 Y. 1. CD. E. 2012/4346 K. 2012/9282 T. 11.12.2012 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 13.2.2021.

283 Y. 1. CD. E. 2008/5933 K. 2012/9473 T. 13.12.2012 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 12.2.2021.

284 Y. 8. CD. E. 2015/15610 K. 2016/4695 T. 7.4.2016 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 13.2.2021.

285 Y. 3. CD. E. 2016/13822 K. 2017/11142 T. 19.9.2017 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 18.11.2021.

286 “Sanığın mağdur olan eşine yönelik eylemini 5237 Sayılı TCK’nın 6/1-f-4 maddesi uyarınca silahtan sayılan bıçak ile gerçekleştirdiğinin anlaşılması karşısında, birden fazla nitelikli hal (TCK’nın 86/3-a, 86/3-e) ihlaline neden olan sanık hakkında, TCK’nın 86/2. maddesine göre temel ceza tayin olunurken, aynı Kanun’un 61. maddesindeki ölçütler ile 3. maddesinde yer alan “cezada orantılılık ilkesi” dikkate alınarak alt sınırdan uzaklaşması gerektiğinin gözetilmemesi suretiyle sanık hakkında eksik ceza tayini,” Y. 3. CD. E. 2020/15961 K. 2020/20033 T. 23.12.2020 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 18.11.2021.

287 “Sanığın atılı kasten yaralama suçunu işlemekle kullandığı “kamçının” 5237 sayılı TCK.nun 6/1-f-3 maddesi kapsamında “saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış, bereleyici alet” olarak kabul edilmesi gerektiği” Y. 2. CD. E. 2007/15310 K. 2008/3914 T. 4.3.2008 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 12.2.2021.

288 Y. 3. CD. 2014/23113 E. 2015/3070 K. 28.01.2015 T. (Karar metni için bkz. Parlar, (n. 58) 56)

belirlemeyi gerekli kılmaktadır. Kaldı ki aynı dairenin bu kapsamda örneğin Y. 3. CD.’nin bıçakla ilgili olarak 2020/9480 sayılı kararında²⁸⁹ alt bentle ilgili herhangi bir belirlemeye gitmemesi ancak 2017/11142 sayılı kararında²⁹⁰ bu belirlemeyi yapması, 2020/9480 sayılı kararının gerekçelendirilmesindeki özensizliğin bir görünümü olarak yorumlanabilir. Ayrıca burada bıçağın bizatihi özellikleri değerlendirilmeksizin ön bir kabulle 3. alt bent kapsamında değerlendirilmesi de sorun teşkil eder. Zira somut olayda kasten yaralama suçu örneğin ekmek bıçağıyla gerçekleştirilmişse, ekmek bıçağı her ne kadar kesici bir alet olsa da bu aletin “*saldırı ve savunmada kullanılmak üzere*” yapıldığı söylenemez.

Yine Y. 3. CD. 2020/8506 sayılı kararında²⁹¹ sapının kullanıldığı kazmayı TCK’nın 6. maddesinin (f) bendi kapsamında değerlendirmiş ancak alt bentler arasında herhangi bir ayrıma gitmemişken; YCGK ise 2017/3-311 sayılı kararında²⁹² bunu TCK’nın 6. maddesinin (f) bendinin 4. alt bendi kapsamında değerlendirmiştir. Yine Y. 3. CD. 2020/9437 sayılı kararında²⁹³ baltayı TCK’nın 6. maddesinin (f) bendi kapsamında değerlendirmiş ancak alt bentler arasında herhangi bir ayrıma gitmemişken; 2015/6884 sayılı kararında²⁹⁴ bunu TCK’nın 6. maddesinin (f) bendinin 4. alt bendi kapsamında değerlendirmiştir ki bu örneklerin çoğaltılması mümkündür.

Öğretideyse bir görüşe göre TCK’nın 6. maddesinin (f) bendinin 3. alt bendi kapsamında yer alan usturpa,²⁹⁵ kama, kılıç gibi aletlerin esasında mahiyeti gereği saldırı ya da savunmaya özgülendiklerinden “gerçek silahlar”; 4. alt bendindeki aletlerinse spor, tarım, inşaat, sanayi vb. alanlarda kullanmaya özgülünen ancak savunma ya da saldırıda kullanıldığında keser,²⁹⁶ balta, çekiç gibi kesici, delici, bereleyici olan araçlar şeklinde “dolaylı silahlar” olarak nitelendirildiği görülmektedir. Buna karşın, bıçağın, keserin, baltanın, kazmanın ve küreğin 3. alt bent kapsamında yer aldığı da öğretide savunulduğu görülmektedir.²⁹⁷ Söz konusu durum dahi 3. ve de 4. alt bendin öğretide aynı şekilde yorumlanmadığının bir göstergesini oluşturmaktadır.

289 Y. 3. CD. E. 2020/9441 K. 2020/9480 T. 13.7.2020 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 18.11.2021.

290 Y. 3. CD. E. 2016/13822 K. 2017/11142 T. 19.9.2017 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 18.11.2021.

291 Y. 3. CD. E. 2020/8506 K. 2020/7180 T. 18.6.2020 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 6.10.2021.

292 YCGK. E. 2017/3-311 K. 2019/112 T. 19.2.2019 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 7.10.2021.

293 Y. 3. CD. E. 2020/9437 K. 2020/8915 T. 7.7.2020 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 21.11.2021.

294 Y. 3. CD. E. 2015/6884 K. 2015/15923 T. 5.5.2015 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 21.11.2021.

295 Kıldan ve Akdemir, (n. 21) 234.

296 Y. 3. CD. E. 2018/4680 K. 2019/78 T. 7.1.2019 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 21.10.2021.

297 Soyaslan, (n. 96) 176.

4. alt bentte sayılan şeylerin, kesici, delici ve bereleyici etki meydana getirmeye ve saldırı ve savunmada kullanılma bakımından elverişli olduğu da ifade edilmektedir.²⁹⁸ Bu kapsamda bir şeyin silah olarak kabul edilebilmesi için kesici, delici ve bereleyici nitelikte olması gerektiği belirtilmekteyse de²⁹⁹ böyle bir niteliğin 4. alt bent bakımından açıkça aranmaması karşısında gerekli olmadığı görülmektedir. Ayrıca kasten yaralama suçunda kullanılan bir aletin 3. alt bent kapsamında mı yoksa 4. alt bent kapsamında mı yer aldığına ilişkin belirleme dahi güçken, TCK'nın 6. maddesinde yer verilmeyen “gerçek silahlar” ve “dolaylı silahlar” şeklindeki bir ayrıma gidilmesi işleri daha da güçleştirecektir. Hatta öğretide bir görüşe göre 3. alt bentte öngörülen araçların saldırı ve savunma amacıyla üretilmesi dahi saldırı ve savunmada kullanılan araçları kapsamına aldığı bu kapsamda örneğin tornavidanın ve sopanın yer aldığı ileri sürülmekteyse de³⁰⁰ söz konusu durum 3. alt bendin değil 4. alt bendin uygulama alanı bulması gereklidir. Nitekim tornavidanın ve sopanın saldırı ve savunma amacıyla üretilmediği açıktır.

Ayrıca öğretide 3. bent uyarınca kullanılan şeyin kesici, delici ya da bereleyici niteliğe sahip olması mümkün olduğu gibi örneğin ezici olması gibi farklı özelliklere sahip olmasının da mümkün olduğu belirtilmekteyse de³⁰¹ “bere” ifadesi Türk Dil Kurumu'nun sözlüğünde “*bir yere çarpma, incitme veya vurma sonucu vücudun herhangi bir yerinde oluşan çürük, herhangi bir şeyde görülen ezik, çizik*” şeklinde tanımlandığından³⁰² ezici bir aletin de bereleyici alet kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Buna karşın çalışmanın “ETCK'nın 189. maddesi Bakımından Silah Kavramı” başlığında da bahsedildiği üzere Yargıtay ezici nitelikte kullanılan şeyin bereleyici bir alet olmadığı görüşüne sahiptir.

İnsan vücudu üzerinde bazı yaraları meydana getiren ezici aletler, ağırlıklarıyla söz konusu duruma sebebiyet veren künt cisimlerdir ve sebebiyet verdiği yaralar ezici yaralar olarak nitelendirilir. Bu kapsamda örnek olarak “*el, ayak, tekme, yumruk, diş, boynuz, çifte, değnek, sopa, çekiç, keser sırtı, kamçı, taş demir, muşta, tokmak, araba, vagon, toprak, taş yığınları*” verilmektedir. Ezici yaraların iki şekilde ortaya çıkacağı belirtilmektedir. İlki hareket halinde bulunan ezici aletin bireye çarpması yani aktif tesir;

298 Parlar, (n. 58) 49, 53.

299 Özbek, Doğan ve Bacaksız, (n. 63) 212.

300 Köken, (n. 11) 49-51.

301 Köken, (n. 11) 53. Silah olarak kabul edilen bir aletle yaralama şayet kesik, delik ya da bere şeklinde olmayıp ezik şeklinde olursa ETCK'nın 457. maddesinin uygulama alanı bulamayacağı yönünde bkz. YCGK. 314/D-2/307, 13.9.1965 (Dönmezer, (n. 41) 143, dp. 51)

302 Türk Dil Kurumu, (n. 7) 311.

ikincisiyse sabit durumda olan ezici alete hareket halinde olan kişinin çarpması yani pasif tesirdir. Pasif tesire örnek olarak yüksekten düşme, ayağın takılıp düşülmesi, karanlıkta ağaca ya da bir diğere çarpılması örnek olarak verilmektedir. Ezici bir aletle gerçekleşen yaralamada dokunun ezildiği, patladığı ve koptuğu görülmektedir. Bu yaraların özelliğini, yaranın düzgün olmaması, yaralanan dokunun girintili çıkıntılı olması, yaranın etrafında dar ya da geniş sıyrıkla birlikte ekimozun varlığı, yara içinde kopmadan kaynaklanan damar ve sinir liflerinden oluşan köprülerin bulunduğu görülmektedir. Ayrıca bu tür yaralanmalarda kesici alet yarasına benzeyen yaraların da bulunması söz konusudur. Söz konusu durumda yara dokunun doğrudan kemikle teması halinde bulunduğu örneğin kafa bölgesi, diz ve dirsekler, el arasında kalan cildin patlayarak açılması ve bu patlamadan kaynaklanan yaranın kesici alet yarasına benzediği görülmektedir. Bu halde yaranın düzgün olduğu etrafında ekimozun bulunmadığı ve ince olduğu, yaranın içinde köprülerin bulunmadığı, ama dikkatli bir göz muayenesiyle yaranın kenarlarının çok ince tırtıklı olduğu, yara etrafında sar da olsa ekimozun bulunduğu görülmektedir. Uygulamada keskin olan parçasının cilde sürülmesi ya sürülmesiyle beraber dokuyu kesen aletler kesici aletler; bu aletlerle meydana gelen yaralanmalarsa kesici alet yaralanması şeklinde kabul edilmektedir. Gündelik hayatın içinde oldukça kullanılan jilet, tıraş bıçağı, ustura, bıçak, sustalı bıçak, satır, cam, teneke gibi keskin kenarlı araçlar bu kapsamda örnek olarak verilebilmektedir. Nitekim söz konusu aletler vücuda isabet etmeleriyle birlikte deri ve deri altı dokusunu, adaleyi, damar ve sinirlerini kesmeye elverişlidir. Hatta bu aletler türüne ve uygulanış şekline göre kulak, penis, parmak gibi vücudun parçalarını vücuttan ayırabilir. Ayrıca kesici alet yaralanmalarında yaraların düzgün olduğu, etrafında ekimoz, erozyon ya da ezik bulunmadığı ve yaraların ağızlarının açık olduğu görülmektedir.³⁰³ Delici aletinse ucu sivri olan ve vücuda girmek suretiyle yara oluşturmaya elverişli olan alet şeklinde tanımlanması mümkündür. Bu kapsamda tiğ, çivi, tornavida örnek olarak verilmektedir.³⁰⁴

303 YCGK. E. 2002/4-152 K. 2002/294 T. 9.7.2002 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 12.2.2021.

304 Yaşar, Gökcan ve Artuç, (n. 57) 159.

Uygulamaya bakıldığında kasten yaralama suçunun minibüs,³⁰⁵ otomobil,³⁰⁶ traktör³⁰⁷ gibi motorlu taşıtlarla işlenmesi halinde bu taşıtların TCK'nın 6. maddesinin (f) bendi kapsamında silah sayıldığı görülmektedir. Nitekim öğreti de bunun yerinde olduğu belirtilmektedir.³⁰⁸ Her ne kadar uygulamada (f) bendinin hangi alt bendi kapsamında yer aldığına ilişkin bir değerlendirme yapılmasa da mahiyeti gereği diğer bentlere de giremeyeceğinden 4. alt bent kapsamında değerlendirilmesi gereklidir.

3. alt bentte “alet”ten, 4. alt bentteyse “diğer şeyler”den bahsedilmiştir. Türk Dil Kurumu'nun sözlüğünde “alet”, “*bir el işini veya mekanik bir işi gerçekleştirmek için özel olarak yapılmış nesne, bir sanatı yapmaya, uygulamaya yarayan özel araç, bir makineyi oluşturan ve işlemesine yardım eden parçalardan her biri*”,³⁰⁹ “şey” ise “*madde, eşya, söz, olay, iş, durum vb.nin yerine kullanılan, belirsiz anlamda bir söz*” şeklinde tanımlanmaktadır.³¹⁰ Ayrıca 3. alt bentte aletin saldırı ya da savunmada kullanılmak üzere yapılmasının gerekliliğinden bahsedilmiştir. Ayrıca bu aletin insan ya da insan olmayan bir varlığa karşı saldırı veya savunma için yapılması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır.³¹¹ Ancak bu hükmün de kaleme alınışı bakımından sorunlu olduğu belirtilmelidir. Nitekim mahiyeti gereği saldırı ve savunmada kullanılmak amacıyla yapılan şeylerin mi yoksa böyle bir mahiyeti bulunmasa da saldırı ve

305 “Bir başka kadınla evli ve 3 çocuklu olan sanığın, mağdurun kızı Yasemin ile birlikte birkaç defa Antalya iline birlikte kaçmış olmasından dolayı mağdurla sanık arasında husumet oluştuğu, olay günü mağdurun, sanığın minibüsüne binmiş olan kızı Yasemin'in sanıkla gitmesini engellemek amacıyla minibüsün geçeceği yola, minibüsün önüne doğru çıktığı, sanığın da olayın işleniş itibarıyla silahtan sayılan minibüsü durdurmayıp zaten gitmekte olduğu güzergahta devam etmek suretiyle orta şerit üzerinde bulunan mağdura çarptığı bunun sonucunda, mağdura subaraknoidal kanamaya, hayati fonksiyonlarına etkisi orta(3) derece niteliğinde sağ frontalde lineer kemik kırığına, radius distal uç parçalı kırığı ve sağ iliak kanat kırığına, sol üst ekstremitedeki fonksiyonel kaybın organlarından birinin işlevinin yitirilmesine ve yaşamsal tehlikeye sebebiyet verdiği olayda; yoldan çekilmemesi halinde mağdura çarpma ihtimalinin doğduğu halde bu sonucu kabullenerek minibüsü aynı güzergahta sürmeye devam etmesi eyleminin çarpma ile sonuçlanması halinde sanığın sorumluluğunun neticeye göre belirlenmesi gerektiğinden, mağdurun yaralanmasına neden olan sanığın olası kastla yaralama suçunu işlediği kabul edilerek hakkında TCK 61. Maddesi uyarınca suçun işleniş şekli, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı birlikte gözetilmek suretiyle TCK.nun 86/1 maddesi uyarınca temel cezanın üst sınırından tayin edilip akabinde aynı yasanın 86/3-e, 87/2-b, 21/2, 62. Maddeleri uyarınca uygulama yapılması yerine, yazılı şekilde yargısal içtihatlara da aykırı olarak olası kastla öldürmeye teşebbüs suçundan hüküm kurulması,” Y. 1. CD. E. 2009/3857 K. 2012/7680 T. 17.10.2012 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 12.2.2021.

306 “Sanığın eylemi saldırı ve savunmada kullanılan silahtan sayılan otomobil ile gerçekleştirdiği anlaşıldığı halde TCK'nın 86/3-e maddesinin uygulanmaması sonucu eksik ceza tayini” Y. 3. CD. E. 2011/11084 K. 2012/24454 T. 12.6.2012 (Yaşar, Gökcan ve Artuç, (n. 57) 210)

307 “sanığın eylemini saldırı ve savunmada kullanılan silahtan sayılan traktör ile gerçekleştirdiği anlaşıldığı halde” Y. 3. CD. E. 2011/11908 K. 2012/36767 T. 6.11.2012 (Yaşar, Gökcan ve Artuç, (n. 57) 214)

308 Tezcan, Erdem ve Önok, (n. 50) 264, dp. 110.

309 Türk Dil Kurumu, (n. 7) 90.

310 Türk Dil Kurumu, (n. 7) 2219.

311 Yaşar, Gökcan ve Artuç, (n. 57) 158.

savunmada kullanılmak amacıyla yapılan şeylerin de bu kapsamda yer alıp almadığı belli değildir. Örneğin bir cam şişe şayet (A) tarafından (B)’ye saldırmak amacıyla özel olarak kırılmışsa söz konusu durumda 3. alt bendin mi yoksa 4. alt bendin mi kapsamına girdiği belli değildir. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre burada artık (A) tarafından saldırı amacıyla yapılan bir alet söz konusudur ve 3. alt bent kapsamındadır.³¹² Her ne kadar uygulanacak olan kanun hükmü bakımından herhangi bir farklılık söz konusu olmayacaksa da söz konusu durumun 4. alt bent kapsamında yer alması daha yerindedir. Nitekim 3. alt bent lafzi şekilde yorumlandığında daha ziyade bu amaçlarla üretilen aletlerin kast edildiği şeklinde anlaşılmasına müsaittir.

Yine 3. alt bentte “*alet*”ten bahsedilirken tekil bir ifadeye yer verilmişken, 4. alt bentteyse “*şeyler*” şeklinde çoğul bir ifadeye yer verilmesi de sorunludur. Zira 4. alt bent kapsamına giren tek bir şeyle kasten yaralama suçunun işlenmesi halinde silahla kasten yaralamadan bahsetmek gerekir. Hüküm bu haliyle 4. alt bentten bahsedilebilmesi için birden fazla şeyle kasten yaralama suçunun işlenmesi şeklinde yorumlanmaya müsaittir. Uyumun sağlanabilmesi adına ve amaçsal yorum gereği kasten yaralama suçunun 4. alt kapsamına giren tek bir şeyle işlenmesi halinde de silah olarak değerlendirilmesi gerektiğinden “*diğer herhangi bir şey*” şeklindeki tekil bir ifadeye yer verilmesi daha yerinde olacaktır. Kaldı ki zaten bu çalışmada belirtildiği üzere esasında söz konusu ifadenin silah olarak tanımlanması yerine “*kullanımı itibariyle tehlike yaratan herhangi bir alet*” ifadesi şeklinde değiştirilmesi çok daha yerinde bir düzenleme olacaktır.

V. Sonuç

Kasten yaralama suçunun silahla işlenmesi, TCK’nın 86. maddesinin 3. fıkrasının (e) bendinde cezanın daha fazla verilmesini gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmektedir. TCK’nın 6. maddesinin (f) bendinin 4. alt bendinde ise “*saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler*”in “*ceza kanunlarının uygulamasında*” silah olarak anlaşılacağı belirtilmektedir. Ancak 4. alt bentte yer alan söz konusu ifade çalışmada da ifade edildiği üzere, belirlilikten uzak ve yoruma oldukça açık olup farklı değerlendirmelere sebebiyet verebilecek niteliktedir. Bu kapsamda kasten yaralama suçunun işlenmesinde “*herhangi bir şey*”in kullanılması halinde söz konusu nitelikli halin uygulanması söz konusu olabilmektedir.

312 Özdemir Ekici, (n. 104) 36.

Elbette ki kasten yaralama suçunun silahla işlenmesinin cezanın daha fazla verilmesini gerektiren nitelikli hal olarak öngörülmesi yerindedir. Ancak ceza hukukunun yalnızca toplumsal cezai ihtiyaçların karşılanmasına yönelik bir araç olmadığı, aynı zamanda devletin cezalandırma hakkını sınırlayarak bireyin özgürlüğünü korumak açısından suçlunun güvencesini oluşturduğu unutulmamalıdır. Bu kapsamda kasten yaralama suçunda kullanılan şeyin silah olarak değerlendirilmesinde dikkatli davranılmalıdır. Nitekim ceza hukukunun temel hak ve özgürlüklerle olan doğrudan ilişkisi de bunu gerektirmektedir. Her ne kadar normun amacını ortaya çıkarabilmek için daraltıcı, genişletici ya da ilerletici yoruma başvurulabilmesi mümkünse de kanunilik ilkesi karşısında ceza sorumluluğunun ağırlaştırılmasına sebebiyet verecek nitelikli haller bakımından geniş değil, dar yoruma başvurulmalıdır. Şayet yapılan bu dar yorum, kanunun amacına hizmet etmiyorsa kanunda kullanılan ifadede değişikliğe gidilerek açıklığın sağlanması gereklidir.

Somut olayın özellikleri esas alınmak suretiyle kasten yaralama suçunda kullanılan şeyin kullanılış şeklinin oluşturduğu tehlike, şeyin silah olarak değerlendirilmesinde dikkate alınmalıdır. Bu nedenle ön bir kabulde kasten yaralama suçunda kullanılan bir şeyin, silah olarak değerlendirilmesi ya da değerlendirilmemesi gerektiğinden bahsedilmemelidir. Buna karşın çalışmada da belirtildiği üzere uygulamanın bu şekilde olmadığı, ön bir kabulde hareket edildiğine ilişkin kararların bulunduğu görülmektedir. Ancak bu nitelendirmenin yapılmasında önemli olan kasten yaralama suçunda kullanılan şeyin kullanılış şekli, etkilenen vücut kısmı ve mağdurun özellikleridir. Yani somut olayda mağdur için tehlike oluşturacak şekilde bu şeyin kullanılması gereklidir. Ancak silah olarak nitelendirilebilmesi için kullanılan şeyin bizzatihi tehlikeliliğinin belirleyici olmadığı altı çizilmelidir. Yani bir şeyin kasten yaralama suçunun işlenmesinden evvel tehlikeli ya da tehlikesiz şeklinde sınıflandırılması söz konusu değildir.

Genel kanun niteliğinde olan TCK'nın "tanımlar" başlığını taşıyan 6. maddesinin (f) bendinin ayrı bir açıklamaya gerek bulunmaksızın anlaşılır olması gereklidir. Nitekim gerçekleştirilen tanımın kesin bir şekilde kaleme alınması halinde bu tanımlama çabasının faydalı olacağı belirtilmelidir. Ancak "silah" kavramı bakımından örneğin TCK'nın 6. maddesinin (b) bendinde yer verilen "çocuk" tanımındaki gibi bir belirlilik söz konusu değildir. Bu nedenle 4. alt bent bakımından silah kavramının tanımlanmasında değişikliğe gidilmelidir. Zira uygulamada mahkemelerin önlerine gelen olayda kasten yaralama suçuyla ilgili olarak nelerin silah sayılıp sayılmadığına ilişkin tereddüt yaşadıklarının görüldüğü, Yargıtay'ın kararlarına baktıkları, buna karşın tereddütlerini

yenememeleri halinde sanık lehine yorum yaptıklarını dile getirdikleri görülmektedir. Bu nedenle 4. alt bendin yürürlükten kaldırılarak, söz konusu durumun nitelikli hal olarak kabul edilmesi isteniyorsa TCK’nın 86. maddesinin 3. fıkrasının (e) bendinin “silahla ya da kullanımı itibariyle tehlike yaratan herhangi bir aletle işlenmesi” şeklinde düzenlenmesi önerilebilir. Bir diğer öneri ise TCK’nın 6. maddesinin (f) bendinde silah kavramı yerine silahın da içinde yer aldığı “tehlikeli bir şekilde kullanılan herhangi bir alet” ya da “silah” kavramının yanında “tehlikeli bir şekilde kullanılan herhangi bir alet” ifadesinin kullanılması olabilir. Burada “şey” yerine “alet” ifadesinin bilinçli bir şekilde kullanıldığı belirtilmelidir. Nitekim böylece “şey” ifadesinin kullanılmasının ortaya çıkardığı sorunlar çözümlenmiş olacaktır. Örneğin “alet” ifadesinin kullanılmasıyla artık yalnızca taşınırların mı bu kapsamda yer alıp alamayacağına ilişkin öğretilerdeki tartışmaların da önüne geçilecektir. Nitekim bu ifade kelime anlamı itibariyle kapsamına yalnızca taşınırları alacaktır. Yine insan bedenine ilişkin kısımlar ve hayvan bakımından da aynı yorum geçerlidir. Ancak hayvanın kasten yaralama suçunda kullanılmasının silah olarak kabul edilmesi isteniyorsa çalışmada da değinildiği üzere bu konuda Fr. CK.’nın 132-75. maddesinin 4. fıkrasına benzer bir düzenlemeye, TCK’nın 6. maddesinde ya da 86. maddesinin 3. fıkrasının (e) bendinde ayrıca ve açıkça yer verilmesi daha yerinde bir tercih olacaktır. Nitekim çalışmada da belirtildiği üzere Fr. CK.’nın söz konusu hükmünde bir hayvanın öldürmek, yaralamak ya da tehdit amacıyla kullanılması halinde de bir silahın kullanıldığının kabul edileceği belirtilmektedir.

Yine 3. alt bentte “alet”ten bahsedilirken tekil bir ifadeye yer verilmişken, 4. alt bentteyse “şeyler” şeklinde çoğul bir ifadeye yer verilmesi de sorunludur. Zira 4. alt bent kapsamına giren tek bir şeyle kasten yaralama suçunun işlenmesi halinde silahla kasten yaralamadan bahsetmek gerekir. Hüküm bu haliyle 4. alt bentten bahsedilebilmesi için birden fazla şeyle kasten yaralama suçunun işlenmesi şeklinde yorumlanmaya müsaittir. Uyumun sağlanabilmesi adına ve amaçsal yorum gereği kasten yaralama suçunun 4. alt kapsamına giren tek bir şeyle işlenmesi halinde de silah olarak değerlendirilmesi gerektiğinden “diğer herhangi bir şey” şeklindeki tekil bir ifadeye yer verilmesi daha yerinde olacaktır. Kaldı ki zaten bu çalışmada belirtildiği üzere esasında söz konusu ifadenin silah olarak tanımlanması yerine “kullanımı itibariyle tehlike yaratan herhangi bir alet” ifadesi şeklinde değiştirilmesi çok daha yerinde bir düzenleme olacaktır.

Şayet söz konusu değişiklik önerileri hayata geçirilmeyecekse de kasten yaralama suçunda fail tarafından kullanılan “saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile

fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer” herhangi bir şeyin muhakkak silah olarak değerlendirilmesinin gerekmediğinin de altı çizilmelidir. Bu nedenle kanun koyucunun takdirine bağlı olarak TCK’nın 6. maddesinin 4. alt bendinin yürürlükten kaldırılması dışında herhangi bir değişikliğin yapılmaması da önerilebilir. Zira hâkim “işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı” belirlerken TCK’nın 61. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca “suçun işlenmesinde kullanılan araçları” ve (e) bendi uyarınca da “meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı” zaten dikkate alacaktır.

4. alt bendin suçun temel şekli ya da nitelikli halinde silaha yer veren tüm suçlar için ortak bir belirleme yaptığı, kasten yaralama suçuyla sınırlı bir düzenleme içermediği dikkate alınırsa 4. alt bendin yürürlükten kaldırılması önerisinin sorun yaratması olasıdır. Bu kapsamda örnek olarak TCK’nın 297. maddesinde düzenleme altına alınan “infaz kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokmak” suçu verilebilir. Bu nedenle suçun temel şekli ya da nitelikli halinde silaha yer veren her bir suç bakımından ayrı bir düzenlemenin yapılması kanun koyucunun takdirine bağlı olarak gerekli olabilir.

Kanun koyucunun TCK’nın 6. maddesinin (f) bendinde silah kavramı yerine silahın da içinde yer aldığı “tehlikeli bir şekilde kullanılan herhangi bir alet” ya da “silah” kavramının yanında “tehlikeli bir şekilde kullanılan herhangi bir alet” ifadesinin kullanılması önerisinden, mevcut düzenleme bakımından dile getirilen belirlilikten uzak ve yoruma oldukça açık olduğuna ilişkin eleştirileri gidermeye elverişli olmadığı yönünde eleştirilmesi mümkündür. Nitekim her bir somut olay bakımından ayrıca değerlendirmeyi gerektirmektedir. Zira bir şeyin ceza hukuku bakımından silah olarak kabul edilip edilemeyeceği sorusuna kolaylıkla olumlu ya da olumsuz şekilde cevap vermek olanaklı değildir. Nitekim söz konusu cevap, bir anlamda duruma bağlı olup suçun hukuki konusunu ihlal etmeye uygun olmasını gerektirmektedir. Ancak söz konusu öneri, kasten yaralama suçunda “saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler”in “tehlikeli bir şekilde kullanıl”maması halinde nitelikli halin uygulama alanı bulmasına engel olacak niteliktedir. Nitekim 4. alt bentte yer alan ifade somut olayın dikkate alınmaksızın, soyut olarak bir şeyin “saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şey” şeklinde yorumlanmasını ve ön bir kabul hareket edilmesini mümkün kılar niteliktedir. Her ne kadar kasten yaralama suçunun işlenmesinde kullanılan şeyin “tehlikeli bir şekilde kullanılan herhangi bir alet” ya da “silah” olması arasındaki ayrımın belirlenmesi uygulanacak olan kanun hükmünde bir farklılık yaratmayacaksa da en azından “tehlikeli

bir şekilde kullanılan herhangi bir alet”i ifade etmek üzere “silah” kavramının kullanılmaması da yerinde olacaktır. Böylece medyanın ceza hukukuna ilişkin bilgisindeki noksanlığı, kanuni tanımın sorunlu olduğunun göstergesi olarak kabul edilmesine tek gerekçe olamayacaksa da medyada ironik bir şekilde yer verilen haberlerin de önüne geçilmiş olunacaktır.

Yine bu önerilere getirilen eleştiriler doğrultusunda bu önerilerin yanlışlanabileceği ve böylece hangi ifadenin kullanılmasının daha yerinde olacağına da bir adım daha yaklaşmış olacağı vurgulanmalıdır. Nitekim çalışmada bahsedildiği üzere 4. alt bendin kasten yaralama suçuyla ilgili olarak uygulanmasında sorunlar bulunmaktadır. Kaldı ki hem uygulamada hem de öğretilerde bir şeyin 3. alt bende mi yoksa 4. alt bende mi girdiğinin tespitinde dahi güçlükler yaşanmaktadır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Kaynakça/References

- Abdullah Pulat Gözübüyük, ‘Ceza Hukukunda Silah ve Bıçak Mefhumları’ (1945) 36(11) Adalet Dergisi 1138-1149.
- Abdullah Pulat Gözübüyük, ‘Silah ve Silah Sayılan Aletlere Dair Temyiz İctihatlarının Tahlili’ (1955) (6) Ankara Barosu Dergisi 404-410.
- Abdullah Pulat Gözübüyük, ‘Silahlara Ait Suçlar ve Cezaları Hakkında Mukayeseli Bir İnceleme’ (1949) 40(8) Adalet Dergisi 1109-1120.
- Ali Parlar, *Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. I* (2. Bs., Bilge Yayınevi 2015).
- Bernhard Hardtung, *Münchener Kommentar zum StGB Band 4* (4. Aufl., Der Verlag C.H.BECK 2021), StGB § 224.
- Cumhur Şahin ve İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Gazi Külliyyatı* (2. Bs., Seçkin Yayıncılık 2005).
- Dennis Bock, *Strafrecht Besonderer Teil I* (4. Aufl., Springer-Verlag 2018).
- Detlev Sternberg Lieben, *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar* (30. Aufl., Der Verlag C.H.BECK 2019) StGB § 224.
- Didar Özdemir Ekici, ‘Yargıtay Kararları Işığında Türk Ceza Hukukunda Silah Kavramı’, İstanbul Üniversitesi – Cerrahpaşa Adli Tıp ve Adli Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.
- Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (12. Bs., Yetkin Yayınları 2018).
- Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Ceza Özel Hukuku* (19. Bs., Seçkin Yayıncılık 2021).
- Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü* (9. Bs., Yetkin Yayınları 2005).
- Enes Köken, *Silah Kavramı ve Silah Kaçakçılığı Suçları (Açıklamalı – İctihatlı)* (1. Bs., Adalet Yayınevi 2020).

- Erdener Yurtcan , *Yargıtay Kararları Işığında Türk Ceza Kanunu (Genel Hükümler) Cilt I* (2. Bs., Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2015).
- Eric Hilgendorf, ‘Körperteile als „gefährliche Werkzeuge”’ (2000) 112(4) ZStW 811-833.
- Fatih Selami Mahmutoğlu ve Serra Karadeniz, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, (1. Bs., Beta Yayıncılık 2017).
- Georg Küpper ve René Börner, *Strafrecht Teil 1* (4. Aufl., Springer Verlag Berlin 2018).
- Gökhan Taneri ve Gani Kamışlı, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, (1. Bs., Seçkin Yayıncılık 2018).
- Gürsel Yalvaç, *Karşılaştırmalı – Gerekçeli İçtihatlı Türk Ceza Kanunu* (1. Bs., Adalet Yayınevi 2008).
- Hans Ullrich Paeffgen ve Martin Böse, *Nomos Kommentar Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch* (5. Aufl., Nomos Verlag 2017) StGB § 224.
- Hasan Sınar, Sinan Altunç, Serap Keskin Kiziroğlu, Ali Kemal Yıldız, Gülşah Bostancı Bozbayındır, Barış Erman, Fulya Eroğlu Erman, Gülşah Kurt, Köksal Bayraktar ve Pınar Memiş Kartal, *Özel Ceza Hukuku Cilt II Kişilere Karşı Suçlar* (1. Bs., On İki Levha Yayıncılık 2017).
- Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt Madde 86-140*, (1. Bs., Adalet Yayınevi 2021).
- İlhan Üzülmöz, *Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar* (1. Bs., Adalet Yayınevi 2013).
- İsmail Turgut Kıldan ve Togay Akdemir, ‘Kasten Yaralama Suçunda Silah Kavramının Yargıtay Kararları Doğrultusunda İncelenmesi’ (2015) 0(6) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 227-246.
- Kristian Kühn, *Lackner/Kühn, Strafgesetzbuch*, (29. Aufl., Der Verlag C.H.BECK 2018) StGB § 224.
- Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* (1. Bs., Yetkin Yayınları 2013).
- Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (6. Bs., Adalet Yayınevi 2019).
- Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve A. Caner Yenidünya, *Türk Ceza Kanunu Şerhi C. I*, (2. Bs., Adalet Yayınevi 2014).
- Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (19. Bs., Adalet Yayınevi 2021).
- Mehmet Fatih İçer, *Uygulamada Karşılaşılan Tereddütlü Yönleriyle Yaralama ve Öldürme Suçları* (1. Bs., Adalet Yayınevi 2019).
- Murat Aydın, ‘Genel Güvenliği Kasten Tehlikeye Düşürmek Suçu, Silah Kavramı ve Yargıtay Uygulaması’ (2007) (6) Terazi Aylık Hukuk Dergisi 50-59.
- Mustafa Artuç, *Kişilere Karşı Suçlar* (2. Bs., Adalet Yayınevi 2018).
- Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (3. Bs., Adalet Yayınevi 2019).
- Mustafa Ruhan Erdem, ‘Türk Ceza Kanununda Silah’ (2003) 7(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-13.
- Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (26. Bs., Savaş Yayınevi 2021).
- Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (11. Bs., Savaş Yayınevi 2021).
- Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* (5. Bs., Beta Yayıncılık 2021).
- Olgun Değirmenci, ‘Askerî Ceza Kanunu Uygulamasında Silah Kavramı’ (2016) (1) Ankara Barosu Dergisi 81-123.
- Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. I* (2. Bs., Adalet Yayınevi 2014).
- Ralf Eschelbach, *Beck’sche Online-Kommentare BeckOK* (50. Ed., 2021), StGB § 224.
- Sahir Erman ve Çetin Özek, *Ceza hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı Suçlar (TCK 448-490)* (Dünya Yayıncılık 1994).
- Salih Kocalar ve Yunus Biçen, *Kasten Yaralama Suçu Örneğinde Genel Hükümler*, (1. Bs., Seçkin Yayıncılık 2019).

- Samet Can Olgaç, *Kasten Yaralama Neticesinde Ölüme Neden Olma Suçu: TCK 87/4* (1. Bs., Seçkin Yayıncılık 2016).
- Selman Dursun ve Sebastian Hoffmanns, ‘Der Waffenbegriff im deutschen und türkischen Strafrecht’ *Die Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung: Forschungsband zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrecht Alexander von Humboldt Stiftung Institutspartnerschaft (2009-2013)*, (Nomos 2014) 193-228.
- Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (16. Bs., Beta Yayıncılık 2001).
- T. C. Başbakanlık Muamelât Genel Müdürlüğü Tetkik Müdürlüğü, Sayı: 71 – 1348, “Türk Ceza Kanununun Bâzı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun Tasamı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/555)”, 9.5.1949.
- Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Bs., Seçkin Yayınevi 2021).
- Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük* (11. Bs., Türk Dil Kurumu Yayınları 2011).
- Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuk Lügatı* (3. Bs., Başbakanlık Basımevi 1991).
- Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (16. Bs., Seçkin Yayıncılık 2021).
- Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen M, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (6. Bs., US-A Yayıncılık 2017).



Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararı (CMK m. 158/6)

The Decision on Obviating Investigations (CPC Art. 158/6)

Berrin AKBULUT¹

¹Prof. Dr., Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

ORCID: B.A. 0000-0001-8045-2784

ÖZ

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 158. maddesinin 6. fıkrasında yer alan hükümlerle mevzuatımızda Cumhuriyet savcılarının soruşturma yapılmasına yer olmadığı kararı (SYOK) verme yetkisi açıkça düzenlemeye kavuşturulmuştur. Mevzuatımızda kabul edilen soruşturma yapılmasına yer olmadığı kararıyla, soyut ve genel ihbar ve şikayetlerle veya açıkça suç oluşturmayan ihbarlar ve şikayetlerle ilgili soruşturma açılmayacağı kabul edilmiş, dolayısıyla da soruşturma açılmayacağı için kişiye şüpheli sıfatı verilmesi ve hakkında koruma tedbirlerine başvurulması imkanı engellenmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 158. maddesinin 6. fıkrasıyla kişilerin lekelenme hakkı korunmaya çalışılmış, hukuk devleti ilkesi çerçevesinde ifade edilen hukuki güvenlikleri sağlanmak istenmiştir. Ayrıca Cumhuriyet savcılarının keyfi davranışlarının engellenmesi için verilen soruşturma yapılmasına yer olmadığı kararlarına karşı ihbar ve şikayet eden tarafından Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 173. maddedeki usule göre itiraz edilmesi imkanı getirilmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 158. maddesinin 6. fıkrasında, bu fıkra uyarınca yapılan tüm işlem ve verilen kararların da bunlara mahsus sisteme kaydedilmesi düzenlenerek bu kayıtların ancak mahkeme, hakim ve Cumhuriyet savcısı tarafından görülmesi benimsenmiştir. Soruşturma yapılmasına yer olmadığı kararı isimli bu çalışmada Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 158. maddesinin 6. fıkrasıyla getirilen hükümlerin mevzuatımız açısından olumlu yönleri, eksiklikleri ortaya konulacak, doktrindeki eleştiriler ve uygulamanın olaya yaklaşımı açıklanacaktır.

Anahtar Kelimeler: Genel ve soyut, ihbar, şikayet

ABSTRACT

Through the provision in paragraph 6 of Article 158 of the Turkish Criminal Procedure Code (CPC), public prosecutors have the authority to issue the decision on obviating an investigation (DOOI), as clearly regulated in the Turkish legislation. This decision accepts that no investigation shall be conducted regarding abstract, general, or non-criminal denunciations and complaints, thus preventing a person from being named a suspect and having protective measures applied against them. Article 158/6 of the CPC attempts to protect individuals' right to a good reputation and seeks to ensure their legal security. The opportunity to object to a DOOI was additionally introduced to the denouncer and complainant in accordance with Article 173 of the CPC in order to prevent arbitrary behaviors from public prosecutors. The practice of recording all transactions and decisions made in the private system has been adopted, and these records can only be seen by a court, judge, and/or public prosecutor. This study will reveal the positive aspects and deficiencies of the introduced provisions and explain the criticisms regarding the doctrine and the approach of the practice to the case.

Keywords: General and abstract, denunciation, complaint

Submitted: 25.03.2022 • **Revision Requested:** 03.06.2022 • **Last Revision Received:** 06.06.2022 • **Accepted:** 06.06.2022 •

Published Online: 17.06.2022

Corresponding author: Berrin Akbulut, E-mail: bakbulut@selcuk.edu.tr

Citation: Akbulut, B, 'Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararı (CMK m. 158/6)' (2022) 10(1) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 153. <https://doi.org/10.26650/JPLC2022-1093481>



EXTENDED ABSTRACT

The decision on obviating investigations (CPC Art. 158/6) was first added to Turkish law through Article 145 of Decree Law No. 694 dated August 15, 2017 and enacted through Article 140 of Law No. 7078 dated February 1, 2018. In fact, even if this regulation had not been enacted, prosecutors would be required to consider any denunciation or complaint insufficient for launching an investigation in the absence of a situation providing the impression of a crime having been committed within the framework of the right to a good reputation, the principle of a fair trial, and the provision of individuals' legal security in accordance with Article 160/1 of the CPC. However, the high number of decisions on obviating investigations in practice showed that this procedure was not always followed. Naming a person as a suspect and taking protective measures against them have been prevented due to DOOI accepting that investigations cannot be launched regarding abstract, general, or non-criminal denunciations and complaints. Initiating an investigation, naming a person as a suspect, and taking certain actions against said person in the absence of simple suspicion or the fact that an act does not constitute a crime violates the right to a good reputation and the person's presumption of innocence. The legislator enacted the said regulation in order to eliminate these drawbacks.

As per the regulation in Article 158/6 of the CPC, a preliminary evaluation phase is brought to the investigation phase. At this stage, the public prosecutor must evaluate whether the denunciation or complaint constitutes a crime and whether it has a general and abstract nature and then decide whether to launch an investigation as a result of the evaluation.

As per Article 158/6 of the CPC, the regulation has been made that the decision not to carry out an investigation shall be notified to the denouncer or the complainant, if any, who may then appeal to the Criminal Court of Peace in the jurisdiction where the High Criminal Court is located and where public prosecutor who made the decision in accordance with the procedure in Article 173 holds office. In order to prevent the arbitrary behavior of public prosecutors, the denouncer or the complainant has been given the right to object to the DOOI. After the decision is made in favor of obviating an investigation and whether the decision is objected to (Article 173/4, 6) or not (Article 158/6), no statement is found in Article 158/6 of the CPC to clarify the conditions under which an investigation may be relaunched in relation to an act that has been the subject of a denunciation and/or complaint. Article 158/6 of the CPC also contains no

regulation regarding notification of the person about whom a denunciation or complaint has been made or regarding the authority to access the records kept, to request their deletion and correction, or to be informed of this judicial process in case the decision is appealed.

Article 158/6 of the CPC also regulates that the actions taken and decisions made are to be recorded in a system specifically for this, with the stipulation that these records may only be viewed by the public prosecutor, judge, or court. The registration system as regulated by Article 158/6 of the CPC will play an important role in preventing different prosecutors from making the same or different decisions in cases where the same denunciation or complaint is made repeatedly to the system.

Article 158/6 of the CPC is a regulation that has been introduced to prevent investigations regarding each denunciation and complaint and to protect individuals' right to a good reputation; however, this provision also has problems because the regulation allows records to be kept of each crime with no distinction being made regarding the nature of the crimes. In addition, registrations can be made in this system specific to the regulation for general and abstract denunciations, as well as for denunciations and complaints made due to acts that do not clearly constitute a crime or an act that has not occurred. Such an arrangement contradicts the protection of personal data and the right to a good reputation. The regulation also does not specify how long these records will be kept. Keeping records in the system indefinitely, even when only a limited number of people can view them, is contrary to the rights to a good reputation and protection of personal data. A time limit should be introduced, and at the very least a determination should be made in this regard based on the statute of limitations.

I. Genel Olarak

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 158/6. maddesinde düzenlenen SYOK, hukukumuzda ilk önce 15/8/2017 tarihli 694 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin (KHK'nın) 145. maddesiyle ilave edilmiş, 1.2.2018 tarihli 7078 sayılı Kanun'un 140. maddesiyle de kanunlaştırılmıştır.

Ceza muhakemesinde soruşturma, suç işleyen kişi veya kişilerin tespiti ve cezalandırmalarını imkan verebilecek şekilde yürütülen ve kovuşturma öncesi yapılan bir faaliyeti ifade etmektedir. Yetkili makamlar tarafından yürütülen soruşturmanın, sorumluların tespitine ve cezalandırmalarına imkan verecek şekilde etkili ve yeterli olması gerekir. Soruşturmanın etkili ve yeterli olduğunda bahsedebilmek içinse soruşturma makamlarının resen harekete geçerek olayı aydınlayabilecek ve sorumluların tespitine yarayabilecek bütün delilleri toplamaları gerekir¹. Dolayısıyla ceza muhakemesinde suç işleyen kişinin tespitini ve cezalandırılmasını sağlamak için de soruşturma mecburiyeti ilkesi kabul edilmiştir

Ceza muhakemesi hukukunda kural soruşturma mecburiyeti ilkesi olmakla beraber, fiilin suç teşkil etmediği veya şüphenin somut olaylara dayanmadığı durumlarda soruşturmanın başlaması kabul edilmemektedir². Ancak mevzuatımızda bu durumda hangi kararın verileceğine ilişkin bir belirleme bulunmamaktaydı. CMK'nın 158. maddesinin 6. fıkrasında yapılan düzenlemeyle her iki husus da açıkça hükme başlanmıştır. Bu düzenlemeyle Cumhuriyet savcılarında kendilerine gelen her ihbar ve şikayete ilgili soruşturma açma mecburiyetlerinin bulunmadığı, soyut ve genel, suç oluşturmayan ihbar ve şikayetlerde SYOK vermeleri gerektiği açıkça düzenlemeye kavuşturulmuştur. Aslında bu düzenleme olmasa bile savcılarının CMK m. 160/1 gereğince suçun işlendiği izlenimi veren bir halin olmadığı durumlarda lekelenmeme hakkı, adil yargılanma ilkesi, kişilerin hukuki güvenliğinin sağlanması çerçevesinde her ihbar veya şikayeti soruşturma açmak açısından yeterli görmemesi gerekmekteydi. CMK'nın 160. maddesinde soruşturmanın başlaması için suçun işlendiği izlenimini veren halin (başlangıç şüphesi veya basit şüphenin) varlığı aranmaktaysa da uygulamada kovuşturmaya yer olmadığı kararının sayısının çokluğu buna her zaman riayet edilmediğini göstermekteydi³. Nitekim CMK m. 158/6 yürürlüğe girdiği tarihten bu

1 *Cezmi Demir ve diğerleri*, B. No: 2013/293 (AYM 17.07.2014); *Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri v Türkiye*, B. No: 2012/752 (AİHM 17.9.2013).

2 *Osman Kavala v Türkiye*, B. No: 28749/18 (AİHM 10.10.2019).

3 2020 yılı verilerine göre, Cumhuriyet başsavcılıklarınca açılan 7 449 844 soruşturma dosyasında 4 176 893

yana (23.07.2021 tarihi itibarıyla) Cumhuriyet başsavcılıklarına yapılan yaklaşık 602 bin ihbardan, 404 bin 800'ünde SYOK verildiği tespit edilmiştir⁴.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Cezai Adalet Sisteminde Savcılığın Rolü ile İlgili Üye Devletlere Sunduğu Rec (2000) 19 sayılı Tavsiye Kararı'nda da her ceza adaleti sisteminde, savcıların soruşturmanın başlatılıp başlatılmayacağına ya da devam ettirilip ettirilmeyeceğine karar verecekleri (savcılığın işlevleri) belirtilmektedir⁵. Daha sonra belirteceğimiz AIHM kararlarında da her ihbar ve şikayetin işlem yapılması için yeterli olmadığı kabul edilmektedir. Dolayısıyla savcıların yapılan ihbar ve şikayetin durumuna göre soruşturmayı başlatıp başlatmaması, görevlerinin kapsamı içerisinde yer almaktadır. Ancak bu durumda Cumhuriyet savcılarının hangi kararı vereceğinin kanunda düzenlenmemesi ve uygulamada yaşanan sorunlar kanun koyucuyu düzenleme yapma yoluna yöneltmiştir. CMK m. 158/6 düzenlemesinden önce uygulamada genel ve soyut şüpheyi içeren dilekçeler ya soruşturma konusu yapılmakta ya da işleme hiç alınmamakta (dilekçeler alınmamakta), bu durum da doktrinde Anayasanın ihlali niteliği taşıdığı gerekçesiyle eleştirilmekte ve kanunda soruşturmanın başlatılmasına dair bir karar çeşidinin bulunmamasının eksiklik olduğu belirtilmekteydi⁶. Uygulamada ise bazı kararlarda soruşturmaya yer olmadığı kararının verildiği anlaşılmaktadır⁷. Düzenlemenin yürürlüğe girmesinden sonra ise m. 158/6'da getirilen bu düzenlemeyle sistemimizin soruşturmanın başlaması açısından maslahata uygunluk ilkesine yaklaştırıldığı bazı yazarlar tarafından belirtilmektedir⁸. Ancak maslahata uygunluk ilkesi açısından belirtilenin doğru olmadığı, var olan, kabul edilen bir durumun açıkça düzenlemeye kavuşturulmasının dışında herhangi bir anlamının bulunmadığı ifade edilmelidir.

Başlangıç şüphesinin olmadığı veya fiilen suç oluşturmadığı durumda kişi hakkında soruşturmaya başlanması, şüpheli sıfatını alması ve hakkında bazı işlemlerin yapılması

tane kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmiştir. Bkz.: https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1692021162011adalet_ist-2020.pdf (E.T. 22.02.2022).

4 Bkz. Adalet Bakanlığı Basın ve Halkla İlişkiler Müşavirliği, "Lekelenme Hakkı Kapsamında 404 Bin Dosyada SYOK Verildi", <https://basin.adalet.gov.tr/lekelenme-hakki-kapsaminda-404-bin-dosyada-syok-verildi>, (E.T. 22.02.2022).

5 <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/c8dd1278-8757-4143-8ce4-67bb5c296320.pdf> (E.T.03.05.2022).

6 Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (20. Bası Beta Yayınevi 2021) 100

7 Yargıtay 20. CD, E. 2015/14608, K. 2015/4573, 09.11.2015.

8 Bir suç işlendiği haberinin alınması üzerine Cumhuriyet savcısının hemen soruşturmaya başlayıp başlamamakta, açılmış bir soruşturma sonucunda şartlar gerçekleşmesine rağmen kamu davasını açıp açmamakta, açılmış olan kamu davasını muhakeme sonuçlanıncaya kadar yürütüp yürütmemekte takdir yetkisinin bulunduğu ilkeye maslahata uygunluk ilkesi adı verilmektedir. Bkz.: Veli Özer Özbek vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku* (11. Baskı Seçkin Yayınevi 2018) 68, 191.

her ne kadar soruşturmanın gizliliği söz konusu olsa da kişinin lekelenmeme hakkını, suçsuzluk karinesini ihlal etmekteydi. Ayrıca kişi hakkında soruşturma açılması ve kişiye şüpheli sıfatı verilmesi bazı temel hak ve hürriyetlerinin sınırlanması sonucunu doğurmaktadır. Kanun koyucu bu sakıncaları ortadan kaldırmak için söz konusu düzenlemeyi kanunlaştırmıştır. CMK m. 158/6 hükmünün gerekçesinde, “*Maddeyle Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 158. maddesine yeni bir fıkra eklenerek, içeriği suç oluşturmaya veya soyut ve genel nitelikteki ihbar ve şikayetler için soruşturma öncesi bir değerlendirme mekanizması oluşturulmaktadır. Bu tür ihbar ve şikayetler üzerine derhal soruşturmaya başlanması, ilgililere şüpheli sıfatı verilerek yakalama ve ifade alma başta olmak üzere çeşitli muhakeme işlemlerine girişilmesi hem usul ekonomisi ile hem de lekelenmeme hakkıyla bağdaşmamaktadır. Düzenlemeyle bu tür ihbar ve şikayetlerin soruşturma evresi başlatılmadan hukuki sonuca bağlanması hedeflenmektedir*” belirlemesi yapılmıştır. Görüldüğü gerekçede iki nedenle bu kurumun kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bu iki nedenden biri usul ekonomisi, diğeri de lekelenmeme hakkıdır⁹.

CMK m. 158/6’daki düzenleme aynı zamanda hukuk devleti ve hukuki güvenlikle de ilgilidir. Her ihbar veya şikayetin işleme konulması kişinin somut olgulara dayanmadan, dayanaksız, intikam veya başka duygularla yapılan isnatlarla şüpheli sıfatını alması, hakkında soruşturma işlemleri yapılması hukuka duyduğu güveni sarsacak, kişinin hukuka karşı da korunmasını güçleştirecektir. Getirilen düzenleme aynı zamanda adil yargılanma hakkını da güvence altına almaktadır. Bir hukuk devletinde adil yargılanma hakkının güvence altına alınabilmesi bakımından kişilere yönelik suç isnadında bulunulabilmesi ve soruşturma yapılabilmesi için öncelikle işlenmiş olduğu iddia

9 Anayasa Mahkemesine konu olan bir olayda başvuru, ihbarda bulunan kişilerin kimlik bilgilerini gizleyerek hakkında asılsız ve soyut nitelikteki iddialarla ihbarlarda bulunulduğunu ve silahlı terör örgütü üyesi olma suçu gibi nitelikli bir suçtan hakkında *şüpheli* sıfatıyla soruşturma başlatıldığını belirterek yürürlükteki lehe mevzuat hükümlerine göre suç duyurusu üzerine SYOK verilmesi mümkün iken buna ilişkin talebinin reddedilmesinin lekelenmeme hakkını ve masumiyet karinesini ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Başvuru konusu olayın geçmişinde BİMER’e gelen ihbar üzerine soruşturma başlatılır ve başvuru hakkında kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilir. Ancak bu karardan sonra 15/8/2017 tarihli 694 sayılı KHK’nın 145. maddesiyle SYOK mevzuatımıza ilave edilir ve başvuru daha sonra değişikliği gerekçe göstererek hakkında SYOK verilmesi talebiyle karara itiraz eder. Anayasa Mahkemesi ise SYOK verilmesi gereken bir durum olup olmadığı değerlendirmesine girmeksizin KYOK’daki ifadelerin suçsuz karinesi açısından değerlendirmesini yapmıştır. Anayasa Mahkemesine göre, “anılan kararda geçen ifadeler başvuru kişinin *suçluluğuna* işaret etmediği gibi buna yönelik bir ima da içermemektedir. Bağlamı nazara alındığında söz konusu ifadelerden başvuru hakkında kamu davası açılmasını gerektirecek düzeyde *yeterli şüpheye* ulaşılamadığı anlamı çıkmaktadır. Masumiyet karinesinin kişilere yargısal organlardan haklarındaki ihbar ve şikâyetlerle ilgili olarak *soruşturma yapılmamasını* isteme güvencesini de içermediği nazara alındığında masumiyet karinesine yönelik bir ihlalin bulunmadığının açık olduğu anlaşılmaktadır”, A.A., B. No: 2019/25041 (AYM 14.09.2021).

edilen bir suça ilişkin şüphenin varlığı gerekir. Şüphe olmadan başlatılan soruşturma kapsamında bazı işlemlerin yapılması, bunların hukuka aykırı olması sonucunu doğuracak, adil yargılanma hakkı kapsamında hakkaniyete uygun yargılanma hakkıyla bağdaşmayacak, lekelenmeme hakkı ihlal edilecektir¹⁰.

CMK m. 158/6'daki düzenlemeyle soruşturma evresine bir ön değerlendirme aşaması getirilmektedir¹¹. Gerekçede bu husus *soruşturma öncesi bir değerlendirme mekanizması oluşturulmaktadır* şeklinde ifade edilmektedir. Bu aşamada Cumhuriyet savcısının yapılan ihbar ve şikayetin suç oluşturup oluşturmadığını, genel ve soyut nitelikte olup olmadığını değerlendirmesi ve yaptığı değerlendirme sonucunda soruşturma açılıp açılmamasına karar vermesi gerekmektedir. Bu karar sadece Cumhuriyet savcısı tarafından verilecek olup kolluğun böyle bir yetkisi bulunmamaktadır¹². Bu CMK m. 158/6 düzenlemesinden ve Cumhuriyet savcısının soruşturma yapma yetkisinden ortaya çıkmaktadır. Ayrıca Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 16. maddesinin. 2. fıkrasındaki *kolluk birimlerine yapılan ihbar ve şikâyetler üzerine verilen soruşturma yapılmasına yer olmadığına dair kararlar da gerekli işlem ve düzeltmelerin yapılması için ilgili kolluk birimine gecikmeksizin gönderilir* hükmüyle bu kararın Cumhuriyet savcısı tarafından verileceği açıkça belirtilmiştir. Yürürlük Kanunu'nun 16. maddesinin 2. fıkrası düzenlemesi, aynı zamanda her ihbar ve şikayetin Cumhuriyet savcısına bildirileceğini ve kolluğun da onun emir ve talimatı çerçevesinde hareket edeceğini de ortaya koymaktadır.

CMK m. 158/6 düzenlemesinden, değerlendirme yapacak Cumhuriyet savcısının ihbar ve şikayetle ilgili işlem yapıp yapmamaya karar vermesinin de söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. Fıkra, *bu fıkra uyarınca yapılan işlemler ve verilen kararlar* ifadesiyle SYOK vermeden önce Cumhuriyet savcısının ihbar ve şikayette belirtilen bilgileri kontrol amaçlı araştırabileceği, ihbar ve şikayetle ilgili kolluktan istihbari bilgi isteyebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır¹³. Bu sonuç Yürürlük Kanunu'nun 16. maddesinin 2. fıkrasından da anlaşılmaktadır. Zira söz konusu düzenlemeye göre gerekli işlem ve düzeltmelerin yapılması için SYOK'un kolluğa gönderileceği

10 Benzer değerlendirme için bkz.: *Hükümdar*, B. No: 2016/69274 (AYM 05.03.2020), <https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/bireysel-basvuru-basin-duyurulari/kabahatin-tespiti-surecinde-kabahat-islenmesine-tesvik-eden-uygulama-nedeniyle-hakkaniyete-uygun-yargılanma-hakkinin-ihlal-edilmesi/> (E.T.28.07.2020).

11 Ön aşama, ön değerlendirme getirdiğine ilişkin olarak bkz.: Özbek vd. (n 7) 190; Centel ve Zafer (n 6) 102.

12 Özbek vd. (n 8) 190.

13 Suçun öğrenilmesiyle soruşturmanın başlaması arasında bilgi toplama adı verilen geçiş döneminin bulunduğu. İlişkin olarak bkz.: Centel ve Zafer (n 6) 99.

belirtilmekte, dolayısıyla da kolluk tarafından işlem yapıldığı, evrak düzenlenmesinin söz konusu olduğu, bunların düzeltilmesi istendiği anlaşılmaktadır. Ayrıca 6. fıkra düzenlenmesinde fiilin suç oluşturmadığının açıkça anlaşılmasındaki gibi bir sınırlama (herhangi bir araştırma yapılmasını gerektirmeksizin açıkça anlaşılması ibaresi) diğer ihbar ve şikayetler açısından bulunmamaktadır. Aksi durumda fiziksel şiddet içeren suçların atlanması sonucu ortaya çıkabilecek, etkin soruşturma yükümlülüğü ihlal edilmiş olabilecek, Cumhuriyet savcısının sorumluluğu doğabilecektir. Dolayısıyla Cumhuriyet savcılarının gelen ihbar ve şikayetlerle ilgili dikkatli olması, ortada başlangıç şüphesi olmasa da kuşkulu bir durum varsa araştırması, kolluktan bilgi isteme yoluna gitmesi gerekir. Ancak bu aşamada Cumhuriyet savcısının soruşturma işlemleri yapması ve koruma tedbirlerine başvurması söz konusu değildir. Aksine uygulama hukuka aykırılık taşıyacaktır. Yargıtay da verdiği bir kararda henüz soruşturma veya kovuşturma aşamasına geçilmemiş, ihbar aşamasında olan ve bu itibarla şüpheli veya sanık sıfatını kazanmayan ihbar edilen hakkında iletişimin tespitine karar verilemeyeceğini belirtmiştir¹⁴. Doktrinde de resen araştırma ilkesinin soruşturma evresinin başlamasından

14 “16.04.2020 tarihinde Van Cumhuriyet Başsavcılığınca özetle; ... hakkında FETÖ/PDY silahlı terör örgütü kapsamında araştırma yapılmasının istenildiği, yapılan inceleme neticesinde ihbar edilen hakkında İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildiğinin anlaşılması üzerine hakkında ikinci bir soruşturma ve yargılama yapılamayacağından, yeni delil mahiyetinde bir durum söz konusu olmadığından dolayı araştırma yapılmak üzere evrakın Cumhuriyet Başsavcılığının 2018/134 ihbar sırasına kaydedildiği ve ihbar edilen hakkında yeterli delil elde edilmemesi sebebiyle soruşturmaya yer olmadığına dair karar verildiği, önceden hakkında soruşturma yürütülüp kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi, yeni delil mahiyetinde bir durumun olmaması nedeni ile tüm araştırmaların ihbar dosyası üzerinden yürütüldüğü, HTS inceleme taleplerinin de bu nedenle ihbar dosyası üzerinden istenildiği, başkaca araştırma yöntemi bulunmadığından Hakimliklerce de taleplerin uygun görülerek HTS incelemesine yönelik karar verildiği ve gerekli incelemelerin yapıldığı, Bilgi Teknolojileri İletişim Kurumu tarafından kanun yararına bozma yoluna gidilmesi düşünülen Van 2. Sulh Ceza Hakimliği'nin 2019/929 d. iş sayılı kararında ve Van 3. Sulh Ceza Hakimliği'nin 2020/1 d. iş sayılı kararında usul ve yasaya aykırılık bulunmadığından kanun yararına bozma yoluna gidilmesine gerek olmadığı kanaati ve görüşünün temimine müteakip Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 03.06.2020 tarihli yazısı ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığından kesin kararın kanun yararına bozulmasının istenilmesi üzerine Dosya Dairemize gönderilmiştir... Cumhuriyet savcısınca, CMK'nın 135 /6 maddesi kapsamında suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması nedeniyle, şüphelinin adna kayıtlı olduğu belirtilerek 01.01.2012-31.12.2018 tarihlerine yönelik olarak iletişiminin tespitine dair 11.03.2019 tarihinde yapılan talebin kabulüne dair, ilgililerin öğrenmesinden itibaren itiraz kanun yolunun açık olduğu belirtilen Van 2. Sulh Ceza Hakimliğinin 11.03.2019 tarih 2019/929 d. iş sayılı CMK'nın 135 /6 maddesi uyarınca verilen iletişimin tespitine dair kararına karşı, 671 sayılı KHK ile kapatılan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının görev ve yükümlülüklerinin devredilmesi nedeni ile ilgili yönetmelik hükümleri gereğince CMK'nın 135 . maddesi kapsamında verilen kararlara yönelik yapılacak iş ve işlemleri tek bir merkezden yürütmek, taleplerin mevzuata uygunluğunu incelemek ve gerektiğinde yetkililere başvuruda bulunma yetkisine istinaden Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na, Van 2. Sulh Ceza Hakimliğine sunulmak üzere Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilen, 04.04.2019 Cumhuriyet Başsavcılığı ön büro havaleli 27.03.2019 tarihli, süreçte 25.03.2019 tarihinde kuruma intikal ettiği bildirilen ve 2019/929 değişik iş sayılı kararın ilgi tutulduğu, içeriğinde özetle 5271 sayılı CMK'nın 158 /6 maddesine

önce de araştırma yapılmasını zorunlu kıldığı, ön alan araştırmasının¹⁵ bunu gerektirdiği, bu aşamada henüz şüphelinin değil kuşku lanılan kişi bulunduğu, bu araştırmanın CMK m. 158/6 gereğince Cumhuriyet savcısı tarafından yapılacağı¹⁶, suç işlendiğine ilişkin somut olgulara dayanan şüphe elde edilememişse SYOK verileceği belirtilmektedir¹⁷. Ancak doktrinde genel ve soyut ihbarlarda herhangi bir araştırmanın yapılmasının söz konusu olmadığını belirten yazarlar da bulunmaktadır¹⁸.

Cumhuriyet savcısının araştırma yapması, kolluktan bilgi istemesine ilişkin belirleme, fiilin suç oluşturmadığının açıkça anlaşılması bakımından geçerli değildir. CMK m. 158/6 hükmünde de *filin suç oluşturmadığının herhangi bir araştırma yapılmasını gerektirmeksizin açıkça anlaşılması* ifadesiyle bu husus açıkça ortaya konmuştur. Bu durumda Cumhuriyet savcısı doğrudan SYOK verecektir. Ancak ihbar ve şikayet konusu fiilin suç oluşturmadığının açıkça anlaşılması halinde Cumhuriyet savcısı

dayanan talebe yönelik ihbar dosyası kapsamında, kanunun 173. maddesi nazara alındığında yürütülen bir soruşturmada bahsedilemeyeceğinden, CMK'nın 135. maddesi anlamında yapılan bir soruşturma işlemi bulunmadığından, şüpheli sıfatına haiz olmayan şahsa yönelik verilen tespit kararının mevzuata aykırı olması nedeni ile yerine getirilemeyeceği değerlendirilmesi ile işlem yapılmadığının belirtilerek "bilgi" ve "gereği"nin arz olunduğu dilekçesine istinaden, 17.10.2019 tarihinde Cumhuriyet savcısınca kurumca yapılan itirazın reddine karar verilmesi hususunda yaptığı talebin, kurumun yazısında karara yönelik bir itirazda bulunulmadığından kararın kesinleşmiş olduğu ve yerine getirilmesi gerektiği gerekçesi ile karar verilmesine yer olmadığına dair itiraz yolu açık olmak üzere verilen Van 2. Sulh Ceza Hakimliğinin 2019/3313 değişik iş sayılı kararına yönelik; Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun 22.11.2019 tarih ve 04.12.2019 havale tarihli, 27.03.2019 tarihli kurum yazısının itirazi nitelikte olduğu, Cumhuriyet savcısınca da yazının itiraz kapsamında değerlendirildiği, bu kapsamda CMK'nın 158 /6 maddesine dayanan talebin kanunun 135. maddesi anlamında yapılan bir soruşturma işlemi olarak kabul edilemeyeceğinden, itirazın değerlendirilerek CMK'nın 268. maddesi uyarınca kararın düzeltilmesi, itiraz nedenleri yerinde görülmez ise dilekçenin itirazi incelemeye yetkili merciye gönderilmesine dair kurumca yapılan itirazın, Hakimliğin 31.12.2019 tarih 2019/4135 değişik iş sayılı kararıyla reddi ile itiraz merciine gönderilmesine müteakip, Van 3. Sulh Ceza Hakimliğinin 06.01.2020 tarih 2020/1 değişik iş sayılı kesin kararı ile 2019/3313 d.iş sayılı kararının usul ve yasaya uygun olduğu gerekçesi ile itirazın reddine kesin olarak karar verildiği ve kesinleşen karar gereği gönderilen verilerde inceleme yapılarak rapor tanzim edildiğinin anlaşılması karşısında;..", Yargıtay 16. CD, E. 2020/5017, K. 2020/5738, 2.10.2020.

- 15 Ön alan araştırması soruşturma öncesi araştırma evresi olarak nitelendirilmektedir. Ön alan araştırmalarının hareket noktası, soruşturulmaya değer bir olay ya da yasal şüphe kategorisi altında kabul edilemeyecek şüpheli hareketlerdir. Hiçbir şüphelinin olmadığı durumlar ön alan araştırmalarına girişmek için yeterli değildir. Ön alan araştırmaları henüz bir başlangıç şüphesinin veya somut bir tehlike durumunun bulunmadığı zaman dilimini ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Özbek vd. (n 8) 147 vd.
- 16 Uygulamada ön alan araştırmalarının yapılarak soruşturmanın başlatılıp başlatılmamasına karar verildiği belirtilmektedir. Zira Cumhuriyet savcısı ve kolluk tarafından klasik araştırma işlemleri yapılmadan başlangıç şüphesinin oluşmayacağı ifade edilmektedir. Suç öncesi polis araştırmaları veya soruşturma öncesi araştırma evresi kolluğun istihbarat yetkilerini ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Güncellenmiş 9. Baskı Seçkin Yayınevi 2021) 292-294.
- 17 Yenisey ve Nuhoğlu (n 16) 294.
- 18 Uğur Tural, *Soruşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>) 13, 100 (E.T. 25.02.2022).

SYOK veremeyecek, yaptığı araştırma ve değerlendirme sonucunda başlangıç şüphesi veya basit şüphe derecesinde şüphe varsa Cumhuriyet savcısının soruşturmaya faaliyetine girişmesi gerekecektir. Yargıtay da bu yönde belirleme yapmaktadır¹⁹.

19 “Somut olayda; müştekinin CİMER üzerinden gönderdiği şikayet dilekçesinde, ...İcra Müdürlüğü'nün 2018/2457 Esas sayılı dosyasında şüpheli ...'ın alacaklı olduğunu, kefil olduğu ve ...'da bulunan 22.000 Türk Lirası şahsi senetten kaynaklı olarak, aracımı ...'ın oğlu olan... 'a devrettiğini ve noterde devir işlemini yaptığını, bu alım satıma ... ve ... 'un da şahit olduklarını, ancak bu devir işlerimden sonra ... 'ın icra takibini durdurmadığını ve şahsi senedini de vermediğini iddia ederek şikayetçi olması, kanun yararına bozma dilekçesinde de, sözkonusu senetten kaynaklı borç ile ilgili olarak ... ve ... 'un da şüpheli hakkında ... Cumhuriyet Başsavcılığı'na şikayette bulduklarını, ancak savcılık tarafından hukuki ihtilaf sebebiyle takipsizlik kararı verildiğini, yine ...İcra Hukuk Mahkemesindeki dosyada yazıya ve borca itiraz davasında yazının onlara ve kendisine ait çıkmadığını beyan etmesi karşısında; müştekinin ayrıntılı olarak beyanının alınması, şüpheli ile tanıklar ... ve ... 'un beyanlarının alınması, ilgili icra dosyası ve noter satış sözleşmesinin celbi ile incelenmesi, ... ve ... 'un şikayetlerine konu soruşturma dosyası var ise celbi ile incelenmesi, söz konusu senetle ilgili ...İcra Hukuk Mahkemesinde dava dosyası var ise celbi ile incelenmesi suretiyle, sonucuna göre şüphelinin hukuki durumunun tayin ve takdir edilmesi gerektiği, açıklanan nedenlerle, eksik araştırmaya dayalı olarak verilen soruşturmaya yer olmadığına dair karara karşı yapılan itirazın kabul edilmesi gerektiği gözetilmeksizin, yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir... Müştekinin şikayet ve kanun yararına bozma talepli dilekçesinde; şüpheli ...'a verilen ve kendisinin kefil olduğu 22.000 TL'lik senet için şüphelinin oğluna araç devretmesine rağmen, şüphelinin icra takibine devam ettiğini, bu devir işlemine, aynı senetle ilgili şüpheliden şikayetçi olan ve icra dosyasında borca itiraz eden Hüseyin ve ...'un da tanık olduğunu, tanıkların senetle ilgili şikayetlerinin de takipsizlik ile sonuçlandığını belirttiği anlaşılmış ve hukuki ihtilaf gerekçesiyle takipsizlik kararı verilmiş ise de; Senedin denetime imkan verecek şekilde dosya içerisine alınması, gerek icra takip dosyasının, gerek tanıklara ait soruşturma dosyasının onaylı fotokopisinin dosya içerisine alınması, hem müştekinin, hemde şüphelinin ve tanıkların olaya ilişkin detaylı beyanına başvurulmasından sonra şüpheli hakkındaki delillerin takdiri gerekirken, ...Sulh Ceza Hâkimliğinin 23/07/2019 tarihli ve 2019/989 değişik iş sayılı kararının BOZULMASINA, aynı maddenin 4. fıkrasının (a) bendi uyarınca müteakip işlemlerin mahallinde merciince yerine getirilmesine, 01/06/2020 tarihinde oybirliğiyle karar verildi”, Yargıtay 15. CD, E. 2019/16137, K. 2020/3975, 01.06.2020; “2-Kabul ve uygulamaya göre de, müşteki tarafından şikayet konusu edilen hususlar irdelenerek yeterli şekilde araştırılmadan, tanık olarak gösterdiği kişiler dinlenilmeden, iddia edilen olguların doğruluğu araştırılarak somut olarak şüpheliler belirlenmeden, görevi kötüye kullanma suçunun kamu görevlilerine özgü bir suç olup şüpheli olarak gösterilen... İnşaat Taah. Turizm Ticaret Ltd. Şti yetkilileri hakkında ne şekilde bir karar verildiği belirtilmeden, keza İl Emniyet Müdürlüğünde görevli bulunan kamu görevlileri ile ilgili herhangi bir şikayet bulunmamasına rağmen bu kişilerin şüpheli olarak gösterilerek, özensiz ve eksik soruşturmaya dayalı ve mükerrer bir soruşturma olmamasına karşın gerekçe olarak da bu hususa dayanılarak şüpheliler haklarında verilen işleme konulmama kararına yönelik itirazın kabulü ile anılan kararın kaldırılmasına karar verildiğinin anlaşılması karşısında, 5271 sayılı Kanunun 6545 sayılı Kanunun 71. maddesi ile değişik 173/3. maddesinde yer alan, “Sulh ceza hâkimliği, kararını vermek için soruşturmanın genişletilmesine gerek görür ise bu hususu açıkça belirtmek suretiyle, o yer Cumhuriyet başsavcılığından talepte bulunabilir; kamu davasının açılması için yeterli nedenler bulunmazsa, istemi gerekçeli olarak reddeder...” şeklindeki düzenleme karşısında, Sulh Ceza Hâkimliğince belirtilen nedenler gerekince soruşturmanın genişletilmesi kararı verilmesi ve Cumhuriyet savcılığınca söz konusu bu hususlarla ilgili eksiklikler giderildikten sonra şüpheliler hakkında itirazla ilgili bir karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, itirazın kabulü ile kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın ortadan kaldırılmasına karar verilmesinde, ... 1. Sulh Ceza Hakimliğinin 19/07/2018 tarihli ve 2018/5320 değişik iş sayılı kararı yönünden yapılan incelemede, Bahse konu yukarıda arz edilen (1) no'lu bent gerekince ... 2. Sulh Ceza Hakimliğinin 22/02/2018 tarihli ve 2018/1683 değişik iş sayılı kararının kanun yararına bozulması halinde sonrasında verilen ... 1. Sulh Ceza Hakimliğinin 19/07/2018 tarihli ve 2018/5320 değişik iş sayılı kararı hukuken yok hükmünde olacak olsa da, (2) no'lu bentte arz edilen nedenlerin dikkate alınması halinde, soruşturma konusu ile ilgili

Cumhuriyet savcısının verdiği SYOK, adli nitelikte ve hukuki sonuç doğuran bir karardır. Bu da düzenlemenin gerekçesinde *ihbar ve şikâyetlerin soruşturma evresi başlatılmadan hukuki sonuca bağlanması hedeflenmektedir* ifadesiyle ortaya konulmuştur. Ayrıca CMK m. 173'e göre itiraz yoluna başvurulmasının kabul edilmesi de bu sonucu ortaya koymaktadır.

II. Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararına Benzer Düzenlemeler

CMK m. 158/6 düzenlemesine benzer bir düzenleme 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 4. maddesinde (f. 3, 4) yer almaktadır. 4483 sayılı Kanun'da 2004 tarihinde kabul edilen lekelenmeme hakkının korunması, 2017 yılında CMK'da herkes için benimsenmiştir. 4483 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre, "Bu Kanuna göre memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak ihbar ve şikâyetlerin soyut ve genel nitelikte olmaması, ihbar veya şikâyetlerde kişi veya olay belirtilmesi, iddiaların ciddi bulgu ve belgelere dayanması, ihbar veya şikâyet dilekçesinde dilekçe sahibinin doğru ad, soyadı ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunması zorunludur. Üçüncü fıkradaki şartları taşımayan ihbar ve şikâyetler Cumhuriyet başsavcıları ve izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmaz ve durum, ihbar veya şikâyette bulunana bildirilir. Ancak iddiaların, sıhhati şüpheye mahal vermeyecek belgelerle ortaya konulmuş olması halinde ad, soyadı ve imza ile iş veya ikametgâh adresinin doğruluğu şartı aranmaz. Başsavcılar ve yetkili merciler ihbarcı veya şikâyetçinin kimlik bilgilerini gizli tutmak zorundadır". Düzenleme sadece memurlar ve diğer kamu görevlileriyle ilgilidir. Düzenlemede ihbar ve şikâyetin işleme konulması için hangi şartları taşıması gerektiği, şartları taşımadığında işleme konulmayacağı düzenlenmektedir. Ancak söz konusu düzenlemede bazı şartlar gerçekleşme bile iddiaların belgelerle ortaya konulması halinde işlem yapılacağı da hükme bağlanmaktadır. Ancak ihbar ve şikâyetlerin belirli şartları taşıması halinde sadece izin vermeye yetkili merciler tarafından değil, Cumhuriyet başsavcıları tarafından da işleme konulmayacağı düzenlenmektedir. Cumhuriyet başsavcısı açısından 4. maddede yer alan düzenlemenin CMK m. 158/6'dan sonra anlamının kalmadığını söylemek ve Cumhuriyet savcısı tarafından SYOK verileceğini belirtmek gerekir. Dolayısıyla Cumhuriyet savcıları

bahsedilen eksiklikler giderilmeden şüpheliler hakkında işleme konulmamak suretiyle kamu adına soruşturma yapılmasına yer olmadığına ilişkin yeniden karar verilmesi nedeniyle, mercince yukarıda her iki bentte belirtilen nedenler gereğince karar verilmesi yerine, yazılı şekilde itirazın reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 309. maddesi uyarınca anılan kararların bozulması lüzumu ...", Yargıtay 5. CD, E. 2018/13129, K. 2018/9618, 12.12.2018.

tarafından memurlar ve diğer kamu görevlileriyle ilgili verilen SYOK da itiraza tabi olacaktır. Ancak burada şöyle bir durum ortaya çıkıyor: Herhangi bir kişiyi veya kamu görevlisini CMK m. 158/1 gereğince ihbar ve şikayet eden şahıs, Cumhuriyet savcısı tarafından SYOK verildiğinde buna 173. madde gereğince itiraz ederken, memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında idari makamlara ihbar ve şikayette bulunduğu SYOK verilmediğinden CMK m. 173 gereğince buna itiraz söz konusu olmayacaktır. İzin vermeye yetkili merciler tarafından verilen kararın SYOK olarak nitelendirilmesi ve CMK m. 173’deki itiraz yolunun kabul edilmesi söz konusu değildir²⁰. Ancak 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun’un 20/8/2016 tarihli ve 6745 sayılı Kanun’un 44. maddesiyle değişik 9. maddesine/2. fıkrasına göre yetkili merciin kararının tebliğinden itibaren on gün içinde Bölge İdare Mahkemesine itiraz yoluna başvurulabilecektir (4483 sayılı Kanun m. 9/3). CMK ve 4483 sayılı Kanun arasında ortaya çıkan diğer bir fark da idari makamlara yapılan genel ve soyut ihbarlar ve şikayetlerle ilgili özel bir sisteme kayıt öngörülmezken, normal arşiv kuralları (11 sayılı Devlet Arşivleri Başkanlığı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ve Devlet Arşiv Hizmetleri Hakkında Yönetmelik hükümleri) uygulanırken, adli makamlara yapılan ihbar ve şikayetlerin ve verilen kararların bunlara mahsus sisteme kayıt yapılması ve belirli kişiler tarafından görülmesi kabul edilmiştir. Ayrıca 4483 sayılı Kanun’da ihbar ve şikayetçinin kimliği gizli tutulacağı belirtilmişken, m. 158/6 da bu zımnen kabul edilmiştir.

Diğer bir benzer düzenleme Devlet istihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu’nun 26. maddesinin 3. fıkrasında yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, “isimsiz, imzasız, adresiz yahut takma adla yapıldığı anlaşılan ya da belli bir olayı ve nedeni içermeyen, delilleri ve dayanakları gösterilmeyen ihbar ve şikâyetler, Cumhuriyet savcılarınca işleme konulmaz”. Düzenlemede işleme konulmaz ifadesi geçmekle birlikte bu gibi durumlarda SYOK verileceğini düşünüyoruz. Aksine uygulama herhangi bir kişi ile belirli meslek mensupları arasında fark yaratılması sonucunu doğuracaktır. Ayrıca Cumhuriyet savcıları, Millî İstihbarat Teşkilatı (MİT) görev ve faaliyetleri ile mensuplarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde de işlem yapamamakta, MİT’e durumu bildirmektedirler. MİT’in, konunun görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğunu belirtmesi veya belgelendirmesi hâlinde adli yönden başkaca bir işlem yapılamamakta ve herhangi bir koruma tedbiri uygulanamamaktadır.

20 CMK m. 158/6 hükmüyle 4483 sayılı Kanunun 4.maddesindeki hükümlerin hukuken ilga edildiğine ilişkin olarak bkz.: Hakan Kızıllarslan, “Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararları (SYOK) ve Bu Kararların Ceza Muhakemesi Sistematiği Açısından İrdelenmesi”, [2019] (144) TBB Dergisi, 86.

Ancak belirli şartlarda (birinci fıkra hükümlerinde belirtilen) Cumhurbaşkanının izniyle soruşturma yapılabilecektir (m. 26/f. 2).

III. Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararı Verilmesinin Şartları

A. Bir İhbar ve Şikayetin Olması

SYOK'un verilmesi için yetkili makamlara suç işlendiğine ilişkin yapılmış ihbar ve şikayetin²¹ bulunması gerekmektedir. CMK m. 158/6'da ihbar ve şikayetlerin hangi makamlara yapılacağı belirtilmiştir. Cumhuriyet başsavcılığına veya diğer makamlara yapılabilecektir. Cumhuriyet başsavcılığı dışındaki makamlara yapılan ihbar ve şikayetler Cumhuriyet başsavcılığına bildirilecektir. Eğer Cumhuriyet başsavcılığına bildirilen veya bizzat Cumhuriyet başsavcılığına yapılan ihbar ve şikayetler açıkça suç oluşturmuyorsa veya genel ve soyut nitelikteyse SYOK verilecektir.

CMK m. 158/6'da ihbar ve şikayete ilgili SYOK verilmesi kabul edilmiş, suçun diğer öğrenme yöntemlerine²², örneğin resen öğrenmeye ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Suçun diğer yöntemlerle öğrenilmesi açısından kanun koyucu genel ve soyut ihbarın veya suç oluşturmama durumunun gerçekleşmeyeceğini düşünmüş olabilir (talepte zaten Cumhuriyet savcısı soruşturma başlatmak zorundadır). Ancak diğer bazı öğrenme yöntemlerinde de örneğin resen öğrenmede de m. 158/6'daki durumlar gerçekleşebilir. Doktrinde bazı yazarlar resen öğrenmede zaten Cumhuriyet savcısı soruşturma faaliyetine girişmeyeceğinden bu öğrenmenin m. 158/6'da belirtilmediğini, sadece ihbar ve şikayete yer verildiğini ifade etmektedirler²³. Ancak ihbar ve şikayet dışında öğrenmenin dikkate alınmaması sisteme kayıt yapılmaması sonucunu ortaya çıkarmakta, buna karşılık ihbar ve şikayet yoluyla öğrenilip sonucunda SYOK verildiğinde sisteme kaydedilmesi sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla da biri sistemde süresiz kalıp tekrar soruşturma konusu yapılabilecekken ve Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından görülebilecekken, resen öğrenmede sisteme kayıt söz konusu olmayacağından belirtilen sonuçlar ortaya çıkmayacaktır.

21 Doktrinde bazı yazarlar TCK'nın müracaat şartını kaldırdığını ve müracaata bağlı suçları şikayete bağlı hale getirdiğini, bu nedenle yazılı başvuru şartının "şikayet" nitelik ve özelliklerini taşıyan bir kurum haline geldiğini belirtmektedirler: Yenisey ve Nuhoğlu (n 16) 614.

22 Suçun öğrenme yöntemleri, ihbar ve şikayet dışında resen öğrenme, tutanakla öğrenme ve diğer yollarla (müracaat, talep, mütalaa) öğrenme şeklinde belirtilmektedir. Bkz.: Centel ve Zafer (n 6) 103 vd.

23 Tural (n 18) 82, 83.

B. İhbar ve Şikayet Konusu Fiilin Suç Oluşturmadığının Açıkça Anlaşılması

1. Anlamı

SYOK verilmesinin nedenlerinden biri ihbar ve şikayet konusu fiilin açıkça suç oluşturmadığının anlaşılmasıdır. Suç oluşturmadığının açıkça anlaşılması söz konusu olduğu için daha önce de belirtildiği gibi Cumhuriyet savcısı tarafından kolluktan bilgi alınması veya herhangi bir araştırma yapılması söz konusu değildir. Doktrinde düzenlemeye eleştiri yöneltilmekte ve metinde *suç oluşturmadığının anlaşılması* ifadesi kullanılarak fiilin hiç işlenip işlenmediği konusunun kapsam dışı bırakıldığı, dolayısıyla CMK m. 160/1 ile paralel düzenleme yapılması gerektiği belirtilmektedir²⁴. Fiilin hiç işlenmediği hallerde de SYOK verilmesine engel bir durum yoksa da (ancak kanunda düzenlenmesi doğru olacaktır) bu kararın da mahsus sisteme kaydedilmesi düşünüldüğünde getirilen süresiz kaydetme düzenlemesinin yanlışlığı görülecektir.

İhbar ve şikayet konusu fiilin açıkça suç oluşturmadığının anlaşılması, suçun unsurlarının gerçekleşmediği durumlarda söz konusu olabilir. Bu halde Cumhuriyet savcısı tarafından SYOK verilmesi gerekir. Örneğin fiilin hukuka uygunluk teşkil ettiğinin açıkça anlaşıldığı, şüphenin olmadığı hallerde Cumhuriyet savcısı SYOK verebilecektir²⁵.

İhbar ve şikayet konusu fiilin hukuki uyumsuzluk teşkil ettiği veya idare hukuku kapsamında bir yaptırım gerektirdiği veya disiplin suçu oluşturduğu durumlarda ortada bir suç olmadığından Cumhuriyet savcısı yine SYOK verecektir.

Elde edilen delilin hukuka aykırı olduğu (hukuka aykırı delilin kullanılması AY 38/6, CMK 217/2, 206 ve 289 gereğince kabul edilmemektedir) ve başka da bir delilin olmadığı durumlarda soruşturma başlatılması söz konusu olmayacağından Cumhuriyet savcısı tarafından SYOK verilecektir.

2. Delillerin Kullanılmasına Yasak Getirilen Hallerde Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararının Verilip Verilemeyeceği

Hukuka uygun olarak elde edilmesine rağmen delilin kullanılmasına yasak getirilen hallerde (delil değerlendirme yasağının kabul edildiği hallerde) elde edilen bu bilgiler soruşturma başlatmak için başlangıç şüphesi sayılıp soruşturma açılacak mı yoksa SYOK mu verilecektir? Bu konunun Türk hukukunda üzerinde durulan bir konu

24 Yenisey ve Nuhoğlu (n 16) 602.

25 Kleinknecht/Müller/Reitberger-Plöd, -KMR-StPO, Kommentar zur Strafprozessordnung (Carl Heymanns Verlag 2015) § 152 kn. 18.

olmadığı söylenebilir²⁶. Hukukumuzda delil değerlendirme yasağına ilişkin bazı özel belirlemeler bulunmaktadır. Örneğin CMK m. 139/6’da “*soruşturmacı görevlendirilmesi suretiyle elde edilen kişisel bilgiler, görevlendirildiği ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılamaz. Suçla bağlantılı olmayan kişisel bilgiler derhâl yok edilir*”. Yine CMK m. 140/4’de, “*elde edilen deliller, yukarıda sayılan suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturma dışında kullanılamaz; ceza kovuşturması bakımından gerekli olmadığı taktirde Cumhuriyet savcısının gözetiminde derhâl yok edilir*” hükümleri yer almaktadır. Kanaatimizce kullanılmasına yasak getirildiği için elde edilen delillerin başka soruşturmada delil olarak kullanılması söz konusu değildir. Ancak ihbar olarak değerlendirilerek başlangıç şüphesine esas alınmasının mümkün olduğunu düşünüyoruz²⁷. Bu gibi durumlarda soruşturma yapılmasını mümkün gördüğümüzden SYOK’un verilmemesi gerektiğini düşünüyoruz. Aynı şekilde tesadüfen elde edilen deliller varsa bunun da başlangıç şüphesi açısından soruşturma başlatmak için kullanılacağını kabul ediyoruz. Hukuka uygun başvuru koruma tedbirleri dolayısıyla tesadüfen elde edilen deliller söz konusu olmuş ise bunların delil olarak kullanılması kanunda kabul edilmese (kabul ediliyorsa zaten hem delil olarak kullanılabilir hem de başlangıç şüphesi sayılabilecektir) bile başlangıç soruşturmasına esas alınmasının mümkün olduğunu düşünüyoruz²⁸. Ancak konunun Türk hukukunda tartışmalı olduğunu da belirtmek gerekir. Bazı yazarlar tesadüfen elde edilen delilin soruşturma başlatmak için kullanılamayacağını²⁹, bazı yazarlar ise kullanılabileceğini ifade etmektedirler³⁰. Bu tartışma özellikle iletişimin denetlenmesi sonucunda elde edilen ve katalog suçların kapsamında olmayan suçlarla ilgili olarak yaşanmaktadır. CMK’nın 138. maddesinde,

26 Konu Alman hukukunda tartışmalı olup çok az açıklığa kavuşturulduğu ifade edilmektedir: Bkz.: Löwe-Rosenberg/Beulke, *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Grosskommentar* Fünfter Band §§ 151-212b (26. neu bearbeitete Auflage de Gruyter 2008) § 152 kn. 26.

27 Aksi görüş için bkz.: Yenisey ve Nuhoglu (n 16) 501, 507; Ahmet Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku* (5. Baskı Adalet Yayınevi 2021) 539.

28 Löwe-Rosenberg/Beulke (n 26) § 152 kn. 27.

29 Yenisey ve Nuhoglu (n 16) 494, 495; Mustafa Ruhan Erdem, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Hukukunda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi” [2005] (3) Hukuki Perspektifler Dergisi 10 (çevrimiçi: www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/115.doc (E.T. 28.02.2022)); Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (18. Baskı Adalet Yayınevi 2021) 470, 471; Bahri Öztürk vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (Güncellenmiş 12. Baskı Seçkin Yayınevi 2018) 566; Erdener Yurtcan, *CMK Şerhi* (8. Baskı Adalet Yayınevi 2017) 516.

30 Özbek vd. (n 8) 404; 1502; M. Süheyl Karakaya, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri Esnasında Elde Edilen Tesadüfi Deliller” [2019] 21 D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan Özel Sayı 1502; Seydi Kaymaz, *Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi* (Yenilenmiş Gözden Geçirilmiş 4. Baskı Ankara 2015) 512; Ahmet Ataman, *Ceza Yargılaması Hukukunda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri* (Adalet Yayınevi 2016) 305, 310.

“Arama veya elkoyma koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, 135 inci maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir.” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm gereğince arama veya elkoyma koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil kullanılabilir, dolayısıyla da soruşturma başlatmaya neden olabilecektir. Bu halde SYOK verilemeyecektir. Bu konuda da bir sorun bulunmamaktadır. Ayrıca telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, 135. maddenin altıncı fıkrasında sayılan katalog suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil de kullanılabilir ve soruşturma başlatılabilir. Dolayısıyla başlangıç şüphesi varsa SYOK verilemeyecektir. İletişimin denetlenmesi sırasında katalog suçlardan olmayan bir suçla ilgili tesadüfi delil elde edilirse 138. maddenin düzenlemesinden bunun soruşturma veya kovuşturmada delil olarak kullanılmayacağı anlaşılmaktadır³¹. Ancak elde edilen bu delil soruşturma başlatmak için başlangıç

31 “Tanık ...’in şüpheli olduğu soruşturma dosyasında suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan iletişimin denetlenmesine, ayrıca aynı Kanun’un 140. maddesi gereğince teknik araçlarla izlenmesine karar verildiği, iletişimin denetlenmesi sırasında tanık ...’in sanık ... ile suç tarihinde, öncesinde ve sonrasında çok sayıda telefon görüşmelerinin olduğu ve sanığa atılı suçun suç tarihinin tespitine göre hakkında görevi kötüye kullanma suçunu işlediği şüphesini uyandırabilecek delillerin tespit edildiği, ... hakkında suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan iletişimin denetlenmesi kararının verildiği tarihte, sanık ... hakkında henüz soruşturma başlamadığından ve telefon görüşmesi neticesinde elde edilen görevi kötüye kullanma suçunu işlediği şüphesini uyandırabilecek delillerin sanık ... açısından tesadüfi delil niteliği taşıdığı, iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından sanık ... açısından elde edilen bu tesadüfi delilin, ... hakkında CMK’nın 135. maddesinde sayılan katalog suçlardan olan suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu ile ilgili soruşturma aşamasında hâkim kararı ile yapılan iletişimin dinlenmesi sırasında elde edildiğinden yasal delil niteliğinde olduğu, ancak tesadüfen elde edilen bu delillerin hukuka uygun olarak kullanılabilmesi için, ortaya çıkardıkları suç veya suçların da katalog suçlar arasında yer alması gerektiği, sanığın eyleminin sabit olduğunun kabul edilmesi durumunda suç tarihinin tespitine göre sanığa atılı suçun TCK’nın 257/3. fıkrasında düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı ve elde edilen bu delillerin katalog suçlar arasında sayılmayan görevi kötüye kullanma suçunun ispatında kullanılmasının yasal olarak kabul edilemeyeceği, CMK’nın 138. maddesinin ikinci fıkrasındaki açık düzenleme uyarınca katalog suçlardan birinin katalog olmayan bir suçla dönüşmesi hâlinde de kullanma yasağının söz konusu olacağı, bu anlamda kamu davasının katalog suçlardan birinden açılmış olup olmaması veya dönüştürmenin soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı veya kovuşturma evresinde mahkeme tarafından yapılması arasında herhangi bir fark bulunmadığı, aksi düşüncenin kabulünün, kanunda yer alan katalog kısıtlamasını dolanmak niyetiyle katalog suç görüntüsü altında tedbire başlanıp deliller elde edildikten sonra bu delillerin katalog dışı bir suç için kullanılması sonucunu doğuracağı hususları birlikte değerlendirildiğinde; sanık açısından elde edilmiş şekli itibarıyla

şüphesi teşkil edebilecektir. Hukuka uygun olarak elde edilen bir delil olduğundan ve 138. madde yalnızca delil olarak kullanılmasına engel olduğundan başlangıç şüphesi olarak soruşturma başlatmak için kullanılabilirliğini düşünüyoruz. Sıradan kişilerin suç işlendiğini öğrenmeleri ve bunu bildirmeleri durumunda soruşturma başlatılmasının kabul edilmesi, yetkili makamların görevleri gereği öğrendikleri suçlarda (ki Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 279 gereğince bildirme yükümlülükleri bulunmakta) ise soruşturma başlatılmasının kabul edilmemesi hukuki gerekçeyle izah edilemez. Ayrıca burada hukuka aykırı bir öğrenme söz konusu olmadığı için maddi gerçeğin araştırılmasındaki kamu yararının ağırlığı dikkate alınarak karar verilmesi gerektiğini düşünüyoruz³². Delil değerlendirme yasağı ile ilgili diğer bir belirleme de önleme amacıyla iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen kayıtlarla ilgili olarak ortaya çıkmaktadır. 2559 sayılı Kanun'un ek 7. maddesi, 2803 sayılı Kanun'un ek 5. maddesi ve 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesi, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınmasına yönelik hükümler içermektedir. Bu düzenlemelerde elde edilen kayıtların ancak kendi kanunlarında belirtilen amaçlar için, yani ilgili kanunlarda sayılan suçların önlenmesi amacıyla kullanılabilirliği kabul edilmiştir. Ayrıca elde edilen bilgi ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizlilik ilkesinin geçerli olduğu ifade edilmiştir (PVSK m. 7/7, Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu Ek Madde 5/6 ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu m. 6/6). Bu düzenlemeler gereğince, önleme amacıyla yapılan denetleme sonucu elde edilmiş bulunan iletişim içeriklerinin, bir suç soruşturması ve kovuşturmasında delil olarak kullanılması söz konusu olmayacaktır³³. Ancak önleme amacıyla yapılan iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen veriler, başlangıç şüphesi olarak soruşturma başlatmakta kullanılabilir. Nitekim Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul Ve Esaslar İle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik m. 17 (d bendi)'de, (a) ve (b) bentleri uyarınca gerçekleştirilen işlemler sonucunda elde edilen verilerin ve bilgilerin (2559 sayılı

yasal delil olmakla birlikte somut olayda kullanılmasının hukuken yasak olduğu ve CMK'nın 217. maddesinin ikinci fıkrasına göre hükme esas alınmayacağı kabul edilmelidir", CGK, 07.10.2021, E. 2018/459, K. 2021/458.

32 Krs.: Löwe-Rosenberg/Beulke (n 26) § 152 kn. 27.

33 Doktrinde bazı yazarlar tarafından bunun nedeni CMK kapsamında iletişimin denetlenmesi sıkı şartlara bağlı olduğu halde, önleme amacıyla yapılan iletişimin denetlenmesinde aynı sıkı şartların aranmaması gösterilmekte, dolayısıyla da önleme amacıyla yapılan iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen kayıtların ceza muhakemesinde delil olarak kullanılmasının kabul edilmediği belirtilmektedir: Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku-I* (12. Bası Seçkin Yayınevi 2021) 358.

Kanunun ek 7. maddesi, 2803 sayılı Kanunun ek 5. maddesi ve 2937 sayılı Kanunun 6. maddesi ve CMK m. 135) ilgisine göre Millî İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığına, Emniyet Genel Müdürlüğüne ve Jandarma Genel Komutanlığına, talep etmeleri halinde mahkemeye ve Cumhuriyet başsavcılıklarına iletileceği düzenlenmektedir. Eğer önleme amacıyla iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen veriler kullanılamayacaksa bunların Cumhuriyet başsavcılıklarına gönderilmesinin kabul edilmemesi gerekirdi. Dolayısıyla önleme amacıyla yapılan iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen bilgilerin delil olarak kullanılamayacaksa da soruşturma başlatmak için kullanılabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Yargıtay tarafından da usulüne uygun olarak yapılan önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen bulguların bir ceza soruşturması başlatılmasında kullanılabileceği kabul edilmekte, ancak bu tedbir yoluyla elde edilen bulguların bir ceza soruşturması veya kovuşturmasında delil olarak kullanılamayacağı belirtilmektedir³⁴.

3. İhbar veya Şikayet Konusu Fiilin Kabahat Oluşturması

İhbar veya şikayet konusu fiilin kabahat oluşturduğunun Cumhuriyet savcısı tarafından anlaşılması halinde de fiil suç teşkil etmediğinden SYOK verilmesi, kabahat nedeniyle idari yaptırım kararının uygulanmaması gerekmektedir. Zira Kabahatler Kanunu'ndaki (KK) Cumhuriyet savcısının kabahatten dolayı yaptırım uygulama yetkisi, ancak açılmış bir soruşturmada fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması veya başlatılan soruşturma kapsamında kabahatin işlendiğinin öğrenilmesiyle sınırlı olarak kabul edilmektedir (KK m. 23/2-3). Dolayısıyla başlatılan bir soruşturma yoksa Cumhuriyet savcısının kabahatten dolayı idari yaptırım uygulama yetkisi bulunmamaktadır. Zira görev kamu düzenine ilişkin olup kanunda açıkça düzenlenmeyen hallerde Cumhuriyet savcısının idari yaptırım uygulama yetkisi bulunmamaktadır. Ancak Cumhuriyet savcısının, kanunda açıkça ilgili kabahat dolayısıyla idarî yaptırım kararı vermeye yetkili kılınması söz konusuysa o zaman suç teşkil etmeyen kabahat oluşturan fiilden dolayı Cumhuriyet savcısı idari yaptırım kararı uygulayabilecektir (KK m. 23/1).

4. İhbar ve Şikayet Konusu Fiilin Suç Teşkil Etmediği Hallerde Bildirim Yükümlülüğü

İhbar ve şikayet konusu fiilin suç teşkil etmediği hallerde Cumhuriyet savcısının yetkili makamlara bildirim yükümlülüğünün bulunup bulunmadığıyla ilgili de belirleme yapılması gerekir. Öncelikle belirtilmelidir ki TCK m. 279, suçla ilgili bildirim yapma yükümlülüğü

34 Yargıtay CGK, E. 2011/93, K. 2011/95, 17.5.2011.

getirmekte ve bu yükümlülük ihlal edildiğinde suçun oluşacağını düzenlemektedir. Dolayısıyla fiilin suç teşkil etmediği hallerde bildirim yükümlülüğü bulunmadığından TCK m. 279 kapsamına giren bir sorun bulunmamaktadır Ancak diğer kanunlar olan KK, DMK (Devlet Memurları Kanunu) açısından sorunun değerlendirilmesi gerekir.

KK'nın 23. maddesinde *“bir suç dolayısıyla başlatılan soruşturma kapsamında bir kabahatin işlendiğini öğrenmesi halinde Cumhuriyet savcısı durumu ilgili kamu kurum ve kuruluşuna bildirebileceği gibi, kendisi de idarî yaptırım kararı verebilir”* hükmü yer almaktadır. Düzenleme soruşturmaya bağlantılı olarak hükme bağlandığı için buna ilişkin bir belirleme içermemektedir. Ayrıca KK m. 23 düzenlemesi m. 158/6'den önce, yani 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren bir hükümdür. Dolayısıyla KK'nın 23. maddesinin SYOK'la ilgili düzenleme içermemesi doğaldır. Ancak 23. madde düzenlemesine bakıldığında soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısına kabahatle ilgili bildirim yapma yetkisi verildiği görülmektedir. Yani kabahat teşkil eden fiilin yaptırımsız kalmasının istenmediği anlaşılmaktadır. Ayrıca bildirim yapma yükümlülüğü muhakemeyle ilgili nitelik taşıdığından bu konuda 23. maddeden yola çıkılarak kıyas yapılabileceğini ve Cumhuriyet savcısının kabahat oluşturan fiille ilgili idari yaptırım kararı uygulamaya yetkili makama bildirim yapması gerektiğini düşünüyoruz.

Bildirimle ilgili düzenleme içeren diğer bir Kanun da DMK'dır. Bu Kanunun 131. maddesine/3. fıkrasına göre, *“160 sayılı Devlet Personel Dairesi Kurulması Hakkında Kanunun 4 üncü maddesinde sayılan kuruluşlarda çalışan personel hakkında; görevden doğan veya görevi sırasında işledikleri suçlarla kişisel suçları sebebiyle Cumhuriyet savcıları veya (...) sorgu hakimlikleri veya Memurun Muhakematı hakkında Kanun uyarınca yetkili kurullarca yapılan soruşturma sonunda düzenlenen takipsizlik, meni muhakeme, iddianame, talepname veya lüzumu muhakeme karar suretleri ile ilgili mahkemelerce verilen kesinleşmiş karar suretleri bu personelin bağlı olduğu bakanlık veya kurum veya kuruluşa gönderilir”* hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla Cumhuriyet savcısının SYOK verdiği fiilin disiplin suçu kapsamına girebileceğini düşünüyorsa, Cumhuriyet savcısının 131. madde açısından da 23. maddede belirttiğimiz gerekçelerle SYOK'un bir örneğini personelin bağlı olduğu bakanlık veya kurum veya kuruluşa göndermesi gerektiğini kabul ediyoruz. Bu çerçevede belirtilmelidir ki 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ve CMK m. 158/6, DMK'na göre sonraki düzenleme niteliğindedir. Dolayısıyla DMK'da sonraki düzenlemelerde yer alan kavramların yer almaması doğaldır. Kıyas yoluyla bu boşluğun giderilebilmesi mümkündür.

C. İhbar ve Şikayetin Genel ve Soyut Olması

SYOK verilmesinin nedenlerinden bir diğeri m. 158/6'da ihbar ve şikayetin soyut ve genel olması olarak belirtilmiştir.

İhbar, resen takip edilen suçlarda suçtan haberdar olan kişinin veya takibi şikayete bağlı suçlarda suçtan zarar gören kişi dışındaki şahısların yetkili makamlara yaptıkları bildirimdir. Şikayet ise takibi şikayete bağlı suçlarda suçtan zarar gören kişinin yetkili makamlara yapmış olduğu bildirimdir.

Genel kavramı Türkçe Sözlükte, bir şeye veya bir kimseye özgü olmayıp onun bütün benzerlerini içine alan, umumi” anlamına gelmektedir. Soyut kavramı ise, “varlığı duyularla algılanamayan, mücerret, somut karşıtı, abstre” olarak ifade edilmektedir³⁵.

Ceza muhakemesinde ihbar ve şikayetin ne zaman genel ve soyut olduğunun belirlenmesi gerekir. Kuşku doğuran bir durum olmakla birlikte bu kuşkunun soruşturmayı başlatan şüphe niteliğinde olmadığı durumlarda genel ve soyut şüpheden söz edilebilir. Soruşturmayı başlatan şüpheyi CMK'nın 160. maddesi, suçun işlendiği izlenimini veren hal olarak ifade etmiştir³⁶. Bu düzenlemeyle “eşik teorisi” adı verilen hukuk Devleti duvarı yaratıldığı belirtilmektedir³⁷. Doktrinde suçun işlendiği izlenimini veren hale basit şüphe veya başlangıç şüphesi adı verilmektedir³⁸. Soruşturmanın başlatılması için maddi bir koşul olan başlangıç şüphesi veya basit şüphe, ceza muhakemesinde varlığı aranan şüphelerin en zayıfıdır³⁹. Başlangıç şüphesi, kriminal tecrübeye veya deneyime dayalı olarak kovuşturulabilir bir suçun işlendiğini mümkün olarak gösteren (işlenmiş olmasını mümkün gösteren) somut olgulara dayanan bir şüphedir⁴⁰. Suçun

35 <https://sozluk.gov.tr/>.

36 Alman CMK'nun 152/2. maddesinde, başlangıç şüphesi yeterli olgusal kanıt olarak ifade edilmiştir.

37 Yenisey ve Nuhoglu (n 16) 602.

38 Yenisey ve Nuhoglu (n 16)292, 294; Şahin ve Göktürk (n 33) 23; Centel ve Zafer (n 6) 98, 99; Özbek vd. (n 8) 188; Öztürk vd. (n 29) 436, 437. Alman hukukunda da başlangıç şüphesi kavramının kullanıldığı görülmektedir: Kindhäuser/Schumann, *Strafprozessrecht* (6. überarbeitete Auflage Nomos 2021) 44; Löwe-Rosenberg/Beulke (n 26) § 152 kn. 21; *AK-StPO/Schöch, Kommentar zur Strafprozessordnung* (Luchterhand (Hermann) 1988) § 152 kn. 10; KK/Schoreit, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, (5. Auflage C.H.Beck 2003) § 152 kn. 28. Tartışma için bkz.: *SK-StPO/WeBlau, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung Band III* §§ 137-197 (4. Auflage Carl Heymanns Verlag 2011) § 152 kn. 12.

39 Kindhäuser/Schumann (n 38) 44.

40 Meyer-Goßner/Schmitt, *Strafprozessordnung, GVG und Nebengesetze* (65. Auflage C.H.Beck 2022) § 152 kn. 4; MüKoStPO/Peters, *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung Band 2*, §§ 151-332 (1. Auflage C.H.Beck 2016) § 152 kn. 35; Roxin/Schünemann, *Strafverfahrensrecht, Ein Studienbuch* (27. Auflage C.H.Beck 2012) § 39 kn. 15.

işlendiği konusunda düşük bir olasılığın varlığı da yeterli kabul edilmektedir⁴¹. Bu kapsamda tamamen asılsız olmayan bir söylenti⁴², belirti⁴³ ya da tek taraflı iddiaların da yeterli olduğu ifade edilmektedir. Ancak somut esaslara dayanması gerektiği, umma ya da kriminalistik hipotezlerin başlangıç şüphesinin varlığını ortaya koymaktan uzak olduğu belirtilmektedir. Olaylara dayanmayan, tahmin niteliğindeki bir şüphe başlangıç şüphesi için yeterli değildir⁴⁴. Soruşturmanın başlaması için şüphenin basit bir tahmin boyutunu aşması, belirsizlikten çıkması⁴⁵, belli bir yoğunluğa ulaşması gerekmektedir⁴⁶. Somut olaylara, somut olgulara dayanmayan bir tahmin, bir iddia, bir varsayım⁴⁷, aslı olmayan bir duyum soruşturma başlatmak için yeterli değildir. Dolayısıyla somut olaylara, somut olgulara, kriminalistik bilimin verilerine dayanan bir şüphe varsa basit şüphe veya başlangıç şüphesi söz konusudur⁴⁸. Çerçevesi çizilmemiş, sınırlandırılmamış, tamamen genel nitelikte bildirimler başlangıç şüphesi oluşturmayacaktır. Örneğin Konya’da biri öldürülecektir şeklindeki bir bildirim soruşturma başlatılması için yeterli olmayacaktır. 4483 sayılı Kanunda da ifade edildiği gibi, ihbar veya şikayetin soyut ve genel nitelikte olmaması, kişi veya olay belirtilmesi, iddiaların ciddi bulgu ve belgelere dayanması halinde artık açık ve net biçimde genel ve soyut bildirimden değil, başlangıç şüphesinden bahsedilecektir⁴⁹.

Soruşturmanın başlaması için aranan başlangıç şüphesinin ceza hukukuna göre cezalandırılabilir bir davranışa, suça dayanması gerekir⁵⁰. Suç teşkil etmeyen bir fiile

41 Bkz.: Meyer-Goßner/Schmitt (n 40) § 152 kn. 4; Löwe-Rosenberg/Beulke (n 26) § 152 kn. 26. Ancak doktrinde özellikle zayıf nitelikteki başlangıç şüphesi durumlarında uygulamada geliştirilen önsoruşturmanın ortaya çıktığını, bunun önalın soruşturmasından farklı olduğu belirtilmektedir: Roxin/Schünemann (n 40) § 39 kn. 17, 18. Olasılıkların ve varsayımların yeterli olmadığına ilişkin olarak bkz.: Löwe-Rosenberg/Beulke (n 26) § 152 kn. 22.

42 *MüKoStPO/Peters* (n 40) § 152 kn. 40

43 Başlangıç şüphesi için delillerin en azından belirti niteliği taşıması gerektiği için bkz.: Centel ve Zafer (n 6) 99; Öztürk vd. (n 29) 437.

44 Veli Özer Özbek, “Organize Suçlulukla Mücadelede Ön Alan Soruşturmaları” [2002] 4 (2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 60 <https://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/DergiMiz4-2/PDF/ozbek3.pdf>; Meyer-Goßner/Schmitt (n 40) § 152 kn. 4, 5.

45 Varsayımlar ve belirsiz ipuçları, kanıtlar, başlangıç şüphesi için yeterli sayılmamaktadır: BVerfG 2 BvR 389/13 (2. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 29. Oktober 2013 (LG Amberg/AG Amberg), <https://www.hrr-straftrecht.de/hrr/bverfg/13/2-bvr-389-13.php> (E.T. 03.03.2022).

46 Şahin ve Göktürk (n 33) 23.

47 Bkz.: Kindhäuser/Schumann (n 38) § 152 44; Roxin/Schünemann (n 40) § 39 kn. 15.

48 Şahin ve Göktürk (n 33) 23; Meyer-Goßner/Schmitt (n 40) § 152 kn. 4.

49 Ayrıca ihbar veya şikâyet dilekçesinde dilekçe sahibinin doğru ad, soyadı ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunması zorunlu olduğuna ilişkin bkz.: Öztürk vd. (n 29) 597.

50 Kindhäuser/Schumann (n 38) 44.

yönelik başlangıç şüphesinden, dolayısıyla soruşturmanın başlamasından söz edilemeyecektir. Başlangıç şüphesinin varlığı için somut olguların fiilin suç teşkil ettiğini ortaya koyması gerekmemektedir. Kriminal tecrübeye göre soruşturulabilir veya kovuşturulabilir bir suç ihtimalinin bulunması yeterlidir⁵¹. Ayrıca başlangıç şüphesinin olması için ihbar veya şikayet konusunun bir suçun işlendiği noktasında akla ve mantığa uygun bir şüphe doğurması gerekmektedir. Akla ve mantığa uygun olmayan durumlarda fiilin açıkça suç oluşturmadığının anlaşılması söz konusudur⁵².

İhbar ve şikayet konusu için fiil belirtilmiş ve bunun için bazı deliller ileri sürülmüş olmakla birlikte bu deliller hukuka aykırı nitelikte ise ve başka da delil yoksa soruşturma başlatılmayacak, yine soruşturmaya yer olmadığı kararı verilecektir.

Bu kısa açıklamalardan sonra yargı kararlarında soruşturmayı başlatan şüphenin nasıl değerlendirildiği belirtilecektir.

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararlarında Şüphe

AİHM, yargı yetkisine giren konularda verdiği kararlarda soruşturma mecburiyetini kabul etmekte ve soruşturma mecburiyetinin etkili bir soruşturma için şart olduğunu benimsemektedir⁵³. Bir soruşturmanın en önemli yönlerinden birinin, mümkün olan en kısa zamanda harekete geçerek kanıtların kaybolmasını önlemek ve tanıkların hafızaları halâ taze iken ifadelerine başvurmak olduğunu belirtmektedir. AİHM, suç işlediğine dair hakkında şüphe duyulması için inandırıcı neden olmadığının iddia edildiği ve kişinin yakalandığının veya tutuklandığının söylendiği olaylarla ilgili yaptığı değerlendirmelerde, sadece iyiniyetli bir şekilde şüphe duyulmasının yeterli olmadığını

51 BVerfG 2 BvR 389/13 20; Meyer-Goßner/Schmitt (n 40) § 152 kn. 4.

52 Centel ve Zafer (n 6) 99; Öztürk vd. (n 29) 437.

53 Etkili soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilmiş olduğunun kabulü için;

- Yetkili makamların olaydan haberdar olur olmaz resen harekete geçerek olayı aydınlatabilecek ve sorumluların belirlenmesini sağlayabilecek bütün delilleri tespit etmeleri (*Cezmi Demir ve diğerleri*, B. No: 2013/293 (AYM 17/7/2014) § 114),

- Soruşturmanın kamu denetimine açık olması ve mağdurların meşru menfaatlerini korumak için soruşturmaya gerekli olduğu ölçüde etkili katılımlarının sağlanması (*Cezmi Demir ve diğerleri*, B. No: 2013/293 (AYM 17/7/2014), § 115),

- Soruşturmadan sorumlu olan ve incelemeleri yapan kişilerin olaylara karışan kişilerden bağımsız olması (*Cezmi Demir ve diğerleri*, B. No: 2013/293 (AYM 17/7/2014) § 117),

- Soruşturmaların makul özen ve süratle yürütülmesi (*Cezmi Demir ve diğerleri*, B. No: 2013/293 (AYM 17/7/2014) § 114),

- Soruşturma sonucunda alınan kararın soruşturmada elde edilen tüm bulguların kapsamlı, nesnel ve tarafsız bir analizine dayalı olması gerekir (*Cemil Danışman*, B. No: 2013/6319, (AYM 16/7/2014) § 99) gerekmektedir: *İmam Güneş*, B. No: 2018/13501 (AYM 16/6/2021); *K.Ö. v Türkiye*, B. No: 71795/01 (AİHM 11.12.2007); *Gökhan Gündüz* (3), B. No: 2017/32051 (AYM 3.11.2020).

kabul etmektedir⁵⁴. AİHM, savunulabilir olduklarında ve makul bir şüphe uyandırdıklarında suç teşkil hak ihlallerini, kötü muamele iddialarını yetkili makamların soruşturmaları gerektiğini kabul etmektedir⁵⁵. Mahkemeye göre, “makul şüphe” ifadesi, objektif bir gözlemciyi ilgili kişinin suç işlemiş olabileceği konusunda ikna edecek olgu veya bilgilerin bulunması anlamına gelmektedir. Ancak makul olarak kabul edilebilecek durumlar somut olayın koşullarının tamamına bağlıdır. Mahkemeye göre

54 *Osman Kavala v Türkiye*, B. No: 28749/18 (AİHM 10.10.2019).

55 *K.Ö. v Türkiye Başvurusu*, B. No: 71795/01 (AİHM 11.12.2007): “1995 senesinde başvuranın kızı yasadışı bir örgüt olan PKK’ya katılmıştır. Başvuran, o zamandan bu yana polisin evine baskın yaptığını ve onu tehdit ettiğini ileri sürmektedir. Başvuran 19 Kasım 1999’da, gece yarısı kendilerini Adana Emniyet Müdürlüğü terörle mücadele şubesinden polis memurları olarak tanıtan üç kişinin evine girdiklerini, kendisini dövdüklerini, tehdit ve cinsel olarak taciz ettiklerini iddia etmiştir. Başvuran, polis memurlarının son olarak vajinasına cop sokarak kendisine tecavüz ettiklerini ve tecavüz ardından bayıldığı ileri sürmüştür. 22 Kasım 1999’da başvuran, Türkiye İnsan Hakları Vakfı’na gitmiş, polis memurlarınca maruz bırakıldığı kötü muameleyi anlatmış ve genital bölgesinde ağrıdan ve vajinal kanamadan şikayet etmiştir. Ancak kadın doğum uzmanının müsait olmaması nedeniyle kendisine 30 Kasım 1999 tarihi için randevu verilmiştir. Bununla birlikte, başvuranın karın bölgesinde aşırı hassasiyet olduğunu kaydeden bir doktor tarafından muayene edilmiştir. Başvuran, 28 Kasım 1999’da evine polis memurları tarafından bir kez daha baskın yapıldığını belirtmiştir. Kendisine, önceki olay hakkında şikayette bulunduğu takdirde, kendisinin ve çocuklarının öldürüleceği söylenmiştir. Başvuran daha sonra kızının resminin bulunduğu çerçeveyi kırdıklarını ve polislerden birinin başına silah dayayarak parasını aldığı iddia etmiştir. 30 Kasım 1999 ve 2 Aralık 1999’da başvuran, Dr. A.Ö. tarafından muayene edilmiştir. Doktor, başvuranın genital organlarında perineal fitik ve sistorektostomi gözlemlemiştir. Ayrıca başvuranın rahminin normalden geniş ve sert olduğunu gözlemlemiştir. Belirli bir zaman sonra vücudunda tecavüz izleri görmenin mümkün olmayacağını kaydetmiştir. Ayrıca, bu tür izlerin bulunmadığını belirtmiştir. 30 Kasım 1999’da başvuran vakıfta kendisine şiddetli stres sendromu ve majör depresyon teşhisi koyan bir psikiyatrist tarafından muayene edilmiştir. Doktor, başvuranın psikolojik problemlerinin, geçirdiğini iddia ettiği travmaya bağlı olduğunu kanısına varmıştır”. Bu olayla ilgili soruşturma açılır, ifadesi alınır, teşhis işlemi yapılır, teşhiste bir polis memuru teşhis edilir. Ancak çelişkili beyanları ve oğlunun. Etkisinde kalmış olduğu gerekçesiyle takipsizlik kararı verilir. Daha sonra “Başvuran, evinde polis memurları tarafından tacize uğramaya devam ettiğini ileri sürmüştür. Bu hususta, 26 Mayıs 2000’de, 1 Nisan 2001’de ve 10 Haziran 2001’de dövdüğünü ve tehdit edildiğini ileri sürmüştür. Başvuran ilk olaya ilişkin olarak 27 Şubat 2001’de başvuranın iddialarının dayanaktan yoksun olduğu gerekçesi ile ceza takibat başlatılmaya karar veren Cumhuriyet Savcısı hakkında şikayette bulunmuştur. Cumhuriyet Savcısı başvuranın doktora görünmeyi sürekli olarak reddettiğini kaydetmiştir. Başvuran, ikinci olaya ilişkin olarak, vakfa başvurmuştur. Kendisini muayene eden doktor, fiziksel ağrıların psikosomatik olduğunu söyleyerek kendisini antidepresan kullanmasını öngören bir psikiyatriste havale etmiştir. Son olaya ilişkin olarak başvuran, hem vakfa hem de bir devlet hastanesine başvurmuştur. Bu kurumlarda yayımlanan sağlık raporlarında başvuranın vücudunda çok sayıda çürük olduğu, halen şiddetli bir travma sonrası stres sendromu bulunduğu ve bu teşhisin, başvuranın kötü muamele ve işkence iddialarına uyduğu kaydedilmiştir. 29 Nisan 2003’te başvuran Adana Cumhuriyet Savcılığı’na bir dilekçe yazarak polis tarafından taciz edildiği hakkında şikayette bulunmuştur. 23 Nisan 2003’te bir grup polis memurunun evine girdiğini ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne yaptığı başvuruyu geri almasa kendisini öldürmekle tehdit ettiğini ileri sürmüştür. Belge imzalamayı reddettiğinde dövdüğünü belirtmiştir. Ayrıca 28 Nisan 2003’te bir grup polis memurunun, kendisini iki saat süren bir araba yolculuğuna çıkardığını ve bu yolculuk sırasında AİHM’ye yaptığı başvuruyu geri almasını istediklerini ileri sürmüştür”. Bu olayda AİHM, olayın iddia edilen faillerinin durumuna bakılmaksızın, başvuranın ruhsal sağlığının göstergeleri olarak sunduğu kanıtların, iddialarının ciddiyetinin, yaşının ve sağlık raporlarının bütünüyle makul bir şüphe uyandırdığı kanısındadır. Bu nedenle soruşturma yapılması gerektiğini belirtmiştir.

makul şüphe, genel olarak değil, işlendiği iddia edilen suça göre belirlenmelidir. Yani işlendiği iddia edilen suça ilişkin olarak objektif gözlemciyi ikna edecek olgu ve bilgilerin bulunması gerekmektedir. Mahkemeye göre, makul bir şüphenin varlığı, dayanılan olguların, makul bir şekilde, kanunda ceza gerektiren davranışı tanımlayan bölümlerden birinin kapsamında olarak değerlendirilebilmesini gerektirmektedir. Bir kişiye isnat edilen eylemler veya olaylar, gerçekleştikleri dönemde suç teşkil etmiyorsa, “makul şüphe” söz konusu olamaz⁵⁶. Makul şüphenin, gerçekte ayrı ancak örtüşen iki yönü bulunmaktadır. Bunlar biri objektif gözlemciyi ikna edecek olgu ve bilgilerin bulunması, yani makul şüphenin olaylara ilişkin yönü, diğeri de gerçekleştiği dönemde suç teşkil etmesi yani davranışın suç teşkil eden davranış olarak nitelendirilmesine ilişkin yönüdür⁵⁷. Mahkemeye göre şüpheye yol açan vakıaların ceza soruşturmasını izleyen aşamada devreye giren iddianame düzenlenmesini ve yahut mahkûmiyet kararı verilmesini haklı gösterecek düzeyde olması gerekmektedir⁵⁸. Mahkeme, sözleşmenin soruşturma aşamasında kimliği gizli tutulan muhbirler gibi kaynaklara itimat etmeye engel oluşturmadığını kabul etmekte (soruşturmaya başlamasını kabul etmekte), ancak bu kimsenin ifadelerinin daha sonra mahkûmiyeti haklı göstermek için belirleyici delil olarak kullanılmasının yargılamanın hakkaniyeti bakımından sorun teşkil edebileceğini belirtmektedir⁵⁹. AİHM’ye göre şikayette bulunulmamış olsa bile

56 *Osman Kavala v Türkiye*, B. No: 28749/18 (AİHM 10.10.2019). Ayrıca bkz.: *Levent Bektaş v Türkiye*, B. No: 70026/10 (AİHM 16.06.2015); *Fox, Campbell ve Hartley v Birleşik Krallık*, B. No: 12244/86; 12245/86; 12383/86 (AİHM 30.08.1990).

57 *Sabuncu ve Diğerleri v Türkiye*, B. No: 23199/17 (AİHM 10.11.2020).

58 *Levent Bektaş v Türkiye*, B. No: 70026/10 (AİHM 16.06.2015): “AİHM, bizzat başvuru tarafından bazıları imzalanan Kafes eylem planı metni ve eklerini; Beykoz ve Poyrazköy’de bulunan silahları ve cephaneleri; başvuru ve suç ortaklarının söz konusu faaliyetleriyle ilgili suç ihbarlarını ve kişinin Ceza Kanununda şiddetli şekilde cezalandırılan atılı suçu işlediğine dair hakkında şüphelenilerek tutuklanmasından önce Savcılık makamına toplanan kişi ve suç ortakları ile ilgili telefon dinleme kayıtları dâhil başvuru evinde gerçekleştirilen arama sırasında ele geçirilen belgeleri delil unsurları olarak göz önünde bulundurmaktadır. Dolayısıyla, AİHS’nin 5 § 1. maddesinin c) fıkrası uyarınca, başvuru, atılı suçu işlemiş olduğuna dair şüphe oluşturan inandırıcı sebeplerin varlığına dayanılarak yakalanıp tutuklanabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır (Anılan Murray § 63, anılan Korkmaz ve diğerleri § 26, ve anılan Süleyman Erdem § 37)”; *Murray v Birleşik Krallık*, B. No: 14310/88 (AİHM 28/10/1994).

59 “...mahkeme önünde sözlü olarak ifade vermesi için çağrılan gizli tanıkların bulunduğu bir yargılamanın adillliğini değerlendirirken AİHM, ilk olarak tanığın kimliğini gizlemek için makul gerekçelerin olup olmadığını incelemekte; ikinci olarak gizli tanık ifadesinin verilecek hükmün dayandığı tek veya belirleyici temel olup olmadığını değerlendirmektedir. Üçüncü olarak hükmün büyük ölçüde veya yalnızca gizli tanığın ifadesine dayanması durumunda yargılamaları detaylı incelemelere tabi tutmaktadır. (*Al-Khawaja ve Tahery v Birleşik Krallık* [BD], B. No: 26766/05, 22228/06 (AİHM 15/12/2011), §§ 119, 147; *Pesukac v İsviçre*, B. No: 25088/07 (AİHM 6/12/2012), § 45). Bu bakımdan gizli tanığın verdiği ifadenin mahkûmiyet kararının tek nedeni veya belirleyici unsuru olduğu durumlarda usul işlemleri en detaylı incelemelere tabi tutulmalıdır. Verilen ifadenin güvenilirliğinin uygun bir şekilde değerlendirilebilmesi için usule ilişkin güçlü teminatlar da dâhil olmak üzere taraflar arasında dengeleyici unsurların varlığından emin olunmalıdır (*Al-Khawaja*

kötü muamele yapıldığına dair yeterince açık belirtiler varsa yetkili makamlar tarafından soruşturma başlatılmalıdır⁶⁰.

AİHM, makul şüpheyi kabul etmekle beraber, organize suçlarda, terör suçlarında makullüğün olağan suçlara uygulananlarla aynı ölçütlere göre değerlendirilemeyeceği anlamına gelebileceğini kabul etmektedir. Organize suçlarla mücadelede başta dolaylı tanık ifadesiyle soruşturmanın başlamasını ve tutuklamanın gerçekleştirilmesini kabul etmektedir⁶¹. Terör suçlarında, can ve mal kaybı riskinin yüksek olması nedeniyle gizli kayaklardan elde edilen bilgiler de dahil her türlü bilginin değerlendirilebileceğini, güvenilir olmakla beraber bilgi kaynağını tehlikeye atmadan, mahkemeye ibraz edilemeyecek ve şüpheliye de bildirilmeyecek türde bilgilere dayanarak terör eylemine katıldığından şüphelenilen kişiyi yakalamak zorunda kalabileceğini kabul etmektedir. Terör suçlarında şüphenin makul olma derecesinin her zaman adli suçlardaki geçerli olan standartlara göre belirlenmeyeceğini ifade etmektedir⁶². Ancak mahkeme, yine de terör suçuyla, organize suçlarla baş etmenin gereklerinin, “makullük” mefhumunu Sözleşme’nin 5 § 1 (c) maddesinde korunan güvencelerin zarar göreceği bir noktaya kadar genişletmeyi haklı kılamayacağını da ifade etmektedir. Bu nedenle de soruşturma makamlarının kişinin isnat edilen suçu işlemiş olabileceğine tarafsız bir gözlemciyi ikna etmeye yetecek objektif unsurların olup olmadığına bakmaları gerekmektedir. Mahkeme, devletin yakalanan kişinin suçu işlediğine dair makul şüphenin bulunduğu mahkemeyi ikna edecek bazı bulgu ve bilgileri temin etmesi gerektiğini kabul etmektedir. Kişinin sorgulanmış olması yetkililerin onun bu suçu işlediğinden şüphelenmiş olduklarını ortaya koysa bile bu olgunun tek başına, tarafsız bir gözlemciyi, başvuranın söz konusu suçu işlemiş olabileceğine ikna etmeye yetmeyeceğini kabul etmektedir⁶³. Mahkeme Fox, Campbell ve Hartley Birleşik Krallık Kararında, yukarıdaki

ve Tahery v Birleşik Krallık, § 147)”, Anayasa Mahkemesi, Rıza Barut Başvurusu, Başvuru No. 2020/14339. AİHM, gizli tanık beyanına karşı başvurucuya (sanığa) yeterli itiraz imkânı tanınmadığı durumda taraflar arasındaki dengeleyici unsurların varlığını kabul etmemektedir. Gizli tanık beyanının sanık tarafından yeterince denetlenebildiği, yani savunma tarafına dengeleyici güvenceler sağlayan bir usulün yürütüldüğü bir durumda gizli tanık beyanının objektif ve tarafsız bir gözlemciyi ikna edebilecek bilgiler içerdiğini kabul etmektedir. Bkz.: *Yaygın v Türkiye*, B. No: 12254/20 (AİHM 16.01.2021).

60 *Karabeyoğlu v Türkiye*, B. No: 30083/10 (AİHM 07.06.2016).

61 *Osman Kavala v Türkiye*, B. No: 28749/18 (AİHM 10.10.2019).

62 *Fox, Campbell ve Hartley v Birleşik Krallık*, B. No: 12244/86; 12245/86; 12383/86 (AİHM 30.08.1990), <https://www.anayasa.gov.tr/media/3600/aihmkararlarindanornekler.pdf> (E.T.05.03.2022).

63 *Hakan Baş v Türkiye*, B. No: 66448/17 (AİHM 03/03/2020): “Kocaeli Cumhuriyet savcısı, 16 Temmuz 2016 tarihinde, Kocaeli’de görev yapan FETÖ/PDY üyesi olduğundan şüphelenilen başvuranın da bulunduğu hâkimler hakkında ceza soruşturması başlatmıştır. Başvuran, 18 Temmuz 2016 tarihinde tedavi için bulunduğu hastanede gözaltına alınmıştır. 19 Temmuz 2016 tarihinde, FETÖ/PDY üyeliği şüphesi nedeniyle HSK’nın

belirlemeleri yapmakla beraber terör eylemlerine katıldıklarına ilişkin polis in elinde

16 Temmuz 2016 tarihli kararı neticesinde görevinden alınmış bulunduğunu ona bildiren Kocaeli Cumhuriyet savcısına ifade vermiştir. O günün ilerleyen saatlerinde Kocaeli 1. Sulh Ceza Hâkimliği önüne çıkartılmıştır. Sulh Ceza Hâkimi, 20 Temmuz 2016 tarihinde, terör örgütü üyeliği şüphesiyle başvuranın tutukluluk altına alınmasına karar vermiştir. Hâkim, darbe teşebbüsünün hâlen devam ettiğini, bu eyleme girişen örgütün üyesi olduğu gerekçesiyle başvuranın HSK tarafından açığa alındığını ve HSK'nın Ankara Cumhuriyet Başsavcılığından soruşturma açmasını talep ettiğini belirtmiştir. İsnat edilen suçun niteliğinden, delil durumundan ve olası cezadan, darbe teşebbüsüne ilişkin tüm ülkede soruşturmalar yürütüldüğünden, tüm şüphelilerin ifadelerinin henüz alınmamış olduğundan ve suçun katalog suçlar arasında olduğundan bahsedilmiştir. Hâkim, tutuklamanın bu aşamada orantılı bir tedbir olduğunu ve adli kontrolün yetersiz kalacağını belirtmiştir. Karara göre, 2802 sayılı Kanun'un 94. maddesinde düzenlenen bir suçüstü hâlinde yakalanma söz konusudur... Başvuran, ulusal hukuka aykırı şekilde tutuklandığından şikâyet etmiş...iddia edilen suç işlediğine dair makul şüpheyne yol açacak ve böylelikle tutukluluğunu gerektirecek belirli hiçbir delilin bulunmadığını ileri sürmüştür. Ayrıca, tutukluluğuna dair kararlar için yetersiz gerekçe gösterildiğini belirtmiştir... mevcut davada AİHM, başvuranın ilk tutuklanması kararı anında, soruşturma makamları tarafından ona isnat edilen suç işleminin olabileceğine tarafsız bir gözlemciyi ikna etmeye yetecek objektif unsurların olup olmadığına bakacaktır. Bunu yaparken, bahse konu tedbire hükmeden yargısal makamların denetimine sunulan ve o tarihte mevcut bilgi ve olgular temelinde tedbirin haklı kılınıp kılınmadığını değerlendirecektir. AİHM, bu mülâhazaların, yargı mensupları ve somut olayda hâkim olan başvuran bakımından bilhassa önemli olduğunu hatırlatmıştır (§ 184). AİHM, Anayasa Mahkemesi'nin başvuranın mesajlaşma uygulaması ByLock'u kullanmasına atıf yaptığını gözlemlemiştir. İlgili delilin, başvuranın başlangıçtaki tutukluluğunun çok sonrasında kadar ileri sürülmesi olduğu kaydedilmektedir. Anayasa Mahkemesi, başvuranın ilk tutuklanması kararından birkaç ay sonra elde edilen delilin, suçlanmış olduğu suç işleminin bulunduğuna dair makul şüpheyne için nasıl bir temel oluşturmuş olabileceğini açıklamamıştır (§ 185). AİHM somut olayda, başvuranın tutuklanması kararından, Kocaeli Sulh Ceza Hâkimliğinin başvuranın iddia edilen suç işleminin olduğu dair makul şüpheyne tespitini, HSK tarafından 16 Temmuz 2016 tarihinde alınan karara ve Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının onun hakkında soruşturma açılması talebine dayandırmış olduğunu gözlemlemiştir. Bu kararda HSK, darbe teşebbüsünü başlatmış olan terör örgütünün üyeleri oldukları hakkında güçlü şüpheyne dayalı biçimde başvuranın da dâhil bulunduğu 2.735 hâkim ve savcıyı açığa almıştır. HSK bunu yaparken, darbe teşebbüsünün öncesinde yürütmüş olduğu soruşturma dosyalarındaki bilgi ve belgeler ile istihbarat teşkilatlarının sonradan yaptığı araştırmalarda elde ettiği bilgileri esas almıştır (§ 187). HSK kararında, örgütün talimatlarıyla yasadışı eylemlerde bulduklarından şüphelenilen birçok hâkim ve savcıya ilişkin darbe teşebbüsünden önce başlatılmış olan disiplin ve ceza soruşturmalarında atıfta bulunulmuştur. Karar bununla birlikte, şahsen başvuranla ilişkili herhangi bir olgu veya bilgi içermektedir. Başvuran, disiplin ve ceza soruşturmalarının öznesi olarak anılan bireyler arasında görünmemekteydi. HSK'nın kararında bahsedilen disiplin ve ceza soruşturmaları bu itibarla, başvuranın tutuklanması kararına yol açan şüpheyne için temel oluşturmuş olamaz (§ 188). Ayrıca HSK, bu kararında, içeriklerine açıklama getirmeksizin ya da başvuran ve onun durumuyla nasıl ilgili olduğunu açıklamaksızın istihbarat teşkilatlarından gelen bilgiye genel bir atıfta bulunmuştur. AİHM, bu koşullar altında ve istihbarat teşkilatlarından gelen bilginin tutuklamaya temel alınıp alınamayacağına değinmeksizin; Hükümetin mevcut davada HSK'nın kararı için yeterli olgusal temel sağlamamış olduğu görüşünü benimsemiştir (§ 189). AİHM, Kocaeli Sulh Ceza Hâkimliği tarafından HSK'nın kararına yapılan basit bir atfın, başvuranın tutuklanmasını haklı kılan makul şüphenin bulunduğu sonucunu desteklemek için yetersiz olduğunu tespit etmiştir. Sulh Ceza Hâkimliği, CMK'nın 100. maddesine ve dosyadaki delillere atıfta bulunarak kararının haklı kılmaya çalışmış; ancak, bahse konu maddenin metnini basitçe aktarmıştır. Dosyadaki bireysel delil unsurlarının veya başvuran hakkındaki şüphenin haklı kılılabilecek herhangi bir bilginin veya teyit edilebilir diğer herhangi bir tür materyal veya olgunun özgül bir değerlendirilmesinin yokluğunda; CMK'nın 100. maddesi metnine ve dosyadaki delillere muğlak ve genel atıflar, başvuranın tutukluluğunun dayandırılması beklenen şüphenin "makullüğünü" haklı göstermek için yeterli olarak görülemez (§ 190; bkz., gerekli uyarlamalarla, *Lazoroski v Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti*, B. No. 4922/04 (AİHM 08/10/2009) § 48; *Ilgar Mammadov v Azerbaycan*, yukarıda anılan,

istihbari bilgi bulunan, ancak güvenlik nedeniyle açıklanmayan, daha önce terör suçlarından hüküm giyen ve sorgulanan kişilerle ilgili yapılan başvuruda makul şüphenin bulunmadığına karar vermiştir. Mahkeme, soruşturmanın başlamasıyla ilgili belirleme yapmamakla beraber muhbirden alınan bilgilerle, istihbari bilgilerle, gizli tanık beyanlarıyla soruşturma yapılmasını hukuka aykırı görmemekte, ancak özgürlüğün kısıtlanması için 5. maddede belirtilen güvenceleri sağlanması gerektiğini, objektif bir gözlemciyi ilgili kişinin suçu işlemiş olabileceği konusunda ikna edecek olgu veya bilgilerin bulunması gerektiğini kabul etmektedir. Mahkeme O'Hara-Birleşik Krallık Davasında, güvenilir oldukları kanıtlanmış, söyledikleri birbiriyle tutarlı, birbiriyle ilişkisi olmayan 4 muhbirden edinilen bilgiyle başvuruçunun polis tarafından yakalandığı, ayrıca muhbirler tarafından başvuruçunun teşhis edildiği olayda makul şüpheyi kabul etmiştir. Zira mahkemeye göre olayda, Fox, Campbell ve Hartley Birleşik Krallık Kararında olduğundan daha fazla belirgin ayrıntı bulunmaktadır⁶⁴.

2. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Şüphe

Anayasa Mahkemesi de verdiği kararlarda, yürütülecek ceza soruşturmalarının sorumluların tespitine ve cezalandırılmalarına imkân verecek şekilde etkili ve yeterli olması gerektiğini kabul etmekte, soruşturmanın etkili ve yeterli olduğundan söz edebilmek içinse soruşturma makamlarının resen harekete geçerek ölümü aydınlatabilecek ve sorumluların tespitine yarayabilecek bütün delilleri toplamaları gerektiğini ifade

§ 97). AİHM ayrıca, başvuranın 15 Temmuz 2016 olaylarına karıştığından şüphelenilmediğini gözlemlemiştir. Kabul edilmelidir ki Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, 16 Temmuz 2016 tarihinde başvurunu FETÖ/PDY üyesi olarak tanımlayan ve tutuklanmasını isteyen talimatlar çıkarmıştır. Ancak Hükümet, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının bu talimatları için olgusal bir temel teşkil edebilecek herhangi bir olgu veya bilgi sunmamıştır (§ 191)... 15. madde, ulusal makamlara, olağanüstü hâlin bertaraf edilmesi için gerekli askıya alma tedbirlerin kapsam ve niteliğine karar verirken geniş bir takdir hakkı vermektedir. Bununla birlikte, bilhassa bir askıya alma tedbirinin özgürlük hakkı gibi temel bir Sözleşme hakkına tecavüz etmesi söz konusu olduğunda; AİHM, bunun olağanüstü hâle hakiki bir karşılık oluşturduğu, olağanüstü hâlin şartlarında tamamıyla haklı kılındığı ve kötüye kullanmaya karşı yeterli güvencelerin sağlandığına ikna olmalıdır (§ 196; bkz. *A. ve Diğerleri v Birleşik Krallık* [BD], B. No. 3455/05 (AİHM 19.02.2009) § 184). AİHM, önüne getirilen delillerin, başvuranın 20 Temmuz 2016 tarihinde tutuklanmasına ilişkin kararı anında makul şüphenin varlığını desteklemeye yetersiz kaldığını tespit ettiğini kaydetmiştir. Bu böyle olmakla, başvuran hakkında o tarihte mevcut şüphe, gerekli kılınan asgari makullük şartını karşılamamaktaydı. Bu koşullar altında, söz konusu tedbirin durumun gereklerince sıkı sıkıya zorunlu kılındığı söylenemez. Aksi bir sonuç, özgürlükten yoksun kılmayı haklı gösteren şüphenin makullüğü hakkındaki 5/1 (c) maddesinin asgari şartlarını etkisiz kılacak ve Sözleşme'nin 5. maddesinin amacını boşa çıkaracaktır. AİHM'e göre, bu mülahazalar, bir hâkimin tutuklanmasını kapması itibarıyla mevcut davada özellikle önemlidir (§ 200). Bu itibarla, başvuranın ilk tutuklanması kararı anında onun bir suç işlediği hakkında makul şüphenin bulunmaması nedeniyle, Sözleşme'nin 5/1 maddesinin ihlalin söz konusu olduğuna hükmedilmiştir (§ 201)"; *Alparslan Altan v Türkiye*, B. No: 12778/17 (AİHM 16/04/2019).

64 <https://www.anayasa.gov.tr/media/3600/aihmkararlarindanornekler.pdf> (05.03.2022).

etmektedir. Mahkemeye göre soruşturmada ölüm olayının nedeninin veya sorumlu kişilerin ortaya çıkarılması imkanını zayıflatan bir eksiklik, etkili soruşturma yürütme kuralıyla çelişme riski yaratacaktır⁶⁵. Anayasa Mahkemesi, bazen tek başına soruşturma yapılmamış olmasının veya yeterli soruşturma yapılmamış olmasının da kötü muamele teşkil edebileceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla yetkililerin, resmî şikâyet yapılır yapılmaz harekete geçmeleri gerektiğini, soruşturma mecburiyetini kabul etmektedir. Hatta şikâyet yapılmadığında bile işkence veya kötü muamele olduğunu gösteren yeterli, kesin belirtiler olduğunda soruşturmanın açılmasının sağlanması gerektiğini belirtmektedir⁶⁶. Suç isnadına ve dolayısıyla tutuklamaya esas teşkil edecek şüphelere dayanak oluşturan olgular ile ceza yargılamasının sonraki aşamalarında tartışılacak olan ve mahkûmiyete gerekçe oluşturacak olguların aynı düzeyde değerlendirilmemesi gerektiğini kabul etmektedir⁶⁷. Mahkeme başvuru yapılan olaylarla ilgili belirlemelerde Anayasayı ve iç hukuku esas almakta (AİHS m. 53 gereği), belirlemesini buna göre yapmaktadır. Örneğin tutuklamanın hukuki olmadığına ilişkin yapılan başvurularda CMK m. 100 vd. maddelerini dikkate almakta ve şüphe noktasında kuvvetli şüphe (belirti) kavramını kullanarak değerlendirme yapmaktadır⁶⁸. Şüphe belirlenirken işlendiği iddia edilen suçun niteliğinin de dikkate alınması gerektiğini kabul etmektedir⁶⁹.

Anayasa Mahkemesinin soruşturma yapılmasına yer olmadığı kararının CMK'ya ilave edilmesinden sonra aslında başvuru olmakla beraber konuya ilişkin belirleme yaptığına ilişkin kararına rastlamadık⁷⁰. Ancak diğer konularla ilgili verdiği bazı kararlardan birtakım sonuçlar çıkarmaktayız. Bunlardan biri Van'da meydana gelen depremle ilgili yapılan başvurudur. 23.10.2011 yılında Van'da meydana gelen depremde yıkılmayan ancak hasar gören Bayram Otelin daha sonra 9.11.2011 tarihinde meydana gelen ikinci deprem sonucunda yılmasıyla ilgili olarak başvuru mahkemeye başvururlar. Başvurucular diğer deprem davalarından farklı olarak Bayram Otelin ikinci depremde ve artçı sarsıntılardan sonra yıkıldığını, konu hakkındaki mevzuat uyarınca hasar tespiti yapmamaları ve diğer önlemleri almamaları nedeniyle Vali ve AFAD yetkililerinin sorumlu olduğunu ileri sürmüşlerdir. Olayla ilgili Van Cumhuriyet Başsavcılığı soruşturma başlatmış, keşif yapılmış, bilirkişi raporu alınmış, bazı kişiler hakkında

65 *Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri v Türkiye*, B. No: 2012/752 (AİHM 17/9/2013).

66 *Hüseyin Ali Kudret v Türkiye*, B. No: 2018/6578 (AİHM 18.5.2021).

67 *Mustafa Ali Balbay v Türkiye*, B. No: 2012/1272 (AİHM 4.12.2013).

68 *Rıza Barut*, B. No: 2020/14339 (AYM 28.21.2021).

69 *Mehmet Osman Kavala (2)*, B. No: 2020/13893 (AYM 29.12.2020).

70 Konuyu farklı yönden ele aldığı kararı için bkz.: *A.A.*, B. No: 2019/25041 (AYM 14.09.2021).

dava açılmış, Van Valisi ile Afet ve Acil İşler Daire Başkanlığı (AFAD) görevlileri hakkında 2/12/1999 tarih ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 3. ve 12. maddeleri gereği görevsizlik kararı verilerek soruşturma dosyasının Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine karar verilmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, ise 9/10/2012 tarihinde Van Valisi ve AFAD görevlileri hakkında görevi kötüye kullanmaya ilişkin iddiaların somut bilgi ve belgelere dayanmadığı, ilgililer açısından suç oluşturan ön inceleme yapılmasını gerektirecek bir durumun bulunmadığı gerekçesiyle şikâyetin işleme konulmamasına karar vermiş, bu karar başvuruçuların vekiline 23/10/2012 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvuruçulardan ölen S.K.'nın eşi ve üç çocuğu, vekilleri aracılığıyla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının işleme konulmama kararının kaldırılması ve 4483 sayılı Kanun gereği ön inceleme yaptırılması kararı verilmesi talebiyle 2/11/2012. tarihinde Danıştay 2. Dairesine itiraz dilekçesi sunmuştur. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 9/10/2012 tarih ve 2012/128 soruşturma, K.2012/55 sayılı işleme konulmama kararına karşı başvuruçuların vekili tarafından yapılan itiraz neticesinde, Danıştay 1. Dairesi, 6/3/2013 tarih ve E.2013/258, K.2013/294 sayılı kararında 4483 sayılı Kanun'da Cumhuriyet Başsavcılıklarının bu kararlarına karşı herhangi bir itiraz yolu öngörülmediğinden bahisle itirazı incelemeksizin reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi bu olayla ilgili konunun başlangıcında ifade ettiğimiz belirlemeleri yaparak devamında, doğal afetin etkisi dışında kamu görevlilerinin sorumluluğunun belirlenebilmesi için soruşturma açılması gerektiğini kabul etmiştir. Bu çerçevede teknik ve idari yönlerden değerlendirmeler içeren uzman görüşlerine başvurulması ve sadece kamu otoritelerinin elde edebileceği bilgilere ulaşılması gerektiğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının, 24 kişinin ölümü gibi ciddi sonuçlar doğuran olay hakkında, Van Cumhuriyet Başsavcılığının ilk soruşturmada göz önünde bulundurduğu hususlar ile başvuruçuların şikâyet konusu yaptığı hususlar hakkında hiçbir değerlendirme yapmaksızın görevi kötüye kullanmaya ilişkin iddiaların somut bilgi ve belgelere dayanmadığı, ilgililer açısından suç oluşturan ve ön inceleme yapılmasını gerektirecek bir durumun bulunmadığı gerekçesiyle şikâyetin işleme konulmamasına karar verdiğini, Başsavcılığın, başvuruçuların iki deprem arasında yetkililer tarafından hasar tespitinin yapılmaması ve diğer idari tedbirlerin alınmaması suretiyle ölüme neden olma temel şikâyetine ilişkin, hasar tespiti ve hasarlı binalara girişin engellenmesi konusunda yetkililerce ne tür işlemler yapıldığını ortaya koyacak delil ve değerlendirmelere yer vermeksizin soruşturma açılması talebini işleme

koymadığını belirterek⁷¹ aslında bu olayda soruşturmanın yapılması gerektiğini, başlangıç şüphesinin bulunduğunu, genel ve soyut şüphenin söz konusu olmadığını açıkça ifade etmese de kabul etmiştir. Diğer bir olayda, ceza infaz koruma memuru olarak görev yapan başvuru hakkında kuruma uyuşturucu madde sokacağı bilgisini içeren ihbara dayanılarak soruşturması başlatılır ve suç delillerinin elde edilmesi amacıyla arama kararı verilir. İhbarı yapan kişi kurumda çalışan bir kişidir. Bir mahkumdan aldığı bilgiyi ihbar eder. İhbar eden çalışan, ismini ve kimliğini belirtmek istemeyen bir erkek şahsın başvuru kurumda bulunan mahpuslara esrar getirdiğini ve 3/6/2014 günü saat 19.00'da vardiyaya gelirken arabasıyla veya üstünde esrar maddesi getireceğini bildirdiğini ifade eder. Başvuru makul şüphenin bulunmadığını, somut bir delile dayanmayan bir ihbar üzerine geniş kapsamlı bir arama kararı verilmesinin hukuka aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi ise bu olayda ihbarın, suçun işlenme şekli ile suç yeri ve zamanı hakkında detaylı bilgi içerdiğini, ayrıca bu ihbarı savcılığa yapan kişinin başvuru ile birlikte çalışan bir kişi olduğunu göz önüne alarak soruşturmanın ve arama kararının verilmesinin hak ihlali oluşturmadığına karar vermiştir⁷². Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi ihbarın soyut ve genel olmadığını delillere dayanan somut bir ihbar olduğunu kabul etmişti. Anayasa Mahkemesi suçun işlenme şekli, suç yeri ve zamanı hakkında bilgi içeren, yetkili makamlara denetim imkanı veren ihbar ve şikayetlerin soyut ve genel olmadığını, somut delillere dayandığını kabul etmektedir⁷³.

Almanya Federal Anayasa Mahkemesi ise verdiği bir kararda, başvuru kurum uyuşturucu satın aldığını görmeyen, ancak uyuşturucu satmaktan yargılan kişiyi başvuru kurum oturduğu bölgeye birkaç kez götürdüğünü söyleyen tanık beyanının bulunduğu olayda başlangıç şüphesini kabul etmiştir. Uyuşturucu satıcısı ile başvuru arasında gerçek

71 *Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri*, B. No: 2012/752 (AYM 17.09.2013).

72 *Ayşegül Çengel Kömür ve Diğerleri*, B. No: 2016/56228 (AYM 23.06.2020).

73 Mahkeme Rıza Barut kararında da yer, zaman, kişi ve eylem bilgileri ihtiva etmeyen ve bu anlamda yargı makamlarına denetim imkanı vermeyen soyut gizli tanık beyanının kuvvetli belirti olarak dikkate alınamayacağını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesine göre, “şüpheli ya da sanığa gizli tanık beyanını yeterince denetleme imkanı sunulduğu durumlarda *somut olgular içeren* gizli tanık beyanının tutuklama bakımından kuvvetli belirti olarak kabul edilmesi mümkündür. Somut olayda soruşturma makamlarınca başvuru kurum örgütle bağlantısı olduğuna dayanak yapılan tanık M.K.nın «*eski Eğil Belediye Başkanı M.A.nın belediye meclis üyesi olan başvuru kurum anlam veremediği şekilde saygı gösterdiği*» şeklindeki beyanı kişisel kanaatin açıklanması niteliğindedir ve kuvvetli belirti olarak kabul edilmesi mümkün görülmemiştir. Öte yandan gizli tanık «*2019-20*»nin ise başvuru kurum doğrudan somut bir örgütsel eyleminden bahsetmediği görülmektedir. Dolayısıyla yer, zaman, kişi ve eylem bilgileri ihtiva etmeyen ve bu anlamda yargı makamlarına denetim imkanı vermeyen soyut gizli tanık beyanının kuvvetli belirti olarak kabulü mümkün değildir”, *Rıza Barut*, B. No: 2020/14339 (AYM 28.21.2021).

bir temasın olduğu kanıtlanamamıştır. Mahkeme bu belirlemeyi, uyuşturucudan sabıka kaydı bulunan başvuruçunun, uyuşturucu madde satmaktan yargılanan kişinin cep telefonundaki irtibatlı olduğu kişiler arasında kaydının bulunması ve uyuşturucu sattığı iddia edilen kişiyi farklı farklı yerlere ve bu arada sabıka kaydı bulunan başvuruçunun oturduğu bölgeye de birkaç defa götürdüğünü söyleyen taksi şoförünün beyanının bulunması nedeniyle yapmıştır⁷⁴.

3. Yargıtay Kararlarında Şüphe

Yargıtay, birçok konuyla ilgili olduğu gibi SYOK ile ilgili de kararlar vermektedir. SYOK ile ilgili kararlarında şüphenin tespitine ilişkin belirlemelerine rastlamamaktayız. Ancak daha önce belirtilen iki kararında⁷⁵ SYOK kararına itiraz edilmesi üzerine sulh ceza hakimliğinin itirazı kabul etmesi gerektiğine ilişkin belirlemesi bulunmaktadır. Yargıtay, SYOK ile ilgili olmasa da hukuka aykırılıkla ilgili verdiği kararlarda başlangıç şüphesinin tespitine yer vermektedir. Başlangıç şüphesinin varlığının söz konusu olduğu hallerde genel ve soyut şüphe olamayacağından başlangıç şüphesinin belirlenmesi konumuz açısından önem taşımaktadır. Başlangıç şüphesinin bulunduğu durumlarda soruşturmanın başlaması gerektiğinden, şartları varsa koruma tedbirlerin uygulanması yoluna gidilmelidir. Başlangıç şüphesinin bulunduğu, dolayısıyla soruşturmanın başlaması gerektiği hallerde önleme tedbirleriyle sorunun çözülmesi hukuka aykırılık teşkil edecektir. Başlangıç şüphesi bulunmamasına, genel ve soyut şüphe olmasına rağmen soruşturmanın başladığının kabul edilmesi ve koruma tedbirlerine başvurulması da keyfilik niteliği taşıyacak ve hukuka aykırılık oluşturacaktır. Bu nedenle genel ve soyut şüphe, başlangıç şüphesiyle bağlantılı olarak ifade edilecektir.

Yargıtay CGK'na göre, *“Ceza muhakemesinin kurallarının uygulanmaya başlaması “başlangıç şüphesi” ile olmaktadır. Başlangıç şüphesinin, dayandığı deliller basit, diğer aşamalarda elde edilebilecek delillere göre yetersiz ve/veya sayıca az olmakla birlikte en azından belirti düzeyinde delillere dayanıyor olması ve bir suçun işlendiği yolunda akla ve mantığa uygun bir şüphe ortaya koyması gerekmektedir. Bu bakımdan somut olaylara dayanmayan, soyut iddia ve tahminler başlangıç şüphesi olarak kabul edilemeyecek, buna karşılık başlangıç şüphesinin belirli bir kişiye yönelmesi de gerekmeyecektir. Ortada bu nitelikte bir şüphe yokken ceza muhakemesi soruşturmasının*

74 BVerfG 2 BvR 389/13 (2. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 29. Oktober 2013 (LG Amberg / AG Amberg), <https://www.hrr-straftrecht.de/hrr/bverfg/13/2-bvr-389-13.php>

75 Yargıtay 15. CD, E. 2019/16137, K. 2020/3975, 01.06.2020; Yargıtay 5. CD, E. 2018/13129, K. 2018/9618, 12.12.2018.

başlatılması ve koruma tedbirlerine müracaat edilmesi hâlinde, bu işlemin kaynağı hukuki olmayacağından keyfilik olarak değerlendirilmesi söz konusu olacaktır...5271 sayılı CMK'da ayrıntılı olarak açıklanmayan başlangıç şüphesine ilişkin olarak 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin 3 ve 4. fıkralarında; "Bu Kanuna göre memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak ihbar ve şikâyetlerin soyut ve genel nitelikte olmaması, ihbar veya şikâyetlerde kişi veya olay belirtilmesi, iddiaların ciddi bulgu ve belgelere dayanması, ihbar veya şikâyet dilekçesinde dilekçe sahibinin doğru ad, soyad ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunması zorunludur. Bu şartları (üçüncü fıkradaki) taşımayan ihbar ve şikâyetler Cumhuriyet başsavcuları ve izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmaz ve durum, ihbar veya şikâyetle bulunana bildirilir. Ancak iddiaların, sıhhati şüpheye mahal vermeyecek belgelerle ortaya konulmuş olması halinde ad, soyad ve imza ile iş veya ikametgâh adresinin doğruluğu şartı aranmaz" şeklinde ayrıntılı düzenlemeye yer verilmiştir. Soruşturma işlemlerine filen başlamak için gerekli şüphe bakımından getirilen bu kriterlerin sadece bu kanun kapsamındaki kamu görevlileri açısından değil tüm soruşturmalar için uygulanması soruşturmaların hukuka uygun olarak başlatılması ve yürütülmesi noktasında yararlı bir yaklaşım tarzı olacaktır. Suç işlendiği izlenimi yaratan bir durumun ihbar, şikâyet veya resen yetkili makamlar tarafından öğrenilmesi üzerine durum derhâl Cumhuriyet savcısına bildirilip, alınan talimatlar doğrultusunda konunun araştırılması gerekmektedir. Cumhuriyet savcısı soruşturma evresini başlatacak olan şüphenin somut olayda bulunup bulunmadığını takdir edecek, soruşturma başlatacak şüphe olduğunu değerlendirmesi durumunda maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için emrinde bulunan adli kolluk görevlileri aracılığı ile şüphelinin lehinde ve aleyhine olan bütün delilleri toplayıp, şüphelinin haklarını korumak için gerekli olan tedbirleri alacaktır"⁷⁶. Görüldüğü gibi CGK, 4483 sayılı Kanun'daki belirlemeleri ceza muhakemesi kapsamındaki soruşturmaların başlayıp başlamaması açısından da uygulanmasının doğru yaklaşım olacağını kabul etmektedir. Dolayısıyla CGK'nun kural olarak ihbar ve şikâyetlerin soyut ve genel nitelikte olmamasını, ihbar veya şikâyetlerde kişi veya olay belirtilmesini, iddiaların ciddi bulgu ve belgelere dayanmasını, ihbar veya şikâyet dilekçesinde dilekçe sahibinin doğru ad, soyad ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunması gerektiğini kabul ettiği söylenebilecektir. Yargıtay 16. CD'ne göre, şüphe delillere dayanmak durumundadır. Delilin olmadığı yerde başlangıç şüphesinden söz edilemeyecektir. Başlangıç şüphesinin dayanağı olan deliller genellikle basit, yetersiz veya azdır"⁷⁷.

76 Yargıtay CGK, E. 2017/1045, K. 2019/609, 17.10.2019.

77 Yargıtay 16. CD, E. 2018/989, K. 2018/4981, 6.11.2018.

Yargıtay'a göre, “*istihbari bilgi; duyum, söylenti, tahmin ve varsayıma dayanan, doğruluğu şüpheli bilgi niteliği taşımaktadır. Kaynağı somut bir olguya dayanmadığı için, istihbari bilginin tek başına delil değeri bulunmamaktadır. Somut olaylara dayanmayan, soyut iddia, bilgi ve tahminler, adli soruşturmanın başlatılması için yeterli değildir. Olay tutanağında muhbirden alındığı belirtilen istihbari bilgi, başlangıç şüphesi oluşturacak nitelikte olmayıp ‘tehlike’ boyutunda değerlendirilmesi gereken bir bilgi”* niteliğindedir⁷⁸. Meydana gelen bir olayda Yargıtay CGK, yapılan ihbarı soyut ve genel olarak kabul etmiştir. İhbar bir muhbir tarafından yapılmıştır. Olayda görevlilerce muhbir ile yapılan görüşmede; Konya ilinde ikamet eden, kendilerini Satılmış ve İsmail olarak tanıtan ve 42 ... plakalı aracı kullanan şahısların, Adana'dan temin edecekleri uyuşturucu maddeyi Konya'ya götürecekleri bilgisi elde edilir. Konu hakkında görevlilerce yapılan araştırma sonucunda; 42 ... plakalı aracın, 1997 model, Tofaş marka, gri renkli olduğu ve 645..... T.C numaralı sanık ... adına kayıtlı bulunduğu, söz konusu kişinin MERNİS adresi tespit edilir. Araç ile şahısların yakalanabilmesi amacıyla il geneli ile giriş ve çıkışlarında görevlilerce gerekli tertibatlar alınıp çalışmalara başlanır. Aynı gün 42 ... plakalı aracın içinde iki kişi bulunduğu hâlde yolda ilerlediği görülüp görevlilerce takip edilmeye başlanır. Kontrol noktasına gelen araç görevlilerce durdurulur ve 3. Sulh Ceza Hakimliğinin önleme araması kararına istinaden araçta arama yapıldığında; sağ ön koltuk önündeki paspasta karton kağıt üzerinde açık vaziyette bulunan daralı 4 gram, arka koltukta üzeri mont ile örtülmüş 4 ayrı pakette ise toplam daralı 11.450 gram kenevir görülerek el konulur. Sanıkların üst yoklamalarında ise herhangi bir suç unsuruna rastlanılmaz. CGK bu olayda kolluğun muhbirden elde ettiği bilgide, plakası bildirilen araç ile götürülecek suç konusu uyuşturucu maddenin hangi güzergah kullanılarak ve ne zaman nakledileceği konusunda somut bir verinin yer almadığı, bu bağlamda bilginin genel ve soyut nitelik taşıdığı, başkaca herhangi bir somut emare ile de desteklenmediğini belirterek adli arama kararının gerekmediğini, olayda suçüstü halinin bulunduğunu kabul ederek işlemde hukuka aykırılık bulunmadığına karar vermiştir⁷⁹. Benzer bir olayda da Yargıtay CGK, istihbari bilgi bulunduğunu, soruşturmanın başlamadığını kabul etmiş ve adli aramadan bir farkı olmayan önleme aramasıyla yapılan işlemin hukuka uygun olduğu sonucuna ulaşmıştır. CGK, “*Ankara'da ikamet eden ve Sivas nüfusuna kayıtlı ... ve yanında bulunan bir şahsın Ankara'dan Sivas'a Huzur Turizme ait otobüs ile uyuşturucu*

78 Yargıtay Başsavcılığının itiraz kanun yolu başvurusunda yer almaktadır: Yargıtay CGK, E. 2016/1151, K. 2018/468, 23.10.2018.

79 Yargıtay CGK, E.2016/1151, K. 2018/468, 23.10.2018.

madde getirecekleri” şeklindeki bilginin genel ve soyut nitelikte olduğunu, başkaca herhangi bir somut emare ile desteklenmeyen istihbari bilgi niteliğinde bulunduğunu, bu bilgide sanıklardan birinin kimlik bilgisinin, diğerinin hakkında da herhangi bir bilginin yer almadığını, uyuşturucu madde naklinin yapılacağı zaman diliminin, nakilde kullanılacak güzergâhın ve sanıkların adı geçen firmaya ait hangi otobüste olduklarının tam olarak bilinmediğini belirterek, görevlilerce kullanabileceği değerlendirilen güzergâhlar üzerinde araştırmaya başlanmak suretiyle firmaya ait bir otobüste söz konusu kişilerin bulunabileceği düşünülerek takibe alınmasını, otobüsün durması ve inen iki kişinin durdurulması ve önleme kararı gereğince aranarak uyuşturucu maddelerin ele geçirilmesini hukuka uygun bulmuştur⁸⁰. Ancak belirtilen iki olayda da soruşturmayı başlatan başlangıç şüphesinin bulunduğunu düşünüyoruz. Şahıs ismi, aracın güzergahı gibi bilgilerin verildiği durumlarda, istihbarat bilgisinin değerlendirilmesinden değil, başlamış bir soruşturmada bahsetmek gerekir⁸¹. Ayrıca muhbirlerin güvenilir olduğu durumlarda veya bilgilerin doğruluğunun söz konusu olduğu durumlarda soruşturmanın başlaması ve adli arama kararının alınması gerekir.

Benzer başka bir olayda Narkotik Suçlar Büro Amirliği görevlilerince yapılan çalışmalarda, son rakam grubu tespit edilemeyen 20 U plakalı, kırmızı renkli, Mercedes marka araç içerisinde ... isimli bir şahsın, aracının içerisine eroin gizleyip il merkezinde ve bir mahallede sattığı bilgisi elde edilir. Devriye görevi sırasında polisler arka farları yanmayan, kırmızı renkli, Mercedes marka bir aracın gittiğini görürler ve bu aracın istihbarat bilgisinde geçen araç olabileceği değerlendirerek takibe başlarlar. Araç içerisinde bulunan şahısların tedirgin ve şüpheli hareketler sergileyerek çevreyi kontrol ettiklerinin görülmesi üzerine araç durdurulur ve kimlik kontrolleri yapılır. Sulh Ceza Hâkimliğinin önleme araması kararına istinaden kimlikleri tespit edilen kişiler üzerinde ve araçta yapılan aramada, araçta bulunan kişilerden birinin cüzdanının içerisinde (13) adet yeşil reçeteye tabi tablet, aracın sol arka koltuk önündeki paspasın üzerinde (1) adet beyaz renkli defter kâğıdına sarılı esrar, şoför koltuğu içerisine zula yapılarak gizlenmiş vaziyetteki şeffaf jelatin poşette ise (14) adet kitap sayfasına sarılı eroin ele geçirilir. CGK, son rakam grubu tespit edilemeyen 20 U plakalı, Mercedes marka araçta uyuşturucu madde bulunduğuna yönelik bilginin, genel ve soyut nitelikte olup başkaca herhangi bir somut emare ile desteklenmeyen istihbarat bilgisi niteliğinde olduğunu, ... isimli şahsın söz konusu

80 Yargıtay CGK, E. 2017/947, K. 2019/479, 18.06.2019.

81 Şahin ve Göktürk (n 33) 321 dipnot 471.

araçla uyuşturucu madde satışı yapacağı zaman diliminin ve uyuşturucu maddeyi nerede satacağının tam olarak bilinmediğini, kolluk görevlilerinin gerçekleştirdikleri devriye istihbarat bilgisinin sanıkların açık kimlik bilgilerini, içerisinde uyuşturucu madde bulunduğu bildirilen aracın açık plaka bilgisini ve uyuşturucu maddenin satışının yapılacağı yer ile zaman dilimini açık bir şekilde içermediğini, dolayısıyla adli aramanın söz konusu olmadığını, önleme aramasına istinaden araçta ve araçta bulunanlar üzerinde yapılan aramanın hukuka aykırılık taşımadığına karar verir⁸². Yargıtay 7. CD ise, benzer bir olayda doğru olarak adli arama kararı gereğince aramanın yapılması gerektiğini kabul etmiştir. Olayda ihbar üzerine kaçak sigara bulunduğu bilgisinin elde edilmesi üzerine Cumhuriyet savcısına haber verilmeden, önleme araması kararına istinaden işyeri araması gerçekleştirilir ve arama sonucunda gümrük kaçağı sigaralar ele geçirilir. Yargıtay Ceza Dairesi, bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenen kolluğunun derhal Cumhuriyet savcısına olayı haber verip emri doğrultusunda soruşturma işlemlerine başlaması gerekirken adli arama emri veya kararı almadan önleme araması kararı uyarınca arama işlemi yapmasını hukuka aykırı bulmuş ve bu arama sonucunda elde edilen delillerin hükme esas alınamayacağını belirtmiştir⁸³. Yargıtay 19. Ceza Dairesi de bir kararında görevlerini ifa ettikleri sırada tabelası olmayan, henüz faaliyete başlamamış işyerine girilerek yapılan kontrollerde 16 paket sigara bulunan sigaramatik tespit edilmesi olayında elde edilen eşyaları adli arama kararı bulunmaması nedeniyle hukuka aykırı nitelikte görmüştür⁸⁴.

Yargıtay'ın soruşturmayı başlatmayarak hak ihlali yapılmasını engellemek isterken, önleme tedbirleriyle sorunu çözmesi hak ihlali niteliği taşımaktadır. Yargıtay, ihbarın veya muhbirden alınan bilginin olmadığı kolluk görevlisinin mesleki tecrübesinden ve içinde bulunduğu durumdan edindiği izlenime dayanan makul sebep üzerine

82 Yargıtay CGK, E. 2016/610, K. 2019/634, 05.11.2019.

83 “Olay günü sanık İ.’ in işlettiği, diğer sanık M.’ nin ise işçi olarak çalıştığı kahvehanede kaçak sigara bulunduğu yönünde yapılan ihbar üzerine Bakırköy 1.Sulh Ceza Mahkemesinin 10/04/2008 tarih ve 2008/704 d.ış sayılı arama-önleme kararına istinaden işyerinde yapılan aramada, işyerinin ocak kısmının altında 45 paket kaçak sigara ele geçirilmiştir. Sanık İ. aşamalarda, yakalanan sigaraların M.’ ya ait olduğunu, sigaralarla ilgisinin olmadığını, sanık M. ise yine tüm aşamalarda, sigaraları içmek amacıyla bulundurduğunu beyan etmiştir”, Yargıtay 7. CD, E. 2015/7341, K. 2015/18560, 07.09.2015; Yargıtay CGK, E. 380, K. 2019/52, 24.01.2019; “2559 sayılı PVSK’nın Ek 4. maddesi uyarınca, bir suçla karşılaştığında hizmet branşına bağlı olmaksızın suça el koymak ve delilleri tespit edip, muhafaza altına almak ile görevli ve yetkili olan kolluk görevlilerinin, öncesinde herhangi bir ihbar ya da istihbarat bilgisi bulunmaksızın gerçekleştirdikleri devriye görevi sırasında tanık ...’ın durumundan şüphelenip adı geçeni durdurdukları, yapılan üst yoklamasında eşofmanın cebinde suç konusu uyarıcı nitelikteki tableti ele geçirdikleri”, Yargıtay CGK, E. 2017/1045, K. 2019/609, 17.10.2019.

84 Yargıtay 19. CD, E. 2018/132, K. 2018/11765, 13.11.2018.

durdurulan ve yoklama olarak tabir edilen işlemle elde edilen uyuşturucu madde olaylarında hukuka aykırılık görmemektedir⁸⁵.

IV. Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararının Sonuçları

A. Şüpheli Sıfatının Verilememesi

CMK'nın 158/6. fıkrasında, ihbar ve şikâyet konusu fiilin suç oluşturmadığının herhangi bir araştırma yapılmasını gerektirmeksizin açıkça anlaşılması veya ihbar ve şikâyetin soyut ve genel nitelikte olması durumunda SYOK verileceği ve bu durumda şikâyet edilen kişiye şüpheli sıfatı verilemeyeceği düzenlenmektedir.

CMK'nın 2/1-a maddesine göre şüpheli, soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişiyi ifade etmektedir. SYOK'un verilmesi, adından da anlaşıldığı gibi soruşturmanın başlamadığını, soruşturmanın başlamayacağını ifade eden bir karar olduğundan, bir başka ifadeyle ortada yapılmakta olan bir soruşturma olmadığından, soruşturmanın bir kavramı olan şüpheli kavramının ihbar ve şikâyet edilen kişiye verilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu durumda kişiye ihbar edilen veya şikâyet edilen kişi sıfatı verilecektir⁸⁶.

Şüpheli, şüphelenilen kişi anlamına geldiğinden, fiilin suç oluşturmadığı veya soyut ve genel ihbarların mevcut olduğu bir durumda kişinin lekelenmemesi için kanun koyucu şüpheli kavramının verilmesini açıkça yasaklamıştır. Şüpheli kavramı soruşturma evresinin kavramı olduğundan, hakkında ceza muhakemesi işlemleri ve suç isnadı yapıldığından kanun koyucu soyut ve genel ihbarlarda kişiyi korumak adına SYOK müessesesini kabul etmiştir.

B. CMK m. 173'e Göre İtiraz Edilmesi

CMK m. 158/6'ya göre, SYOK'un varsa ihbarda bulunana veya şikâyetçiye bildirileceği ve bu kişilerin karara karşı 173. maddedeki usule göre itiraz edilebileceği düzenlenmiştir.

85 “Yönetmeliğin 27. maddesinin (g) ve (i) fıkraları gereğince kollukça durdurulan kişinin herhangi bir yerinde uyuşturucu gibi belirli bir şeyin gizlendiği düşünüüyorsa veya makul sebep oluşmuşsa önleyici kolluk yetkisi dahilinde daha geniş kapsamlı kontrol yapma imkanı doğacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, kolluk gerekli tedbirleri alabilecek ancak bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılmasını istemeyecektir.”, Yargıtay CGK, E. 2017/947, K. 2019/479, 18.06.2019.

86 Yargıtay 16. CD, E. 2020/5017, K. 2020/5738, 02.10.2020; Doktrin de bazı yazarlar tarafından aynı belirleme kabul edilmektedir: Centel ve Zafer (n 6) 101. Ancak doktrin de bazı yazarlar tarafından oluşturulan sistemin inceleme veya araştırma kartonu olarak adlandırılması ve hakkında ihbar veya şikâyet edilen kişi için ilgili veya muhatap gibi bir kavramın yerinde olacağı belirtilmektedir: Yenisey ve Nuhoğlu (n 16) 602 603.

İtirazın kabulü hâlinde ise Cumhuriyet başsavcılığının soruşturma işlemlerini başlatacağı hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemeyle SYOK'a yargısal bir denetim getirilmiştir. Doktrinde CMK m. 173/de düzenlenen Cumhuriyet savcısının kararına itiraz düzenlemesi kavram seçimi nedeniyle eleştirilmekte ve kovuşturma davası isminin kullanılması önerilmektedir⁸⁷. Ancak itiraz kavramı, kanun yolu olan ve kural olarak hakim kararlarına karşı gidilen itiraz yolu nedeniyle eleştirilse de kovuşturma davasının kullanılmasının da CMK m. 158/6 gereğince doğru olmadığını, zira kovuşturma kavramının soruşturma kavramını kapsamadığını belirtmek gerekir. Kanun koyucu 173. maddenin başlığında Cumhuriyet savcısının kararına itiraz ismini kullanarak bu yolu kanun yolu olan itirazdan ayırdığından önerilen kavrama göre mevcut belirlemenin daha doğru olduğunu düşünmekteyiz.

Düzenlemeyle SYOK'un sadece ihbar ve şikayette bulunana bildirileceği ifade edilmiş, hakkında ihbarda ve şikayette bulunulan kişiye ise bildirilmesi kabul edilmemiştir. Kovuşturmayaya yer olmadığı kararıyla (KYOK) benzerlik kurulmuş, ancak KYOK, yapılan soruşturma sonucunda verildiğinden ve soruşturma kapsamında da şüphelinin ifadesine başvurulması veya sorguya çekilmesi söz konusu olabildiğinden ifadesi alınmış veya sorguya çekilmiş şüpheliye kararın bildirilmesi kabul edilmiştir. SYOK'da ise bir soruşturma ve şüpheli olmadığından, hakkında ihbar ve şikayette bulunulan kişi bulunduğundan bildirim yapılması kabul edilmemiştir. Ancak hem SYOK açısından hem de KYOK (ifadesi alınmamış olsa bile) açısından hakkında SYOK veya KYOK verilen kişilere bu kararın bildirilmesinin doğru olacağını kabul etmekteyiz.

Düzenlemede varsa ihbar eden veya şikayette bulunana bildirileceği ifadesi kullanılarak, isimsiz ihbarlar söz konusu olduğundan bu halde bildirim yapılmayacağı hükme bağlanmıştır. Bildirimin yapılması için mutlaka ihbar eden veya şikayetçi olan kişi olmak gerekir. Aksi halde bildirim yapılması söz konusu değildir. Bir olayda hem ihbar eden hem de şikayette bulunan kişiler olabilir ve her iki kişinin yaptığı bildirimde suç teşkil etmediği gerekçesiyle SYOK verilebilir. Bu halde her iki kişiye de bildirim yapılması gerekmektedir.

CMK m. 158/6'da SYOK'a karşı, ihbar eden veya şikayet edenin her ikisine de m. 173 gereğince itiraz etme yetkisi tanınmıştır. Şikayet eden kişi, suçtan zarar gören

87 CMK m. 173'deki düzenlemenin tali bir ceza davası olduğu, kovuşturma davası isminin verilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz.: Yenisey ve Nuhoğlu (n 16) 705. Ayrıca bkz.: Öztürk vd. (n 29) 231; Centel ve Zafer (n 6) 613; Fahri Gökçen Taner, "Kovuşturmayaya Yer Olmadığı Kararına Karşı Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru: Dar, Sarp ve Kısmen Açık Bir Yol Individual Application To The Constitutional Court Against The Decision Of "No Ground For Prosecution": A Narrow, Steep And Partially Open Path", [2018] (135) TBB Dergisi 188; Özbek vd. (n 8) 504.

olduğu için CMK m. 173 gereğince itiraz yetkisini kullanacaktır. İhbar eden kişi ise suçtan zarar gören olabileceği (resen takip edilen suçlarda suçtan zarar gören kişinin bildirim ihbar adı verilmektedir), herhangi bir kişi de olabilir. Dolayısıyla her ihbar eden CMK m. 173 gereğince itiraz edebilecek midir? CMK m. 158/6'da SYOK'un ihbarda bulunana ve şikayetçiye bildirileceği ve bu karara karşı m. 173'deki usule göre itiraz edilebileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla düzenlemede m. 173'deki usule göre denildiğinden ve m. 173'de de suçtan zarar görene bu yetki tanındığından, her ihbar edeninin itiraz yetkisinin bulunmadığını, suçtan zarar gören konumunda bulunan ihbar edenin itiraz yetkisini kullanabileceğini belirtmek gerekir. Ayrıca kanun yoluna başvurmak açısından da hukuki çıkarın bulunması gerektiği arandığından her ihbar edende de bu çıkar bulunmayacağından yine ihbarda bulunan suçtan zarar görenin itiraz yoluna başvurabileceği sonucuna ulaşılabilecektir. Soruşturma yapılmasına yer olmadığı kararında m. 158/6'da ifade edilmese de itiraz hakkının, süresinin ve merciin gösterilmesi gerekmektedir. CMK m. 172/1'in burada kıyasen uygulanması yoluna gidilmelidir. İhbar eden veya şikayet eden kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren on beş gün içinde⁸⁸, bu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hakimliğine itiraz edebilecektir (m. 173/1). İtiraz dilekçesinde, soruşturmanın açılmasını gerektirebilecek olaylar ve delillerin belirtilmesi gerekmektedir (m. 173/2). Sulh ceza hakimliği, soruşturmanın açılması için somut olgulara dayanan şüphe bulunmazsa (genel ve soyut şüphenin var olduğunu düşünüyorsa) veya fiilin suç oluşturmadığı kanaatindeyse istemi gerekçeli olarak reddeder; itiraz edeni giderlere mahkum eder ve dosyayı Cumhuriyet savcısına gönderir. Cumhuriyet savcısı, kararı ihbar eden veya şikayetçiye bildirir (m. 173/3). Sulh ceza hakimliğinin m. 173'de öngörülen *kararını vermek için soruşturmanın genişletilmesine gerek görür ise bu hususu açıkça belirtmek suretiyle, o yer Cumhuriyet başsavcılığından talepte bulunabilir* düzenlemesi ise, ortada bir soruşturma olmadığından soruşturmanın genişletilmesi için talepte bulunulması şeklinde uygulanması söz konusu değildir. Ancak sulh ceza hakimi olaylar ve deliller ileri sürülmüşse bunların araştırılmasını ve kontrol edilmesini Cumhuriyet savcısından talep edebilecektir⁸⁹. Ama bu, soruşturmanın genişletilmesi talebi değildir. Ancak

88 “İncelenen somut olayda, Çorlu Cumhuriyet Başsavcılığının soruşturmaya yer olmadığına dair kararının müştekiye 01.07.2020 tarihinde tebliğ edildiğinin müştekinin söz konusu karara 10.07.2020 tarihinde itiraz ettiğinin anlaşılması karşısında; süresi içerisinde itirazda bulunduğu gözetilip, itirazın esastan incelenmesi yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesi, hukuka uygun görülmemiştir”, Yargıtay 4. CD, E. 2021/35251, K. 2021/29889, 22.12.2021. Aynı yönde Yargıtay 12. CD, E. 2021/1755, K. 2021/6107, 22.09.2021.

89 Aksi görüş için bkz.: Yenisey ve Nuhoğlu (n 16) 602.

Yargıtay bir kararında soruşturmanın genişletilmesine karar verilmesi gerektiği yönünde belirleme yapmıştır⁹⁰. Sulh ceza hakimliği istemi yerinde bulursa, yani fiilin suç teşkil ettiğini veya ihbar veya şikayetin genel ve soyut olmadığını düşünüyorsa Cumhuriyet başsavcılığı soruşturma işlemlerini başlatmak durumundadır (m. 158/6). Bu andan itibaren artık bir soruşturma söz konusu olduğundan soruşturmaya ilişkin ilkeler ve kurallar çerçevesinde hareket edilecek, şartlar oluştuğunda koruma tedbirlerine başvurulabilecektir⁹¹.

Hakkında SYOK verilen kişiye hem bu kararın bildirilmemesi, bildirilmediği için tutulan kayıtlara ulaşma, silinme ve düzeltilmesini talep etme yetkisinin bulunmaması (AY m. 20), hem de karara karşı ihbar eden veya şikayetçinin itiraz yoluna başvurusu durumunda bu yargısal yoldan haberdar olmaması, görüşünü bildirememesi ve yorum yapamaması kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına, çelişmeli yargılama ilkesine,

90 “Dosya kapsamına göre, müşteki vekilinin şikayet dilekçesinde belirtmiş olduğu iddiaların suç teşkil etmediği, hukuki ihtilaf mahiyetinde olduğu ve müştekilerin hukuk mahkemeleri kanalı ile haklarını arayabilecekleri gerekçeleri ile Şanlıurfa Cumhuriyet Başsavcılığınca soruşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiş ise de, müştekiler vekilinin 04/10/2019 tarihli şikayet dilekçesinde; müşteki Burak ‘ın babası, müşteki ...’in eşi olan muris ... tarafından şüpheli ...’a sağlığında genel vekaletname verildiği, ...’ın 27/08/2018 tarihinde vefat ettiği, ertesı gün henüz muris Halil’in ölüm kaydı düşülmeden şüpheli ...’ın ölümü bilen aile dostu diğer şüpheli ...’e terekenin malı olan... plaka sayılı Audi marka 2018 model EC257555 seri nolu aracın devrini sağladığı, hemen aynı gün nüfus müdürlüğünden murisin ölüm kaydının aynı şüpheli ... tarafından gerçekleştirildiği, bu satış bedelinin terekeye teslim edilmediği ve diğer mirasçıların durumdan haberdar olmadıkları, bu şekilde şüphelilerin organize bir şekilde 528.664,00 Türk lirası tutarındaki aracı tereke dışına çıkararak kendilerine menfaat sağladıklarını iddia etmesi karşısında, muris Halil Karacan’ın Şanlıurfa 7. Noterliğinin 20/07/2018 tarihli ve 21501 yevmiye numaralı vekaletname ile ...’a vekalet verip vermediği, adı geçen murise ait... plaka sayılı Audi marka 2018 model EC257555 seri nolu aracın bulunup bulunmadığı, bulunuyor ise bu aracın devir ve satış işlemlerinin ne şekilde ve kimin tarafından yapıldığının tespiti, murisin ölüm belgelerinin ve vefatına ilişkin diğer resmi kayıtların ilgili kuruluşlardan getirilmesi, murisin ölümünden sonra oğlu ...’ın adına çıkartılan vekaletname ile murise ait taşınır ve/veya taşınmaz mallar üzerinde tasarrufta bulunup bulunmadığı, böyle bir tasarrufta bulunmuş ise ortaya konulan bu tasarruf iradesinin ölüm ile geçersiz kalan vekaletnamenin kullanılması suretiyle diğer mirasçıları zarara uğratmak amacıyla dolandırıcılık ve resmi belgede sahtecilik suçlarını oluşturup oluşturmadığı konularında değerlendirme yapılması gerektiği hususu nazara alınarak, soruşturmanın genişletilmesine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde itirazın reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 309. maddesi uyarınca Şanlıurfa 1. Sulh Ceza Hâkimliğinin 14/01/2020 tarihli ve 2020/447 değişik iş sayılı kararının bozulması lüzumu kanun yararına bozma talebine dayanılarak ihbar olunmuştur”, Yargıtay 15. CD, E. 2020/6431, K. 2020/11208, 09.11.2020.

91 CMK. m. 158/6 karşısında, “Sulh Ceza Hâkimliğince itirazın kabulüne karar verilmesi halinde Cumhuriyet savcılığınca soruşturma işlemlerine başlanması gerektiği gözetilmeden, itirazın kabul edilerek sorumlular hakkında iddianame düzenlemesi şeklinde karar verilmesinde isabet görülmediğinden” bahisle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 309. maddesi uyarınca, bozulması istenilmiş olmakla, Dosya incelendi, gereği görüldü: Kanun yararına bozmaya atfen düzenlenen ihbarnamedeki düşünce yerinde görülmele, Tarsus 2. Sulh Ceza Hâkimliğinin 19/08/2020 tarihli ve 2020/1680 değişik iş sayılı kararının 5271 sayılı CMK’nin 309. maddesi gereğince BOZULMASINA”, Yargıtay 11. CD, E. 2021/34920, K. 2021/9524, 01.11.2021.

silahların eşitliği ilkesine ve adil yargılanma ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Nitekim AİHM Dimitrov-Kazakov/Bulgaristan Kararında sadece cinsel saldırı suçundan sorgulanan kişinin polis kayıtlarında yer almasına itiraz etmesi durumunda itiraz incelenmesine yönelik etkili iç hukuk yolunun bulunmamasını Sözleşmeye aykırı bulmuştur⁹². Tam konuyla ilgili olmamakla birlikte (fikir vereceği gerekçesiyle) Anayasa Mahkemesi de 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi gereğince sulh ceza hakimliğince uygulanan erişimin engellenmesi kararıyla ilgili verdiği Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri Başvurusunda, başvuruçuların, erişimin engellenmesi kararlarının alınmasındaki sürece dâhil edilmediğinden erişimin engellenmesini talep eden kişilerce gösterilen kanıtlar ve sunulan görüşler hakkında bilgi sahibi olma ve bunlarla ilgili görüş bildirebilme imkânına sahip olamadıklarını, bu karara karşı kabul edilen itiraz kanun yolunda da erişimin engellenmesi karardan etkilenen tarafların yargılamaya aktif olarak katılımını öngören çelişmeli bir yargılama sunulmadığını ve itiraz kanun yolunun yargılamanın ilk aşamasındaki eksiklikleri telafi etmekten de uzak olduğunu belirterek hak ihlali yapıldığını ve bunun da doğrudan kanundan kaynaklandığını ifade etmiştir. Mahkeme bazı nedenlerle ilk başta usulü güvencelerin sağlanamamasının makul kabul edilebilir olsa da eksikliklerin yargılama sürecinin sonraki aşamalarında mutlaka telafi edilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁹³. Yine

92 *Dimitrov-Kazakov v Bulgaristan*, B. No: 11379/03 (AİHM 10/02/2011). https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Data_TUR.pdf (E.T.11.02.2022).

93 “Görüldüğü üzere erişimin engellenmesi talebi üzerine sulh ceza hâkimi, talep sahibinin sunduğu evrak üzerinden inceleme yapmaktadır. Dolayısıyla ilgili yayın organı ve sorumlular, yapılan başvurudan haberdar olmamaktadır. Dahası aleyhlerine erişimin engellenmesi talep edilen internet sitesinin ilgilileri, duruşma açılmayacağı için nizalı davalardaki gibi duruşmada hazır bulunamamaktadır. Hâkim de kararını yirmi dört saat içinde vermek zorunda olduğu için karşı tarafa tebligatta bulunup diyeceklerini yazılı olarak sunmasını da karşı taraftan isteyememektedir. Karşı taraf da kendisini savunamamakta; hâkimin kararını etkilemek amacıyla sunulan delil, mütalaa ve görüşler hakkında bilgi sahibi olamamakta ve bunlar hakkında yorum yapamamaktadır. 5651 sayılı Kanun'da öngörülen erişimin engellenmesi yolu çekişmesiz bir yargı yolu olduğundan, başka bir deyişle karşı taraf bulunmadığından karardan etkilenecek basın organının temsilcileri ile sorumlu kişiler silahların eşitliği ilkesinden faydalanamamakta; talepte bulunanın iddialarına karşı delil sunmak da dâhil olmak üzere savunmalarını ortaya koymak için makul ve kabul edilebilir olanaklara sahip olamamaktadır. Özet olarak hâkim, kararını dosya üzerinden yani talepte bulunanın sunduğu bilgi ve belgelere göre vermekte; bu yargılamada karşı tarafın görüşleri alınmamaktadır. ..Müdahalenin ağırlığının gerekli kıldığı bazı durumlarda bireyin kişilik haklarının hızlı ve etkili bir şekilde korunması ihtiyacı nedeniyle öngörülmüş bir yolun birtakım usule ilişkin güvenceleri ilk anda sağlayamaması makul kabul edilebilse bile bu yola başvurulması ile ifade özgürlüğüne müdahalede bulunulan karşı tarafın hakkına halel gelmemesi için söz konusu eksikliklerin yargılama sürecinin sonraki aşamalarında mutlaka telafi edilmesi gerekir. Bunun için sıkı ve etkili bir denetim mekanizmasının varlığı şarttır. 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde erişimin engellenmesi kararlarına karşı 5271 sayılı Kanun hükümlerine göre itiraz kanun yoluna başvurulabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi ile öngörülen yargı yolunda erişimin engellenmesi kararı nedeniyle ifade özgürlüğü sınırlandırılan kişilere yargılama hukukunun usule ilişkin güvencelerinin sağlanabileceği yani bu kişilerin yapılan müdahaleye karşı delil sunmak da dâhil

Anayasa Mahkemesi, CMK m. 308/A'da düzenlenen Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet savcılığının itiraz yetkisine ilişkin yapılan başvuruda, düzenlemede yapılan itirazdan sanığın haberdar edilmesini sağlayan herhangi bir mekanizmanın öngörülmediğini, sanığın yapılan itirazdan haberdar olmamasının ve itiraza karşı

olmak üzere savunmalarını ortaya koyma imkânı bulabilecekleri, hukuki dinlenilme ve çelişmeli yargılama hakkına sahip olabilecekleri tek merci itiraz makamıdır. 5271 sayılı Kanun'un 268. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (a) bendi sulh ceza hâkimliği kararlarına yapılan itirazların incelenmesinin yine sulh ceza hâkimliklerince fakat kararı veren hâkimlikten başka bir hâkimlik tarafından yerine getirileceğini düzenlemektedir. Kanun'un 271. maddesi de itiraz hakkında duruşma yapılmaksızın karar verileceğini belirtmektedir. Bununla birlikte itiraz makamının itiraz talebini sonuçlandırması için tayin edilmiş bir süre kısıtı bulunmamaktadır. Ayrıca Kanun'un 270. maddesi, her ne kadar hâkimin takdirine bıraksa da itiraz makamına şikâyet konusu olayla ilgili inceleme ve araştırma yapma veya yaptırma yetkisi vermektedir. Buna göre itiraz makamının her iki tarafın iddiası ile sunduğu delilleri inceleyerek, dosyadaki eksiklikleri de resen araştırma yapmak suretiyle tamamlarak 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesindeki usule başvurulması esnasında yargılamanın karşı tarafına sunulamayan temel güvenceleri sağlamasının ve tarafların çatışan haklarına ilişkin dengeleme yapmasının önünde bir engel yoktur. Buna karşın 5271 sayılı Kanun'un 270. maddesi itiraz mercilerine verdiği yetkinin kullanılmasını hiçbir hâl için zorunlu tutmamaktadır. Somut başvuru konusu olaylar da dâhil olmak üzere Anayasa Mahkemesinin bugüne kadar incelemiş olduğu başvurularda itiraz makamlarınca 5271 sayılı Kanun'un 270. maddesindeki yetkinin kullanıldığını gösteren bir bulguya da rastlanmamıştır (diğerleri arasından bkz. *Aykut Küçükçaya*, § 14; *Kemal Gözler (2)*, B. No: 2015/5612 (AYM 10/12/2019) § 16; *Enver Kaya (2)*, B. No: 2015/13180 (AYM 11/9/2019) § 14; *Kemalettin Bulamacı*, B. No: 2016/14830 (AYM 04.07.2019) § 13; *Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş. (3)*, B. No: 2015/16499 (AYM 03.03.2019) § 14; *Bariş Yarkadaş*, B. No: 2015/4821 (AYM 17.04.2019) § 14; *Kemal Gözler*, B. No: 2014/5232 (AYM 19.04.2018) § 18; *Miyase İlnur ve diğerleri*, B. No: 2015/15242 (AYM 18.07.2018) § 13; *Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş.*, B. No: 2015/6313 (AYM 13.09.2018) § 12; *Özgen Acar ve diğerleri*, B. No: 2015/15241 (AYM 31.20.2018) § 13; *IPS İletişim Vakfı*, B. No: 2015/14758 (AYM 30.10.2018) § 13). İtiraz mercilerinin gerekçeli kararlarından itiraz kanun yolunda erişimin engellenmesi kararının alınması aşamasında süre kısıtı nedeniyle sağlanamayan temel güvencelerin sağlandığı, engelleme tedbirinin doğrudan ve dolaylı etkilerine ilişkin değerlendirmelerin ve internet erişimine yapılan müdahalelerin gerekliliğinin tartışıldığı çelişmeli yargılamaya imkân verecek tarzda karardan etkilenen tüm tarafların dinlendikleri, tarafların çatışan haklarına yönelik dengeleme işlemi yapılarak uyumazlığın esası hakkında bir karar verildiği değerlendirilmemiştir. Nitekim somut başvurularda da itiraz mercileri başvuruçuların iddialarının en azından özünü dikkate almamış, başvuruçuların şikâyetlerine yönelik esasa ilişkin herhangi bir değerlendirme yapmamış, erişimin engellenmesi kararlarına duyulan ihtiyacı açıklayarak menfaatleri dengelemeye çalışmamıştır. Üstelik 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesindeki kuralın kapsamı ve sınırlarının belirli olmaması yargı makamlarına oldukça geniş bir takdir alanı yaratmakta, bu durum engelleme kararına yapılan itirazdan sonuç almanın imkânsız olmasa da zor olduğunu göstermektedir. Öte yandan görevi esasen ceza yargılama usulünün öngördüğü tedbir kararlarını almak olan sulh ceza hâkimliklerinden 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 10. maddesinde ifade edildiği gibi ilgili kanunlarda özel olarak belirtilmedikçe uyumazlığın esasına ilişkin bir yargılama yapması da beklenemez. 5271 sayılı Kanun'daki itiraz kanun yolunun işleyişini düzenleyen hükümlerin dışında 5651 sayılı Kanun ile getirilmiş, erişimin engellenmesi kararlarına karşı itiraz makamınca yapılması gerekenlere hükmeden özel bir kural da bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle 5651 sayılı Kanun, itiraz makamına ilk derece yargılamasında sağlanamayan usule ilişkin güvencelerin eksiklikleri giderecek türden bir inceleme yapma görevi yüklemektedir. Bu hâliyle itiraz makamı, erişimin engellenmesi kararından etkilenen tarafların yargılamaya aktif olarak katılımını öngören çelişmeli bir yargılama sunmaktan ve yargılamanın ilk aşamasındaki eksiklikleri telafi etmekten uzaktır", *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri*, B. No: 2018/14884 (AYM 27.10.2021).

savunmalarını bildirememesinin adalet duygusunu rencide edeceğini ve davanın tarafları arasındaki adil dengeyi bozacağını belirterek, bu şekilde bir düzenleme yapmada korunmaya değer üstün bir kamu yararının bulunmadığını da ifade etmiştir. Dolayısıyla da kuralın adil yargılanma hakkının ilkelerinden olan silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleriyle de bağdaşmadığına karar vermiştir⁹⁴

SYOK verildikten sonra, karara itiraz edilmiş olsun (CMK m. 173/4, 6) ya da olmasın (CMK m. 158/6), ihbar ve şikayet konusu fiille ilgili olarak daha sonradan hangi şartlarla tekrar soruşturmanın açılmasının mümkün olduğuna ilişkin bir belirleme CMK m. 158/6'da bulunmamaktadır. Soruşturma yapılmasına yer olmadığı kararı ve bu karara itiraz sonucunda sulh ceza hakimliği tarafından verilen itirazın reddi kararları da mahsus sisteme kaydedildiğinden daha sonradan delil ortaya çıktığında Cumhuriyet savcısı tarafından sulh ceza hakimliği kararı gerekmesizin mahsus sistemdeki kayıtların kullanılabilir mi? CMK m. 158/6'da itiraz edilmeyen SYOK'dan sonra delil ortaya çıktığında hangi şartlarla soruşturmanın başlatılacağına ilişkin bir düzenleme CMK m. 172/2'deki gibi m. 158/6'da bulunmamaktadır. Bu bir eksiklik olup CMK m. 158/6'da düzenlemeye gidilmesi gerekmektedir. İtiraz yoluna başvurulup itirazın reddedilmesi durumunda ise soruşturmanın açılabilmesi için CMK m. 173/6 hükmünün SYOK açısından da uygulanması gerektiğini düşünüyoruz. Zira CMK m. 158/6'da CMK m. 173'deki itiraz usulünün uygulanacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla itirazın reddedilmesi durumunda soruşturmanın açılabilmesi için sulh ceza hakimliğinin kararı aranmalıdır⁹⁵.

Sulh Ceza Hakimliğinin verdiği karar bir hakimlik kararı olduğundan bu karara karşı (itirazın reddi kararına karşı) kanun yararına bozma kanun yoluna gidilebilecektir (CMK m. 309, 310).

C. Mahsus Sisteme Kaydedilmesi

CMK'nın 158. maddesinin 6. fıkrasının son cümlesinde bu fıkra uyarınca yapılan işlemlerin ve verilen kararların, bunlara mahsus bir sisteme kaydedileceği düzenlenmekte ve bu kayıtların, ancak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından görülebileceği hükme bağlanmaktadır.

Mahsus sisteme kaydedilecekler, 6. fıkra uyarınca yapılacak işlemler ve verilen kararlardır. Bunlar ihbar veya şikayet eden ve edilen kişiye ilişkin bilgiler, ihbar ve

94 Anayasa Mahkemesi, 26.01.2022, E. 2021/48, K. 2022/7.

95 Farklı gerekçeyle sulh ceza hakiminin karar vereceğine ilişkin olarak bkz.: Tural (n 18) 159.

şikayetin konusu, soruşturma yapılmasına yer olmadığı kararı, sulh ceza hakimliğine itiraz yoluna başvurulmuşsa hakimlik tarafından verilen karar, kolluktan bilgi istenmişse buna ilişkin karar olarak ifade edilebilir.

CMK m. 158/6 gereğince mahsus sistemdeki kayıtlar, ancak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından görülebilecektir. Bu sistem sayesinde şikayete konu kişinin kimlik bilgilerinin 3. kişilerce öğrenilmesinin önüne geçilerek gizliliğin, lekelenmeme hakkının korunacağı, ancak bu düzenlemenin bahane edilerek işlenmiş suçların üzerinin örtülmemesi gerektiği ifade edilmektedir⁹⁶.

CMK m. 158/6 düzenlemesindeki kayıt sistemi, sisteme tekrar aynı ihbar veya şikayetin yapılması durumunda tekrar tekrar aynı kararların veya farklı savcılar tarafından farklı kararların verilmesini engelleme noktasında önemli bir fonksiyon görecektir. Ancak m. 158/6'da m. 172/2'deki gibi bir düzenleme bulunmadığından bir savcının SYOK verip diğer savcının soruşturma açılması noktasında karar vermesine de engel olmayabilecektir. Yine SYOK veren Cumhuriyet savcısının daha sonra tekrar aynı konuyla ilgili ihbar ve şikayette bulunulduğunda soruşturma başlatmasını engellemeyecektir. Zira CMK m. 173'e yollama yapan kanun koyucu, bu konuda CMK m. 172/2'ye yollama yapmamış, CMK m. 158/6'da da düzenlemeye gitmemiştir. Bunun bilinçli bir tercih olduğu düşünülmektedir. Dolayısıyla da kıyas yapılamayacağı ortaya çıkmaktadır⁹⁷. Ancak bu şekildeki bir uygulamanın da güvenceli olmadığını, gerekli korumayı sağlamadığını belirtmek gerekir. Hakkında soruşturma başlatılacak şekilde şüphe bulunan kişiyle ilgili başlatılan ve yapılan soruşturma neticesinde verilen KYOK için güvence getirilmişken bildirilen fiilin suç dahi sayılmadığı veya soruşturmayı başlatmaya dahi yetmeyen bir şüphenin varlığı durumunda herhangi bir koruma getirilmemiştir. Bu nedenle kanun koyucunun Cumhuriyet savcısı tarafından SYOK verildikten sonra hangi şartlarda soruşturmanın başlatılabileceğini kanunda düzenlemeye bağlaması uygun olacaktır. Mahsus sistemdeki kayıtların eğer yeni delil ortaya çıktığında kullanılması düşünülüyorsa kovuşturmaya yer olmadığı kararında (KYOK'da) (m. 172/2) olduğu gibi SYOK'da da hangi şartlarda bunun mümkün olacağına ilişkin düzenleme yapılmalıdır⁹⁸.

96 Gökçen vd. (n 27) 563.

97 Krş.: Tural (n 18) 157-159.

98 Değişiklik yapılması gerektiğine ilişkin olarak bkz.: Yenisey ve Nuhoğlu (n 16) 602.

1. Mahsus Sisteme Kaydedilmenin Anayasal Açından İncelenmesi

Kanun koyucu m. 158/6'daki düzenlemeyle lekelenmeme hakkını korumak istemekle beraber getirdiği düzenlemeyle lekelenmeme hakkını tamamen koruduğu söylenemez. Zira verilen soruşturma yapılmasına yer olmadığı kararları bunlara mahsus sisteme kaydedilmekte ve bu kayıtlar ancak Cumhuriyet savcısı, hakim ve mahkeme tarafından görülebilmektedir. Hakkında asılsız bir ihbarla yetkili makamlara başvuruda bulunulan veya açıkça suç oluşturmadığı anlaşılan bir fiilden dolayı veya ortada öyle bir fiil olmamasına rağmen varmış gibi yapılan ihbar ve şikayet nedeniyle kişinin kaydı süresiz bir şekilde mahsus sistemde kayıtlı bulunmakta ve Cumhuriyet savcısı, hakim ve mahkeme tarafından bu kayıtlar her zaman görülebilmektedir. Düzenlemede, ihbar ve şikayetin açıkça suç oluşturmayan veya işlenmiş olmayan bir fiille ilgili olması ile şüphenin genel ve soyut olması arasında ayırım yapılmamaktadır. Oysa ya ayırma gidilmesi veya suç oluşturmayan veya işlenmeyen fiillerle ilgili yapılan ihbar ve şikayetlerin kaydının tutulmaması gerekir. Belirtilen ihbar ve şikayetlerle ilgili kayıt yapılacaksa da itiraz yolu göz önüne alınarak düzenleme yapılmalıdır.

Düzenlemede her suçla ilgili de kayıt tutulma imkanı verilmektedir. Suçların niteliğine ilişkin bir ayırım yapılmamaktadır. Düzenlemede bu kayıtların ne kadar süre tutulacağı da belirtilmemektedir. Bilgilerin süresiz şekilde sistemde tutulması söz konusudur. Kayıtların süresiz şekilde sistemde yer alması ve sınırlı sayıda kişi tarafından da olsa görülmesi yukarıda da belirtildiği gibi lekelenmeme hakkını ihlal etmektedir.

Mahsus sisteme kaydedilme, kişisel verilerin korunması hakkına da müdahale niteliği taşımaktadır⁹⁹. Zira tutulan kayıtlar kişisel veri niteliğindedir. Anayasanın 20. maddesinde de kişisel veriler ile ilgili kişilere bazı haklar tanınmıştır. Anayasanın 20. maddesine göre, *“Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir”*. 20. maddede belirtilen bu haklar bakımından CMK m. 158 (6. fıkra) düzenlemesinin eksiklik içerdiği görülmektedir. Kayıtların tutulması 158.

99 Nitekim Anayasa Mahkemesi başvurucuya gelen veya başvurucu tarafından gönderilen mektupların Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi'ne kaydedilmesi nedeniyle yapılan başvuruda mahpusun yazışmalarının ne kadar süreyle sistemde saklı tutulacağını belli olmadığı gerekçesiyle (diğer ihlal gerekçeleriyle birlikte) ihlal kararı vermiştir. *Ümit Karaduman*, B. No: 2020/20874 (AYM 02.02.2022).

madde gereğince kanunda öngörüldüğü için kişinin rızası gerekmemekle beraber (KVKK m. 5, 6), 6. fıkra düzenlemesinde Anayasanın 20. maddesinde ifade edilen bilgilendirme, erişme¹⁰⁰, düzeltme, belirli süre sonra silinme, amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını denetleme imkanı söz konusu değildir. Anayasanın 20. maddesindeki *kanunda öngörülen hallerde* şeklindeki belirleme kişisel verilerin açık rıza olmaksızın işlenmesiyle ilgilidir. Yoksa hakkın kapsamıyla ilgili kanunda istisna tanınacağına ilişkin bir düzenleme niteliğinde değildir. KVKK m. 28'de (fıkra 1/d) ise, bu Kanunun hükümlerinin kişisel verilerin soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi halinde uygulanmayacağı düzenlenmektedir. Yine aynı maddenin 2. fıkrasında “*Bu Kanunun amacına ve temel ilkelerine uygun ve orantılı olmak kaydıyla veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen 10 uncu, zararın giderilmesini talep etme hakkı hariç, ilgili kişinin haklarını düzenleyen 11 inci ve Veri Sorumluları Siciline kayıt yükümlülüğünü düzenleyen 16 ncı maddeleri aşağıdaki hâllerde uygulanmaz*” hükmü yer almaktadır. Bu düzenleme kapsamında uygulanmayacak durumlardan biri de, kişisel veri işleminin suç işlenmesinin önlenmesi veya suç soruşturması için gerekli olmasıdır (m. 28/f. 2/a). 2. fıkrada uygulanmayacağı belirtilen maddelerden biri olan 11. maddede, “*Herkes, veri sorumlusuna başvurarak kendisiyle ilgili;*

- a) *Kişisel veri işlenip işlenmediğini öğrenme,*
- b) *Kişisel verileri işlenmişse buna ilişkin bilgi talep etme,*
- c) *Kişisel verilerin işleme amacını ve bunların amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını öğrenme,*
- ç) *Yurt içinde veya yurt dışında kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişileri bilme,*
- d) *Kişisel verilerin eksik veya yanlış işlenmiş olması hâlinde bunların düzeltilmesini isteme,*

100 AİHM, güvenlik güçerince tutulan kişisel veriye erişme açısından getirilen engellerin 8. maddeyi ihlal edebileceğini kabul etmektedir. Ancak terörist olduğundan şüphelenilenler bakımından ulusal güvenlik ve terörle mücadele menfaatlerinin, başvuruçuların güvenlik polisi dosyalarında haklarında bulunan bilgiye erişim menfaatinin daha üstün olduğuna karar vermiştir. Ancak mahkeme, polisin bir kişinin insan hakları örgütüne üyeliği nedeniyle ismini gizli izleme güvenlik veri tabanına kaydetmesini ve hareketlerini izlemesini 8. maddenin ihlali olarak görmüştür. Veri tabanı yayımlanmayan ve kamuya erişilebilir olmayan bakanlık direktifi ile kurulmuştur. Dolayısıyla kişiler, bu veri tabanına neden kaydedildiklerini, ne tür bilgilerin ne kadar uzun süreyle bu kapsama girdiğini, bunların nasıl arşivlendiğini ve kullanıldığını veya bunlar üzerinde kimin kontrol sahibi olduğunu bilmemektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 8 Rehberi, Özel Hayata ve Aile Hayatına, Konuta ve Haberleşmeye Saygı Hakkı, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_TUR.pdf, 44, 47 (E.T.11.02.2022).

e) 7 nci maddede öngörülen şartlar çerçevesinde kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini isteme,

f) (d) ve (e) bentleri uyarınca yapılan işlemlerin, kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişilere bildirilmesini isteme,

g) İşlenen verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle kişinin kendisi aleyhine bir sonucun ortaya çıkmasına itiraz etme,

ğ) Kişisel verilerin kanuna aykırı olarak işlenmesi sebebiyle zarara uğraması hâlinde zararın giderilmesini talep etme,

haklarına sahiptir” düzenlemesi yer almaktadır. 28. madde/2-a düzenlemesi gereğince kişi süre sınırı olmaksızın 11. maddede belirtilen haklardan yararlanamayacaktır. Belirtilmelidir ki Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 28. maddesinde bazı işlemler yönünden kanunun tamamen veya bazı işlemler yönünden ise kısmen uygulanmamasının kabul edilmesi ve bu yapılırken de hepsinin aynı kapsamda kabul edilmesi ve bir süre sınırlaması öngörülmemesi doğru olmamıştır. Oysa Anayasanın 13. maddesine göre, “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*”. KVKK’da belirtilen hakların KVKK’nın 28. maddesiyle süresiz bir şekilde istisnaya tabi tutulması Anayasanın 13. maddesinde belirtilen ölçülülük ilkesine, hakkın özüne dokunulmayacağı kuralına ve hak bazında güvenceye alınan Anayasanın 20. maddesine aykırılık teşkil etmektedir. Her ne kadar 2. fıkrasında *kanunun amacına ve temel ilkelerine uygun ve orantılı olmak kaydıyla* ibaresi yer almaktaysa da bu ibarenin yeterli korumayı sağlayamayacağını düşünmekteyiz. Nitekim CMK m. 158/6 gibi süre sınırlaması olmaksızın temel bir hakka müdahale edilmesi söz konusu olmaktadır. Hakkın kullanımının kanunla kısıtlanması mümkündür, ancak hakkın kullanımını imkansız hale getiren düzenleme Anayasanın 13. maddesine ve hukukun evrensel ilkelerine uygun değildir. İnceleme konumuz açısından bakıldığında her şeyden önce SYOK’un 28. madde/1. fıkrası kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışılabilir. Ancak SYOK, KVKK’nın 28. maddesinin 2. fıkrasının a bendi kapsamında nitelendirilebilir. Bu şekilde değerlendirme ve bazı hükümlerin SYOK açısından uygulanmaması hem biraz önce belirtilen 28. madde düzenlemesi nedeniyle hem de 158/6’da süre sınırlaması olmaması nedeniyle hedeflenenle uyumlu nitelikte değildir¹⁰¹.

101 Anayasa Mahkemesi, tutuklu olan başvurucuya gelen veya başvurucu tarafından gönderilen mektupların

2. Mahsus Sisteme Kaydedilmenin AİHM Kararları Açısından İncelenmesi

AİHM, hakkında suç şüphesi bulunan ancak mahkum edilmeyen kişinin parmak izlerinin silinme talebine rağmen veri tabanında tutulmasını Sözleşmenin 8. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir¹⁰². Mahkeme S. ve Marper Kararında, beraat eden kişilerin

Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi'ne kaydedilmesi nedeniyle özel hayata saygı hakkı kapsamındaki kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı ile haberleşme hürriyetinin ihlal edildiği iddiasına ilişkin yapılan başvuruda, KVKK m. 28/1-d' de infaz mercileri tarafından işlenmesi halinde uygulanmayacağına ilişkin hüküm ve 28. madde/2-c' deki *Kişisel veri işlemenin kanunun verdiği yetkiye dayanarak görevli ve yetkili kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca, denetleme veya düzenleme görevlerinin yürütülmesi ile disiplin soruşturma veya kovuşturması için gerekli olması düzenlemesi gereğince kişi süre sınırı olmaksızın 11. maddede belirtilen haklardan yararlanamayacaktır* belirlemesi olmasına rağmen "başvuru konusu uygulamayla mahkûmiyete konu suçun özelliği ya da tutuklu ile hükümlünün ceza hukuku bağlamındaki statülerine göre farklılık öngörülmeden, sakıncalı olup olmadığına bakılmaksızın tüm yazışmaların UYAP'a sistematik bir şekilde kaydedildiğinin altı çizilmelidir. Ayrıca mahpusun yazışmalarının ne kadar süreyle sistemde saklı tutulacağı, bunların üçüncü kişilerin erişimine ve kullanımına hangi şartlarda açılacağı, infaz kurumu tarafından hangi mercilerle paylaşılabileceği ile kişisel verilerin ve mahremiyetin nasıl korunacağı hususlarında açık bir düzenlemenin mevcut olmadığı, uygulamada da anılan konular yönünden bir belirsizliğin bulunduğu anlaşılmıştır. Bu durumda mahpusun mahrem bilgileri ile kişisel verilerinin kayıt, muhafaza ve kullanımını içeren tedbirlerin kapsamını, uygulanmasını, idarenin takdir yetkisinin sınırlarını düzenleyen, bununla birlikte muhataplarının yetki aşımı ile keyfiliğe karşı yeteri kadar güvenceye sahip olmalarını sağlayacak niteliğe ve açıklığa sahip kuralların mevcut olmadığı söylenebilir. Bu açıklamalar çerçevesinde somut olayda özel hayata saygı hakkı ile haberleşme hürriyetine yapılan müdahalenin kanuni dayanağının olmadığı sonucuna varılmıştır" şeklinde karar vermiştir: *Ümit Karaduman*, B. No: 2020/20874 (AYM 02.02.2022).

102 "Başvuran 2004 ve 2005 yıllarında, bazı kitapların çalınmasına ilişkin olarak iki tane soruşturma geçirmiştir. Başvuran, hakkında açılan davanın birinden beraat ettirilmiş, diğerinde ise kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmiştir. Her iki davada da, başvuranın parmak izleri alınmış ve parmak izi veri tabanına kaydedilmiştir. 2006 yılında, başvuran, parmak izlerinin veri tabanının silinmesine dair talepte bulunmuştur. Başvuranın bu talebi, yalnızca ilk dava kapsamında alınan parmak izleri bakımından yerine getirilmiştir. Başvuranın yapmış olduğu temyiz başvuruları reddedilmiştir. Başvuran, hakkındaki verilerin parmak izlerine ilişkin bilgisayarlı veri tabanında saklanmaya devam edilmesinin kendisinin özel hayata saygı hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Mahkeme, bahse konu verilerin saklanması başvuranın özel hayatına saygı hakkına yönelik orantısız bir müdahale teşkil ettiği ve bunun demokratik bir toplumda gerekli bir işlem olarak değerlendirilemeyeceği kanaatine vararak, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmiş olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme özellikle, bir suçtan mahkûm edilenlerin değil de suç işlediği şüphesi bulunan kişilerin, mevcut davada başvurana olduğu gibi, parmak izlerinin saklanmasına ilişkin sistemin söz konusu çatışan kamu menfaatleri ile kişisel çıkarlar arasında adil bir denge kuramadığını, uygulamanın beraat eden veya yargılanması durdurulan kişiler ile mahkum edilmiş kişiler arasında bir fark yaratmadığını ve orantısız bir müdahale niteliğinde olduğunu belirterek, Fransa Devletinin bu konudaki takdir yetkisini aşmış olduğunu kaydetmiştir: *M.K. v Fransa*, B. No: 19522/09 (AİHM 18.04.2013), https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Data_TUR.pdf (E.T.11.02.2022).

Ancak mahkeme Peruzzo ve Martens/Almanya kararında, "ağır suçlardan mahkûm edilmiş olan başvuranlar, gelecekte işlenmesi muhtemel suçlara ilişkin yürütülecek soruşturmalarda kolaylık sağlaması amacıyla, hücre örneklerinin alınmasına ve bu bilgilerin DNA profili şeklinde bir veritabanında saklanmasına dair yerel mahkeme kararlarıyla ilgili şikâyetle bulunulmasıyla ilgili olarak başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, başvuranın davasında olduğu gibi belirli bir ağırlık seviyesine denk gelen suçlardan mahkum edilen kişilerden DNA örneklerinin alınmasına ve saklanmasına ilişkin iç hukuk kurallarının çatışan kamu menfaati ile kişisel çıkarlar arasında

veya yargılaması durdurulan kişilerin ve böylece suçsuzluk karinesine sahip kişilerin mahkum edilmiş kişilerle aynı muameleye tabi tutulmasından kaynaklanabilecek damgalanma tehlikesine vurgu yaparak beraat eden veya hakkında suçlama düşmüş kişinin 25 yıl gibi veri tabanında kayıtlı olmasını hak ihlali olarak saymıştır¹⁰³. Yine Dimitrov-Kazakov/Bulgaristan Kararında¹⁰⁴, cinsel saldırı suçuyla sorgulandıktan sonra hakkında suçlama yapılmayan kişinin fiiliyle ilgili olarak polis kayıtlarının tutulmasının 8. maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir. Ülkemizde mahkum olan kişilerin bile arşiv kayıtlarının silinmesi için süre öngörülmüşken CMK m. 158/6'da suç oluşturmayan veya soruşturma başlatmayan ihbar ve şikayetlerle ilgili süresiz kayıt yapma imkanı getirilmiştir. Mahkeme Brunet/Fransa Kararında, başvurusunun eşi ile kavga ettiğinden bahisle hakkında soruşturma başlatılıp isminin ve soruşturma bilgilerinin kayıtlı suçların işleme alındığı veri tabanına kaydedildiği, sonrasında başvuru hakkındaki soruşturmaya uzlaşma sebebiyle son verildiği, başvurusunun, isminin yirmi yıl boyunca saklanacağı veri tabanından silinmesi talebinin, soruşturmanın durma nedeninin suçun meydana gelmemesi veya delil yetersizliği nedenlerinin dışında olduğu gerekçesiyle reddedildiği olayda; mahkeme soruşturmanın uzlaşma ile son bulduğu böyle bir durumda, başvurusunun isminin ve soruşturma bilgilerinin yirmi yıl gibi uzun bir süre boyunca veri tabanında saklanmasının özel hayata orantısız bir müdahale niteliğinde olduğunu, bu durumun ise demokratik bir toplumda gerekli bir işlem olarak kabul edilemeyeceğini, devletin bu konudaki takdir marjını aştığını belirterek Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁰⁵. Mahkeme, ayrıca başvuranın kendisine ilişkin bilgilerin veri tabanından silinmesini isteme hakkına sahip olmadığını da belirtmiştir¹⁰⁶. Mahkeme M.M. Birleşik Krallık Kararında, oğlunun boşanmasının ardından Avustralya'ya gitmesini engelleme amacıyla bebek olan erkek torununu alarak bir gün ortadan kaybolması sonrasında hakkında kovuşturma yürütmeye karar verilmesi ve bunun yerine tedbir kararının verildiği olayda, kaydın

adil bir denge tesis ettiğine ve davalı Devletin kabul edilebilir takdir yetkisi kapsamına girdiğine karar vermiştir”.

103 *M.K. v Fransa*, B. No: 19522/09 (AİHM 18.04.2013).

104 *Dimitrov-Kazakov v Bulgaristan*, B. No: 11379/03 (AİHM 10/02/2011), https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Data_TUR.pdf (E.T.11.02.2022).

105 *Brunet v Fransa*, B. No: 21010/10 (AİHM 18.12.2014), <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:3zWcz3XE1GYJ:https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/%3Flibrary%3DECHR%26id%3D003-4872410-5953858%26filename%3D003-4872410-5953858.pdf+%&cd=1&hl=tr&ct=clnk&gl=tr&client=safari> (E.T.27.02.2022).

106 *M.M. v Birleşik Krallık*, B. No: 24029/07 (AİHM 13.11.2012), https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Data_TUR.pdf (E.T.11.02.2022).

ömür boyu saklanması Sözleşmenin 8. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir¹⁰⁷. Mahkemeye göre, “ceza kayıtlarının ayırım yapılmaksızın ve ucu açık şekilde toplanmasının, uygulanabilir güvenceleri netleştiren ve diğer hususların yanı sıra verinin toplanabileceği koşulların, arşivlenme süresini, kullanılabilmesi amaçları ve ortadan kaldırılabilmesi durumları düzenleyen kuralları ortaya koyan açık ve detaylı yasal düzenlemelerin yokluğunda Madde 8 gerekliliklerine uygun olması olası değildir (M.M. ve Birleşik Krallık, § 199)”¹⁰⁸. Mahkeme, beraat eden veya sanık olan kişiler ile mahkum edilen kişiler arasında fark yaratılması gerektiğini kabul etmekte, zira sanık olan veya henüz bu aşamada olmayan veya hükümlü olan kişinin aynı seviyede damgalanma riskinin bulunmadığını ifade etmektedir. Mahkeme *Gaughran v. Birleşik Krallık* Kararında alkollü araç kullandığı için para cezasına çarptırılan ve ehliyetine elkonulan ve cezası zamanaşımına uğrayan kişinin DNA profilinin, parmak izlerinin ve fotoğrafının belirsiz süre saklanmaya devam edilmesinin 8. maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir. Zira Mahkemeye göre veriler başvurusunun işlediği suçun ağırlığı gözetilmeksizin ve saklamanın belirsiz süre devam etmesinin gerekliliğine ilişkin bir değerlendirme yapılmaksızın saklanmıştır¹⁰⁹.

3. Değerlendirme

Yukarıda yapılan açıklamalardan sonra m. 158/6 hükmü Anayasasal açıdan ve AİHM kararları çerçevesinde değerlendirildiğinde kişisel verilerin korunması hakkının gereklerine (AİHS m. 8) aykırı nitelik taşımaktadır. Süre sınırının olmaması, suç ayırımı yapmaması, yaşa ilişkin belirlemeye gitmemesi (çocuklara ilişkin belirleme yapmaması), kişiye kaydın silinmesini isteme imkanı vermemesi, bu kayıtlara karşı etkili başvuru yolu kabul edilmemesi gibi nedenlerle kişilere gerekli korumayı sağlayamamaktadır. Eğer kayıtlar delil çıktığında kullanılmak isteniyorsa ya da sürekli aynı ihbar ve şikayetin yapılması önlenmek isteniyorsa (sistemde kaydın görülmesi suretiyle aynı veya farklı işlemlerin yapılması engellenmek isteniyorsa) Anayasayla teminat altına alınan hakka sınırlama getiren şartların düzenlenmesi, süreli hale getirilmesi, süre açısından da en azından dava zamanı aşımı sürelerinin dikkate alınarak belirleme yapılmasının uygun olacağını düşünmekteyiz.

107 *M.M. v Birleşik Krallık*, B. No: 24029/07 (AİHM 13.11.2012), https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Data_TUR.pdf (E.T.11.02.2022).

108 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 8 Rehberi- Özel hayata ve aile hayatına, konuta ve haberleşmeye saygı hakkı, 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_TUR.pdf (E.T.11.02.2022).

109 *Gaughran v. Birleşik Krallık*, B. No: 42245/15, (AİHM 13.02.2020) <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/aihm/202007aihm.pdf> (E.T.15.02.2022).

Soruşturmaya yer olmadığı kararlarının mahsus sisteme kaydedilmesi 7315 sayılı Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu açısından da sonuç doğurmaktadır. Bu Kanunun 4. maddesinde arşiv araştırması, 5. maddesinde ise güvenlik soruşturması düzenlenmiştir. 4. maddeye göre arşiv araştırmasından biri de, kişi hakkında kesinleşmiş mahkeme kararları ve CMK'nın 171. maddesinin beşinci ve 231. maddesinin on üçüncü fıkraları kapsamında alınan kararlar ile kişi hakkında devam eden veya sonuçlanmış olan soruşturma ya da kovuşturmalar kapsamındaki olguların mevcut kayıtlardan tespit edilmesidir. Bu Kanun 17.04.2021 tarihli'dir. Dolayısıyla hükümde devam eden veya sonuçlanmış soruşturma kavramı geçtiğinden soruşturma yapılmasına yer olmadığına ilişkin karar soruşturmaya ilişkin bir işlem olmadığından sistemde kayıtlı SYOK'a ilişkin olguların arşiv araştırmasına konu olması söz konusu değildir. 5.maddede ise güvenlik soruşturması tanımlanmış ve arşiv araştırmasındaki hususlara ilave olarak yapılacak araştırmalar belirtilmiştir. Bunlardan biri de (m. 5/1-c) kişinin terör örgütleri veya suç işlemek amacıyla kurulan örgütlerle eylem birliği, irtibat ve iltisak içinde olup olmadığının, mevcut kayıtlardan ve kişinin görevine yansiyacak hususların denetime elverişli olacak yöntemlerle yerinden araştırılmak suretiyle tespit edilmesidir. Bu düzenlemede mevcut kayıtlar ifadesi geçmekte olup bu kayıtların ne olduğu belirtilmemiştir. Dolayısıyla SYOK kayıtları incelenebilecek midir? Düzenleme geniş bir belirleme olduğu için incelebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. AİHM, ulusal güvenlikle ve terörle mücadeleyle ilişkin ulusal çıkarların söz konusu olduğu durumlarda tutulan bilgilere tam ulaşamamasını veya uzun süre saklanmasını Sözleşmeye aykırılık olarak değerlendirmemektedir¹¹⁰. Yine mahkeme millî güvenlik bakımından önemli kadrolarda çalışmak isteyen adayların bu işe uygunluğunu takdir ederken bu bilgiyi

110 AİHM, Segerstedt-Wiberg ve Diğerleri/İsveç Kararında İsveç Güvenlik Polisi tarafından kendileri hakkında tutulan bilgilere tam erişim verilmesinin reddedilmesinin Sözleşmenin 8. maddesini ihlal etmediğine karar vermiştir. Mahkeme, İsveç'in, kendisine tanınan geniş takdir yetkisi dikkate alındığında, ulusal güvenlik ve terörle mücadeleyle ilişkin ulusal çıkarların, başvuranların Güvenlik Polisi dosyalarında kendileri hakkında tutulan bilgilerin tam kapsamına erişmeye ilişkin çıkarlarının üstünde geldiğini değerlendirme hakkı bulunduğunu belirtmiştir, https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Data_TUR.pdf (E.T.11.02.2022). Yine Leander/İsveç Kararında 8. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Olayda Karlskrona'da girilmesinin yasak olduğu bir askeri güvenlik bölgesinin yanında bulunan Donanma Müzesinde geçici personel olarak çalışan başvuran, uzun zaman önce üyesi olduğu sendikayla ilgili faaliyetlerine ilişkin verilerin saklanmasından şikâyetçi olmuş ve bu durumun, kendisinin söz konusu işten çıkarılmasına yol açtığını iddia etmiştir. Mahkeme demokratik bir toplumda istihbarat servislerinin varlığının ve verilerin saklanmasının yasalara uygun olabileceğini, düzensizliğini ve suç işlenmesinin önüne geçilmesi ya da ulusal güvenliğin korunması amaçlarını gözetmesi koşuluyla, özel hayatına ilişkin bilgilerin gizli bir kaydının tutulmasının vatandaşların menfaatlerinin önüne geçebileceğini belirterek İsveç Hükümetinin ulusal güvenlikle ilgili menfaatlerin bireylerin kişisel menfaatlerinden daha ağır bastığı kanaatine varmakta hakkı olduğunu değerlendirmiştir: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Data_TUR.pdf (E.T.11.02.2022).

kullanma yetkisi veren kurallara sahip olmaları gerektiğini benimsemektedir¹¹¹. Ancak m. 158/6 kapsamında tutulan kayıtlar bu amaçla tutulan, bu nitelikte kayıtlar değildir. Dolayısıyla bu kayıtların süresiz olarak sistemde kalması, Anayasanın 20. maddesindeki güvencelerin sağlanmaması ve ulusal güvenlikle ilgili görülmesi söz konusu değildir.

D. Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararına Karşı Anayasa Mahkemesine Başvuru

SYOK'a karşı Anayasa Mahkemesine başvurulabileceğine veya Anayasa Mahkemesinin kararının ne gibi sonuçlar doğuracağına ilişkin bir belirleme CMK'da bulunmamaktadır. SYOK'a ilişkin düzenleme yeni tarihli olduğu için bu karara karşı verilmiş bir Anayasa Mahkemesi kararı da bulunmamaktadır. Dolayısıyla SYOK'a karşı Anayasa Mahkemesine başvurulup başvurulamayacağı hakkında belirleme yapabilmek için KYOK'da durumun nasıl değerlendirildiğini ve Anayasa Mahkemesinin ne şekilde belirleme yaptığının ifade edilmesi gerekmektedir.

Kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarına karşı mağdur, suçtan zarar gören, etkili soruşturma yürütülmediği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilmekte ve mahkeme tarafından etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar verildiği durumlarda, yeniden soruşturma yapılmak üzere dosya ilgili Cumhuriyet başsavcılığına gönderilebilmektedir. Dolayısıyla ceza muhakemesi hukukunda KYOK'a m. 173'deki itiraz yolunun tüketilmesi şartıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulabileceği kabul edilmektedir¹¹².

Anayasa Mahkemesine göre, Anayasanın 36. maddesinde adil yargılanma hakkının kapsamı düzenlenmediğinden bu hakkın kapsam ve içeriği Sözleşme'nin "*Adil yargılanma hakkı*" kenar başlıklı 6. maddesi çerçevesinde belirlenmesi gerekir. Mahkemeye göre, 6. madde kapsamında adil yargılanma hakkına ilişkin hak ve ilkeler, medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyumsuzluklar ve bir suç isnadının esasının karara bağlanmasıyla ilgili geçerlidir. Yani adil yargılanma hakkının kapsamı belirtilen konularla sınırlandırılmıştır. Bu nedenle adil yargılanma hakkının ihlali nedeniyle bireysel başvuruda bulunabilmek için medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyumsuzlukların tarafı olmak¹¹³ veya

111 Leander/İsveç Kararı, https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Data_TUR.pdf (E.T.11.02.2022).

112 Taner (n 87) 188.

113 Adil yargılanma hakkının medeni meselelerde uygulanabilmesi için hukuk düzeni tarafından tanınan bir hakkın bulunması gerekmektedir. Bu hakkın mutlaka Anayasada doğrudan veya dolaylı şekilde tanımlanmış ve güvence altına alınmış olması zorunlu değildir. Kanunlar veya içtihat tarafından tanınmış olması da yeterlidir. Yetkili makamlara hakkın tanınıp tanınmaması konusunda mutlak takdir yetkisi verilmişse adil yargılanma hakkı kapsamında bir haktan söz edilemeyecektir. Ayrıca hakka ilişkin olarak kişinin çıkarını

başvurucuya yönelik bir suç isnadının esası hakkında karar verilmiş olmak gerekir. Aksi durum 6. madde kapsamında korumayı sağlamamaktadır¹¹⁴. Dolayısıyla hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan kişiler adil yargılanma hakkının ihlali nedeniyle bireysel başvuruda bulunabileceklerdir. Mağdur, suçtan zarar gören ise haklarında suç isnadı söz konusu olmadığı için ancak medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıklarla bağlantılı olarak 6. madde kapsamında bireysel başvuruda bulunabileceklerdir. Ceza davasında medeni hak talebine imkân veren bir sistemin benimsenmiş veya ceza davası sonucunda verilen kararın hukuk davası açısından etkili ya da bağlayıcı olması hâllerinde bireysel başvuru yapılabilecektir. Anayasa Mahkemesine göre, “*AIHM içtihatlarına göre, bir ceza davasında üçüncü kişilerin suçlanması veya cezalandırılmasını talep eden mağdur, suçtan zarar gören, şikâyetçi veya katılan sıfatını haiz kişiler, Sözleşme'nin 6. maddesinin koruma alanı dışında kalmaktadır. Bu kuralın istisnaları, ceza davasında medeni hak talebine imkân veren bir sistemin benimsenmiş veya ceza davası sonucunda verilen kararın hukuk davası açısından etkili ya da bağlayıcı olması hâlleridir (Perez/Fransa, 47287/99, 12/2/2004, § 70)*”¹¹⁵. Anayasa Mahkemesine göre, “*Başvurucular, suç işlediğini düşündükleri bir üçüncü kişi hakkında soruşturma açılmasını sağlamak amacıyla suç duyurusunda bulunmuş olup, talepleri üçüncü kişilerin cezalandırılmalarıyla sınırlıdır. Başvurucular, üçüncü kişilerin fiilleri nedeniyle medeni haklarına yönelik bir müdahalenin bulunduğunu düşünüyor ve buna ilişkin zararının giderilmesini istiyorlarsa, hukuk mahkemeleri önünde dava açma imkânları vardır*”¹¹⁶. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesine göre mağdur, suçtan zarar gören, katılan, şikâyetçi medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıklar dışında adil yargılanma haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunamayacaklardır. Anayasa Mahkemesi bu belirlemede AIHM kararlarını, özellikle Perez/Fransa kararını referans almaktadır. Medeni haklara ilişkin uyuşmazlıklarda Mahkeme diğer hukuk yollarının tüketilmesini istemektedir¹¹⁷.

etkileyen bir uyuşmazlık olmalıdır. Hakkın medeni karakterli olması gerekir. Devletin egemenlik yetkisinin çekirdek alanına ilişkin haklar adil yargılanma hakkının kapsamına girmez. Anayasa Mahkemesi imza atmak suretiyle uygulanan adli kontrol tedbirinden dolayı zarara uğradığı gerekçesiyle yapılan başvuruda, hakkın kanun tarafından veya içtihat yoluyla tanınmadığını belirterek medeni nitelikte bir hakkın bulunmadığını, dolayısıyla da adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğini kabul etmiştir. Tüm bunlar için bkz.: *Yahya Çevik*, B. No: 2018/15454 (AYM 17.11.2021).

114 *Yahya Çevik*, B. No: 2018/15454 (AYM 17.11.2021); *Musa Erdem ve Diğerleri*, B. No: 2013/1845 (AYM 07.11.2013).

115 *Musa Erdem ve Diğerleri*, B. No: 2013/1845 (AYM 07.11.2013).

116 Tüm bunlar için bkz.: *Musa Erdem ve Diğerleri*, B. No: 2013/1845 (AYM 07.11.2013).

117 Geniş bilgi için bkz.: Taner (n 87) 194 vd.

Bireysel başvuru istisnalar dışında mümkün olmamakla birlikte Anayasa Mahkemesi yaşam hakkı, işkence ve diğer temel haklarla bağlantılı etkili soruşturma yürütme yükümlülüğünün ihlali dolayısıyla mağdur, suçtan zarar görenin başvurusuyla ilgili olarak ihlal kararı verebilmektedir. Mahkemeye göre, kasten ya da saldırı veya kötü muamele sonucu meydana gelen ölüm ve yaralama olaylarına ilişkin davalarda devletin Anayasa'nın 17. maddesi gereğince, sorumluların tespitine ve cezalandırılmalarına imkân verebilecek nitelikte etkili soruşturma yürütme yükümlüğü bulunmaktadır. Bu tür olaylarda idari soruşturmalar ve tazminat davaları açılması ve yaptırıma veya tazminata hükmedilmesi ihlali gidermek, mağdur sıfatını ortadan kaldırmak açısından yeterli değildir¹¹⁸. Mahkemeye göre, yaşam hakkının veya vücut bütünlüğünün ihlaline kasten sebebiyet verilmediği durumlarda ise devletin pozitif yükümlülüğü her olayda mutlaka ceza davası açılmasını gerektirmemektedir. *Mağdurlara hukuki, idari hatta disiplinle ilgili hukuk yollarının açık olması yeterli olabilir. Ancak kasten gerçekleştirilmeyen fiiller sonucu oluşan ölüm olaylarında kamu makamlarının muhakeme hatası, dikkatsizliği aşan bir kusuru olduğu veya olası sonuçların farkında olmalarına rağmen söz konusu makamların kendilerine verilen yetkiler kapsamında tehlikeli bir faaliyet nedeniyle oluşan riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli önlemleri almadığı durumlarda -ilgililer diğer hukuk yollarına başvurmuş olsalar dahi- kişilerin hayatının tehlikeye girmesine neden olanlar hakkında bir ceza soruşturması yürütülmesi gerekir¹¹⁹. Soruşturmanın yapılması gereken bu durumda diğer hukuk yollarına başvurulması veya başvurulmuşsa tüketilmesi gerekmemektedir. Anayasa Mahkemesi özel hayata saygı hakkı kapsamındaki kişisel verilerin korunması hakkı kapsamında soruşturmanın etkili ve özenli şekilde yürütülmesi konusunda kamusal makamlarca üstlenilmesi gereken pozitif yükümlülüğün gerektirdiği şartların somut olayda yerine getirilmediği değerlendirmesinde bulunduğu kararlarda da mağdur, suçtan zarar gören lehine hak ihlali kararı vermektedir¹²⁰.*

Anayasa mahkemesine göre etkili soruşturma yürütme yükümlülüğünün ihlali sadece soruşturmanın yapıp yetersiz olduğu hallerde değil, soruşturmaya başlanmamış olması hallerinde de söz konusu olmaktadır¹²¹.

118 *Cezmi Demir ve diğerleri*, B. No: 2013/293 (AYM 17.7.2014).

119 *Erdinç Eroğlu ve diğerleri*, B. No: 2018/24157 (AYM 14.09.2021); *Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri v Türkiye*, B. No: 2012/752 (AİHM 17.9.2013).

120 *H.Ö.*, B. No: 2019/20473 (AYM 03.02.2022)

121 *Hüseyin Ali Kudret*, B. No: 2018/6578 (AYM 18.05.2021).

Yukarıdaki bilgiler ışığında soruna bakıldığında SYOK'a ilişkin olarak Sözleşmenin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı kapsamında Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı anlaşılmaktadır. Ancak soruşturma yapılmaması nedeniyle yetkililerin etkili soruşturma yürütme yükümlülüğünü yerine getirmemesi iddiasıyla yaşam hakkı, işkence ve insanlık dışı muameleye maruz kalma yasağı kapsamında Anayasa Mahkemesine hukuki yararı bulunan kişiler başvurulabilecektir. Bunun için başvuru yollarının tüketilmiş olması yani, CMK m. 158/6 yollamasıyla m. 173 gereğince sulh ceza hakimliğine başvurulması ve sulh ceza hakiminin de başvuruyu reddederek SYOK'un kesinleşmesi gerekmektedir¹²². Anayasa Mahkemesi, Van Valisi ve AFAD görevlilerinin taksirle ölüme sebebiyet verdikleri iddiasıyla yaşam hakkının ihlal edildiğinin ileri sürüldüğü Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri Başvurusunda Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen yaşam hakkının usuli boyutunun ihlal edildiğine karar vermiştir. Olayda başvuru yapanların yaptıkları şikayet işleme konulmamış, dolayısıyla sorumlu oldukları iddia edilen kişiler hakkında bir soruşturma yapılmamıştır. Mahkemeye göre, *"Başvurucuların Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının işleme koymama kararına karşı itiraz edebilecekleri bir makam bulunmamaktadır. Bu durumda bu kişiler hakkında yürütülen soruşturmanın ve sonuçlarının açık olmaması nedeniyle soruşturmanın etkili olduğundan söz edilemeyecektir. Nitekim AİHM, Dink/Türkiye davasında başvurunun (Fırat Dink) yakın akrabalarının, yalnızca dosya üzerinden inceleme yapan itiraz mercilerine itirazda bulunabilmiş olmalarının, mağdurların meşru menfaatlerinin korunması hususunda söz konusu soruşturmalardaki eksiklikleri gideremeyeceğine hükmetmiştir"*. SYOK'a karşı m. 173'deki itiraz yolu tanınmışsa da bu yol da dosya üzerinden yapılan bir inceleme olduğundan Anayasa Mahkemesi kararındaki aynı sonuç ortaya çıkacaktır. Mahkeme söz konusu kararında, *"Devlete, elindeki tüm imkânları kullanarak, yaşam hakkını korumak için oluşturulan yasal ve idari çerçevenin gereği gibi uygulanmasını ve bu hakka yönelik ihlallerin durdurulup cezalandırılmasını sağlayacak etkili idari ve yargısal tedbirleri alma görevi yüklemektedir. Bu yükümlülük, kamusal olsun veya olmasın, yaşam hakkının tehlikeye girebileceği her türlü faaliyet bakımından geçerlidir. Ancak, özellikle insan davranışının öngörülemezliği, öncelikler ve kaynaklar değerlendirilerek yapılacak işlemin veya yürütülecek faaliyetin tercihi göz önüne alınarak; pozitif yükümlülük, yetkililer üzerine aşırı yük oluşturacak şekilde yorumlanmamalıdır. Pozitif yükümlülüğün ortaya çıkması için yetkililerce, belirli bir kişinin hayatına yönelik gerçek ve yakın bir tehlikenin bulunduğu bilinmesi ya da bilinmesi gerektiği durumların varlığı kabul edildikten sonra, böyle bir durum dahilinde,*

122 Aynı yönde Kızıllar (n 20) 95. KYOK için bkz.: Taner (n 87) 188-190.

makul ölçüler çerçevesinde ve sahip oldukları yetkiler kapsamında bu tehlikenin gerçekleşmesini önleyebilecek şekilde kamu makamlarının önlem almakta başarısız olduklarının tespiti gerekmektedir...kesinleşmiş olan şikâyetin işleme konulmaması kararı nedeniyle yaşam hakkının ihlal edilip edilmediği hususunda Anayasa Mahkemesi tarafından bir karar verilmesine bir engel bulunmamaktadır. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin böyle bir inceleme yapabilmesi için kamu idareleri aleyhine açılan tam yargı davalarının sonuçlanmış olması da zorunlu değildir. Zira yukarıda da belirtildiği gibi (§ 60) tehlikeli bir faaliyet ya da doğal afetler nedeniyle oluşan öngörülebilir riskleri ortadan kaldırma hususundaki görev ve yetkilerini ihmal ederek insanların hayatının tehlikeye girmesine neden olduğu ileri sürülen görevlilerin sorumluluklarının incelenmesine engel olunması tek başına Anayasa'nın 17. maddesinin ihlaline neden olabilir. Ancak belirtmek gerekir ki, yürütülmesi gereken ceza soruşturmalarının amacı, yaşam hakkını koruyan mevzuat hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanmasını ve vuku bulan ölüm olayında varsa sorumluları ve sorumluluklarını tespit etmek üzere adalet önüne çıkarılmalarını sağlamaktır. Bu bir sonuç yükümlülüğü değil, uygun araçların kullanılması yükümlülüğüdür. Diğer yandan, burada yer verilen değerlendirmeler olayla ilgili olarak mutlaka herhangi bir kişi veya kamu makamının hukuki veya cezai sorumluluğunun belirlenmesi zorunluluğunu ifade etmemektedir” şeklinde belirleme yapmıştır¹²³.

Anayasa Mahkemesi tarafından etkili soruşturma yapılmaması nedeniyle hak ihlali kararı verildiğinde soruşturma yapılmak üzere dosya 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesi/2. fıkrası gereğince Cumhuriyet başsavcılığına gönderilecektir.

Sonuç

CMK'nın 158. maddesinin 6. fıkrası her ihbar ve şikayetle ilgili soruşturma yapılmamasını, kişilerin lekelenmeme hakkını korumayı sağlamak için getirilmiş, bu yönüyle de olumlu bir düzenleme olmakla beraber, sorunlar da barındıran bir hüküm niteliği taşımaktadır. Bu özellikle soruşturma açılmayan her ihbar ve şikayetle ilgili yapılan işlem ve verilen kararların, mahsus sisteme kaydedilmesiyle bağlantılı olarak karşımıza çıkmaktadır:

1. 6. fıkrada yapılan işlem ve verilen kararların mahsus sisteme kaydedilmesi öngörülmekle beraber ihbar ve şikayet konusu fiille ilgili olarak daha sonradan hangi şartlarla tekrar soruşturmanın açılmasının mümkün olacağına ilişkin bir belirleme yapılmamaktadır. Buna ilişkin düzenleme yapılmalıdır.

123 Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri v Türkiye, B. No: 2012/752 (AİHM 17.9.2013).

2. Düzenlemede her suçla ilgili de kayıt tutulma imkanı verilmektedir. Suçların niteliğine ilişkin bir ayırım yapılmamaktadır. Her suçla ilgili kayıt tutulmasının doğru olmadığını düşünüyoruz.
3. Düzenlemede mahsus sisteme kayıt genel ve soyut ihbarlar için mümkün olduğu gibi, açıkça suç oluşturmeyen fiiller veya olmayan bir fiilden dolayı yapılan ihbar ve şikayetler açısından da söz konusudur. Bu şekilde bir düzenleme doğru olmayıp, kişisel verilerin korunmasına, lekelenmeme hakkına aykırı nitelik taşımaktadır.
4. Düzenlemede bu kayıtların ne kadar süre tutulacağı da belirtilmemektedir. Kayıtların süresiz şekilde sistemde yer alması ve sınırlı sayıda kişi tarafından da olsa görülmesi lekelenmeme hakkına, kişisel verilerin korunması hakkına aykırı nitelik taşımaktadır. En azından dava zamanaşımı süresi esas alınarak belirleme yapılması yoluna gidilmelidir.
5. Hakkında SYOK verilen ve sisteme kaydedilen kişiye Anayasanın 20. maddesinde yer alan hakların tanınmaması da düzenlemenin diğer bir eksikliğini oluşturmaktadır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Kaynakça/References

- AK-StPO, Kommentar zur Strafprozeßordnung (Luchterhand (Hermann) 1988).
- Ataman Ahmet, *Ceza Yargılaması Hukukunda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri* (Adalet Yayınevi 2016).
- Centel Nur ve Zafer Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (20. Bası Beta Yayınevi 2021).
- Erdem Mustafa Ruhan, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Hukukunda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi” [2005] Hukuki Perspektifler Dergisi (3) (çevrimiçi: www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/115.doc (E.T. 28.02.2022)).
- Gökçen Ahmet vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku* (5. Baskı Adalet Yayınevi 2021).
- Karakaya M. Süheyl, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri Esnasında Elde Edilen Tesadüfi Deliller” [2019] D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan Özel Sayı 21: 1491-1525.
- Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung (5. Auflage C.H.Beck 2003).
- Kaymaz Seydi, *Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi* (Yenilenmiş Gözden Geçirilmiş, 4. Baskı Seçkin Yayınevi 2015).
- Kindhäuser/Schumann, *Strafprozessrecht* (6. überarbeitete Auflage Nomos 2021).
- Kızıllarslan Hakan, “Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararları (SYOK) ve Bu Kararların Ceza Muhakemesi Sistematiği Açısından İrdelenmesi”, [2019] TBB Dergisi (144): 59- 104.

- Kleinknecht/Müller/Reitberger, *-KMR-StPO Kommentar zur Strafprozessordnung* (Carl Heymanns Verlag 2015).
- Löwe-Rosenberg, *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Grosskommentar Fünfter Band §§ 151-212b* (26. neu bearbeitete Auflage De Gruyter 2008).
- Meyer-Goßner/ Schmitt, *Strafprozessordnung, GVG und Nebengesetze* (65. Auflage C.H.Beck 2022).
- Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung Band 2, §§ 151-332 (1. Auflage C.H.Beck 2016).
- Özbek Veli Özer vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku* (11. Baskı Seçkin Yayınevi 2018).
- Özbek Veli Özer, “Organize Suçlulukla Mücadelede Ön Alan Soruşturmaları” [2002] Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4 (2): 57-88.
- Öztürk Bahri vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (Güncellenmiş 12. Baskı Seçkin Yayınevi 2018).
- Roxin/Schünemann, *Strafverfahrensrecht Ein Studienbuch* (27. Auflage C.H.Beck 2012).
- Şahin Cumhur ve Göktürk Neslihan, *Ceza Muhakemesi Hukuku-I* (12. Bası Seçkin Yayınevi Ankara 2021).
- SK-StPO, *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung Band III §§ 137-197* (4. Auflage Carl Heymanns Verlag 2011).
- Taner Fahri Gökçen, “Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararına Karşı Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru: Dar, Sarp ve Kısmen Açık Bir Yol Individual Application To The Constitutional Court Against The Decision Of “No Ground For Prosecution”: A Narrow, Steep And Partially Open Path”, [2018] (135) TBB Dergisi 185-234.
- Tural Uğur, *Soruşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> (E.T. 25.02.2022)).
- Ünver Yener ve Hakeri Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (18. Baskı Adalet Yayınevi 2021).
- Yenisey Feridun ve Nuhoglu Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Güncellenmiş 9. Baskı Seçkin Yayınevi 2021).
- Yurtcan Erdener, *CMK Şerhi* (8. Baskı Adalet Yayınevi 2017).
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 8 Rehberi, *Özel Hayata ve Aile Hayatına, Konuta ve Haberleşmeye Saygı Hakkı*, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_TUR.pdf, 44, 47 (E.T.11.02.2022).
- <https://basin.adalet.gov.tr/lekelenmeme-hakki-kapsaminda-404-bin-dosyada-syok-verildi>, (E.T. 22.02.2022).
- https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Data_TUR.pdf (E.T.11.02.2022).
- <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/aihm/202007aihm.pdf> (E.T.15.02.2022).
- <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/c8dd1278-8757-4143-8ce4-67bb5c296320.pdf> (E.T.03.05.2022).
- <https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/bireysel-basvuru-basin-duyurulari/kabahatin-tespiti-surecinde-kabahat-islenmesine-tesvik-eden-uygulama-nedeniyle-hakkaniyete-uygun-yargilanma-hakkinin-ihlal-edilmesi/> (E.T.28.07.2020).
- <https://www.anayasa.gov.tr/media/3600/aihmkararlarindanornekler.pdf> (E.T.05.03.2022).
- <https://www.hrr-straftrecht.de/hrr/bverfg/13/2-bvr-389-13.php> (E.T. 03.03.2022).
- <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/%3Flibrary%3DDECHR%26id%3D003-4872410-5953858%26file%3D003-4872410-5953858.pdf> (E.T.27.02.2022).



Online Solicitation of Children for Sexual Purposes (Cyber Grooming) From the Turkish Legal Perspective

Türk Hukuku Perspektifinden Çocukların Siber Alanda Cinsel Amaçlar İçin Teşviki (Siber Uşaklık)

E. Eylem AKSOY RETORNAZ¹

¹Assoc. Prof. Dr., Galatasaray University Faculty of Law, Istanbul, Türkiye

ORCID: E.E.A. 0000-0002-4174-1775

ABSTRACT

As the age at which children use technological devices and the internet decreases, they become easy targets for cybercrimes. Their vulnerability and innocence on the one hand and the accessibility and anonymity of the internet on the other create opportunities for the commitment of sexual offences against children in cyber space. One such offence is cyber grooming, which is very dangerous because of the gravity of its possible consequences on a child's life, but also because of the significantly vague scope of application arising from the difficulties in detecting the real intent of the groomer. International legislation has influenced some national legal systems to criminalize child grooming as a separate offence. Among these, France, Belgium and Italy are of note, as they are also members of the European Union, which has a specific regulation on the subject. Turkish law has not initiated such a reaction yet. However, there exist other courses of action to criminalize cyber grooming in order to prevent such threats to a child's physical and moral well-being. This study aims to examine the offence of cyber grooming of children for sexual purposes in comparative law and its reflection in Turkish law.

Keywords: Cyber grooming, solicitation, sexual abuse, sexual harassment, Lanzarote Convention.

Submitted: 05.05.2022 • **Revision Requested:** 18.05.2022 • **Last Revision Received:** 30.05.2022 • **Accepted:** 03.06.2022 • **Published Online:** 20.06.2022

Corresponding author: E. Eylem Aksoy Retornaz, E-mail: eaksoy@gsu.edu.tr

Citation: Aksoy Retornaz, EE, 'Online Solicitation of Children for Sexual Purposes (Cyber Grooming) From the Turkish Legal Perspective' (2022) 10(1) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 211. <https://doi.org/10.26650/JPLC2022-1112665>



Introduction

Developing technologies are transforming interpersonal communication methods and moving them into cyber space. Video calls and instant messaging via smart phones, tablets and computers have become an important part of this transformed way of communication.

According to the Turkish Statistical Institute's 2021 "Survey on Information and Communication Technology Usage by Children," while 50.8% of children between the ages of 6 and 15 used the internet in 2013, this rate increased to 82.7% in 2021. 31.3% of the children who regularly used the internet claimed to use it for social media. Of the children between the ages of 6 to 15 who were social media users, 77.7% used social media every day, 16.5% used social media at least once a week and 5.8% used social media less than once a week.¹

As communication moves into cyber space, it has also brought up certain behavioral patterns and cyber violence.² Children are increasingly exposed to sexual exploitation and sexual abuse in cyber space.³ The internet enables pedophiles to entice multiple victims at once.⁴ Most social media platforms allow their users to create fake online profiles. Children growing up with access to the internet can easily become a target for potential groomers.⁵

In this study, first, the concept of online solicitation of children for sexual purposes (grooming) will be explained (I). Then, international conventions and national regulations about the fight against solicitation of children in cyber space for sexual purposes will be evaluated (II). Accordingly, French, Belgian and Italian legal systems will be examined. I chose these countries because of the significant influence of Italian

1 Turkish Statistical Institute (Türk İstatistikleri Enstitüsü), "Survey on Information and Communication Technology Usage by Children" (2021) <<https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Cocuklarda-Bilisim-Teknolojileri-Kullanim-Arastirmasi-2021-41132>> accessed on April 14, 2022.

2 Comité de la Convention sur la cybercriminalité (T-CY), (2018) Étude cartographique sur la cyberviolence, Groupe de travail sur la cyberintimidation et les autres formes de violence en ligne, en particulier contre les femmes et les enfants <<https://rm.coe.int/t-cy-2017-10-cbg-study-fr-v2/1680993e65>> accessed on January 19, 2022.

3 Ibidem.

4 Sylvia Kierkegaard, 'Online Child Protection Cybering, Online Grooming and Ageplay' (2008) 24 Computer Law & Security Report 42.

5 Libor Klimek, 'European Responses Criminalising Online Solicitation of Children For Sexual Purposes' (December 2020) 16 Balkan Social Science Review 8; See for some cases, Mustafa Çalışkan, 'Toplum ve Suç Araştırmalarında Sınırları Aşan Bir Suç: 'Çevrimiçi Çocuk İstismarı' ve Bu Suça Karşı Alınabilecek Önlemler' (2019) 61 Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 122-131.

legislation and doctrine on Turkish law as well as the noteworthy legislative procedures in these countries. After evaluating the regulations of these countries, the approach of Turkish criminal law to this subject will be examined (III).

I. General Overview of Online Solicitation of Children for Sexual Purposes (Grooming)

Child grooming for sexual purposes is a pattern of behavior often seen in pedophiles who intend to prepare a child for sexual abuse, and it may take several days or even years.⁶ Studies show that sexual abuse of a child is more likely to occur following the act of “grooming”.⁷

There is still no consensus in the doctrine on the definition of child grooming. While some writers define grooming as the process of befriending a child with the intention of sexual abuse,⁸ others view it as an act of “predation” to facilitate sexual abuse.⁹ One writer describes “grooming” as the first step towards the sexual abuse of a child, with the objective of gaining his/her trust through friendly and supportive acts.¹⁰ According to this view, grooming is a method to separate children from the people who can protect them against sexual abuse.

Craven/Brown/Gilchrist offer a comprehensive definition on child grooming for sexual purposes. According to this definition, an act is considered “grooming” when the child, significant adults, and the environment are prepared by a person to abuse the child. Accessing the child, ensuring that the child is compliant and that he or she will maintain secrecy so as to prevent disclosure are considered specific goals of the perpetrator. He/she can use this process to justify or deny his/her actions as it may intensify the offender’s abusive pattern.¹¹

6 Klimek, *supra* note 5 at 8.

7 Suzanne Ost, *Child Pornography and Sexual Grooming, Legal and Societal Responses* (London, Cambridge University Press, 2009) 32.

8 Julia Davidson & Petter Gottschalk, *Internet Child Abuse: Current Research and Policy* (New York, Abingdon, Routledge, 2011) 80; Klimek, *supra* at 8.

9 Ost, *supra* note 7 at 92; Klimek, *supra* at 8.

10 Stephen Dean, *Sexual Predators: How to Recognize Them on the Internet and on the Street: How to Keep Your Kids Away* (Los Angeles, Silver Lake Publishing, 2007) 65; Klimek, *supra* at 8-9; Miljana Mladenović, Vera Ošmjanski & Staša Stanković Vujičić, ‘Cyber-aggression, Cyberbullying, and Cyber-grooming: A Survey and Research Challenges’ (2020) 54/1 ACM Computing Surveys 11.

11 Samantha Craven, Sarah Brown & Elizabeth Gilchrist, ‘Sexual Grooming of Children: Review of Literature and Theoretical Considerations’, (2006) 12/3 Journal of Sexual Aggression 297.

This definition is considered applicable to online grooming acts as well.¹² According to the ECPAT International and *Religions for Peace* (RfP) report titled “Protecting Children from Online Sexual Exploitation,” online grooming for sexual purposes is establishing an online communication with a child in order to form a relationship to enable online or offline sexual contact.¹³

Based on the above-mentioned definitions, online grooming or cyber grooming can be defined as the process of convincing a child to have sexual activities and involving a child in sexual activities by means of internet and information technologies. Cyber grooming is an online behavior, between the perpetrator and the victim, in which the former aims to gain the latter’s trust and to sexually desensitize him/her to sexual abuse.¹⁴

It may be hard to detect cyber grooming due to the nature and content of communications between the parties. The communication between the groomer and the child can be similar to sexual conversations between two adults, or, it may start innocently and go through different stages until it reaches the target.¹⁵ The groomer’s aim would not be only texting in cyber space for sexual purposes; he/she would also want to physically approach the victim.¹⁶

The process of cyber grooming starts with kind and careful conversations and continues with the stage called sexual desensitization, when the groomer (predator) initiates dialogues including sexual content.¹⁷

Various methods can be used for cyber grooming of children for sexual purposes. The predators aiming to ensnare children can create fake profiles by hiding their real ages and sexes. These profiles consist of false names, ages and dates of birth, names and ages of fake siblings and parents, false addresses, false physical descriptions and a photo of a child.¹⁸ For instance, the cyber groomer may have the profile of a teenager,

12 Helen Whittle, Catherine Hamilton-Giachrisis, Anthony Beech & Guy Collings, ‘A review of online grooming: Characteristics and concerns’ (2013) 18 *Aggression and Violent Behavior* 63.

13 ECPAT International and *Religions for Peace* (RfP), *Protecting Children from Online Sexual Exploitation* (2016), <<https://www.unicef.org/media/73506/file/FBO-Guide-for-Religious-Leaders-Communities-2016.pdf>>, accessed on 14 April 2022.

14 Mladenović, Ošmjanski, Vujičić, *supra* note 10 at 3.

15 *Id.* at 12.

16 *Id.* at 11.

17 Klimek, *supra* note 5 at 9.

18 Adrian Powell, *Paedophiles, Child Abuse and the Internet: A Practical Guide to Identification, Action and Prevention* (Radcliffe Publishing, Oxford, 2007) 117; Klimek, *supra* note 5 at 10; Renée Kool, ‘Prevention

a smart student, a successful athlete or a newly graduated adult at the beginning of his/her professional career.¹⁹ Most of the time, it is initially not possible to notice that the groomer is using a fake profile. Furthermore, cyber groomers use the expressions and jargon of small children and teenagers to facilitate communication. Most cyber groomers are in contact with more than one child at the same time. Even though cyber groomers are mostly male, studies show that female cyber groomers also use the same methods.²⁰

II. International Conventions and the Combat Against Cyber Grooming of Children for Sexual Purposes in Various Legal Systems

A. Council of Europe Convention on Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse (Lanzarote Convention)

The Council of Europe Convention on Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse (Lanzarote Convention) was opened for signature on 25 October 2007 in Lanzarote Island of Spain and entered into force on 1 July 2010. The Convention,²¹ which was also ratified by Türkiye, aims to protect children against sexual violence. The Lanzarote Convention is the only international text that addresses the act of “grooming.”

The Lanzarote Committee was established by State parties in order for them to implement the convention in an effective manner.

Article 23 of the Lanzarote Convention,²² titled “Solicitation of children for sexual purposes,”²³ stipulates that State parties shall criminalize material acts leading to a

by All Means? A Legal Comparison of the Criminalization of Online Grooming and its Enforcement’, (October 2011) 7/3 Utrecht Law Review 49.

19 Klimek, *supra* note 5 at 10.

20 Klimek, *supra* note 5 at 10.

21 The Council of Europe Convention on Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse was signed on behalf of Turkish Government in Lanzarote on 25 October 2007, approved by the parliament through law no. 6084 adopted on 25 November 2010 and ratified by the Committee of Ministers on 18 July 2011 in accordance with the law no. 244 adopted on 31 May 1963 on the proposal of the Ministry of Foreign Affairs. See Official Gazette (OG) no. 28050, 10 September, 2011.

22 See for the text <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/09/20110910-4-1.pdf>>, accessed on 19, January 2022.

23 In the English version of the Lanzarote Convention, the title of Article 23 is “Solicitation of children for sexual purposes” when the French version refers to “*Sollicitation d’enfants à des fins sexuelles*”. Turkish translation of the Convention on the web site of Council of Europe mentions “*Çocuklara Cinsel Amaçlarla Belirli Faaliyetlere Katılmalarının Teklif Edilmesi*” which means “Proposing children to engage in certain

meeting with the child for the purpose of committing sexual abuse of children or child pornography, following an intentional proposal made through information and communication technologies.

Due to difficulties regarding effective implementation of Article 23, the Lanzarote Committee adopted an Opinion on 17 June 2005 on solicitation of children for sexual purposes, especially through information and communication technologies.²⁴ The Opinion emphasizes that cyber grooming of children for sexual purposes must be criminalized as a separate offence.

The Opinion has prompted the Lanzarote Committee to form a working group to examine the connections between sexual abuse and exploitation of children and information and communication technologies, and to examine whether such acts are within the scope of the Convention.

In accordance with the reports of the working group, the Lanzarote Committee adopted an “Interpretative Opinion on the Applicability of the Lanzarote Convention to sexual offences against children facilitated through the use of information and communication technologies” at its 18th Plenary Meeting.²⁵ This opinion requires each party to protect children against all kinds of sexual exploitation and abuse, including that facilitated through the use of information and communication technologies, even if the Lanzarote Convention does not explicitly impose such an obligation.²⁶

Under the “Interpretative Opinion on the applicability of the Lanzarote Convention to sexual offences against children facilitated through the use of information and communication technologies”, solicitation of children for sexual purposes is not a new concept and is a ground for criminal liability of an adult who grooms a child for sexual purposes through information and communication technologies pursuant to Article 23. According to the Interpretative Opinion, the meeting proposal should be followed

activities for sexual purposes”. The text published on OG uses the expression of “Solicitation of Children for Sexual Purposes”.

24 Opinion on Article 23 of the Lanzarote Convention and its explanatory note, Solicitation of children for sexual purposes through information and communication technology (Grooming) (17 June, 2015) <<https://rm.coe.int/168046ebc8>> accessed on 20 January 2022.

25 See <<https://rm.coe.int/t-es-2017-03-en-final-interpretative-opinion/168071cb4f>>, accessed on 20 January 2022.

26 E. Eylem Aksoy Retornaz, Bir Siber Taciz Biçimi: Cinsel İçerikli Görüntüleri Rızaya Aykırı Olarak İfşa Etme, Yayma, Erişilebilir Kılma veya Üretme Suçu (Revenge Porn ve Deep Fake) (On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021) 51.

by material acts in order for the adult to commit the offence of solicitation of children for sexual purposes through information and communication technologies. For example, going to the meeting place may be considered a material act.²⁷

B. European Union Legislation

The Directive on combating the sexual abuse and sexual exploitation of children and child pornography was adopted by the European Union in 2011.²⁸ The directive emphasizes that the grooming of children for sexual purposes is a significant threat due to the anonymity of the cyber space.

One of the most important innovations made by the Directive is defining online solicitation of children for sexual purposes as an offence²⁹. The significant threat caused by the listed conducts to physical and mental integrity and especially to sexual freedom justifies the imposition of the punishment by the European Union in member States. The punishment is increased according to the particulars of the perpetrator, to his/her involvement in the actions, to the way in which the actions were performed and to the means used to commit these acts, to the particulars of the victim and the harmful effects caused by the action.³⁰

According to article 6 of the Directive, an adult's act of proposal through information and communication technologies to meet with a child who has not yet reached the age of sexual consent in order to commit sexual actions or to produce child pornography should be punished with at least one year of imprisonment by the member States if the act of proposal is followed by material acts leading to the meeting.

Article 6 of the Directive requires the States to criminalize not only cyber grooming of children for sexual purposes but also offline sexual solicitation.

Differently from the Lanzarote Convention, Article 6 of the Directive determines the minimum punishment for the offence of grooming of children as imprisonment of at least one year.

27 Opinion on Article 23 of the Lanzarote Convention... *supra* note 24.

28 Directive 2011/92/UE of the European Parliament and the Council of 13 December 2011 on combating the sexual abuse and sexual exploitation of children and child pornography replacing Council Framework Decision 2004/68/JHA, OJ L 335, 17 December 2011, <<http://eur-lex.europa.eu>>, accessed on 19 January 2022.

29 Amandine Scherrer & Wouter Van Ballegooij, 'Combating Sexual Abuse of Children-Study' <https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/598614/EPRS_STU%282017%29598614_EN.pdf> 13> accessed on 23 May 2022.

30 Fabienne Gazin, Catherine Haguenuau – Moizard & Jocelyne Leblois-Happe, *Les fondements du droit pénal européen* (Larcier, Bruxelles, 2016) 91.

At the national level, the legislature has the discretion to decide on the punishment for online grooming. Accordingly, online grooming can be punished as preparatory act, attempt or sexual abuse of a child.³¹

Member States have adopted regulations to implement this obligation in their national laws. However, considering that the measures to implement in national law are highly complicated and diverse, some difficulties have arisen which show that more effort is required to fully apply the Directive. Indeed, only twelve States have made the necessary regulations in their national laws for criminalizing online grooming before the deadline of 18 December 2013.

Article 7 of the Directive requires the member States to prosecute the people who provoke, participate in or are accomplices to the solicitation of children for sexual purposes.

C. National Regulations Criminalizing Cyber Grooming of Children for Sexual Purposes

a. France

Cyber grooming of children for sexual purposes is regulated as an offence in the French Penal Code with the amendment of 2007, which added Article 227-22-1 to the section on sexual offences committed against children.³² According to this article, an adult who makes sexual proposals to a child under the age of fifteen or to a person who introduces himself/herself as being under the age of fifteen by using electronic means of communication will be punished with two years of imprisonment and 30,000 euros of punitive fine.³³ If the proposal is followed by a meeting, the punishment is five years of imprisonment and 75,000 euros of punitive fine.

Pursuant to the French law, children under the age of fifteen are considered incapable of giving consent to sexual activity.³⁴ For this reason, the offence of solicitation of

31 Barbara Herceg Pakšić, 'Grooming Re-Examined The Protection of Children from Sexual Abuse in the Republic of Croatia', *Global Problems in Sexual Offenses* (ed. Rahime Erbaş), (London, Lexington Books, 2022) 105.

32 Frédérique Chopin, *Cybercriminalité* (Daloz, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Janvier 2020), <www.dalloz.fr>, accessed on 20 February 2022.

33 See French Penal Code, article 227-22-1, <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000043405084/#LEGISCTA000043405084>, accessed on 20, February 2022.

34 Célia Scaultz, *La protection du mineur à l'aune des réseaux sociaux*, (Mémoire Université de Grenoble Alpes – Faculté de droit, 2020), <<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-02960116/document>>, accessed on 20

children for sexual purposes in cyber space requires the victim to be under the age of fifteen.

The objective of criminalizing cyber grooming of children for sexual purposes is to protect the children from the dangers of new technologies and to prevent pedophilic conducts.³⁵

The constitutive element of the offence is a sexual proposal made to a child. Accordingly, all proposals of the perpetrator made with sexual intent are within the scope of this offence. This regulation is aimed at punishing preparatory acts.³⁶

The Court of Appeal in Aix-en-Provence ruled that the perpetrator committed the offence regulated in Article 227-22-1 of the French Penal Code by chatting with a ten-year-old girl on an internet forum, asking her to undress and to act in a sexual manner in front of the camera.³⁷

In a judgment of the Court of Appeal in Colmar dated 29 May 2012, a thirty-one-year-old man created a fake Facebook profile as a fifteen-year-old bisexual girl in order to contact minor girls. Before sending an invitation from his fake profile to the victims, he examined the information on the girls' profiles. When he finally contacted the victims, he pretended to be a fifteen-year-old girl, asked the victims to open their web cameras and directed the conversations towards sexual topics. Then he offered to take off his clothes on the condition that the victims do the same. In order to appear as if he was also undressing, he showed a video of a child whom he previously deceived and convinced to undress in front of the camera. Using spyware, he recorded videos of all his victims without their consent. The defendant was convicted of child pornography as well as cyber grooming of children for sexual purposes regulated in Article 227-22-1 of the Penal Code of France.

b. Belgium

In accordance with the Lanzarote Convention and European Directive, grooming children for sexual purposes has been regulated as an offence in the Belgian Criminal

February 2022.

35 Agathe Lepage, 'Les dispositions concernant la communication dans la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance' (2007) 6 Communications-Commerce électronique, Etude n° 13.

36 Anne-Gaëlle Robert, 'Délit de proposition sexuelle faites à un mineur de quinze ans par un moyen de communication électronique (loi n°2007-297 du 5 mars 2007)' (2007) 4 Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 853.

37 Aix-en-Provence, October 26, 2011, no. 586/J/2011, Juris-Data, no. 032854 in Chopin *supra* note 29.

Code since 2014, in Article 377*quater* of the fifth chapter on “Voyeurism, Nonconsensual Diffusion of Sexual Images and Records, Indecent Assault and Rape” under Title Seven, which governs offences committed against family order and public morality.³⁸ In fact, the progress of Belgium is slow in comparison to other European countries, as the Belgian legislature did not take initiative to adapt Belgium’s legislation to the European Directive in due course. It was not until 2014 that the legislature reinforced its legal instruments.

According to Article 377*quater* of the Belgian Criminal Code, an adult who proposes to meet a child with the purpose of committing an offence regulated under the fifth or sixth and seventh chapters of the code by using information and communication technologies will be punished with a sentence of imprisonment from one to five years when the proposal is followed by material acts leading to a meeting. Chapter Five of the Belgian Criminal Code, which governs the offence of solicitation of children for sexual purposes, also includes offences of nonconsensual diffusion of sexual images and records, and offences of sexual assault and sexual abuse of children. Solicitation of children for prostitution is regulated under Chapter Six and obscenity and child pornography are regulated under Chapter Seven.

According to Article 377*quater* of the Belgian Criminal Code, the perpetrator of the offence should be over eighteen years old. The victim is a child under the age of sixteen at the time of the proposal.

The constitutive element of the offence is the proposal of meeting with the child for the commitment of the offences mentioned in the article. The proposal of meeting consists of a plan to bring the perpetrator and the victim together physically.³⁹

As the article requires the perpetrator to propose a physical meeting, solely messaging with sexual purposes in cyber space without a meeting proposal does not meet the criteria of this offence. Likewise, if the child sends his/her own images captured while performing sexual acts or if he/she performs these acts directly in front of a web camera, this does not constitute the offence of cyber solicitation for sexual purposes. Even

38 See Belgian Criminal Code, <https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?language=fr&caller=list&cn=1867060801&la=f&fromtab=loi>, accessed on 10 February, 2022.

39 Olivier Leroux, ‘Protection pénale des mineurs sur internet: harcèlement, ‘grooming’ et cyberprédation’, in Jean-François Henrotte & François Jongen (eds.), *Pas de droit sans technologie* (Bruxelles, Larcier, 2015) 232; Miniandee Melichia, *La législation belge est-elle adaptée à la problématique du ‘grooming’ et de la cyberprédation?* (Université catholique de Louvain, Faculté de droit et de criminology, 2021) 11 <<http://hdl.handle.net/2078.1/thesis:27948>> accessed on 10 February 2022.

though the perpetrator sending sexual images to a child or making the child watch them does not commit the offence under Article 377*quater* of the Belgian Criminal Code, other offences may have been committed through these acts.⁴⁰

In order for the offence to be committed, communication with a child should result in the perpetrator's proposal of a physical meeting. Therefore, if the perpetrator only meets with the victim in cyber space, this will not constitute an offence.⁴¹

Regardless of whether the meeting took place, or whether the date and the place are specifically determined, the meeting proposal must be followed by material acts leading to a physical meeting. This would be the case if the perpetrator or the victim bought a train or cinema ticket for a physical meeting, arrived at the place of meeting or requested leave from work to go to the meeting.⁴²

A meeting proposal should be transmitted through information and communication technologies. The proposal may be made on social media platforms, discussion forums, via e-mail, SMS or MMS.⁴³

The offence depends on the existence of specific intent. A meeting proposal in cyber space should be made with the intent of committing voyeurism, sexual assault, sexual abuse of child, solicitation of child for prostitution, obscenity and child pornography as stipulated in Article 377*quater* of the Belgian Criminal Code. The content of the messages and communications, the nature of meeting preparations and the circumstances surrounding the time and the place of the proposed meeting will be taken into consideration when determining the perpetrator's intent.⁴⁴

Article 377*ter* regulates aggravating circumstances for online grooming. According to Article 377*ter*⁴⁵, if the offences stipulated in Articles 372-389 of the Belgian Criminal

40 Leroux *supra* note 36 at 232; Melichia *supra* note 36 at 11.

41 Leroux *supra* note 36 at 232; Melichia *supra* note 36 at 11.

42 Adrien Masset, 'Protection des mineurs en ligne en droit pénal belge', in Vanessa Franssen & Daniel Flore (eds.), *Société numérique et droit pénal* (Bruylant, Bruxelles, 2019) 69.

43 Id.

44 Masset *supra* note 39 at 70.

45 Article 377*ter* "In the cases provided for by this chapter or by chapters VI and VII of this title, the minimum penalties imposed by the articles concerned are doubled in the case of imprisonment, and increased by two years in the case of custodial sentences when the crime or misdemeanor has been committed against a minor under the age of sixteen and that prior to this crime or this misdemeanor, the perpetrator had solicited this minor in the intention to subsequently commit the acts referred to in this chapter or in chapters VI and VII of this title.

In the cases referred to in article 377, paragraphs 4 to 6, the increase in the minimum penalty required in

Code are committed against children under the age of sixteen, this is considered an aggravating circumstance. If the victim is under the age of sixteen and the perpetrator grooms the victim with the intent of committing offences regulated in fifth, sixth and seventh chapters of the Belgian Criminal Code, the prison sentence will be doubled, and the aggravated imprisonment will be increased by two years.

Article 377ter, which stipulates aggravating circumstances, uses the word “solicitation,” however, there are no specific definitions of this expression in the text. The expression is interpreted as the will or invitation to remove the defense mechanism of the child.⁴⁶ In order for the conditions for aggravating circumstances to be fulfilled, the abusive acts should be committed by the perpetrator after the solicitation of the child for sexual purposes in cyber space.⁴⁷

c. Italy

The offence of solicitation of children for sexual purposes in cyber space is regulated in Article 609-undecies of the Italian Criminal Code for offences against personal liberty (under Book II, Title 12 - Offences committed against persons, under the section for offences against life and personal security-).

According to Article 609-undecies, titled “Solicitation of children,” of the Italian Criminal Code, the person who solicits a child under the age of sixteen to commit the following offences shall be punished with a prison sentence of one to three years if the act does not constitute another offence: reducing or holding a person in a condition of slavery or servitude in Article 600, solicitation of children for prostitution in Article 600-bis, child pornography in Article 600-ter, possession of or access to pornographic material in Article 600-quarter, virtual pornography in Article 600-quater-1, tourist initiatives for the abuse of children through prostitution in Article 600-quincies and using children in panhandling in Article 600-octies. The expression “solicitation” in the article refers to deceitful, luring conduct or threats aimed to gain the child’s trust through internet or other networks or means of communication.

the first paragraph is limited so that, combined with the increase in penalties provided for in article 377bis, it does not exceed the maximum penalty.”

46 Leroux *supra* note 36 at 241; Masset *supra* note 39 at 70; Melichia *supra* note 36 at 17.

47 Leroux *supra* note 36 at 241; Masset *supra* note 39 at 70; Melichia *supra* note 36 at 17; David Ribant, ‘Droit pénal et informatique : la mise à jour est en cours de téléchargement’, in *Omniprésence du droit pénal : nouvelles approches pluridisciplinaires?* (Anthemis, Bruxelles, 2017) 152.

The offence regulated in Article 609-undecies of the Italian Criminal Code is considered within the category of endangerment crimes.⁴⁸ For the offence to be committed, the perpetrator must gain the minor's trust through deceitful, luring conducts or threats. Any one of these acts would be sufficient for the offence to be committed.

Luring conduct refers to acts performed to solicit a person to behave a certain way by gaining his/her sympathy.

D. Preliminary Conclusions

As mentioned above, children are increasingly exposed to offences committed online against their sexual integrity. In terms of the children's health and development, the threat is particularly grave regardless of the meeting taking place.⁴⁹

Lanzarote Committee does not consider texting with sexual content, even if it is part of the preparation for sexual abuse, sufficient cause to attribute criminal responsibility to the perpetrator. This is why, it is required by Article 18 Paragraph 2 for the adult to propose a meeting to the child under the age of sexual consent in order to commit the offences regulated in Article 18 Paragraph 1-a or Article 18 Paragraph 2-a. Furthermore, the intention should be present before any criminal responsibility can be attributed to the perpetrator. The article only stipulates punishment for acts of online grooming. According to the Convention, the offence is completed if only there is a material act such as going to the meeting place to meet the victim. The European Union Directive has similar regulations as the Lanzarote Convention.

However, the legal systems examined above have varying regulations. The fact that the French criminal law criminalizes solicitation of children from the moment of sexual proposal made to a minor of or under the age of fifteen may dispose of the requirement for the proposal to be followed by material acts leading to the meeting regulated in the Directive.⁵⁰ According to the French doctrine, criminalization of solicitation is difficult to apply considering the vagueness of sexual proposals which are rarely

48 Marco Montanari, *'Adescamento di minorenni tramite Facebook: tra tentativo di violenza sessuale mediante induzione con inganno e nuovo art. 609-undecies c.p.'* (2014) *Diritto penale Contemporaneo* 229.

49 Pauline Meyer, 'Sollicitation d'enfants à des fins sexuelles en ligne' (2021) PJA 224.

50 Christian Fries, *Etude des réposes française et luxembourgeoise aux prescriptions de la Directive 2011/92/UE du 13 décembre 2011 relative à lutte contre les abus sexuels et l'exploitation des enfants, ainsi que la pédopornographie*, (Mémoire de recherche, Université de Strasbourg, Faculté de droit des sciences politiques et gestion) <www.unistra.fr>, accessed on 24 May 2022.

explicit against a minor of or under the age of fifteen.⁵¹ When there is an actual meeting between the perpetrator and the child who has not reached the age of sexual consent or who introduces him/herself as such, the punishments are increased. The French doctrine criticizes the choice of inflicting heavier punishments when the solicitation is followed by a meeting. The meeting itself is less important than the strength of commitment and the obstinacy of the adult to enter into contact with a minor who has not reached the age of sexual consent.⁵²

Considering that most grooming acts take place online, it is not always possible for the physical meeting to actually occur⁵³. Most of the time, grooming is limited to online acts. The perpetrators of online sexual acts concentrate more on actions on the Web, i.e., sexual conversations and coercion to take photos or to have indecent video calls.⁵⁴ The Lanzarote committee emphasizes that even though online grooming doesn't result in a physical meeting, it still causes great harm to the child.⁵⁵

In view of the variable and dynamic nature of online offences, when criminalizing online grooming, instead of requiring a physical meeting, it may be preferable to consider an online proposal to meet sufficient cause for the offence to be committed.⁵⁶

A child is a person under the age of 18 according to the Lanzarote Convention as well as the European Union Directive. But the Directive leaves the discretion to decide the age of sexual consent to the member States. Among the countries that have implemented the Lanzarote Convention and the Directive in their national laws and that are chosen as examples in this study, Belgium and Italy have regulated the age of the victims as children under the age of 16, whereas children under 15 are considered victims in France. Hence, there is not a consensus on the age of the victims. In particular, French law requires the prosecution to demonstrate that the perpetrator knew (or thought) that the child was under the age of fifteen during the electronic communications which gave rise to dispute.⁵⁷

51 Emmanuel Dreyer, *Droit pénal spécial* (Ellipses, Paris, 2016) 290.

52 Dreyer, *supra* note 51 at 290.

53 Herceg Pakšić, *supra* note 31 at 106.

54 Id.

55 Opinion on Article 23 of the Lanzarote Convention... *supra* note 24.

56 Herceg Pakšić, *supra* note 31 at 106.

57 Dreyer, *Droit pénal spécial*, *supra* note 51 at 290.

It is not possible to say that a child under the age of 18 who has the ability to consent to sexual relationships is fully protected considering the manipulateness of the perpetrator.⁵⁸ That is why it would be appropriate to define the child victim of online grooming as a person under the age of 18.

While the Lanzarote Convention and the European Union Directive require the perpetrator of online grooming to be an adult, the Italian Criminal Code does not specify the age of the perpetrator.

III. Cyber Grooming Under the Turkish Criminal Code

Cyber grooming is not a separate offence in the Turkish Criminal Code (TCC) or in other specific criminal codes.

The invisibility of cyber grooming in Turkish criminal law does not mean that such an act shall remain unpunished. Cyber grooming may be considered a part of sexual harassment or obscenity offences.

A. Sexual Harassment

The offence of sexual harassment is regulated in Article 105 of the TCC. According to the article “*the person who harasses another for sexual purposes is punished with prison sentence of three months to two years or with judicial fine on the complaint of the victim and with prison sentence of six months to three years if the act is committed against a child*”. In the second paragraph of the article, aggravating circumstances are regulated. The same paragraph refers to situations where the victim is obliged to quit his/her job or leave his/her school or family due to sexual harassment as aggravated offences with injurious results.

The legal interest protected by criminalizing sexual harassment is sexual freedom and inviolability of a person.⁵⁹

58 Herceg Pakšić, *supra* note 31 at 111.

59 Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Aļshahin & Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021) 418; Veli Özer Özbek, Koray Doğan & Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (16. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021) 387; Handan Yokuş Sevik, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019) 183; Fahri Gökçen Taner, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar* (2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017) 412; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem & Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021) 4; Mahmut Koca & İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019) 492.

The constitutive element of the sexual harassment offence is the harassment of a person for sexual purposes. Sexual harassment refers to all verbal or written sexual acts, including acts without physical contact⁶⁰ or disturbing acts,⁶¹ directed towards people's sexuality. The disturbing character of the act is determined according to the circumstances of the case, in light of subjective and objective criteria, by taking into account the relationship between the perpetrator and the victim, social and psychological state of the victim and place and time of the acts.⁶² This offence is a result crime, where the required result for the offence may be prompted by any act.⁶³

Sexual harassment is an offence committed with specific intent,⁶⁴ the perpetrator must have behaved in a sexual manner.

The acts that are committed against children without violating their physical integrity constitute the offence of sexual harassment. If the perpetrator is the guardian, tutor, instructor, caregiver, custodial parents or people providing the victim with healthcare or having the obligation to protect, look after or supervise the victim, the offence is considered to be aggravated by the virtue of second paragraph of Article 105 of the TCC. Accordingly, sexual acts committed against children in cyber space may constitute the crime of sexual harassment.⁶⁵ Sexual harassment is an offence that can be committed in cyber space as well. Indeed, the Court of Cassation of Türkiye considered the acts of sending messages with sexual content to children on the internet and of exposing one's own genitals to them during an MSN video chat to be sexual harassment.⁶⁶

60 Yokuş Sevik *supra* note 45 at 183; Taner *supra* note 45 at 412; Özbek, Doğan & Bacaksiz *supra* note 45 at 390; Koca & Üzülmüş *supra* note 45 at 379. *See* for the critics about physical contact criterion, Tezcan, Erdem & Önok *supra* note 45 at 497.

61 Tezcan, Erdem & Önok *supra* note 45 at 493; Koca & Üzülmüş *supra* note 45 at 379; Özbek, Doğan & Bacaksiz *supra* note 45 at 390.

62 Eylem Baş, 'Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu', (2016) 65/4 AÜHFHD 1165; Tezcan, Erdem & Önok *supra* note 45 at 495.

63 Yokuş Sevik *supra* note 45 at 185; Tezcan, Erdem & Önok *supra* note 45 at 494; Özbek, Doğan & Bacaksiz *supra* note 45 at 391.

64 Tezcan, Erdem & Önok *supra* note 45 at 495; Yokuş Sevik *supra* note 45 at 185; Taner *supra* note 45 at 425; *Contra* Özbek, Doğan & Bacaksiz *supra* note 45 at 394.

65 Gülbike Nilay Elverdi Tuna, *Ceza Hukuku Boyutuyla Çocukların Çevrimiçi Cinsel İstismarı* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2021); Fatih Selami Mahmutoğlu, 'Bilişim Sistemleri Yoluyla Çocuklara Yönelik Cinsel İstismar Fiillerinin Ceza Mevzuatımız Açısından Değerlendirilmesi ve Bu Bağlamda Çocukların Korunmasına Yönelik Görüş ve Öneriler' (2013) XI/121 Legal Hukuk Dergisi 4.

66 Turkish Court of Cassation 14th Criminal Division, 17 November 2020, File no. 2016/4987, Decision no. 2020/5046 <www.legalbank.net> accessed on 10 February 2022.

According to Article 105 Paragraph 2 of the TCC, committing this offence by taking advantage of mail or electronic communication devices constitute aggravating circumstances. Nevertheless, I argue that such aggravating circumstances cannot be applicable to cyber grooming.⁶⁷ For sexual harassment to be committed by taking advantage of electronic communication devices, the victim should not have the opportunity to resist the advances, or in other words, the victim should have no choice in receiving messages with sexual content.⁶⁸ It must be noted that, as mentioned before, cyber grooming mostly starts with innocent conversations in order to gain the trust of the child and continues with sexual conversations to solicit the child for sexual purposes. In this case, the child would think that the sexual conversations are friendly behaviors happening in the natural occurrence of their contact.⁶⁹ For this reason, I agree with the view that it is not a question of sexually disturbing the child but abusing him/her by taking advantage of his/her innocence.⁷⁰ One of the fundamental differences between cyber grooming of children for sexual purposes and sexual harassment is that cyber grooming does not require that the perpetrator's act reaches the level of being "disturbing".

The age of the child is also important when evaluating whether the sexual conversation with the child in cyber space may be considered as sexual harassment.⁷¹

Under Turkish law, the consent of victims of or under the age of fifteen who are not considered to be capable of understanding the meaning and legal consequences of a sexual act are not taken into consideration. Taking into account that they would not have reached physical or mental maturity, the legislator did not give any legal effect to their consent, assuming that they would not have the capacity to give their approval when their sexual freedom is at stake.

For victims of more than fifteen years of age who understand the meaning and the legal consequences of the act, Article 105 of the Turkish Criminal Code applies only if the victim has not given his/her consent.⁷²

67 See also Neslihan Can, 'Çocuğun Sanal Cinsel İstismarı' (2022) 50 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 130.

68 Tezcan, Erdem & Önok *supra* note 45 at 500; Baş *supra* note 48 at 1195.

69 Can *supra* note 53 at 130.

70 Id. at 131.

71 Mahmutoğlu *supra* note 51 at 4.

72 Id.

The only observation to be made at this stage is about whether the child has reached sexual maturity or not. It is true that the law refers to an act's legal consequences. Nevertheless, we must admit that the child is hardly able to understand the legal significance of any such act. For this reason, it is preferable to refer to sexual maturity, which also includes a psychological and cognitive aspect.⁷³

In one case, the Istanbul Regional Court of Appeal rendered a decision on what can be considered cyber grooming, as it was related to sexual abuse of a victim over the age of fifteen. The defendant obtained the phone number of the victim from a third party, introduced himself as a service driver aged 29, and sent the first text message to the victim. For the next two years, he initiated sexual conversations with the victim and once made the victim send him a fully naked photo of herself. One time when the victim was truant on a school day, he invited her to his house and she accepted the invitation. The Court of First Instance convicted the defendant of sexual harassment for sending texts with sexual content to the victim. The Istanbul Regional Court of Appeal did not agree with the decision of the Court of First Instance and acquitted the defendant for the absence of conditions for sexual harassment, as the victim was over the age of fifteen, had mental competence, voluntarily went to the defendant's house and the event took place with the free will of both parties.⁷⁴

B. Obscenity

Obscenity is regulated in Article 226 of the TCC under the offences committed against public morality.

The second paragraph of the article refers to "diffusing obscene images, written or oral materials via press or facilitating their diffusion". Article 6 of the TCC titled "Definitions" explains the term "press" as "diffusion of content through any and all written, visual, audial and electronic mass media outlets" (TCC Article 6 Paragraph 1-g).

Due to the definition of "press" in the TCC, obscene content may constitute the offence regulated in Article 226 Paragraph 2 of the TCC only if it is diffused via "mass media outlets". Article 226 Paragraph 2 of the TCC does not apply to private communications.⁷⁵

73 E. Eylem Aksoy Retornaz, 'Les infractions sexuelles sur mineurs en froit ture' (2019) 21 D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, 3189.

74 Istanbul Regional Court of Appeal 20th Criminal Division, 7 May 2018, File no. 2018/813 Decision no. 2018/774 <www.legalbank.net> accessed on 10 February 2022.

75 Veli Özer Özbek, *Müstehcenlik Suçu (TCK m.226)* (Seçkin Yayinevi, Ankara, 2009) 267.

It should also be mentioned that the main difference between the offence of obscenity and grooming children for sexual purposes pertains to the subject of the offence. The subject of obscenity is any obscene material that contains images, written or oral materials.⁷⁶ In contrast, the subject and the victim of cyber grooming, as of the offence of the sexual abuse of minors, is the child.⁷⁷

The subject of obscenity consists of any obscene material that contains images, written or oral elements.⁷⁸ It is argued in the doctrine that nude images of a man or a woman, images of their genitals or images of sexual intercourse cannot be considered obscene per se⁷⁹ unless these are also unaesthetic, disgusting and repugnant.⁸⁰

Nevertheless, the Court of Cassation considers the exposure of physical privacy of a child to be obscenity. For example, if the perpetrator contacts the child victim on the internet as an act of cyber grooming, convinces him/her to do sexual acts, makes him/her get undressed and records these images, the offence regulated in Article 226 Paragraph 3 of the TCC will be committed.⁸¹

Conclusion

Because the existence of sexual behavior depends on the criterion of physical contact under Turkish criminal law, if there was physical contact with the child the offence in question would be sexual abuse. In the doctrine, this physical contact criterion is criticized and there are recommendations to consider all kinds of sexual behavior against children as sexual abuse of children, even in the absence of physical contact.⁸² From this point of view, cyber grooming can be considered sexual abuse.⁸³ Similarly, there are studies in comparative law about the sexual offences committed against

76 Ali Kemal Yıldız, 'Müstehcenlik' in *Özel Ceza Hukuku C. VII* (On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020) 235-270.

77 See Taner *supra* note 45 at 290, for mentioning the child as the subject and as the victim of the offence of sexual abuse of children.

78 Yıldız *supra* note 62 at 244.

79 Nevzat Gürelli, 'Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı' (1966) XXXII/2-4 İÜHF 585; Yıldız *supra* note 62 at 245.

80 Artuk, Gökçen & Yenidünya *supra* note 45 at 6603; Yıldız *supra* note 62 at 245.

81 Turkish Court of Cassation, 18th Criminal Division, 28 February 2018, File no. 2018/1154, Decision no. 2018/2740 <www.kanunum.com> accessed on 10 February 2022.

82 Pınar Memiş Kartal, *Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı* (Der Yayınları, İstanbul 2014) 16, 138; İzzet Özgenç, 'Cinsel Suçlar, Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar' (2020) 1 Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 263.

83 Can *supra* note 53 at 130.

children in cyber space, which argue that grooming children for sexual purposes constitutes sexual abuse.⁸⁴

In my opinion, it would be disproportional to consider sexual behavior violating the physical integrity of a child and grooming children for sexual purposes as the same offence.

It seems impossible to consider the sexual abuse of minors as having taken place in cases of online solicitation of children for sexual purposes. Indeed, the child does not find himself/herself involved in or drawn into a physical act and the perpetrator does not commit any such act during cyber grooming, at least not yet. Although it can be considered that the adult already derives a certain satisfaction from building a child's trust online, the question cannot be immediately answered as to whether, in any case, the online solicitation of children for sexual purposes can be considered an act that appears neither frankly neutral nor explicitly sexual⁸⁵. This exchange does not consist of a physical activity and therefore cannot achieve the objective constituent element that is typical behavior, which allows us to leave the previous question open. The sexual abuse of minors could therefore not be carried out by grooming behavior, in the strict sense as well as in the broad sense.

The Turkish Court of Cassation considers sexual behavior committed against children, without physical contact and by taking advantage of accessibility and anonymity of cyber space, to be sexual harassment.⁸⁶ However, as mentioned above, it cannot be said that the acts of cyber grooming of children for sexual purposes fall under the offence of sexual harassment. In the case of an act of cyber grooming that continues over a long period of time, the predator would gain the child's trust, share sexual images and have sexual conversations, thereby taking the child into the "back yard"⁸⁷ of committing the offence of sexual abuse.

In comparative law, in order to prevent acts of grooming, to dissuade the perpetrators

84 Juliane A. Kloess, Anthony R. Beech & Leigh Harkins, 'Online Child Sexual Exploitation: Prevalence, Process, and Offender Characteristics' (2014) 15 *Trauma Violence Abuse* 127; International Centre for Missing & Exploited Children, *Online Grooming of Children for Sexual Purposes: Model Legislation & Global Review*, <https://www.icmec.org/wp-content/uploads/2017/09/Online-Grooming-of-Children_FINAL_9-18-17.pdf> accessed on 25 April 2022.

85 Meyer, 224.

86 *Contra*, Tezcan, Erdem & Önok *supra* note 45 at 497-498; Baş *supra* note 48 at 1169; Can *supra* note 53 at 130.

87 Masset *supra* note 39 at 68.

and to protect the victims, grooming children for sexual offences is regulated as a separate offence in accordance with the Lanzarote Convention. In my opinion, in order to protect the mental and physical integrity and the sexual inviolability of children and to protect them from cyber violence, cyber grooming of children for sexual purposes should be regulated as a separate offence in Turkish law as well.⁸⁸

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

References

- Aksoy Retornaz, E. Eylem, 'Les infractions sexuelles sur mineurs en droit turc' (2019) 21 D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, 3189.
- Aksoy Retornaz, E. Eylem, *Bir Siber Taciz Biçimi: Cinsel İçerikli Görüntüleri Rızaya Aykırı Olarak İfşa Etme, Yayma, Erişilebilir Kılma veya Üretme Suçu (Revenge Porn ve Deep Fake)* (On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021).
- Artuk, Mehmet Emin, Gökçen, Ahmet, Alşahin, Mehmet Emin & Çakır, Kerim, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021).
- Baş, Eylem, 'Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu', (2016) 65/4 AÜHFD 1165.
- Can, Neslihan, 'Çocuğun Sanal Cinsel İstismarı' (2022) 50 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 130.
- Chopin, Frédérique, *Cybercriminalité* (Daloz, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Janvier 2020), <www.daloz.fr>, accessed on 20 February 2022.
- Comité de la Convention sur la cybercriminalité (T-CY), (2018) Étude cartographique sur la cyberviolence, Groupe de travail sur la cyberintimidation et les autres formes de violence en ligne, en particulier contre les femmes et les enfants <https://rm.coe.int/t-cy-2017-10-cbg-study-fr-v2/1680993e65> accessed on 19 January 2022.
- Craven, Samantha, Brown, Sarah & Gilchrist, Elizabeth, 'Sexual Grooming of Children: Review of Literature and Theoretical Considerations', (2006) 12/3 Journal of Sexual Aggression 297.
- Çalışkan, Mustafa, 'Toplum ve Suç Araştırmalarında Sınırları Aşan Bir Suç: 'Çevrimiçi Çocuk İstismarı' ve Bu Suça Karşı Alınabilecek Önlemler' (2019) 61 Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 122-131.
- Davidson, Julia & Gottschalk, Petter, *Internet Child Abuse: Current Research and Policy* (New York, Abingdon, Routledge, 2011).
- Dean, Stephen, *Sexual Predators: How to Recognize Them on the Internet and on the Street: How to Keep Your Kids Away* (Los Angeles, Silver Lake Publishing, 2007).
- Directive 2011/92/UE of the European Parliament and the Council of 13 December 2011 on combating the sexual abuse and sexual exploitation of children and child pornography replacing Council Framework Decision 2004/68/JHA, OJ L 335, 17 December 2011, <http://eur-lex.europa.eu>, accessed on 19 January 2022.
- Dülger, Murat Volkan, 'İnternet Aracılığıyla İşlenen Cinsel Suçlar' (2021) <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3792316>, accessed on 25 April 2022; Can *supra* note 53 at 134.
- Dreyer, Emmanuel, *Droit pénal spécial* (Ellipses, Paris, 2016).

88 Murat Volkan Dülger, 'İnternet Aracılığıyla İşlenen Cinsel Suçlar' (2021) <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3792316>, accessed on 25 April 2022; Can *supra* note 53 at 134.

- ECPAT International and Religions for Peace (RfP), Protecting Children from Online Sexual Exploitation (2016), <<https://www.unicef.org/media/73506/file/FBO-Guide-for-Religious-Leaders-Communities-2016.pdf.pdf>>, accessed on 14 April 2022.
- Elverdi Tuna, Gülbike Nilay, *Ceza Hukuku Boyutuyla Çocukların Çevrimiçi Cinsel İstismarı* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2021).
- Fries, Christian, *Etude des réposes française et luxembourgeoise aux prescriptions de la Directive 2011/92/UE du 13 décembre 2011 relative à lutte contre les abus sexuels et l'exploitation des enfants, ainsi que la pédopornographie*, (Mémoire de recherche, Université de Strasbourg, Faculté de droit des sciences politiques et gestion), <www.unistra.fr>, accessed on 24 May 2022.
- Gazin, Fabienne, Haguenu – Moizard, Catherine & Leblois-Happe, Jocelyne, *Les fondements du droit pénal européen*, (Larcier, Bruxelles, 2016).
- Gürelli, Nevzat, 'Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı' (1966) XXXII/2-4 İÜHF 585.
- International Centre for Missing & Exploited Children, Online Grooming of Children for Sexual Purposes: Model Legislation & Global Review, <https://www.icmec.org/wp-content/uploads/2017/09/Online-Grooming-of-Children_FINAL_9-18-17.pdf> accessed on 25 April 2022.
- Kierkegaard, Sylvia. 'Online Child Protection Cybering, Online Grooming and Ageplay' (2008) 24 Computer Law & Security Report 42.
- Klimek, Libor, 'European Responses Criminalising Online Solicitation of Children For Sexual Purposes' (December 2020) 16 Balkan Social Science Review 8.
- Kloess, Juliane A., Beech, Anthony R. & Harkins, Leigh, 'Online Child Sexual Exploitation: Prevalence, Process, and Offender Characteristics' (2014) 15 Trauma Violence Abuse 127.
- Koca, Mahmut & Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019).
- Kool, Renée, 'Prevention by All Means? A Legal Comparison of the Criminalization of Online Grooming and its Enforcement', (October 2011) 7/3 Utrecht Law Review 49.
- Lepage, Agathe, 'Les dispositions concernant la communication dans la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance' (2007) 6 Communications-Commerce électronique, Etude n° 13.
- Leroux, Olivier, 'Protection pénale des mineurs sur internet: harcèlement, 'grooming' et cyberprédation', in Jean-François Henrotte & François Jongen (eds.), *Pas de droit sans technologie* (Bruxelles, Larcier, 2015) 232.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami, 'Bilişim Sistemleri Yoluyla Çocuklara Yönelik Cinsel İstismar Fiillerinin Ceza Mevzuatımız Açısından Değerlendirilmesi ve Bu Bağlamda Çocukların Korunmasına Yönelik Görüş ve Öneriler' (2013) XI/121 Legal Hukuk Dergisi 4.
- Masset, Adrien, 'Protection des mineurs en ligne en droit pénal belge', in Vanessa Franssen & Daniel Flore (eds.), *Société numérique et droit pénal* (Bruylant, Bruxelles, 2019) 69.
- Melichia, Miniandee, *La législation belge est-elle adaptée à la problématique du 'grooming' et de la cyberprédation?* (Université catholique de Louvain, Faculté de droit et de criminology, 2021) 11 <<http://hdl.handle.net/2078.1/thesis:27948>> accessed on 10 February 2022.
- Memiş Kartal, Pınar, *Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı* (Der Yayınları, İstanbul 2014).
- Meyer, Pauline, 'Solicitation d'enfants à des fins sexuelles en ligne' (2021) PJA 224
- Montanari, Marco, 'Adescamento di minorenni tramite Facebook: tra tentativo di violenza sessuale mediante induzione con inganno e nuovo art. 609-undecies c.p.' (2014) Diritto penale Contemporaneo 229.
- Opinion on Article 23 of the Lanzarote Convention and its explanatory note, Solicitation of children for sexual purposes through information and communication technology (Grooming) (June 17, 2015) <<https://rm.coe.int/168046e8>> accessed on 20 January 2022.
- Ošmjanski, Vera & Vujičić, Staša Stanković, 'Cyber-aggression, Cyberbullying, and Cyber-grooming: A Survey and Research Challenges' (2020) 54/1 ACM Computing Surveys 11.

- Ost, Suzanne, *Child Pornography and Sexual Grooming, Legal and Societal Responses* (London, Cambridge University Press, 2009).
- Özbek, Veli Özer, Doğan, Koray & Bacaksız, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (16. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021).
- Özbek, Veli Özer, *Müstehcenlik Suçu (TCK m.226)* (Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009).
- Özgenç, İzzet, 'Cinsel Suçlar, Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar' (2020) 1 Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 263.
- Pakšić Herceg, Barbara 'Grooming Re-Examined The Protection of Children from Sexual Abuse in the Republic of Croatia', *Global Problems in Sexual Offenses* (ed. Rahime Erbaş), (London, Lexington Books, 2022), 101.
- Powell, Adrian, *Paedophiles, Child Abuse and the Internet: A Practical Guide to Identification, Action and Prevention* (Radcliffe Publishing, Oxford, 2007).
- Ribant, David, 'Droit pénal et informatique : la mise à jour est en cours de téléchargement', in *Omniprésence du droit pénal : nouvelles approches pluridisciplinaires?* (Anthemis, Bruxelles, 2017) 152.
- Robert, Anne-Gaëlle, 'Délit de proposition sexuelle faites à un mineur de quinze ans par un moyen de communication électronique (loi n°2007-297 du 5 mars 2007)' (2007) 4 Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 853.
- Scaultz, Célia, *La protection du mineur à l'aune des réseaux sociaux*, (Mémoire Université de Grenoble Alpes – Faculté de droit, 2020), <<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-02960116/document>>, accessed on 20 February 2022.
- Scherrer, Amandine & Van Ballegooij, Wouter, 'Combating Sexual Abuse of Children-Study' <https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/598614/EPRS_STU%282017%29598614_EN.pdf> 13> accessed on 23 May 2022.
- Taner, Fahri Gökçen, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar* (2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017).
- Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa Ruhan & Önok, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021).
- Turkish Statistical Institute (Türk İstatistikleri Enstitüsü), Çocuklarda Bilişim Teknolojileri Kullanım Araştırması (2021) <<https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Cocuklarda-Bilisim-Teknolojileri-Kullanim-Arastirmasi-2021-41132>> accessed on 14 April 2022.
- Whittle, Helen, Hamilton-Giachritsis, Catherine, Beech, Anthony & Collings, Guy, 'A review of online grooming: Characteristics and concerns' (2013) 18 Aggression and Violent Behavior 63.
- Yıldız, Ali Kemal, 'Müstehcenlik' in *Özel Ceza Hukuku C. VII* (On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020) 235-270.
- Yokuş Sevük, Handan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019).



Hayasızca Hareketler Suçu (TCK m. 225)

Indecent Acts (TPC Art. No. 225)

Hazal ALGAN CANSEVEN¹

¹Doktora Öğrencisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku, İstanbul, Türkiye

ORCID: H.A.C. 0000-0002-6489-3114

ÖZ

Hayasızca hareketler suçu 5237 sayılı TCK'nın 225. maddesinde düzenlenmiş ve bu maddede kasten alenen cinsel ilişkide bulunma ve teşhircilik yapma fiilleri ceza yaptırımını ile karşılanmıştır. Söz konusu suç tipi, geniş bir uygulama alanına sahip olmasının yanı sıra suç teorisi açısından pek çok tartışmayı da bünyesinde barındırmaktadır. Nitekim söz konusu suç tipinin koruduğu hukuki değer ne olduğu, kanuni tipte yer alan cinsel ilişki ve teşhircilik kavramlarının nasıl anlaşıldırılacağı, suçun manevi unsuru açısından failin amaç ya da saikinin suçun oluşumuna etkisinin olup olmadığı, suç tipinin iştirak hükümlerinin uygulanması açısından gösterdiği özelliklerin neler olduğu gibi pek çok husus suç teorisi çerçevesinde bütünsel bir incelemeyi gerektirmektedir. Bu kapsamda hem Alman öğretisi hem Türk öğretisi hem de güncel yargı kararları çerçevesinde suç tipinin incelenmesinin faydalı olacağı düşünülmüştür. Çalışma kapsamında hayasızca hareketler suçunun, yeni TCK'nın benimsediği suç teorisinin inceleme metodu çerçevesinde, analitik olarak tetkik edilmesi konu edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Hayasızca hareket, teşhircilik, cinsel ilişki

ABSTRACT

The crime of indecent acts is regulated in Article 225 of the Turkish Penal Code (TPC) No. 5237, with acts involving intentionally engaging in sexual intercourse and exhibitionism being covered by criminal sanctions in this same article. Besides having a wide application area, this type of crime also involves many discussions in terms of crime theory, such as the legal value protected by this type of crime, how to make sense of the concepts of sexual intercourse and exhibitionism in the legal text, whether the purpose or motive of the perpetrator has an effect on the formation of the crime in terms of its moral element, and what the characteristics this type of crime has in terms of the application of the provisions of participation. Many issues require a holistic analysis within the framework of crime theory. In this context, examine the types of crime is thought to be useful within the framework of both German and Turkish teachings and current judicial decisions. Within the scope of the study, the crime of indecent acts is the subject of analytical examination within the framework of the examination method of the crime theory adopted by the new TPC.

Keywords: Immorality, exhibitionism, sexual intercourse

Submitted: 25.03.2022 • **Revision Requested:** 03.06.2022 • **Last Revision Received:** 04.06.2022 • **Accepted:** 06.06.2022 •

Published Online: 16.06.2022

Corresponding author: Hazal Algan Canseven, E-mail: hazal_algan89@hotmail.com

Citation: Algan Canseven, H, 'Hayasızca Hareketler Suçu (TCK m. 225)' (2022) 10(1) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 235. <https://doi.org/10.26650/JPLC2022-1093298>



EXTENDED ABSTRACT

Article 419 of TCPC No. 765 defines the punishment for those guilty of the crime of indecent acts as follows: *“The punishment for those who act indecently in public shall be imprisonment from fifteen days to two months and for those who have sexual intercourse in this way shall be imprisonment from six months to one year.”* With the regulation in Article 225 of TCPC No. 5237, the type of crime and punishment was changed as follows: *“A person who engages in sexual intercourse in public or who exposes themselves in public shall be sentenced to a penalty of imprisonment for a term of six months to one year.”* With this amendment, the crime was limited to acts of publicly engaging in sexual intercourse and public exhibitionism, and the difference between these said acts regarding punishment was abolished.

Although the crime of indecent acts does not constitute a physical attack against its victims, their moral values are damaged, and such acts cause psychological shocks that under certain conditions will put people at a disadvantage, even physically. For this reason, in my opinion, the legal value protected by this crime is believed to be the rights to develop one’s spiritual existence and to live in a healthy environment.

Anyone can be a perpetrator of this crime. The crime also has no specific victim, with the victim of the crime being everyone who makes up the society. For this crime to occur, the law does not seek a further result. In terms of the formation of the crime, the law has stated how the actions are performed.

Regarding legal types, the elective acts of this crime are sexual intercourse and exhibitionism. In my opinion, sexual intercourse may be defined as any kind of sexual act that results in ejaculation and involves interpersonal contact, regardless of the genders of the parties. Within the framework of this definition of sexual intercourse, a reciprocity is sought with both parties having to consent in order to talk about a sexual relationship. The acts constituting exhibitionism are also not listed per item in the law, and the acts that violate the legal value protected by crime should be evaluated and determined for each concrete case. For the crime to occur, the acts must be done publicly, with publicly being understood to mean that the act can be visible to one or more persons who are not involved at the time the act is performed.

The subjective element of crime is intent. Committing this crime is possible with probable intent. In terms of the crime of indecent acts, a separate purpose or motive is not foreseen in the legal definition of the crime. Although the doctrine states that

the crime of indecent acts does not occur when a person performs the acts with no sexual motive, making such an assessment is impossible due to the perpetrator's motivation being a separate subjective element; in other words, their purpose apart from intent is not included in the crime type. Performing the act deliberately is sufficient to show the perpetrator's guilt, while performing this act for a purpose is not necessary to show guilt.

The use of freedom of expression and dissemination of thought or the execution of these types of acts that constitute the crime of indecent acts within the limits of the use of the right in the context of the freedom of science and art do not constitute a violation of the law.

Exhibitionism is defined in the science of psychiatry as a state of sexual disorder that should be considered within the scope of mental illnesses, and a conclusion should be reached according to its effect on the ability to be at fault by evaluating it within the scope of Article 32 of the TCPC.

In terms of the act of having legal public sexual intercourse, the crime of indecent acts is a crime with multiple perpetrators. The act of exhibitionism, which is legally envisaged as another optional act of this crime, should be noted as only being able to be committed through the perpetrator's own bodily behavior, and so the crime is one that can be committed in person.

In terms of the aggregation of crimes, although the doctrine should be noted to state that the crime of indecent acts also occurs when the act of sexual abuse or sexual assault is committed publicly, it also states that information gathering should be applied. In this case, only that which qualifies as sexual abuse or as sexual assault will be mentioned.

Giriş

TCK'nın 225. maddesinde düzenlenen hayasızca hareketler suçu alenen cinsel ilişkide bulunulması ve teşhircilik yapılması fiillerini suç olarak tanımlamakta olup nitekim anılan düzenlemeye göre “*Alenen cinsel ilişkide bulunan veya teşhircilik yapan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*”. Söz konusu düzenleme açısından göze çarpan ilk husus “cinsel ilişkide bulunma” ve “teşhircilik” şeklinde iki seçimlik harekete yer verilmiş olması ancak bunların ne bu maddede ne de kanunun diğer maddelerinde herhangi bir şekilde tanımlanmış olmamasıdır. Dolayısıyla söz konusu kavramların anlamları belirlenmedikçe bu suç tipinin doğru bir şekilde yorumlanmasından ve uygulanmasından bahsetmek de mümkün olamayacaktır. Diğer yandan bu yöndeki tespit suçun manevî unsurlarından özel görünüş biçimlerine kadar pek çok diğer kuruma ilişkin de derin anlayış değişikliklerine sebebiyet verebilecek niteliktedir. Gerek bu kavramların anlamları gerekse de suç tipiyle ilgili diğer meselelerin isabetli bir şekilde analizi açısından ise evvela suçla korunan hukuksal değerın doğru bir şekilde tespiti gerekmektedir. Bu yönüyle söz konusu suç tipine ilişkin bir çalışmanın bütünsel bir nitelik arz etmesi gereği kaçınılmazdır. Böyle bir değerlendirme açısından isabetli sonuçlara varabilmek noktasında ise gerek önceki kanundaki düzenleme ve buna dair doktrin ve uygulama yorumunun gözden geçirilmesinin gerek yeni kanun döneminde doktrinde ileri sürülen görüşlerin ele alınmasının ve gerekse de Alman doktrinindeki görüşlerin incelenmesinin oldukça faydalı olacağı düşünülmüştür. Bu çerçevede hayasızca hareketler suçunun suç teorisi kapsamında incelenmesinin esas alındığı bu çalışmada bahsi geçen suç tipi belirttiğimiz düşünce çerçevesinde; kanuni düzenleme ve suçla korunan hukuksal değer, suçun unsurları, kusurluluk, suçun özel görünüş biçimleri ile kovuşturma ve yaptırım şeklinde sıralanan beş ayrı başlık altında incelenmiştir.

1. Kanuni Düzenleme ve Suçla Korunan Hukuksal Değer

Hayasızca hareketler suçu TCK'nın “*Özel Hükümler*” kitabının, “*Topluma Karşı Suçlar*” başlıklı üçüncü kısmının, yedinci bölümü olan “*Genel Ahlakla Karşı Suçlar*” bölümünde yer alan 225. maddede “*Alenen cinsel ilişkide bulunan veya teşhircilik yapan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*” şeklinde düzenlenmiştir¹. Buna göre

1 Alman Ceza Kanunu'nda (Alm CK) (StGB) ise teşhircilik (§ 183 *Exhibitionistische Handlungen*) ve kamuyu rahatsız edici nitelikte cinsel davranışlar (§ 183a *Erregung öffentlichen Ärgernisses*) olmak üzere iki ayrı suç tipine yer verilmiştir. Bu suçlar cinsel eylemlerin zorla dayatılması kapsamında değerlendirilmektedir. Bkz Heinz Karl Gössel, *Das Neue Sexualstrafrecht* (De Gruyter Recht, 2005) § 7 kn. 2. Hayasızca hareketler

söz konusu suç tipiyle kanun koyucu *alenen cinsel ilişkide bulunulması ve teşhircilik yapılması* şeklindeki fiilleri aynı ceza yaptırımını ile karşılamaktadır².

Öğretide kabul edilen yaygın görüşe göre hayasızca hareketler suçunun koruduğu hukuksal değer toplumun edep, iffet, haya, ahlak temizliği, cinsel nitelikteki utanma ve ar duygularıdır³. Bu manada kanunun amacı bizatihi cinsel ilişki ya da teşhircilik fiillerini cezalandırmak değil, bu fiillerin alenen işlenmesi suretiyle toplumun edep

suçuna başkaca ülke ceza kanunlarında da rastlanmaktadır. Örneğin Avusturya Ceza Kanunu'nun "*Cinsel Taciz ve Kamusal Cinsel Eylemler*" başlıklı § 218 II uyarınca "*Cinsel bir eylemi alenen ve davranışının doğrudan algı yoluyla haklı bir rahatsızlık yaratma ihtimali bulunan koşullarda yapan kişi de cezalandırılır*" hükmüne yer verilmiştir. <https://www.jusline.at/gesetz/stgb/paragraf/218>, erişim tarihi 18 Nisan 2022. Yine İsviçre Ceza Kanunu'nda teşhircilik suçuna yer verilmiş olup § 194 uyarınca teşhircilik fiillerinde bulunan kimsenin şikâyet üzerine adli para cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/de, erişim tarihi 18 Nisan 2022.

- 2 Bu suç tipi 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 419. maddesinde "*Alenen hayasızca vaz'u harekette bulunanlar on beş günden iki aya ve o suretle cinsi münasebette bulunanlar altı aydan bir seneye kadar hapis ve bu fıkra yazılı hallerde ayrıca 100 liradan 500 liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılırlar*" şeklinde düzenlenmişti. Görüleceği üzere 765 sayılı Kanun'da hayasızca hareketler suçunu oluşturan alenen cinsel münasebet ve alenen hayasızca vaz'u harekette (*edep ve iffete aykırı hareket*) bulunma fiilleri arasında bir ceza ayırımına gidilmiş ve alenen cinsel münasebette bulunma fiili için daha ağır bir ceza öngörülmüş iken, 5237 sayılı TCK'da alenen teşhircilik yapmak ve alenen cinsel ilişkide bulunmak şeklindeki her iki fiil açısından da aynı ceza yaptırımını öngörülmüştür. Yine görüleceği üzere 765 sayılı TCK m 419 uyarınca düzenlenen suçlardan biri alenen hayasızca vaz'u hareketlerde bulunmak iken 5237 sayılı TCK'da söz konusu fiil "*alenen teşhircilik yapmak*" şeklinde sınırlanmış ve alenen cinsel ilişkide bulunma ve alenen teşhircilik yapma fiilleri hayasızca hareketler suçunun seçimsel hareketleri olarak düzenlenmiştir. Bkz Zeynel Kangal, *Özel Ceza Hukuku C.VII, Genel Ahlaka Karşı Suçlar ve Aile Düzenine Karşı Suçlar* (1. Bası, Oniki Levha Yayıncılık 2020) 9; Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, *5237 Sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Sulh Ceza Davaları* (1. Bası, Adalet 2010) 672.
- 3 Sulhi Dönmezer, *Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler* (5. Bası, Filiz 1983) 149; Ayhan Önder, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (4. Bası, Filiz 1994) 514; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (19. Bası, Adalet 2021) 956; Erdal Baytemir, *Açıklamalı İçtihatlı Cinsel Dokunulmazlığına, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar* (2. Bası, Adalet 2009) 638; Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Arıuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi 5. Cilt* (1. Bası, Adalet 2021) 7506; Zekiye Özen İnci, 'Yargıtay Kararları Işığında Hayasızca Hareketler Suçu (TCK m.225)' [2017] 16 (2-2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 24; Parlar ve Hatipoğlu (n 2) 672. Ayrıca bkz TCK m 225 gerekçesi: Madde metninde, toplumun sahip bulunduğu ortak edep (ar ve haya) duygularının, edep törelerinin ihlali, incitilmesi ve her ne suretle olursa olsun edep ve ahlak temizliğine alenen saldırı niteliği taşıyan hareketler, tutum ve davranışlar ve takınılan durumlar suç olarak tanımlanmıştır. Bu hükme göre, genel olarak edep ve iffete saldırı niteliği taşıyan davranışlar, suç oluşturmaktadır. Böylece, halkın ar ve haya duygularının, toplumun ortak edep ve ahlak temizliğinin korunması amaçlanmıştır. Bu suretle toplum kültürünün önemli bir kısmını oluşturan edep, iffet, ar ve haya duyguları, edep töreleri korunmakta ve bu değerlere saldırı niteliği taşıyan hareketler yasaklanmaktadır. Ayrıca bkz Reinhard Maurach, Friedrich-Christian Schroeder ve Manfred Maiwald, *Strafrecht Besonderer Teil Teilband 1 Straftaten gegen Persönlichkeits und Vermögenswerte* (10. Auflage, C.F Müller Verlag, 2009) § 22 kn. 3: Yazarlar, suçla korunan hukuksal değerlerin eskiden utanma duygusu olarak ifade edildiğini fakat halihazırda kişinin mahrem alanına ait cinsellik ile iradesi dışında karşı karşıya kalmama hakkı olduğunu belirtmektedir.

ve iffet duygularına yapılan saldırının önlenmesidir⁴. Bununla birlikte öğretilerde edep, haya vb. duygular bireysel nitelikte olduğu için toplumun haya duygusundan bahsedilemeyeceğini belirten bazı yazarlar, bu suçla korunan hukuksal değer ancak genel adap olarak telakki edilebileceğini ifade etmişlerdir⁵. Yine bazı yazarlar söz konusu suçun koruduğu hukuki değeri belirlerken suçun düzenlendiği bölümü dikkate almakta ve bu surette suçla korunan hukuksal değer toplumda geçerli genel ahlakın korunmasına ilişkin kamusal yarar olduğunu belirtmektedirler⁶.

Belirttiğimiz bu görüşler açısından temel sorun *genel adap, ahlak, edep ve iffet duygusu* gibi hususların bizatihi birer hukuksal değer olarak kabul edilip edilemeyecekleri noktasında ortaya çıkmaktadır. Gerçekten modern ceza hukukunda hukuksal değerlerin korunması ilkesi kabul edilirken en çok vurgulanan hususlardan biri ceza hukukuna toplumsal etik değerleri ve ahlakı korumak gibi bir amacın yüklenemeyeceği olmuştur⁷. Ceza normları, toplumsal açıdan vazgeçilmez nitelikteki *hukuksal değerleri* korumak için ihdas edilirler⁸. Bu değerler bireylerle somut ya da soyut konular arasındaki soyut, manevi ve ideal nitelikteki menfaat ilişkilerini ifade etmekte, toplumsal olarak kendilerine değer atfedilen bu menfaatler hukuk sistemi tarafından da kabul görerek hukuki koruma altına alınmakta ve hukuki değer halini almaktadırlar⁹. İçeriği belirsiz nitelikte ve -toplumsal anlamda belli bir dönemde yaygın kabul görse dahi- tümüyle

4 Faruk Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt:3 Özel Hükümler* (3. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1985) 217; Dönmezer (n 3) 149; Sedat Bakıcı, *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler* (1. Bası, Adalet 1994) 215; Özen İnci (n 3) 24; Parlar ve Hatipoğlu (n 2) 672; Abdullah Pulat Gözübüyük, *Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunları ile Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması* (Genişletilmiş 3. Bası, Yayınevi Belli Değil 1961) 173; Cengiz Otacı, *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar* (Seçkin 2000) 125; Baytemir (n 3) 638. Ayrıca bkz Yargıtay 5 CD, 6708/222, 22.1.1987, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 7 Şubat 2022.

5 Erem (n 4) 217; Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar* (4. Bası, US-A Yayıncılık 2017) 325.

6 Necati Meran, *Sulh Ceza Davaları* (Seçkin 2007) 596; Gözübüyük (n 4) 172; Hafizoğulları ve Özen (n 5) 325. Cinsel ahlakın bir hukuksal değer olarak kabul edilemeyeceği yönünde bkz Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer* (Seçkin 2003) 1027.

7 Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2. Auflage, Walter de Gruyter 1999) § 2 kn:12; Ünver (n 6) 1025.

8 Walter Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (3. überarbeitete und erweiterte Auflage, Springer 2005) §3 kn:26; Jakobs (n 7) §2 kn:1,25; Urs Kindhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (6. Auflage, Nomos 2013) §2 kn:6; Nevzat Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu* (1. Bası, Sevinç Matbaası 1970) 257-258; Erkan Sarıtaş, 'Toplumsal Norm ve Ceza Yaptırımının Doğası Üzerine' [2013] 71 (1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1093; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Gözden geçirilmiş ve Güncellenmiş 17. Bası, Seçkin Yayıncılık 2021) 174; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 14. Bası, Seçkin Yayıncılık 2021) 32,119; Ünver (n 6) 436, Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. Bası, Beta 2019) 184.

9 Sarıtaş (n 8) 1093.

kişisel etik alanında kalan edep, ahlak ve iffet duygusu gibi kavramların ise birer değer olarak haliyle de birer hukuksal değer olarak kabulü mümkün değildir¹⁰. Dolayısıyla bu tip salt ahlaki kavramların ne bu suç tipi ne de herhangi bir başka suç tipi açısından birer hukuksal değer olarak nitelenmeleri olanaksızdır¹¹.

Nitekim yine öğretilerde söz konusu suçla toplumun utanma ve tikslenme duygularının korunmaya çalışıldığı belirtilmiş ve fakat ceza hukukunda duyguların korunamayacağı ifade edilerek bu durum eleştirilmiştir¹². Bu görüşü savunan yazarlara göre neticede bu suç tipiyle herhangi bir hukuki değer korunuyor değildir. Bu nedenle sadece toplumun utanma ve tikslenme duygusu korunduğu için anılan fiillerin kabahat olarak düzenlenmesi gerekmektedir¹³.

Ancak bu suç tipinde korunan hukuksal değere dair yukarıda özetlediğimiz geleneksel görüşlere bir tepki olarak ortaya atılan bu görüş de söz konusu suç tipleriyle esasen oldukça önemli mahiyette ve bizatihi birer hukuksal değer niteliğindeki başkaca menfaatlerin korunmakta olduğu gerçeğini göz ardı ediyor gözükmektedir. Bu menfaatlerin neler olduğunun tespit edilebilmesi açısından ise söz konusu suç tipinde yer alan fiillere maruz kalanların bundan dolayı nasıl bir etkiyle karşılaşacakları hususuna odaklanmamız gerekmektedir. Hayasızca hareketler suçunda tanımlanan gerek teşhircilik gerekse de alenen cinsel ilişki fiillerinin bunlara maruz kalan kişiler üzerinde ciddi bir psikolojik şok etkisi yaratacağı ve bu kimselerin arzuları dışında maruz kalacakları bu nitelikteki fiillerin etkisiyle psikolojik travma yaşamalarının çok olası bir sonuç olduğu bilinmektedir¹⁴. Nitekim öğretilerde bu tip fiillerin, kişileri belirli koşullar altında fiziksel olarak dahi dezavantajlı duruma sokacak psikolojik şoklara sebebiyet verdiği belirtilmiştir¹⁵. Bu haliyle bahsedilen fiillerle maruz kalanların manevi varlıklarının zarara uğraması tehlikesinin bulunduğu şüphesizdir¹⁶.

10 Ünver (n 6) 1025.

11 Ünver (n 6) 1025.

12 Kangal (n 2) 13-14.

13 Kangal (n 2) 15. Alman Ceza Kanunu § 183a'da yer alan "Aleni cinsel davranışlarla rahatsızlığa neden olma" suçu açısından benzer yönde görüş için bkz Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze Band 10* (58. Auflage, Verlag C.H. Beck 2011), § 183a kn:2a, Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I* (4. vollständige neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck 2006) §2 kn:30.

14 Geyran Pakize Çervatoğlu, Füsün Özdemir, Niyazi Uygur, 'Teşhircilikte Ceza Ehliyeti' [1194] 7 (3) Düşünen Adam The Journal of Psychiatry and Neurological Sciences, 28. Teşhircilik fiilinin psikolojik sağlığın bozulmasına yönelik tecavüz olduğu yönünde Maurach, Schroeder ve Maiwald (n 3) §22 kn:3.

15 Karl Lackner, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen* (20. Auflage, C.H. Beck 1993) §183 kn:1.

16 Alman ceza hukukunda da gerek StGB § 183 gerekse StGB § 183a hükümleri ile kişilerin cinsellikle istenmeyen yüzleşmelere karşı korunması hedeflenmektedir. Bkz Eduard Dreher ve Herbert Tröndle, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Band 10* (41. Auflage, C.H. Beck 1983) §183 kn:2; Gunther Arzt, Ulrich Weber, Bernd Heinrich ve Eric Hilgendorf, *Strafrecht Besonderer Teil* (Verlag Ernst und Werner 2009) §10

Bu bağlamda alenen teşhircilik yahut alenen cinsel ilişki gibi birtakım cinsel nitelikte fiillere maruz kalan kişilerin psikolojik açıdan yaşayacağı travmalar nazara alındığında kişinin manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edileceğinin kabulü gerekmektedir¹⁷. Anayasa m 17/1’de “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir” denilmiş olup bu manada herkes beden ve ruh sağlığını koruma ve manevi varlığını geliştirme hakkına sahiptir ve bu çerçevede devlet, bu hakkı ihlal edebilecek nitelikteki yaygın fiilleri önlemekle yükümlüdür. Kanun’da hayasızca hareketler başlığı altında tanımlanan fiillerin ise kişilerin bu hakkını ihlal edeceğini söylemek kaçınılmazdır. Hakeza AY m 56/1’de “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir” hükmüne yer verilmiştir. Bu çevrenin sadece biyolojik anlamda çevre değil aynı zamanda sosyal çevreyi de kastettiği ve kişilerin ruh sağlığı bakımından ciddi bir tehlike barındıran fiillerin yaygın bir şekilde işlenebildiği bir sosyal çevrenin sağlıklı

kn:30; Adolf Schönke ve Horst Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar* (27. Auflage, C.H. Beck 2006) §183 kn:1; Lackner (n 15) §183a kn:1; Urs Kindhäuser, *Strafgesetzbuch* (4. Auflage, Nomos 2013) §183a kn:1. Alman ceza hukuku açısından bir kısım yazar söz konusu suçlarla kişilerin kendi cinsel kaderlerini tayin özgürlüğünün korunduğunu belirtmektedir. Kendi cinsel kaderini tayin hakkı cinsellikle ilgili olayların ve temsillerin rahatsız edici algısından korunmak hakkını da içermektedir. Bu anlamda kendi cinsel kaderini tayin etme hakkı, sadece fiziksel teması değil, aynı zamanda fiziksel teması olmayan cinsel rolleri de reddetmek anlamına gelir. Bir kimsenin cinsellikle ilgili süreçleri algılamak isteyip istememesi, cinsel olarak kendi kaderini tayin etme özgürlüğünün ayrılmaz bir parçasıdır. Bu sebeple kanun bu tip fiilleri cezalandırmakta iken; bu hak, diğer yasal öznelerin özgürlüklerine ölçüsüz bir müdahalede bulunmamak adına yalnızca ciddi durumlarda cezai yasal korumadan yararlanır. Bkz Fischer (n 13) §183 kn:2; Gössel (n 1) §7 kn:1-3; Arzt, Weber, Heinrich ve Hilgendorf (n 16) §10 kn:27; Klaus Miebach, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 3* (3. Auflage, C.H. Beck 2017) §183 kn:2; Dreher ve Tröndle (n 16) §183 kn:2. Ayrıca bkz Miebach (n 16) §183a kn:1: Fakat yazar alenen cinsel davranışlarla kişilerin rahatsızlığına sebep olma suçu açısından hukuksal değerini kişilerin kendi cinsel kaderlerini tayin etme özgürlüğü olmadığını zira anılan fiillerin bu hakkı her zaman ihlal etmeyeceğini belirtmiştir. Yazara göre bu suçla korunan hukuksal değer özel hayattır.

- 17 Dönmezer (n 3) 149-150: Kişilerin istemedikleri takdirde ahlak dışı hareketlere maruz kalmama hürriyetleri bulunmaktadır. Zira bu suç insanlardaki duyguları inciten bir gösterebilir. Bu sebeple yazara göre kanun alenen ahlak dışı hareketlerin icra edilmesini yasaklarken kişisel hürriyeti korumuş olmaktadır. Görüleceği üzere yazar tarafından da esasen söz konusu suçla kişilerin manevi varlıklarına saldırıldığı ifade edilmekte ve fakat burada korunan hukuksal değer, kişinin manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı olarak değerlendirilmemekte, kişi hürriyeti olarak değerlendirilmektedir. Aksi yönde bkz Michael Marx, “Zur Definition des Begriffs ‘Rechtsgut’” [1972] Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre, 85 (aktaran: Ünver (n 6) 1026): Yazara göre insan, kişiliğini geliştirmesi bakımından adaba/ahlaka uygunluğa muhtaç değildir. Ayrıca bkz Gössel (n 1) §7 kn:1, 3-4: Yazara göre bu suç tipleri ile korunan hukuksal değer kişinin kendi cinsel kaderini tayin etme özgürlüğüdür. Kanaatimizce söz konusu bu özgürlük AY m 17 uyarınca kişinin manevi varlığını geliştirme hakkının bir parçasıdır. Miebach (n 16) §183 kn:1; Gössel (n 1) §7 kn:1, 3-4: Yazarlara göre bu tip eylemler zaman zaman fiziksel etkilerle zihinsel şoka yol açsa bile, zihinsel ve fiziksel bütünlüğün anılan maddeler tarafından korunması kabul edilemez. Bu sadece koruyucu bir reflekstir. Zira yazarlara göre cinsel zorlamanın çok daha ciddi psikolojik ve fiziksel etkileri göz önüne alındığında, psikolojik ve fiziksel bütünlüğün de StGB § 177 ile korunan bir hukuki menfaat olarak kabul edilmesi gerekecektir. Anılan hükümlerle kişilerin zihinsel ve fiziksel bütünlüğünün korunduğu yönünde bkz Lackner (n 15) §183 kn:1; Kindhäuser (n 16) §183 kn:1.

ve dengeli bir çevre olarak nitelenemeyeceği açıktır¹⁸. Daha önce de belirtildiği üzere hayasızca hareketler suçunda tanımlanan gerek alenen teşhircilik gerekse de alenen cinsel ilişki fiillerinin bunlara maruz kalan kişiler üzerinde ciddi bir psikolojik şok etkisi yaratacağı ve bu kimselerin arzuları dışında maruz kalacakları bu nitelikteki fiillerin etkisiyle psikolojik travma yaşamalarının çok olası bir sonuç olduğu, bu bağlamda bu tip fiillerin meydana geldiği bir çevrenin de psikolojik açıdan dengeli ve sağlıklı bir çevre olarak nitelenemeyeceği görülmektedir. Bu çerçevede kanaatimizce TCK m 225’de tanımlanan hayasızca hareketler suçuyla korunan hukuksal değeri *kişinin manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı (AY m.17/f 1)* ve *sağlıklı ve dengeli çevrede yaşama hakkı (AY m.56/f 1)* olarak ifade etmek mümkündür.

II.Suçun Unsurları

A. Maddi Unsurlar

1. Fail ve Mağdur

TCK m 225’de tanımlanan hayasızca hareketler suçu açısından kanun fail yönünden özel bir nitelik aramamıştır ve bu çerçevede söz konusu suçun faili herkes olabilir¹⁹. Bu cihetle bu suçun failinin erkek, kadın yahut eşcinsel olması mümkün olup cinsiyetin suçun oluşumu açısından bir önemi bulunmamaktadır.

18 Nitekim öğretide çevrenin yalnızca doğa değil dünyadaki bazı yapay unsurları da içeren bir üst kavram olduğu ifade edilmektedir. Bu anlamda çevre, insan faaliyetleri ve canlı varlıklar üzerinde hemen ya da uzunca bir süre içinde dolaylı ya da dolaysız bir etkide bulunabilecek fiziksel, kimyasal biyolojik ve toplumsal etkenlerin belirli bir zamandaki toplamıdır. bkz Ruşen Keleş, Can Hamamcı ve Aykut Çoban, *Çevre Politikası*, (Genişletilmiş 6. Baskı, İmge Kitabevi Yayınları 2009) 50, Ruşen Keleş ve Can Hamamcı, *Çevrebilim*, (4. Baskı, İmge Kitabevi Yayınları 2002), 28. Bir başka tanıma göre çevre en geniş anlamıyla, veri bir zamanda dolaylı ya da dolaysız kişiyi etkileyen, maddi ve manevi gelişmesini, biçimlenmesini ve yaşam koşullarını belirleyen biyolojik, coğrafi ve toplumsal etkenlerin tümüdür. bkz Can Hamamcı, ‘Çevre ve Hukuk’, [1983] 528 Prof Fehmi Yavuz’a Armağan, 244. Bu manada çevrenin, doğal ve yapay unsurları içinde barındıran ve her türlü insan faaliyetlerinin yer aldığı, belirli dengelerle varlığını devam ettiren ortam olarak tanımlandığı da görülmektedir. Bkz. Abdullah Uz, ‘Türkiye’de Çevre Hakkının Mülkiyet Hakkı ve Özel Teşebbüs Hürriyeti Üzerindeki Etkileri’ [2008] 41 (3) Amme İdaresi Dergisi, 100. Çevre tanımı hakkında detaylı araştırmalar için ayrıca bkz Yasemin Semiz, ‘Çevre Hakkı Kavramı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Çevre Hakkına Yaklaşımı’ [2016] T.C. Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, 5 vd.

19 Dönmezer (n 3) 163; Baytemir (n 3) 638; Özen İnci (n 3) 25; Kangal (n 2) 15; Parlar ve Hatipoğlu (n 2) 672; Meran (n 6) 596; Gözübüyük (n 4) 173; Otacı (n 4)125; Gökcan ve Artaç (n 3) 7506. Alman ceza hukuku açısından ise StGB § 183 uyarınca teşhircilik suçunun faili ancak erkek olabilir zira ancak erkeklerin teşhircilik fiilleri cinsellikle istenmeyen yüzleşmeye karşı koruma anlamında özgürlük alanına müdahale eder. Bu sebeple söz konusu suç özgü suçtur. Bkz Miebach (n 16) §183 kn:5; Arzt, Weber, Heinrich ve Hilgendorf (n 16) §10, kn:30; Gössel (n 1) §7 kn:6; Schönke ve Schröder (n 16) §183 kn:2; Fischer (n 13) §183 kn:16; Dreher ve Tröndle (n 16) §183 kn:4; Lackner (n 15) §183 kn:1a; Maurach, Schroeder ve Maiwald (n 3) §22 kn:6; Kindhäuser (n 16), §183 kn:1.

Aşağıda detaylı olarak belirteceğimiz üzere hayasızca hareketler suçunun seçimlik hareketlerinden ilkinin alenen cinsel ilişkide bulunmak fiili oluşturmaktadır. Cinsel ilişkide bulunma fiili niteliği gereği en az iki kişinin karşılıklı icrasını gerektirmektedir²⁰. Bu sebeple bu seçimlik hareket açısından kanun birden fazla failin bir araya gelmesini zorunlu kıldığından çok failli suçtan bahsetmek gerekmektedir²¹. Diğer yandan zorunlu olarak suçun işlenişine katılan failler aynı yönde hareket etmekte ve aynı amacın gerçekleşmesini hedeflemekte olduklarından suç bu seçimlik hareket açısından bir yakınsama suçudur. Suçun bir diğer seçimlik hareketi olan alenen teşhircilik yapmak açısından ise birden fazla failin katılımı zorunlu olmadığından birçok failli suçtan bahsedilemez. Bu çerçevede hayasızca hareketler suçunun seçimlik olarak öngörülen tipik fiillerin yalnızca birisi bakımından söz konusu olan çok failli suçlar²² başlığı altında değerlendirilebileceğini belirtmemiz gerekmektedir.

Hayasızca hareketler suçu ile korunan hukuki değerlerin kişilerin manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı olduğuna yönelik tespitimiz çerçevesinde bu suçun mağdurunun da bu hakkın sahibi olabilecek herkes yani toplumu oluşturan tüm bireyler olduğunu söylememiz kaçınılmazdır²³. İçtima kısmında detaylı olarak değerlendirecek olmakla birlikte bu aşamada belirtmemiz gerekir ki teşhircilik fiilinin özellikle belli bir şahsı hedef alması durumunda hayasızca hareketler değil TCK m 105/2-e uyarınca teşhir suretiyle cinsel taciz suçu oluşacaktır²⁴.

20 Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 3) 957; Bakıcı (n 4) 217.

21 Hafizoğulları ve Özen (n 5) 325; Parlar ve Hatipoğlu (n 2) 675; Özen İnci (n 3) 27; Baytemir (n 3) 638. Aksi yönde bkz Kangal (n 2) 46: Yazara göre alenen cinsel ilişki fiili açısından hayasızca hareketler suçunun çok failli bir suç olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira söz konusu fiil icra edilirken taraflardan birinin rızasının bulunmaması ya da fesada uğraması söz konusu olabilir. Dolayısıyla hayasızca hareketler suçunu çok failli bir suç olarak nitelemek mümkün değildir. Çiftlerin geçerli rızaları varsa ancak müşterek fail olarak değerlendirilmeleri gerekecektir.

22 Kavram için bkz Türkan Yalçın Sancar, *Çok Failli Suçlar* (1. Bası, Seçkin Yayıncılık 1998) 114.

23 Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 3) 959; Kangal (n 2) 15; Özen İnci (n 3) 27; Özgün Özyüksel, '5237 Sayılı Ceza Kanunu'nda Cinsel İlişki Kavramı' [2021] 9 (18), Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 144; Bakıcı (n 4) 215; Parlar ve Hatipoğlu (n 2) 672; Meran (n 6) 596; Baytemir (n 3) 639; Gökcan ve Artuç (n 3) 7507. Suçun mağdurunun olmadığı yönünde bkz. Erem (n 4) 217; Hafizoğulları ve Özen (n 5) 325-326; Otacı (n 4) 125.

24 Gözübüyük (n 4) 174; Kangal (n 2) 15; Gökcan ve Artuç (n 3) 7507-7508. Ayrıca bkz StGB § 183'de düzenlenen teşhircilik (*Exhibitionistische Handlungen*) suçu açısından ise suçun mağduru belirli bir kimse olup söz konusu düzenleme uyarınca teşhirci hareketlerle belli bir mağdurun taciz edilerek rahatsız edilmesi cezalandırılmaktadır. Bu bağlamda suçun mağduru kendisine karşı teşhirci hareketlerde bulunan kişi ya da kişilerdir. Gössel (n 1) § 7 kn:7; Fischer (n 13) §183 kn:3. Bu sebeple StGB açısından söz konusu suçun cinsel tacizin özel bir hali olduğu da söylenebilir. Nitekim StGB'de düzenlenen söz konusu suç tipi TCK m 225 uyarınca hayasızca hareketler suçundan ziyade TCK m 105/f2-e uyarınca teşhircilik suretiyle cinsel taciz suçuna daha çok benzemektedir. Aynı yönde bkz Özen İnci (n 3) 21. StGB § 183a uyarınca düzenlenen kamuyu rahatsız edici nitelikte cinsel davranışlar (*Erregung öffentlichen Argernisses*) suçu

2. Hareket

a. Genel Olarak

Hayasızca hareketler suçu seçimlik hareketli bir suç olup bu hareketlerden biri Kanun'da alenen cinsel ilişkide bulunma olarak tanımlanmışken diğeri ise alenen teşhircilik yapma şeklinde tanımlanmıştır²⁵. Bu yönüyle suçun oluşabilmesi için ya birden fazla kişinin alenen cinsel ilişkide bulunması ya da bir kimsenin alenen

açısından ise suçun mağduru toplumu oluşturan herkeştir.; Yargıtay 5 CD, 4083/4082, 11.11.1982: "(...), sanığın mağdureye ufak taşlar atarak bakmasını sağlayarak ona cinsel organını göstermekten ibaret eyleminin belli bir kişi hedef alınarak yapılmış bulunması nedeniyle sarkıntılık suçu oluşturduğu (...)" <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, erişim tarihi 10 Şubat 2022; Yargıtay 18 CD 24213/3719, 29.02.2016: "(...) Sanığın, katılan ...'e cinsel organını göstermekten ibaret eyleminin TCK'nın 105/1. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturacağına gözetilmemesi, Kanuna aykırı. (...)" www.corpus.com.tr, erişim tarihi 10 Şubat 2022; Yargıtay 5 CD, 4026/9832, 20.12.2010: "(...) Sanığın işlediği iddia ve kabul edilen, "minibüste yanına oturan müştekiye cinsel organını açıp gösterme" eyleminin belli bir kişiyi hedef alması nedeniyle TCK'nun 105. maddesinde düzenlenen ve kovuşturması şikayete bağlı bulunan cinsel taciz suçunu oluşturacağı ve mağdurenin aşamalarda şikayetçi olmadığını bildirdiği nazara alınarak davanın düşmesine karar verilmesi yerine, suç niteliğinde yanılıya düşülerek TCK'nun 225. maddesiyle cezalandırılmasına karar verilmesi, Kanuna aykırı (...)", www.corpus.com.tr, erişim tarihi 10 Şubat 2022; Yargıtay 14 CD 6667/6428, 06.06.2012: "Sanığın işlediği iddia ve kabul edilen, "balkondan cinsel organını müştekiye gösterip sallamak" biçimindeki eyleminin belli bir kişiyi hedef alması nedeniyle TCK'nun 105. maddesinde düzenlenen ve kovuşturması şikayete bağlı bulunan cinsel taciz suçunu oluşturacağı (...). www.corpus.com.tr, erişim tarihi 10 Şubat 2022; Yargıtay 14 CD 11526/11096, 09.11.2012: Sanığın, mağdureye yönelik "adet görüyor musun sana öğreteyim Sana zevkin en güzelini yaşatayım" diyerek, cinsel organını çıkarıp ona göstermek şeklindeki eyleminin belli bir kişiyi hedef alması itibarıyla tüm halinde cinsel taciz suçunu oluşturduğu (...) www.corpus.com.tr, erişim tarihi 10 Şubat 2022; Yargıtay 14 CD, 22903/12886, 11.12.2012: (...)belediye otobüsünde seyir halinde iken sanığın, yan hizada bulunan ve cam kenarındaki koltukta oturan mağdureye bakarak ve ona yönelik olarak pantolonun düğmelerini açıp cinsel organını okşamak suretiyle katılana yönelik cinsel taciz kastını ortaya koyduğunun anlaşılması karşısında, eylemin TCK'nın 105/1. maddesinde öngörülen cinsel taciz suçunu oluşturduğu (...) www.corpus.com.tr, erişim tarihi 10 Şubat 2022; Yargıtay 14 CD, 22590/5595, 17.05.2012: "(...) Sanığın katılanlara "pişt pişt" diyerek el sallayıp katılanlara tevcihen ve onların görebileceği şekilde cinsel organını göstermesi şeklindeki eylemin zincirleme biçimde cinsel taciz suçunu oluşturduğu (...) www.corpus.com.tr, erişim tarihi 10 Şubat 2022; Yargıtay 14 CD, 6556/10119, 17.10.2012: "(...) Mağdure beyanları ve tüm dosya kapsamından sanığın olay tarihinde bisikletiyle gittiği sırada yolda karşıdan karşıya geçmek için bekleyen mağdureleri görünce fermuarını açıp ve cinsel organını çıkartarak, mağdurelere bakıp masturbasyon yapmak suretiyle kendi kendisini tatmin ettiği anlaşıldığından, sanığın eyleminin zincirleme şekilde cinsel taciz suçu kapsamında kaldığı (...)" www.corpus.com.tr, erişim tarihi 10 Şubat 2022; Yargıtay 14 CD, 4926/1972, 22.02.2012.: "(...) Sanığın saati sormak bahanesiyle yanına yaklaştığı mağdureye 'şesini çıkarma seni elleyeceğim' deyip akabinde mağdurenin geri çekilmesi üzerine de montunun fermuarını açarak mağdureye tevcihen ve onun görebileceği şekilde cinsel organını göstermesi şeklindeki eyleminin bir bütün olarak cinsel taciz suçunu oluşturduğu halde, ayrıca hayasızca hareketlerde bulunma suçundan da yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması, Kanuna aykırı, (...)" www.corpus.com.tr, erişim tarihi 10 Şubat 2022; Yargıtay 18. Ceza Dairesi, 4669/8524, 02.07.2020: "(...) cinsel amaçlı hareketlerin doğrudan mağduru hedef alarak gerçekleştirilmiş olması halinde cinsel taciz suçunun sübut bulması karşısında eylemin mağduru hedef almadan ve alenen gerçekleştirilmesi halinde TCK'nın 225. maddesinde düzenlenen hayasızca hareketler suçunun oluşacağı (...)" (aktaran: Gökcan ve Artuç (n 3) 7516)

25 Kangal (n 2) 18.

teşhircilik yapması gerekmektedir²⁶. Bu seçimlik hareketleri incelemeye geçmeden önce belirtmemiz gerekir ki kanun koyucu söz konusu bu düzenleme tarzı ile tam olarak hangi hareketlerin hayasızca hareketler kapsamında kabul edileceğini düzenlemiş olduğundan bu suç bağlı hareketli bir suçtur²⁷. Yine bunun yanında söz konusu suçun oluşabilmesi için yalnızca tipik hareketlerin icrası yeterli olup kanun suçun oluşumu için ayrıca bir zarar yahut somut tehlike meydana gelmesi aramamıştır²⁸. Bu cihetle söz konusu suç aynı zamanda sırf hareket suçudur²⁹. Diğer yandan söz konusu suç tipinde yalnızca seçimlik hareketlerin icrası yeterli görülüp ayrıca bu hareketlerin somut bir tehlike meydana getirmesi gerektiğine dair herhangi bir ifadeye yer verilmediğinden bu suç aynı zamanda bir soyut tehlike suçudur³⁰. Bu niteliği gereği somut olayda alenen cinsel ilişkide bulunulması ya da alenen teşhircilikte bulunulması halinde diğer unsurların da bulunması şartıyla hayasızca hareketler

26 765 sayılı TCK'da söz konusu suçun *alenen hayasızca vaz'u harekette bulunma* şeklinde düzenlenmesi eleştirilerek hangi fiillerin bu kapsamda değerlendirileceğine yönelik bir açıklık bulunmadığından suçun belirlilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği dile getirilmiş ve 5237 sayılı kanunda yer alan düzenleme ile suçun seçimlik hareketlerinin alenen cinsel ilişkide bulunmak ve alenen teşhircilik yapmak şeklinde sınırlandırılması yerinde olarak değerlendirilmiştir. bkz Özen İnci (n 3) 28-29; Meran (n 6) 596.

27 Kargal (n 2) 18; Özyüksel (n 23) 145.

28 Dönmezer (n 3) 162; Hafizoğulları ve Özen (n 5) 326; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Güncelleştirilmiş 12. Baskı, Adalet 2018) 551.

29 Dönmezer (n 3) 162; Bakıcı (n 4) 216; Kargal (n 2) 18; Hafizoğulları, Özen, (n 5), 326; Gözübüyük (n 4) 174; Baytemir (n 3) 644; Otacı (n 4)128; Gökcan ve Artuç (n 3) 7513.

30 Önder, (n 3), 514; Kargal (n 2) 18. Ayrıca bkz StGB § 183 ve StGB § 183a uyarınca ise her iki suçun oluşumu açısından kanun, bu fiillerin icra edilmesi sonucu kişilerin ya tacize uğramış olması ya da kişilerin bu fiillerden rahatsız olmasını aramıştır. Bu cihetle söz konusu suçların düzenlenme biçimi nazara alındığında zarar suçları olduğu anlaşılmaktadır. Alm CK §183: *“Bir erkek bir başkasına karşı teşhirci harekette bulunarak onu rahatsız ederse bir yıla kadar hapis cezası ya da para cezası ile cezalandırılır”*; STGB §183a: *“Alenen cinsel davranışlarda bulunan ve bu nedenle kasten veya bilerek rahatsızlığa (infiale) neden olan herkes, suçun 183 üncü maddeye göre cezalandırılmaması halinde bir yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılır”*. (Öğretide rahatsızlık yerine “rezalet” ve “infial” kavramlarına da yer verildiği görülmektedir. bkz Özen İnci (n 3) 32; Kargal (n 2) 9. Suç kalıbında yer alan *Ärgernis* anlam itibarı ile dini ya da duygu yaralanması, sinir bozucu olay ya da rahatsızlık gibi anlamlara gelmektedir. Bkz <https://www.dwds.de/wb/%C3%84rgernis>, erişim tarihi 11 Şubat 2022. Bu sebeple tarafımızca rahatsızlık terimini tercih edilmiştir.) Bkz Gössel (n 1) §7 kn:6,10-11; Miebach (n 16) §183 kn:2,10,11; Schönke ve Schröder (n 16) §183 kn:4; Fischer (n 13) §183, kn:3, 6; Dreher ve Tröndle (n 16) §183 kn:6; Kindhäuser (n 16) §183 kn:2; StGB §183 açısından teşhircilik suçu bir zarar suçudur. Zira failin hareketi, hareketin neticesi olarak mağdurun tacizine yol açmış olmalıdır. Taciz, kendisine karşı eylemde bulunulan kişinin psikolojik iyi oluşunu etkileyen önemli ölçüde olumsuz duygusal uyarılma olarak tanımlanır. Şok, korku, iğrenme ya da rahatsızlık duyma bu kapsamda değerlendirilir. Kişinin bu teşhirci rıza göstermesi yahut bu fiilden rahatsızlık duymaması halinde ise suç oluşmaz. Gössel (n 1) §7 kn:20,26; Miebach (n 16) §183a kn:1; Fischer (n 13) §183a kn:5; Lackner (n 15) §183a kn:3; Maurach, Schroeder ve Maiwald (n 3) §22 kn:10; Nitekim SGB §183a da bir zarar suçu olup suçun oluşumu için hareketi algılayan kişinin cinsel açıdan görüş ve duygularında doğrudan zarar görmesi ve bu nedenle failin bir rahatsızlığa neden olması gerekmektedir. Schönke ve Schröder (n 16) §183a kn:5: Burada rahatsızlık, istemeden garip cinsel eylemlerle karşı karşıya kalan normal bir kişinin utanç ve edep duygusunun ihlali anlamına gelir.

suçunun oluştuğu kabul edilecek, bu hareketlerin tehlikeye sebebiyet verip vermediği hususu ayrıca değerlendirilmeyecektir.

b. Alenen Cinsel İlişkide Bulunma

Yukarıda da belirttiğimiz gibi hayasızca hareketler suçunun kanuni tanımında öngörülen ilk seçimlik hareket *alenen cinsel ilişkide bulunmaktır*³¹. Buna göre aleni olarak cinsel ilişkide

31 Alman Ceza Kanunu'na bakıldığında tipik hareket olarak alenen cinsel ilişkide bulunma değil "alenen cinsel davranışlarda bulunma"nın düzenlendiği görülmektedir. Bkz StGB § 183a: "*sexuelle Handlungen*". Nitekim 765 sayılı TCK'da da hayasızca hareketler suçunun tipik hareketlerin alenen hayasızca vaz'u hareketlerde bulunma veya alenen cinsel münasebette bulunma şeklinde olduğu görülmektedir. 5237 sayılı TCK'nın gerekçesinde belirtilen cinsel ilişki kavramına ilişkin tanıma bakıldığında da esasen STGB 183a'da yer alan *cinsel davranış* kavramına yaklaşılmakta olduğu ve bu surette 765 sayılı TCK m 419'da belirtilen *hayasızca vaz'u hareketlerde bulunma* şeklindeki fiillerin bir kısmının cinsel ilişki kavramı içerisine sokulmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır. StGB § 183a uyarınca cinsel davranışların ne olduğu tespit edilirken "*korunmakta olan hukuki değer açısından önemli bir fiil*" olup olmadığı değerlendirilmekte ve bu düzenlemeyle cinsel dokunulmazlığa yönelik sadece önemli bir ihlal ortaya koyan fiillerin cezalandırılmak istendiği ifade edilmektedir. Bkz Gössel (n 1) §7 kn:29; Miebach (n 16) §183a kn:5; Fischer (n 13) § 183a kn:3; Kindhäuser (n 16) § 183a kn:2; Yasemin Baba, 'Haksızlık İçeriğindeki Azlığın Cezalandırma Üzerindeki Etkisi' [2017] T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmış Doktora Tezi, 110-111. Diğer bir deyişle ancak belli bir ağırlığa ulaşmış, korunan hukuksal değeri ihlal etmeye elverişli ve sosyal açıdan rahatsız edici olabilecek cinsel davranışlar tipik fiil olarak kabul edilebilecektir. Bkz Gössel (n 1) §7 kn:21,29; Kindhäuser, (n 16) § 183a kn:2; Fischer, (n 13) § 183a kn:3; Miebach (n 16) §183a kn:5: Alman öğretisinde de cinsel davranışın belirlenmesi ve bu kavramın muğlaklığı konusunda yoğun eleştiriler bulunmaktadır. Diğer yandan cinsel davranıştan bahsedilmesi için davranış cinsel nitelikte olmalıdır. Örneğin idrar yapmak, üstsüz güneşlenmek vb hareketler niteliği gereği cinsel değildir. Fakat kişinin erojen bölgelerine dokunması, mastürbasyon yapması, cinsel organına bir cisim sokması gibi fiiller cinsel nitelikte olduğundan pekâlâ suçun tipik hareketleri kapsamında değerlendirilebilecektir. Nitekim vajinal ilişki, oral ve anal ilişki ya da mastürbasyonu içeren cinsel aktiviteler bu kapsamdadır. Cinsel organlara yönelik diğer bir kısım fiil de önemli olarak tanımlanabilir, ancak giysi üzerinden göğse veya cinsel organlara dokunmak gibi fiiller hukuksal değeri ihlal edici ciddiyet eşliğini aşabilecek fiiller değildir. TCK açısından da suçun oluşabilmesi için hareketin ar ve haya duygusunu incitici, insanı seksüel ilişkiden tiksindirici ve kişinin cinsel arzularını tahrik edici nitelikte olması hakkında bkz Soyaslan (n 28) 550. Alman ceza hukuku açısından çıplaklık söz konusu suç için yeterli olmadığı gibi kimi zaman cinsel aktivite bile bu suçun oluşumu için yeterli değildir. bkz Schönke ve Schröder (n 16) §183a kn:3. Nitekim STGB 183a, TCK m 225'ten farklı olarak bir zarar suçu olarak düzenlenmiştir. Bkz Gössel (n 1) §, kn:20; Lackner (n 15) §183a kn:3; Maurach, Schroeder ve Maiwald (n 3) §22, kn:10. Bu manada failin yalnızca cinsel davranışlarda bulunması suçun oluşumu için yeterli olmayıp bu cinsel davranış sonucunda toplum içinde bilerek bir rahatsızlığa neden olması gerekmektedir. bkz Arzt, Weber, Heinrich ve Hilgendorf (n 16) §10 kn:30; Gössel (n 1) §7 kn:20; Schönke ve Schröder (n 16), §183a, kn:5; Maurach, Schroeder ve Maiwald (n 3) §22 kn:10; Kindhäuser (16) § 183a kn:2. Türk ceza hukuku bakımından ise suçun kanuni tanımında tipik fiil olarak alenen cinsel davranışlarda bulunma fiiline yer verildiğinde haklı olarak suçun maddi unsurunun oldukça genişleyeceği ve kanunilik açısından sorun yaratacağı belirtilmekte nitekim öpüşme gibi basit nitelikteki cinsel davranışların da tipik fiili oluşturacağı dile getirilmektedir. Özen İnci (n 3) 19, 32. Nitekim 765 sayılı Kanun m 419 kapsamında alenen öpüşmekle fiili ilgili birçok olay Yargıtay önüne gelmiş olup Yargıtay vermiş olduğu kararlarında alenen öpüşmek fiilinin hayasızca hareket vasfında olmadığı sonucuna varmıştır. Bkz Yargıtay CGK 295/222, 1.7.1968, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 22 Şubat 2022, Yargıtay 4 CD 37/1413, 11.02.1953, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 22 Şubat 2022. Kanaatimizce bu noktada hangi fiillerin hayasızca vaz'u hareket teşkil ettiğini değerlendirirken de aslında ihlalin önemsizliği üzerinden gidilmiştir. Zira öpüşmek fiilinin cinsel bir davranış

bulunması hayasızca hareketler suçuna sebebiyet verecektir. Hangi hareketlerin bu kapsamda olduğunun belirlenebilmesi için *cinsel ilişkide bulunmak* ve bunun *aleni* olması hususlarının anlamının tespiti gerekmektedir.

Cinsel ilişki kavramına dair TCK'da bir tanıma yer verilmediği gibi öğretilerde de söz konusu kavrama ilişkin ortak olarak kabul edilmiş bir tanım yoktur. Bu çerçevede öğretilerde oldukça dar kapsamlı bir tanımdan son derece geniş kapsamlı bir tanıma kadar birbirinden oldukça farklı tanım denemelerinde bulunulduğu görülmektedir.

Cinsel ilişkiyi oldukça dar bir anlamda kabul eden görüşe göre cinsel ilişki yalnızca penil-vajinal yoldan birleşme şeklinde kabul edilmelidir. Zira ceza normlarının dar yorumlanması esas olup kanun koyucu penil-anal, penil-oral, vajinal-oral birleşmelerin veya sair cinsel davranışların da TCK m 225 (ve cinsel ilişki kavramının kullanıldığı TCK m 104) hükmünde cezalandırılmasını arzu etseydi bu maddelerde bu anlama gelecek ifadelerle açıkça yer vermesi gerekirdi³². Bu görüşün kabulü halinde hayasızca

olduğuna şüphe yoktur. Fakat söz konusu fiil tipik olmakla beraber haksızlık içeriği son derece az olup fiilin yarattığı veya yaratması muhtemel toplumsal etki önemli seviyede değildir. Aynı gerekçe ile öpüşmenin hayasızca hareketler suçunu oluşturmayacağı yönünde bkz Miebach (n 16) §183a kn:5; Ceza hukukunda önemsizlik kavramı için ayrıca bkz Baba (n 31), 104 vd. Alenen öpüşmenin hayasızca hareketler suçunu oluşturmadığı yönünde bkz Artuk, Gökceen, Alşahin ve Çakır (n 3) 958; Alenen hayasızca vaz'u hareketlerin kategorizasyonu hususunda bkz Önder (n 3) 523: Yazara göre hayasızca vaz'u hareketler kanun tarafından tek tek sayılamayacak her somut olay özelinde fiilin kişilerin utanma duygusuna saldırı teşkil edip etmemesi üzerinden değerlendirilecektir. Bu manada hayasızca hareketler üç grup altında toplanabilir. Bunlar cinsel suçlara vücut veren hareketler (örneğin nitelikli cinsel saldırı), hayasız olmasına rağmen normal şartlarda suç teşkil etmeyen ve fakat alenen gerçekleştirildiğinde suça vücut veren cinsel hareketler, hayasızlık teşkil etmese de alenen yapıldığında suça vücut verecek hareketlerdir (örneğin evli bir çiftin alenen cinsel ilişkiye girmesi). Yazar tarafından öpüşmek de suçla korunan hukuksal değeri ihlal edip etmediği yönünden değerlendirilmiş ve neticeten utanç ve edep duygusuna saldırı içermediğinden öpüşmek hayasızca vaz'u hareket olarak değerlendirilmemiştir. Hayasızca vaz'u hareketlerin hukuki değeri zedeleyici nitelik gösterip göstermediği üzerinden tespit edilmesi hakkında bkz Dönmezer (n 3) 161. Bizim görüşümüze göre de TCK m 225 uyarınca hayasızca hareketler suçunun tipik hareketlerinin alenen cinsel ilişkide bulunma ve alenen teşhircilik olarak sınırlandırılması yerinde olup kanun koyucu bu haliyle korunan hukuksal değeri ihlal edecek ağırlıkta olan fiilleri kendi belirlemiş ve hangi fiillerin hayasızca hareketler suçunun tipik fiilleri olduğunu net bir şekilde ortaya koymuştur. Kanaatimizce 765 sayılı Kanun m 419'da yer alan alenen hayasızca vaz'u hareketlerde bulunulması şeklindeki fiil içerik ve hayasızca hareketlerin tespiti açısından son derece muğlak olup belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmekteydi. Bu sebeple halihazırdaki düzenlemenin kanunilik ilkesi açısından yerinde olduğunu söylemek gerekmektedir. Aynı yönde bkz Özen İnci (n 3) 19.

32 Özyüksel (n 23) 161. TCK m 104 ve TCK m 225 kapsamında cinsel ilişki kavramından ne anlaşılması gerektiği ve cinsel ilişki kavramından kaynaklanan belirsizliğin yargı ya da yasama kanalı ile giderilmesine ilişkin ayrıntılı çözüm önerileri için ayrıca bkz Özyüksel (n 23) 152 vd. Aynı yönde bkz Meran (n 6) 596: Yazar tarafından da cinsel ilişki yalnızca insanların üreme şekli olarak kabul edilmiş olup bu manada sadece vajinal ilişkilerin cinsel ilişki olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Fakat yazar devamla cinsel ilişkinin aynı cinsiyetler arasında da olabileceğini ve hatta hayvanla olan bu tip fiillerin de cinsel ilişki olarak kabul edileceğini belirtmiştir. Kanaatimizce yazarın bu yöndeki görüşleri kabul ettiği cinsel ilişki tanımı ile çelişmektedir.

hareketler suçunda geçen cinsel ilişki kavramının da yalnızca penil-vajinal yoldan birleşme olarak kabul edilmesi gerekecektir.

Kavramın anlamını biraz daha genişleten ikinci bir görüşe göreyse cinsel ilişki bir erkek veya bir kadının en azından bir tarafın tenasül organını kullanarak çiftleşmesidir³³. Diğer bir ifade ile cinsel ilişki bir kimsenin cinsel organını bir başkasının vajina yahut anüsüne sokmasıdır³⁴. Söz konusu tanıma göre cinsel ilişkiden bahsedilebilmesi için taraflardan en az birinin muhakkak erkek olması ve erkek cinsel organının diğer tarafın cinsel bölgelerine normal veya anal yoldan dahil edilmesi gerekmektedir³⁵. Bu manada erkek cinsel organı kullanılmadan, kadınlar arası gerçekleşen cinsel münasebetler, cinsel birleşmenin eksik olmasından bahisle cinsel ilişki olarak kabul edilemeyecektir³⁶. Cinsel ilişkinin tarafları açısından ise bu kapsamdaki yazarların bir kısmı ilişkinin farklı cinsiyetler arasında olabileceği gibi aynı cinsler arasında da olabileceği ve hatta hayvanlarla gerçekleştirilen cinsel birleşmenin de pekâlâ hayasızca hareketler kapsamında cinsel ilişki fiili teşkil ettiği ifade etmektedir³⁷. Bu görüşün kabulü halinde cinsel organ dışında, cinsel organa sair bir cisim sokulması yahut oral ilişki, hayasızca hareketler suçunda öngörülen seçimlik

- 33 Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (7. Baskı, Adalet 2020) 377, Kangal (n 2) 19. Nitekim TCK m 225'in gerekçesinde her ne kadar cinsel arzuların tatmini olan her türlü davranış cinsel ilişki olarak tanımlansa da anılan görüşü savunan yazarlarca cinsel arzuların tatmini için her zaman bir cinsel ilişki söz konusu olmasının gerekli olmadığı belirtilmiştir. Bkz Kangal (n 2) 19; Hafizoğulları ve Özen (n 5) 326: Yazarlara göre de gençlerin bugün birçok yerde sarıldıkları ve öpüştikleri görülmektedir. Fakat bu tip fiilleri cinsel ilişki olarak saymak mümkün olmayıp bu hukukun ahlakileştirilmesi anlamına gelmektedir. Cinsel ilişkiden dilde ne anlaşılıyorsa burada da o anlaşılması gerekir. Pınar Memiş Kartal, *Özel Ceza Hukuku C.II. Kişilere Karşı Suçlar (1)* (Oniki Levha 2017) 544: Kanun cinsel ilişki kavramını kullanmak suretiyle bir sınırlama getirmek ve ancak bu şekilde gerçekleşen bir fiili cezalandırmak istemektedir.
- 34 Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (Güncellenmiş 19. Bası, Seçkin 2021) 487; Handan Yokuş Sevük, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (1. Bası, Adalet 2020) 394, Önder (n 3) 526; Ceren Soner Baykal, 'Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu' [2019] Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 54; Memiş Kartal (n 33) 544: Yazara göre bu tanım vücuda bir cisim sokmak suretiyle gerçekleştirilecek fiiller açısından hukuki yararın koruma alanını daralttığı için eleştirilmektedir.
- 35 Fahri Gökçen Taner, *Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar* (2. Baskı, Seçkin 2017) 372; Atacan Köksal, 'Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu' [2015] 2 Prof. Nevzat Toroslu'ya Armağan, 706; Mustafa Arıtuç, *Kişilere Karşı Suçlar* (Adalet 2008) 699; Tezcan, Erdem ve Önok (n 34), 487; Yokuş Sevük (n 34) 395; Kangal (n 2) 19. Ayrıca bkz Koca ve Üzülmöz (n 33) 377: Yazarlara göre cinsel ilişkinin bu şekilde yorumlanması halinde failin muhakkak erkek olması gerekmekte olup bu durum TCK'nın cinsel suçlar yönünden benimsediği sisteme aykırı düşmektedir.
- 36 Tezcan, Erdem ve Önok, (n 34), 487; Kangal (n 2) 20; Gözübüyük (n 4) 174: Yazar tarafından bu tip fiillerin cinsel münasebet olmadığı ama hayasızca hareket olduğu ifade edilmektedir. Kanaatimizce söz konusu bu değerlendirme 765 sayılı kanundaki düzenleme açısından mümkün ise de cinsel ilişki için muhakkak erkek cinsel organını arayan görüş açısından iki kadın arasındaki bu tip fiillerin teşhircilik fiili söz konusu olmadığı müddetçe TCK m 225 kapsamında değerlendirilmesi olanaksızdır.
- 37 Hafizoğulları ve Özen (n 5) 326; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 3) 957.

hareketlerden ilki olan cinsel ilişkide bulunmak anlamına gelmeyecek³⁸, bu fiillerin alenen işlenmesi halinde koşulları oluştuğu takdirde ancak teşhircilik fiilinden bahsedilecektir³⁹. Yargıtay da TCK m 104'teki cinsel ilişki kavramını bu görüşe uygun olarak yorumlamakta olup buna göre cinsel ilişki erkek cinsel organının bir kadının vajinal veya anal yoldan veya bir erkeğe anal yoldan ithal edilmesi olarak kabul edilmektedir⁴⁰. Bu bağlamda oral ilişki Yargıtay tarafından cinsel ilişki olarak kabul edilmemektedir⁴¹.

Cinsel ilişki kavramının anlamını bundan daha geniş kabul eden bazı yazarlar ise oral ilişkiyi ve hatta cinsel bir organa sair bir cisim sokulmasını dahi cinsel ilişki kapsamında kabul etmektedirler. Nitekim bu yazarlara göre cinsel ilişki cinsiyetler arası bir ayırım yapılmaksızın iki karşı ya da aynı cinsiyetin ya da bu cinsiyetleri üstlenmiş kişilerin cinsel organlarının sokma şeklinde birleşmesi ya da anal ya da oral yoldan cinsel organın duhulü şeklinde tanımlanmaktadır⁴². Yapılan bu geniş tanıma göre cinsel ilişki, kişinin cinsel arzularını tatmin amacıyla karşısındaki kişi ile kuracağı kendisini veya onu tatmin etmeye yarayan ve cinsel arzuları tatmine elverişli organların girmesi ile sonuçlanan tüm ilişkilerdir⁴³. Bu manada bu geniş tanım çerçevesinde cinsel ilişkinin varlığından söz edilebilmesi için ilk olarak fiilin içerisinde mutlaka cinsel organ sayılabilecek bir organ (vajina-penis-anal bölge) bulunmalı; ikinci olarak da ya bu cinsel organlara herhangi bir organ ya da sair cisim sokulmalı ya da bu organlar (penis) vücudun herhangi bir boşluğuna sokulmalıdır⁴⁴. Böylece mağdurun vajinasına parmak sokulması, ağzına penis sokulması (oral ilişki),- mümkün olduğu takdirde- mağdurun

38 Tezcan, Erdem ve Önok (n 34) 487; Yokuş Sevik (n 34) 395; Taner (n 35) 372.

39 Kargal (n 2) 20.

40 Yargıtay 14 CD 363/2429, 04.05.2017: "(...) cinsel ilişkinin, erkek cinsel organının bir kadına vajinal veya anal yoldan ya da bir erkeğe anal yoldan ithal edilmesi olarak tanımlanması (...)" <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 15 Şubat 2022.

41 Yargıtay 14 CD 1067/5323, 20.09.2018: "(...) Saniğin, mağdureye oral seks yaptırması eyleminin cinsel ilişki niteliği taşımadığı (...)", www.corpus.com.tr, (Çevrimiçi, 10.02.2022) <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 17 Şubat 2022.

42 Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Genişletilmiş ve Güncellenmiş 16. Baskı, Seçkin 2021) 379-380, Özen İnci (n 3) 29.

43 Murat Aydın, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu* (3. Baskı, Seçkin 2018) 107; Özen İnci (n 3) 30; Bakıcı (n 4) 219; Parlar ve Hatipoğlu (n 2) 674; Yazarlara göre söz konusu fiillerin rıza kapsamında cinsel arzuların tatminine yönelik şehvet saikiyle yapılması yeterlidir. Cinsel ilişki farklı ya da aynı cinsiyetler arasında anal, oral ya da vajinal şekilde gerçekleştirilebilir hatta hayvanlarla yapılması açısından da bir fark yoktur.

44 Nurullah Kantarcı, 'Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu' [2016] Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 92; Ömer Faruk Keser, 'Uygulamaya Bakan Yönleriyle Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu' [2020] Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi Yalova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 47.

kulağına, burun deliklerine veya göbük deliğine cinsel organ sokulması gibi örnekler cinsel ilişki kapsamında değerlendirilmiş olacaktır. Görüleceği üzere söz konusu tanım uyarınca kadın ve erkek cinsiyetleri arasında bir ayırım yapılmamış olup nitekim oral ya da anal ilişkiler de cinsel ilişki kavramı içerisinde değerlendirilmektedir⁴⁵. Hatta kavramı daha geniş tanımlayan yazarlarca cinsel ilişki fiili ile nitelikli cinsel saldırı açısından öngörülen fiiller aynı olarak kabul edilmekte, böylelikle cinsel ilişkinin bu fiil çerçevesinde değerlendirilmesi hem terminoloji birliğini sağlamakta hem de geniş ve kapsayıcı bir tanım ortaya koymaktadır⁴⁶.

Son olarak cinsel ilişki kavramını en geniş şekilde anlayan ve madde gerekçesinde de ifadesini bulan görüşe göre cinsel ilişki cinsel arzuların tatmini amacına yönelik her türlü davranış olarak kabul edilmektedir⁴⁷. Bu görüşe göre sadece cinsel birleşmeler değil cinsel arzuları tatmine yönelik olması şartıyla erojen bölgelere dokunma, öpüşme vb şekilde gerçekleştirilen davranışlar da cinsel ilişki olarak kabul edilecektir⁴⁸.

45 Turgay Karabulut, ‘Türk Ceza Kanununda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu’ [2019] Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, 44-45: Yazar tarafından mevcut cinsel ilişki kavramına yönelik genel bir tanım olmamasından bahisle tüm bu ilişkileri kapsayacak şekilde cinsel ilişkinin “cinsel ilişki, cinsel organın vücuda vajinal, anal veya oral yoldan, sair cismin vücuda vajinal veya anal yoldan ithal edilmesi ile gerçekleşir” şeklinde düzenlenmesinin, yerinde bir düzenleme olacağı ileri sürülmüştür.

46 Yener Ünver, ‘Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi’ [2013] II. Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu “Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku”, 47. Kanun koyucunun kanunun sistematiğinden ayrılarak “cinsel ilişki” deyimini kullanmak yerine, cinsel saldırının ve cinsel istismarın nitelikli halini oluşturan “vücuda organ veya sair bir cisim sokulması” deyimini tercih etmesinin, maddenin koruma amacına ulaşması bakımından daha isabetli olacağı yönünde bkz Enver Aksakal, ‘Reşit Olmayan ile Cinsel İlişki Suçu’ [2014] 88 (2) İstanbul Barosu Dergisi, 260.

47 Bkz 225 madde gerekçesi. Aynı yönde bkz Gökcan ve Artuç (n 3) 7507. Benzer yönde bkz Soyaslan (n 28) 262: Yazara göre de cinsel ilişki flört aşamasından sonraki tüm ilişkiler olup bu ilişkiler birleşme şeklinde olabileceği gibi karşılıklı olarak cinsel arzuların tatminine yönelik başkaca hareketler de olabilir. Benzer yönde bkz Recep Doğan, ‘Anlamlı Yanıt Üretilemeyen İkilem: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu’ [2017] 75 (1) Ankara Barosu Dergisi, 134-135: Yazara göre de erkek ve kadın arasında gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın, vücutların herhangi bir şekilde cinsel haz amacıyla bir araya gelmesini sağlayan her türlü yakın temas cinsel ilişki bağlamında değerlendirilmelidir. Fakat yazar tarafından cinsel ilişkinin bu şekilde çok geniş bir anlama sahip olmaması için ilişkiye esas teşkil eden eylemlerin gerek içeriği gerekse sıklığı ve yoğunluğu açısından süreklilik arz edip sarkıntılık boyutunu geçmesi gerektiği, süreklilik arz eden ve cinsel haz amacıyla yapılan bu eylemlerin öpme, okşama, sürtünme kavramlarının ötesinde bir içeriğe sahip olması gerektiği belirtilmiş ve fakat cinsel doyuma ulaşma bir koşul olarak gerekli görülmemiştir.

48 Nitekim söz konusu tanım hem çok geniş hem de çok muğlak olmasından ötürü öğretide eleştirilmiştir. Hafizoğulları ve Özen (n 5) 326. Ayrıca bkz Özen İnci (n 3) 32: Yazara göre gerekçe dikkate alındığında suç teşkil eden fiiller aşırı derecede genişleyecektir. Bu bağlamda eğer kanun koyucunun niyeti cinsel davranış kapsamında fiilleri cezalandırmaksa bunu madde metninde açıkça dile getirmelidir. Nitekim daha önce de ifade edildiği üzere Alman Ceza Kanunu m.183a uyarınca cinsel ilişki yerine cinsel davranış terimine yer verilmiştir.

Cinsel ilişki kavramının belirlenebilmesi için bu kavramın çeşitli anlamlarının ortaya konulabilmesi ve bu çerçevede inceleme konumuzu oluşturan suç tipi açısından yerleşmiş yorum ilkeleri dahilinde bir sonuca varmamız gerekmektedir. Cinsel kelimesi TDK'da “*Cinsiyetle ilgili, cinsî, eşeyssel, seksüel*” şeklinde, ilişki ise “*iki şey arasında karşılıklı ilgi, bağ, münasebet, temas*” şeklinde tanımlanmıştır⁴⁹. Tıp literatüründe ise cinsel ilişki, oral, anal ve penil-vajinal seks de dahil olmak üzere yakın cinsel davranışlar olarak kabul edilmektedir⁵⁰. Yine tıp biliminde cinsel birleşme, çiftleşme veya vajinal seks olarak da ifade edilen cinsel ilişki, genellikle bir erkeğin sertleşmiş olan cinsel organı penisinin, uyarılmış bir kadın vajinasının içine girmesini kapsayan, cinsel zevk ya da üreme amaçlı bedensel ilişki için kullanılan tabirdir⁵¹. Bunun yanı sıra, penetrasyon içeren anal seks, oral seks, parmaklama, dildo kullanma gibi cinsel aktiviteler de eşcinsel veya heteroseksüel olmasına bakılmaksızın bir cinsel birleşme olarak kabul edilebilirler⁵². Bu manada kanaatimizce tarafların cinsiyetleri dikkate alınmaksızın, fiziksel bir temas içererek, fizyolojik doğal akışı içerisinde ejakülasyona⁵³ sebebiyet verebilecek her türlü cinsel fiil *cinsel ilişki* teşkil edebilecektir. Bu noktada kanaatimizce önemli olan söz konusu bu fiillerin karşılıklı olması ve bir temas içermesidir. Bu manada ister eşcinsel ister heteroseksüel olsun temas içermeyen cinsel davranışlar cinsel ilişki olarak telakki edilemeyecek olup bunlar koşulları oluşması halinde teşhircilik olarak nitelendirilebilir. Diğer yandan özellikle ilişki tanımına bakıldığında söz konusu fiillerin bir karşılıklılık içermesi gerekmekte olup kişinin tek başına cinsel organına bir cisim sokması ya da kişinin kendi kendini tatmin etmesi (mastürbasyon) de cinsel ilişki olarak kabul edilemeyecek fakat koşulları oluşması halinde yine teşhircilik kapsamında değerlendirilebilecektir⁵⁴. Bunun haricinde oral ilişki, anal ilişki, yapay bir penisin yahut başka bir cismin vücuda başka bir kimse tarafından sokulması, bir

49 www.tdk.com.tr, erişim tarihi 22.02.2022.

50 Nafiz Bozdemir ve Sevgi Özcan, ‘Cinselliğe ve Cinsel Sağlığa Genel Bakış’ [2011] 5 (4) Turkish Journal of Family Medicine and Primary Care, 39.

51 https://www.lexico.com/definition/sexual_intercourse, erişim tarihi 22.02.2022; <https://www.britannica.com/science/sexual-intercourse>, erişim tarihi 22.02.2022.

52 <https://dictionary.cambridge.org/>, erişim tarihi 22.02.2022: Oxford sözlükte cinsel ilişki seks yapmak olarak tanımlanırken, oral ilişki ya da anal ilişki de seksüel ilişki olarak kabul edilmektedir.

53 Erkek ejakülasyonu erkek vücut yapısında meninin penisin ucundaki çıkıştan dışarı atılmasıdır. Cinsel birleşmesinin son aşamasıdır ve orgazm ile eşlik eder. Kadın ejakülasyonu ise, çoğunlukla yoğun bir haz deneyimi ile görülen, orgazm sırasında paraüretal kesenin darbeler halinde, gözle görülür miktarda sıvı salgılamasına denilmektedir. Bkz <https://www.webmd.com/sex/what-is-squirting-orgasm>, erişim tarihi 18.02.2022.

54 Özen İnci (n 3) 34. Cinsel ilişkiden bahsedilebilmesi için en az iki kişinin varlığının gerektiği yönünde bkz Gökcan ve Artuç (n 3) 7507.

tarafın diğer tarafın cinsel organına parmak vs sokması gibi fiiller cinsel ilişki kapsamında kabul edilecektir ve alenen gerçekleştirildiğinde bu tip fiillerin hayasızca hareketler suçunun tipik fiilleri olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Cinsel ilişki kavramının anlamının bu şekilde tespitinin yanında bir fiilin bu suç çerçevesinde cinsel ilişki olarak tanımlanabilmesi için tarafların her ikisinin de rızasının aranıp aranmayacağı meselesinin de çözümlenmesi gerekmektedir. Bu konuda ileri sürülen ilk görüşe göre cinsel ilişki taraflarının birinin geçerli bir rızası olmadığı takdirde cebir, tehdit vb. uygulayarak cinsel ilişkide bulunan kişi fail olacak ve hareket de hayasızca hareketler suçu kapsamında tipik fiil teşkil edecektir⁵⁵. Yine bizzat cinsel ilişkide bulunmasa dahi kişilere cebir ya da tehditte bulunarak cinsel birleşmede bulunmaya zorlayan kimse de dolaylı fail konumunda olacaktır⁵⁶. Bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre ise cinsel ilişkiden bahsedebilmek için bir karşılıklılık aranmakta olup taraflardan birinin rızası olmadığı takdirde artık TCK m 102/f 2 kapsamında nitelikli cinsel saldırıdan ya da TCK m 103/f2 kapsamında nitelikli cinsel istismardan bahsedilecek olup bu sebeple cinsel ilişkiden bahsedebilmek için tarafların rızasının olması gerekmektedir⁵⁷. Bu manada cinsel ilişki kavramı muhakkak tarafların rızasını gerektirdiğinden nitelikli cinsel saldırı veya nitelikli cinsel istismar fiillerinin alenen gerçekleştirilmesi halinde TCK m 225'te öngörülen cinsel ilişkiden bahsedilemeyecek olup haliyle bu suç da oluşmayacaktır. Gerçekten de TCK m 102/f 2'ye bakıldığında “*fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi*” ifadesine yer verilmiş ve fakat fiilin cinsel ilişkiye girmek suretiyle gerçekleştirilmesi denmemiştir. Bir başka deyişle kanun koyucu burada aynı fiilleri kastetmediği ve bu fiilleri cinsel

55 Kangal (n 2) 20; Baytemir (n 3) 637. Bu halde cinsel saldırı suçunun mağdurunun hayasızca hareketler suçunun tanığı olduğu yönünde bkz Önder (n 3) 521.

56 Özyüksel (n 23) 151.

57 Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 3) 957; Özen İnci (n 3) 35; Bakıcı (n 4) 217,219; Parlar ve Hatipoğlu (n 2) 674; Baytemir (n 3) 640; Otacı (n 4) 128. Aksi yönde bkz Hafizoğulları ve Özen (n 5) 326. Kanaatimizce hayasızca hareketler suçunun 765 sayılı kanunda yer alan düzenlemesi kapsamında nitelikli cinsel istismar yahut nitelikli cinsel saldırı suçlarının alenen işlenmesi halinde anılan suçun da oluştuğundan bahsedilebilir. Zira suçun söz konusu düzenleniş biçiminde tipik fiil olarak “alenen hayasızca vaz’u harekette bulunmak” öngörülmüştür ve bu bağlamda nitelikli cinsel istismar yahut nitelikli cinsel saldırı suçlarının tipik hareketleri aynı zamanda hayasızca hareketler suçunun koruduğu hukuksal değeri de ihlale elverişli olduğundan hayasızca vaz’u hareket olarak kabul edilecektir. Fakat 5237 sayılı kanun ile TCK m 225'te suçun seçimsiz hareketlerinde açıkça cinsel ilişki fiiline yer verilmiş olup bu halde nitelikli cinsel istismar yahut nitelikli cinsel saldırı suçlarının alenen işlenmesi hallerinin söz konusu suç tipi kapsamında alenen cinsel ilişki kavramı içerisinde değerlendirilemeyeceği anlaşılmaktadır. Nitekim Önder de taraflardan birinin rızası olmadığı halde nitelikli cinsel saldırı suçunun oluşacağını, bunun alenen işlenmesi halinde ise ancak hayasızca vaz’u harekette bulunmadan bahsedilebileceğini ve fakat fiilin cinsel münasebette bulunma kapsamında değerlendirilemeyeceğini ifade etmiştir. Bkz Önder (n 3) 526.

ilişki kavramı dışında tuttuğu için *vücuda organ veya sair cisim sokulması* olarak ifade etmiştir⁵⁸. Yine TCK m 104 kapsamında reşit olmayanla cinsel ilişki suçu kapsamında *cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunma* fiiline yer verilmiş olup esasen bu maddede de her iki tarafın da rızası olduğuna vurgu yapılmaktadır⁵⁹. Bu cihetle kanaatimizce de alenen bir başkasına nitelikli cinsel saldırı veya nitelikli cinsel istismarda bulunulması halinde cinsel ilişkide bulunmak suretiyle hayasızca hareketler suçunun oluştuğundan bahsedilemeyecek koşulları oluşması halinde ancak teşhircilik fiilinden bahsedilecektir.

Bu kapsamda değerlendirilmesi gereken bir başka konu ise hayvanlarla cinsel birleşmede bulunulması yahut ölümlere yönelik cinsel davranışlara girişilmesi halinde TCK m 225'te belirtilen suçun tipik hareketlerinin gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Daha önce de ifade edildiği üzere cinsel ilişki niteliği gereği bir karşılıklılığı gerektirmekte ve en azından iki kişinin katılımını zorunlu kılmakta olup hayvanlarla ya da ölümlerle gerçekleştirilen cinsel mahiyette fiillerin bu nedenle cinsel ilişki olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Böyle bir fiil koşulları oluşması halinde ancak teşhircilik kapsamında değerlendirilebilir⁶⁰. Diğer yandan hayvanlarla cinsel birleşme gerçekleştirildiği halde

58 Kaldı ki kanun koyucu nitelikli cinsel saldırı ve nitelikli cinsel istismar fiillerini tanımlarken vücuda organ ya da sair cisim sokulması şeklinde farklı bir ifade kullanarak bu tip fiillerin cinsel ilişki ile aynı olmadığını açıkça ortaya koymakla birlikte her iki grup fiil karşılaştırıldığında TCK m 102/ f 2 ve TCK m 103/ f 3 suçlarındaki fiillerin daha geniş bir ifadeyi karşıladığını da belirtmek gerekmektedir.

59 Bu halde eğer cinsel ilişki tarafların karşılıklı rızasını gerektiriyorsa reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda neden “cebir, tehdit ve hile olmaksızın” ifadesine yer verildiği sorusu akıllara gelebilir. Kanaatimizce kanun koyucu tarafından nitelikli cinsel saldırı ve nitelikli cinsel istismar suçlarında cinsel ilişki kavramına yer vermeyerek TCK m 104 açısından özellikle cinsel ilişki kavramını kullanması tesadüfi değildir. Diğer yandan kanun koyucu anılan maddede “cebir, tehdit ve hile olmaksızın” ifadesine yer vererek cinsel ilişki açısından her iki tarafın da rızasının olması hususuna özellikle dikkat çekmiş ve cinsel ilişkinin özellikle bu unsurunun altını çizmiştir. Aksi halde zaten anılan fiil cinsel ilişki olarak telakki edilemeyecektir.

60 Aynı yönde bkz Baytemir (n 3) 640. Nitekim 765 sayılı Kanun yürürlükteyken verilen Yargıtay kararları da incelendiğinde hayvanlarla gerçekleştirilen cinsel birleşmelerin alenen cinsel münasebette bulunmak kapsamında değil; alenen hayasızca vaz' u harekette bulunma fiili kapsamında değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Yargıtay 5 CD, 5035/5975, 25.12.1990: “(...) *Sanığın, inekle cinsi münasebette bulunma eyleminin TCK. nun 419/2. değil, 1. fıkrasına uygun alenen hayasızca vaz' u harekette bulunmak suçunu teşkil ettiği (...)*” <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, erişim tarihi 11 Şubat 2022; Yargıtay 2 CD, 9154/8654, 12.6.1954: “(...) *Dana ile cinsi münasebette bulunmak fiili 419 uncu maddenin ikinci fıkrasını değil 1 inci fıkrasına uyan suçu teşkil eder. (...)*” <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, erişim tarihi 11 Şubat 2022; Yargıtay 2 CD, 8616/4844, 16.4.1952: “(...) *hayvan ile cinsel münasebet mevzubahis olamayacağına göre fiilin hayasızca hareket olarak tavsif edilmesi hukuka uygundur. (...)*” (aktaran: Gözübüyük (n 4) 175); Yargıtay 5 CD, 4066/4265, 23.12.1981, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, erişim tarihi 10 Şubat 2022. Hayvanlarla ya da ölümlerle alenen cinsel birleşme gerçekleştirilmenin cinsel ilişki değil, hayasızca vaz' u hareket olarak nitelendirilmesi gerektiği yönünde bkz Önder, (n 3), 526; Dönmezer (n 3) 165; Bakıcı (n 4) 216; Gözübüyük (n 4) 174; Otacı (n 4) 128. Hayvanla olan aleni cinsel birleşmenin alenen cinsel ilişki olduğu yönünde bkz Gökecan ve Artuç (n 3) 7507.

koşulları oluştuğunda 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu m 28A/f 3'teki suç, ölümlülerle cinsel birleşme sağlandığında ise TCK m 130/f2 uyarınca kişinin hatirasına hakaret suçlarından bahsedilecektir⁶¹.

Hayasızca hareketler suçunun oluşabilmesi için yukarıda belirttiğimiz anlamda bir cinsel ilişkinin bulunması gerekliyse de bu yeterli olmayıp aynı zamanda bu cinsel ilişkinin alenen gerçekleştirilmesi gerekmektedir⁶². Bu manada aleniyet hareketin bir vasfı niteliğinde olup maddi unsurlar kapsamındadır⁶³. Aleniyetten, fiilin gerçekleştirildiği sırada belirli olmayan birden fazla kişi tarafından görülebilir olması anlaşılmaktadır⁶⁴. İfade etmek gerekir ki aleniyetin varlığı için fiilin belirsiz sayıda kişi tarafından somut olarak görülebilir olması yeterli olup muhakkak görülmesi ise gerekli değildir⁶⁵. Örneğin işlek bir caddede gerçekleştirilen cinsel ilişki belirsiz sayıda kişi tarafından görülebilir nitelikte olup yoldan geçenlerin meşguliyetleri vb sebeplerle bu cinsel ilişkiyi görmemelerinin aleniyet unsuru üzerinde bir etkisi yoktur⁶⁶. Aleniyet her somut olay özelinde söz konusu yerin objektif ve sübjektif özellikleri göz önünde bulundurularak tespit edilmelidir⁶⁷.

Bu manada herkesin kullanımına açık umumi yerlerde bu tip fiillerin icra edilmesi halinde kural olarak aleniyet unsurunun gerçekleşeceğinden bahsedilecektir. Örneğin bir parkta, caddede, mesire yerleri vb yerlerde normal bir zaman dilimi içerisinde cinsel ilişkiye girilmesi halinde söz konusu fiil birden fazla ve belirsiz sayıda kişi tarafından görülebileceğinden aleniyet unsurunun varlığından söz edilecektir⁶⁸. Fakat

61 Aynı yönde bkz Özen İnci (n 3) 33-34. Hayvanlarla cinsel ilişkiye girilmesi halinde TCK m 225 uyarınca hayasızca hareketler suçunun oluştuğu yönünde bkz Hafizoğulları ve Özen (n 5) 326; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 3) 957. Söz konusu fiillerin ancak teşhircilik fiili kapsamında değerlendirilebileceği yönünde bkz Kangal (n 2) 21.

62 Alman ceza hukuku açısından da StGB § 183a uyarınca suçun oluşması için cinsel hareketlerin alenen gerçekleştirilmesi gerekmekte iken suçun neticesi olan rahatsızlığın ise aleni olmasına gerek yoktur. bkz Arzt, Weber, Heinrich ve Hilgendorf, (n 16) §10 kn:30.

63 Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 3) 958; Özen İnci (n 3) 44; Kangal (n 2) 21; Soyaslan, (n 27) 551; Bakıcı (n 4) 217; Önder (n 3) 515; Baytemir (n 3) 641-642; Gökçen ve Artuç (n 3) 7509.

64 Aynı yönde Schönke ve Schröder (n 16) §183a kn:4; Gössel (n 1) §7 kn:22; Ficsher (n 13) § 183a kn:4; Dreher ve Tröndle (n 16) §183a kn:4; Lackner (n 15) §183a kn:2. Ayrıca bkz TCK 225. madde gerekçesi, Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 3) 958; Kangal (n 2) 22; Soyaslan (n 28) 550; Parlar ve Hatipoğlu (n 2) 672; Bakıcı (n 4) 217; Meran (n 6) 597; Önder (n 3) 517; Baytemir (n 3) 642; Otacı (n 4) 126; Gökçen ve Artuç (n 3) 7510.

65 Miebach (n 16) §183a kn:6; Bakıcı (n 4) 217; Önder (n 3) 51; Baytemir (n 3) 643; Otacı (n 4) 127; Gökçen ve Artuç (n 3) 7512.

66 Aynı yönde bkz. Kangal (n 2) 25; Önder (n 3) 520.

67 Aynı yönde Gössel (n 1) §7 kn:25; Önder (n 3) 516.

68 Dönmezer (n 3) 167; Parlar ve Hatipoğlu (n 2) 672.

diğer yandan herkesin kullanımına açık olmakla birlikte zaman, hava durumu vb öğeler açısından fiilin gerçekleştirildiği an itibari ile belirsiz sayıda kimsenin görmesine olanak yoksa aleniyet unsurunun gerçekleştiğinden bahsedilemeyecektir⁶⁹. Bu manada bir yerin umuma açık olması doğrudan aleniyet unsurunun gerçekleştiği anlamına gelmemekte her somut olay özelinde fiilin birden fazla ve belirsiz sayıda kişi tarafından görülebilme ihtimali olup olmadığı ayrıca değerlendirilmelidir⁷⁰. Örneğin normal koşullarda ormanlık alanlardaki piknik yapılan yerler herkesin kullanımına açık ve normal hava ve gün içi saatlerde belirsiz sayıda kişinin ziyaret ettiği alanlardır. Bu manada söz konusu zaman dilimi içerisinde bu gibi bir yerde cinsel ilişkiye girilmesi halinde aleniyet unsurunun varlığı kabul edilecektir. Fakat gece geç saatlerde veya olağan mevsim şartları dışında bu gibi alanlarda gerçekleştirilen fiillerin belirsiz sayıda kişi tarafından görülmesi mümkün olmayabilir. Bu halde aleniyet unsurundan bahsedilemeyeceğinden hayasızca hareketler suçu da oluşmayacaktır. Bu manada aleniyet unsuru fiilin icra edildiği yerin niteliğine göre değil, fiilin icra edildiği an itibari ile belirsiz sayıda kişi tarafından görülebilir olup olmadığına göre değerlendirilmelidir⁷¹. Birden fazla kişi tarafından görülebilir olup olmama değerlendirilirken ise fiilin gerçekleştirildiği an itibari ile durumu, mevsim şartları, zaman şartları, fiilin görülmemesi için alınan tedbirler gibi bir takım sübjektif kıstaslar kullanılacaktır⁷². Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında fiillerin gerçekleştirildiği yerin umuma açık mı yoksa özel yer mi olduğuna göre değil somut olayın ve fiillerin icra edildiği yerin özelliklerine göre aleniyet unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespit edilmesi gerektiğine vurgu yapmaktadır⁷³.

69 Benzer yönde bkz Kangal (n 2) 24.

70 Gössel (n 1) §7 kn:22; Bakıcı (n 4) 218; Önder (n 3) 518; Otacı (n 4) 126, Kangal (n 2) 24: Yazar tarafından da aynı görüş savunulmakta ve kanuni tanımda fiilin umuma açık yerde işlenmesinden değil alenen işlenmesinden bahsedildiği ve bu iki kavramın birbirinden ayrı olduğu ifade edilmektedir. Aksi yönde bkz Hafizoğulları ve Özen (n 5) 326.

71 Aynı yönde bkz Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 3) 959; Bakıcı (n 4) 217; Parlar ve Hatipoğlu (n 2) 673; Meran (n 6) 597; Baytemir (n 3) 642; Otacı (n 4) 126.

72 Önder (n 3) 518; Baytemir (n 3) 643.

73 Yargıtay 14 CD, 8078/8129, 10.09.2012: “*Sanığın Işıkkent Egemenlik Mahallesi 6108 sokak Aygaz dolun tesisleri yanındaki boş arazide hükmü temiz etmeyen diğer sanıkla cinsel ilişkiye girdiğine dair yakalama tutanağı ve dosya içeriği nazara alınarak, tutanak mümzileri tanık sıfatı ile dinlenip duraksama halinde olay yerinde keşif yapılmak suretiyle, aleniyet unsurunun bulunup bulunmadığı kesin biçimde saptanıp, bundan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi, (...)*” www.corpus.com.tr, erişim tarihi 11 Şubat 2022; Yargıtay 14 CD Ceza Dairesi, 3400/6673, 12.06.2012: “*(...)Sanıkların soruşturma aşamasında 08.10.2006 tarihinde, mezarlığın yanında bulunan yerde cinsel ilişkiye girdiklerine dair kolluktaki beyanları, aynı tarihli olay yeri inceleme tutanağı ve dosya içeriği nazara alınarak, olay mahallinde tutanak mümzileri de hazır bulundurulup keşif yapılmak suretiyle, aleniyet unsurunun bulunup bulunmadığı kesin biçimde saptanıp,*

Herkesin kullanımına açık ve belirsiz sayıda kişinin girip çıkabildiği yerler olmakla birlikte bu yerlerde icra edilen fiilin başkaları tarafından görülebilme imkânı yoksa aleniyetten bahsedilemeyecektir. Örneğin umumi tuvaletler niteliği gereği belirsiz kişi tarafından kullanılabilir alanlar olup diğer yandan bir umumi tuvalet kabininde tarafların cinsel ilişkiye girmesi halinde aleniyet unsurundan bahsedilemez. Benzer şekilde örneğin bir mağazanın soyunma kabininde ya da ormanlık alanda kapalı bir çadırda gerçekleştirilen fiillerin de aleni olduğundan bahsedilemeyecektir. Bu aşamada ifade etmek gerekir ki söz konusu fiillerin görülmemesi ve fakat cinsel ilişkiye dair seslerin duyulması da fiili aleni hale getirmemektedir, zira aleniyet fiilin görünebilir olması ile ilgili olup yalnızca işitilmesi suç tipini karşılamamaktadır⁷⁴.

Sayısı belirli olan kişiler önünde gerçekleştirilen cinsel ilişki fiili, birden fazla kişi tarafından algılanabilir olsa da aleniyet unsurunun gerçekleştiğinden bahsedilemeyecektir⁷⁵. Örneğin bir evde belirli sayıda kişinin huzurunda gerçekleştirilen cinsel ilişki aleniyet unsurunu karşılamayacaktır⁷⁶. Bununla birlikte umuma ve herkesin kullanımına açık olmayan özel yerler açısından da belirli şartların halinde aleniyetten bahsedilmesi mümkündür⁷⁷. Örneğin kural olarak kişinin evinde yahut dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen aracında gerçekleştirdiği cinsel ilişkinin aleni

bundan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek, sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri (...)" <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 11 Şubat 2022; Yargıtay 5 CD, 5073/2893, 26.04.2002: "(...) Olayın, şehir dışındaki orman parkının ilerisindeki çamlıkta gece saat 22-23 sırasında meydana geldiği dosya içeriğinden anlaşılmasına göre, olay yerinde keşif yapılarak aleniyet unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği, başkaları tarafından görülüp görülmediklerinin saptanmasından sonra sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri (...)" <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 19 Şubat 2022; Yargıtay 5 CD, 5073/2893, 26.04.2002: "(...) Olayın şehir dışındaki orman parkının ilerisindeki çamlıkta gece 22-23 sırasında meydana geldiği dosya içeriğinden anlaşılmasına göre olay yerinde keşif yapılarak aleniyet unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği başkaları tarafından görülüp görülmedikleri saptanmasından sonra sanıkların hukuki durumlarının tayin ve tespiti (...)" <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 17 Şubat 2022.

74 Aynı yönde bkz Dönmezer (n 3) 162; Önder, (n 3), 520; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 3) 958; Kangal (n 2) 23; Otacı (n 4) 127.

75 Miebach (n 16) §183a, kn:7; Gössel (n 1) §7 kn:23; Kangal (n 2) 22.

76 Aleniyetten bahsedebilmek için söz konusu fiillerle belli bir yakınlık ve ilişki içinde bulunulmaması gerekmektedir. bkz Schönke ve Schröder (n 16) §183a, kn:4; Gössel (n 1) §7 kn:24; Miebach (n 16) §183a kn:7; Maurach, Schroeder ve Maiwald (n 3) §22 kn:9; Önder, (n 3) 521. Ayrıca bkz Dönmezer (n 3) 175: Yazar bu hususu rıza üzerinden değerlendirmekte ve kapalı bir yerde işlenen hayasızca harekete isteyerek şahit olmuş kimse açısından aleniyetten bahsedilemeyeceğini belirtmektedir.

77 Aynı yönde bkz Bakıcı (n 4) 219; Parlar ve Hatipoğlu (n 2) 673; Meran (n 6) 597; Baytemir (n 3) 643; Dönmezer (n 3) 171: Yazara göre özel yerler açısından aleniyetin gerçekleşip gerçekleşmediği kişilerin icra ettikleri fiillerin başkaları açısından görülmemesi için yeterli tedbirin alınıp alınmamasına göre belirlenecektir. Tüm tedbirler alınmasına rağmen kişiler bu tedbiri bertaraf edip fiilleri görmüşlerse artık aleniyetin oluştuğundan bahsedilemez.

olduğundan bahsedilemeyecek olsa da işlek bir cadde üzerinde evin içinin görünür vaziyette olması halinde cinsel ilişkiye girilmesi açısından kanaatimizce aleniyet söz konusudur⁷⁸. Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu birçok kararında kişilerin şahsi araçları içerisinde girdikleri cinsel ilişkilerin aracın bulunduğu yer ve aracın içinin görünebilecek olmasından bahisle aleniyet unsurunun gerçekleşmesi nedeniyle hayasızca hareketler suçunu oluşturduğuna karar vermiştir⁷⁹.

c. Alenen Teşhircilik Yapma

Hayasızca hareketler suçunun kanuni tanımında öngörülen ikinci seçimli hareket ise *alenen teşhircilik yapmaktır*. Buna göre sadece alenen cinsel ilişkide bulunulması halinde değil bir kimsenin teşhircilikte bulunması halinde de hayasızca hareketler suçu oluşacaktır. Ancak cinsel ilişkide olduğu gibi teşhircilik açısından da suçun oluşabilmesi için fiilin aleni şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Teşhircilik TDK'da "*göstermecilik*" şeklinde tanımlanmış TCK'nın 225. maddesinin gerekçesinde ise "*bir kişinin cinsel organını yahut vücudunun benzer cinsel kısımlarını aleni olarak sergilemesi*" olarak ifade edilmiştir. Teşhircilik, psikiyatri biliminde ise bir cinsel bozukluk olarak ifade edilmekte olup "*birinin cinsel organlarını bir yabancıya veya tahmin etmeyen bir kişiye tekrarlanan gösterme zorlanması*" şeklinde tanımlanmaktadır⁸⁰. Teşhircilik, öğretilerde bir kısım yazarca belirsiz bir veya birkaç kişiye vücudunun mahrem bölgelerini göstermek olarak tanımlanmış olup⁸¹ madde gerekçesinde de belirtildiği üzere teşhirciliğin konusu, kişinin cinsel organlarından

78 Benzer yönde örnek için Kindhäuser (n 16) § 183a kn:2. Ayrıca bkz. BGH 1 StR 384/05, 07.02.2006, <<https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2006-27&Sort=1024&nr=35395&pos=13&anz=32>> erişim tarihi 18 Nisan 2022; Samiğin avluya bakan bir otel odasının penceresinde soyunmuş halde durması sonucu işe giden biri tarafından görülmesi StGB § 183a kapsamında değerlendirilmiştir.

79 Yargıtay 14 CD, 6401/2296, 28.02.2012: "(...) Mahmudiye Eskişehir anayolunda yolun kenarına park ettikleri aracın içinde cinsel ilişkiye girdiklerini ifade etmeleri, aracı park ettikleri alanın niteliği ve araç içinin herkes tarafından görülebilecek ve içinde yapılanların algılanabilecek durumda olması ve tüm dosya içeriği karşısında, sanıkların anayol kenarına park ettikleri araç içinde alenen cinsel ilişkide buldukları gözlemlenmeden, aleniyet unsurunun oluşmadığı gerekçesiyle ve sanık Neslihan açısından da CMK.nın 193/2. maddesine aykırı olarak savunması alınmadan sanıkların beraatlerine hükümlenmesi, Kanuna aykırı, (...)"www.corpus.com.tr, erişim tarihi 11 Şubat 2022.

80 <http://www.dpsikiyatri.com/hastaliklar1141.asp>, erişim tarihi 7 Şubat 2022; <https://www.cetad.org.tr/73/sik-sorulan-sorular/44/parafililer-cinsel-sapkinliklar>, erişim tarihi 7 Şubat 2022; Şemsi Gök, *Adli Tıp* (1. Bası, Filiz 1968) 513; Çervatoğlu, Özdemir ve Uygur (n 14) 27: Teşhircilik ICD-10'da (Ruhsal ve davranışsal bozukluklar sınıflandırması, klinik tanımlar ve tanı kılavuzları) "Cinsel Seçim Bozuklukları Parafili" üst başlığı altında sınıflandırılmıştır.

81 Gökcen ve Artuç (n 3) 7507; Parlar ve Hatipoğlu (n 2) 674: Yazarlara göre fail, bu fiili toplumun ar ve haya duygularını rencide edecek şekilde icra etmelidir.

ibaret değildir⁸². Vücut bölgelerinin, madde metniyle korunması amaçlanan hukuki değeri ihlal niteliğindeki teşhiri, bu suçun oluşumuna neden olacaktır. Yargıtay kararlarına da bakıldığında teşhircilik fiilinin yalnızca cinsel organlarla sınırlanmadığı görülmektedir⁸³. Örneğin Yargıtay vermiş olduğu bir kararında sanığın cadde üzerinde göğüslerini açması fiilini teşhircilik olarak kabul etmiştir⁸⁴. Fakat söz konusu bu yorum, suç tipi açısından belirlilik ilkesine karşı ciddi bir sorun teşkil etmektedir zira vücudun hangi bölgelerinin mahrem olarak değerlendirileceği madde metninden anlaşılmamaktadır⁸⁵. Öğretide yapılan bir diğer tanım kapsamında ise teşhircilik, cinsel arzuların tatminine yönelik olan ahlaka, terbiyeye ve nezaket kurallarına aykırı, edep duygularını inciten iffetsiz davranışlar olarak değerlendirilmektedir⁸⁶. Kanaatimizce söz konusu tanım son derece geniş olup diğer yandan kişilerin cinsel tatminine yönelme üzerinden teşhircilik fiilinin tanımlanması mümkün değildir. Örneğin bir kimsenin kıyafetleri üzerinden cinsel tatmine yönelik olarak cinsel organını okşamayı teşhircilik fiilini oluşturmamaktadır. Bu açıdan kanaatimizce bir kimsenin vücudunun cinsel anlam ifade edebilecek nitelikteki belirli bölgelerini aleni olarak sergilemesinin teşhircilik kapsamında olup olmadığı fiilin icra edildiği yer, zaman, icra ediliş şekli

- 82 Gössel (n 1) §7 kn:8; Kindhäuser (n 16) §183 kn 2: Yazarlara göre StGB § 183'ün teşhirci eylemleri, bir erkeğin, diğer kişinin algısı veya buna tepkisi yoluyla kendini cinsel olarak tatmin etmek veya mevcut uyarılmasını artırmak için cinsel organlarını rızası olmadan başka bir kişiye gösterdiği eylemlerdir. Görüldüğü üzere Alman ceza hukuku uyarınca teşhircilik fiili yalnızca erkek cinsel organı ile sınırlanmıştır. Benzer yönde bkz Schönke ve Schröder (n 16) §183 kn 3; Miebach (n 16) §183 kn 6; Fischer (n 13) §183 kn:5; Dreher ve Tröndle (n 16) §183 kn:5; Lackner (n 15) §183 kn:2; Maurach, Schroeder ve Maiwald (n 3) §22 kn:6.
- 83 Gökcan ve Artuç (n 3) 7508: Yazarlara göre teşhircilik cinsel nitelikte olan, cinsellik yüklenmiş organlarla veya cinsel organlar dahil edilerek yapılan davranışlardır. Aksi yönde bkz Bakıcı (n 4) 215; Meran (n 6) 597; Özen İnci (n 3) 38: Yazarlara göre teşhircilik teşkil eden fiil cinsel organ ile ilgili olmalıdır.
- 84 Yargıtay 14 CD, 11650/6365, 05.06.2012: “(...) travesti olan sanığın cadde üzerinde göğüslerini açmak suretiyle teşhircilikte bulunduğu halde, mahkumiyeti yerine beraatine karar verilmesi, Kanuna aykırı” <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 11 Şubat 2022; Yargıtay 14 CD, 13152/5866, 23.05.2012: “(...) Cadde üzerinde sanık Sevgi'nin “göğüslerini açıp okşamak”, sanık Zeynep'in “tişörtünü yukarı sıyırıp göğüslerini teşhir ederek diliyle de çevreden geçen şahısların dikkatini çekmek”, bayan görünümlü erkek olduğu anlaşılan sanık Yasin Cesim'in ise “tişörtünü yukarı sıyırıp, sağ göğsünü çevreden geçen vatandaşlara göstermek” şeklindeki eylemlerini anlatan 28.05.2006 günlü olay tutanağı içeriği ile bunu doğrulayan tutanak münzisi tanık İsmail Özdemir'in 30.05.2006 günlü savcılık beyanı ve tüm dosya içeriğinden, sanıkların hayasızca hareketlerde bulunma suçunu işledikleri sabit olduğu halde, mahkumiyetleri yerine, yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi (...)”www.corpus.com.tr, erişim tarihi 11 Şubat 2022.
- 85 Nitekim öğretide bir kadının mini etek veya dekolteli giymesinin teşhircilik kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılmış ve sadece kanunun gerekçesi dikkate alındığında pekâlâ teşhircilik olarak değerlendirilebileceği sonucuna ulaşılmıştır. Bkz Özen İnci (n 3) 37. Öğretideki bir başka görüşe göre ise modanın çıplaklık denemeleri teşhircilik olarak değerlendirilemez. Örf ve âdet hukukunun teşhircilik fiilinin yorumlanması açısından dolaylı kaynak vazifesi gördüğü hakkında bkz Kangal (n 2) 29.
- 86 Artuk, Gökcan, Alşahin ve Çakır (n 3) 957.

gibi objektif niteliklere bakılarak somut olay özelinde ve suçla korunan hukuksal değer in ihlalin ölçütü çerçevesinde tespit edilmesi gerekmektedir⁸⁷. Zira toplumun örf, adet vb kuralları çerçevesinde ülkeden ülkeye bu fiillerin değişmesinin mümkün olması yanında zaman içerisinde de teşhircilik olarak telakki edilen bir fiilin daha sonra bu kapsamda değerlendirilmemesi söz konusu olabilir⁸⁸. Bunun yanında somut olayın özelliklerine göre de kişinin vücudunun cinsel anlam ifade edebilecek nitelikteki belirli bölgelerini aleni olarak sergilemesi niteliğinde bir fiilin sağlıklı çevrede yaşama ve kişinin manevi varlığını geliştirme hakkının ihlali niteliğinde olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu manada bir erkek ya da kadının alenen cinsel organını göstermesi⁸⁹, alenen çırılçıplak dolaşması⁹⁰, cinsel organı görünecek surette alenen mastürbasyon yapması⁹¹ gibi fiiller teşhircilik olarak değerlendirilebilecek iken derin dekolte bir elbise giyilmesi ise teşhircilik olarak ifade edilemeyecektir⁹².

87 Önder, (n 3) 522; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 3) 957; Özen İnci (n 3) 35; Kangal (n 2) 29; Parlar ve Hatipoğlu (n 2) 674; Baytemir (n 3) 639.

88 Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 3) 957; Özen İnci (n 3) 35; Kangal (n 2) 29; Baytemir (n 3) 639; Gökçen ve Artuç (n 3) 7508. Hangi fiillerin teşhircilik teşkil ettiğine yönelik yorum suçun 765 sayılı TCK'da düzenleniş şeklinde yer alan hayasızca vaz' u hareketlerin tespiti açısından da yapılmış ve neticeten kanun koyucunun bu tip hareketleri tek tek belirleyemeyeceği, zira bu tip fiillerin ahlak anlayışı çerçevesinde ülkeden ülkeye değişebileceği gibi, aynı ülke içerisinde de bir kısım fiilin bir süre sonra normal sayılarak tipik olmaktan çıkmasının da söz konusu olabileceği belirtilmiştir. Bu sebeple bir fiilin hayasızca vaz' u hareket olup olmadığı da somut olay nezdinde değerlendirilmesi gereken bir husustur. Dönmezer (n 3) 157; Bakıcı (n 4) 215. Aynı yönde bkz Gözübüyük (n 4) 174; Önder (n 3) 522: Yazara göre burada bir hareketin hayasızca hareket olup olmadığı değerlendirilirken kişilerin utanma duygusuna yönelik saldırı ihtiva edip etmediği hususuna bakılmaldır.

89 Yargıtay 14 CD, 10078/633, 21.05.2013: "(...) sanığın aleni olan sokak kapısı önünden mağdurelerin vücut dokunulmazlıklarını ihlal etmeksizin pantolonunun fermuarını açarak cinsel organını çıkartıp gösterme şeklindeki bu tek eyleminin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 105. maddesindeki cinsel taciz suçuyla birlikte aynı Kanun'un 225. maddesinde düzenlenen hayasızca hareket suçunu oluşturduğu (...)" www.corpus.com.tr, erişim tarihi 13 Şubat 2022.

90 Yargıtay 14 CD, 8715/2943, 13.03.2012: "(...) etraftan görülecek şekilde çırılçıplak vaziyette alenen dolaşması şeklinde gerçekleşen eylemlerin ... TCK m.225 uyarınca hayasızca hakaretler suçunu oluşturduğu (...)" https://karararama.yargitay.gov.tr/, erişim tarihi 13 Şubat 2022.

91 Yargıtay 14 CD, 873/13300, 16.12.2013: "(...) Sanığın parkta katılanların bulunduğu sırada onlara dönerek ve herkesin göreceği şekilde mastürbasyon yapma eyleminin TCK'nın 105. maddesinde öngörülen cinsel taciz ve 225. maddesinde öngörülen alenen hayasızca harekette bulunma suçlarını oluşturduğu (...)", https://karararama.yargitay.gov.tr/, erişim tarihi 13 Şubat 2022. Ayrıca bkz 2 StR 266/03, https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2004-2&Seite=5&anz=226&pos=175, erişim tarihi 13 Nisan 2022.

92 Öğretide kişinin iç çamaşırları ile dolaşmasının da teşhircilik fiilini oluşturmayacağı belirtilmiştir. Bkz Kangal (n 2) 33. Yargıtay da verdiği kararlarında iç çamaşırıyla dolaşma fiilinin teşhircilik fiili olmadığını içtihat etmiştir. Yargıtay 4 CD 23702/19143, 11.07.2017: "Sanığın, müşteri ile yaşadığı tartışma neticesinde, üzerindeki kıyafetleri çıkartarak, iç çamaşırı ile kalması şeklinde gerçekleşen olayda, hayasızca harekette bulunmak kastının ne şekilde oluştuğu açıklamp tartışılmadan yetersiz gerekçeyle yazılı biçimde hüküm kurulması" https://karararama.yargitay.gov.tr/, erişim tarihi 14 Şubat 2022.

Teşhircilikten söz edebilmek için fiilin muhakkak cinsel nitelikte olması gerekmektedir⁹³. Bu manada teşhircilik fiili niteliği gereği seksüel olarak bir kısım vücut bölgelerinin sergilenmesi anlamına gelmekte olup cinsel nitelikte olmayan fiiller ise niteliği gereği hayasızca hareketler suçunun tipik hareketini oluşturmayacaktır. Açıklanan nedenle öğretici tarafından ve Yargıtay'ın verdiği yerleşik içtihatlar uyarınca bizim de iştirak ettiğimiz şekilde kişinin alenen tuvalet ihtiyacını gidermesi cinsel nitelikte bir hareket olmadığından teşhircilik olarak kabul edilmemektedir⁹⁴.

93 Miebach (n 16) §183 kn:7; Fischer (n 13) §183 kn:5; Kindhäuser (n 16) §183 kn:2; Önder (n 3) 522; Bakıcı (n 4) 215; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 3) 957; Kangal (n 2) 33; Özen İnci (n 3) 36; Gökçen ve Artuç (n 3) 7508.

94 Önder (n 3) 522; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 3) 957; Kangal (n 2) 33; Fakat yazara göre olayın koşullarına göre fiil cinsel arzu, utanç ya da tiksinti oluşturmaya elverişli ise teşhircilik hareketinin varlığı kabul edilmelidir; Özen İnci (n 3) 36; Gökçen ve Artuç (n 3) 7508; Yazarlara göre bu halde TCK m 123 uyarınca kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu oluşabilir. Yargıtay 18 CD, 7821/17002, 03.12.2019: “(...) TCK'nun 225. maddesinde düzenlenen “Hayasızca Hareketler” suçunda; “alenen cinsel ilişkide bulunmak” veya “teşhircilik” suçun unsurları olarak tanımlanmaktadır. Toplum kültürünün önemli bir kısmını oluşturan edep, iffet, ar ve haya duyguları ile edep törelerini korumayı amaçlayan ve bu değerlere saldırı niteliği taşıyan hareketleri yasaklayan söz konusu Kanun maddesindeki teşhircilik; kişinin cinsel tatmine ulaşabilmek için cinsel organı veya madde metniyle korunması hedeflenen değerleri incitecek şekilde vücut bölgelerini alenen göstermesidir. Sanığın Şüküroğulları Pastahanesinde bulunduğu sırada alkollü halde aynı işyerine ait olan inşaat halindeki yere girip küçük tuvaletini yapması şeklinde gerçekleşen eyleminde, ne şekilde cinsel amaçla davranarak alenen teşhircilik yaptığı açıklanmadan yetersiz gerekçeyle yazılı biçimde hüküm kurulması (...)” <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, erişim tarihi 14 Şubat 2022; Yargıtay 14 CD, 20449/19861, 01.12.2010.; “(...) alkollü sanığın gece 03.15 sıralarında işlek olmayan yol kenarına sıkışması nedeniyle idrar yapma eyleminde, atılı suçun teşhir ögesinin oluşmadığı gözetilmeden, yasal ve yerinde olmayan gerekçeyle TCY.nun 225. maddesi uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi, Yasaya aykırı (...)” <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, erişim tarihi 14 Şubat 2022. Yargıtay'ın kimi kararlarında hareketin “cinsel amaçla” yapılmadığından bahisle teşhircilik vasfının olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu aşamada beyan etmek gerekir ki kanaatimizce söz konusu değerlendirme hatalı olup bu suçun oluşabilmesi için hareketin cinsel amaçla yapılması gerekli değildir. Zira manevi unsurlar bölümünde detayıyla açıklanacağı üzere kanunda söz konusu suçun oluşabilmesi için failin belli bir amaçla hareket etmesi gereği öngörülmemiştir. Bu açıdan suçun oluşabilmesi için hareketin kasten yapılması yeterli olup bunun dışında failin ayrıca bu fiili bir amaç doğrultusunda gerçekleştirmesi ise gerekli değildir. Diğer yandan fiilin cinsel nitelikte olması ile cinsel amaçla gerçekleştirilmesi tamamen farklı hususlar olup örneğin kişi hiçbir cinsel amaç gütmeyen alenen çıplaklık duş aldığı da pek tabii fiilin teşhircilik teşkil ettiği söylenebilecektir. Öğretideki kimi yazarlara göre kişinin alenen küçük ya da büyük tuvaletini yapması halinde teşhir kastı olmadığından ve fail bu hareketleri cinsel bir motivasyonla icra etmediğinden hayasızca hareketler suçunun manevi unsurunun oluşmadığı belirtilmekte ise de suç tipinde kastın yanında ayrı bir sübjektif unsur olarak failin amacına yer verilmediği için bu şekilde bir değerlendirme yapılmasına kanaatimizce olanak yoktur. Bkz Özen İnci (n 3) 49. Aynı yönde bkz Yargıtay 18 CD, 7821/17002, 03.12.2019: “(...) TCK'nun 225. maddesinde düzenlenen “Hayasızca Hareketler” suçunda; “alenen cinsel ilişkide bulunmak” veya “teşhircilik” suçun unsurları olarak tanımlanmaktadır. Toplum kültürünün önemli bir kısmını oluşturan edep, iffet, ar ve haya duyguları ile edep törelerini korumayı amaçlayan ve bu değerlere saldırı niteliği taşıyan hareketleri yasaklayan söz konusu Kanun maddesindeki teşhircilik; kişinin cinsel tatmine ulaşabilmek için cinsel organı veya madde metniyle korunması hedeflenen değerleri incitecek şekilde vücut bölgelerini alenen göstermesidir. Sanığın Şüküroğulları Pastahanesinde bulunduğu sırada alkollü halde aynı işyerine ait olan inşaat halindeki yere girip küçük tuvaletini yapması şeklinde gerçekleşen eyleminde, ne şekilde cinsel amaçla davranarak alenen teşhircilik yaptığı açıklanmadan yetersiz gerekçeyle yazılı biçimde hüküm kurulması (...)” www.corpus.com.tr, erişim tarihi 13 Şubat 2022.

Öğretide teşhircilik hareketinin icrai yahut ihmali şekilde gerçekleştirilebileceği belirtilmiş olup bu manada rüzgârda kıyafeti açılarak cinsel organı gözükken bir kimsenin bunu kapatmaması halinde hareketin ihmali surette gerçekleştirildiği ve hayasızca hareketler suçunun oluştuğu ifade edilmiştir⁹⁵. Kanaatimizce Türk Ceza Kanunu’nda gerçek olmayan ihmali suçlara ilişkin tipiklik unsurları genel bir hükümle düzenlenmeyip yalnızca kasten öldürme, yaralama ve işkence suçları açısından suçun ihmali hareketle işlenmesine ilişkin koşullara yer verilmiş olduğundan bu suçlar dışındaki suçların ihmali hareketle işlenebilmeleri mümkün değildir⁹⁶. Bu sebeple ilgili maddelerdeki koşulları başka suçlara uygulamak suretiyle TCK m 225’teki suçun ihmal suretiyle de işlenebildiğini söylemek kıyas yasağına aykırı olacağından, söz konusu suçun yalnızca icrai hareketle işlenebileceğini düşünmekteyiz.

Hayasızca hareketler suçunun oluşması için teşhircilik fiilinin de cinsel ilişkide bulunma fiili gibi alenen gerçekleştirilmesi gerekmektedir⁹⁷. Bu manada teşhircilik fiilinin belirsiz ve birden fazla kişi tarafından görülebilir olması gerekmekte olup nitekim aleniyetin ne anlama geldiğini bir önceki başlık altında detaylı olarak anlattığımızdan burada tekrar etmiyoruz. Ancak şu hususu tekrar vurgulamalıyız ki aleniyetin tespiti her bir somut olay açısından o somut olayın özelliklerine göre yapılmalıdır. Bu manada Yargıtay vermiş olduğu kararlarında kişinin dışarıdan görülebilecek şekilde evinde çıplak dolaşması⁹⁸, cinsel organı görünecek şekilde mastürbasyon yapması⁹⁹ vb fiiller

95 Soyaslan (n 28) 551.

96 İhmal suretiyle icrai hareketin sınırlı sayıda olup olmadığı yönündeki görüşler için bkz Aras Türay, ‘İhmal Suretiyle İcrai Hareketin Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı Sorunsalı’ [2020] XII (3) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 134 vd.

97 Gössel (n 1) §7, kn:9; Lackner (n 15) §183 kn:2: Alman Ceza Kanununa göre aleniyet teşhircilik suçunun maddi bir unsuru değildir ve bu manada teşhircilik suçunun alenen gerçekleştirilmesi gerekli değildir. Zira kanunda söz konusu suç tipine yer verilmesiyle daha önce de ifade edildiği üzere teşhircilik yoluyla bir kimsenin taciz edilmesi önlenmekte olup bu cihetle fiilin alenen mi yoksa aleniyet olmaksızın mı gerçekleştirildiğinin suçun oluşumu açısından bir önemi bulunmamaktadır. Ayrıca bkz BGH 1 StR 105/09: Karara konu olayda webcam aracılığı ile çocuğa karşı gerçekleştirilen teşhircilik niteliğindeki fiiller değerlendirilmiş ve suçun oluşumu açısından fail ile mağdurun birbirine yakın olması gerekmediği belirtilmiştir. <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=725cf8d8597250c33e6d3e779af126c3&client=13&nr=47989&pos=0&anz=1>, erişim tarihi 14 Nisan 2022.

98 Yargıtay 14 CD, 8715/2943, 13.03.2012: “(...) etraftan görülecek şekilde çırılçıplak vaziyette alenen dolaşması şeklinde gerçekleşen eylemlerin ... TCK m.225 uyarınca hayasızca hakaretler suçunu oluşturduğu (...)” <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, erişim tarihi 13 Şubat 2022.

99 Yargıtay 14 CD, 8620/8420, 13.09.2012: “(...) Dosya içeriği itibarıyla oluşa göre, sanığın evinde perdesi açık cam kenarındaki çekişin üzerinde çıplak vaziyette mastürbasyon yapma eylemini, yakınının ve herkesin görebileceği surette alenen gerçekleştirdiği anlaşılmalı bulunması karşısında, eyleminin TCK.nın 225/1. maddesinde öngörülen alenen teşhircilik suçunu oluşturduğu (...)” www.corpus.com.tr, erişim tarihi 13 Şubat 2022.

alenen teşhircilik yapılması olarak kabul edilmiştir. Diğer yandan belirli sayıda kişi tarafından belli bir yakınlık içerisinde bu tip fiillerin icra edilmesi birden fazla kişi tarafından algılanabilir olsa da aleni sayılmayacaktır¹⁰⁰. Bu bağlamda bir striptiz kulübünde dans eden sanatçının soyunması ve vücudunu teşhir etmesi yahut çıplaklar kampı gibi yerlerde aleniyet unsurunun gerçekleştiğinden bahsedilemez.

B. Manevi Unsur

Hayasızca hareketler suçunun manevi unsuru kasttır¹⁰¹. Failin kasten hareket ettiğinden bahsedilebilmesi için suç tipindeki tüm objektif unsurları bilerek ve isteyerek hareket etmesi gerekmektedir. Bu çerçevede aleniyet de suçun maddi unsuruna dahil olduğundan kastın aleniyeti de kapsamı gerekmektedir¹⁰². Bu nedenle cinsel ilişkide bulunmakla birlikte örneğin perdelerin açık olması nedeniyle bunun görülebileceğinin farkında olmayan bir çift açısından kasten hareket ettiklerinden bahsedilemeyecektir. Aleniyet unsuru hususunda hataya düşülmesi halinde TCK m 30/f 1 uyarınca failin kastı kalkacak ve suç oluşmayacaktır. Örneğin arabalarının cam filmli olmasından bahisle dışarıdan görünmeyeceğini zannederek cinsel ilişkide bulunan failer hakkında aleniyet unsuru açısından hataya düşüklerinden bahisle kast ortadan kalkacaktır. Buna karşılık suçun olası kastla da işlenmesi mümkündür¹⁰³. Bu anlamda failin suç tipindeki objektif unsurların meydana gelmesini objektif dışsal tesadüflere terk ederek hareket ettiği örneğin amaçları girdikleri cinsel ilişkinin insanlar tarafından görülmesini sağlamak olmasa bile işlek bir caddedeki herkes tarafından görülebilecek nitelikte tüm perdeleri açık bir evde cinsel ilişkiye giren çiftin olası kastla hayasızca hareketler suçunu işlediğinden söz edilebilecektir.

100 Önder (n 3) 521.

101 Miebach (n 16) §183 kn:13; Fischer (n 13) §183 kn:7; Erem (n 4) 219; Özen İnci (n 3) 47, Kangal (n 2) 37; Meran (n 6) 597; Otacı (n 4) 125; Gökcan ve Artuç (n 3) 7513.

102 Fischer (n 13) §183 kn:7; Soyaslan (n 28) 551; Önder (n 3) 524.

103 Miebach (n 16) §183 kn:13; Özen İnci (n 3) 47; Kangal (n 2) 38; Önder (n 3) 525. Gereğe belirtmeksizin suçun ancak doğrudan kastla işlenebileceği yönünde bkz Meran (n 6) 597. Ayrıca bkz Miebach (n 16) §183a kn:9; Fischer (n 13) §183a kn:6; Dreher ve Tröndle (n 16) §183 kn:6; Lackner (n 15) §183a kn:4; Kindhäuser (n 16) § 183a kn:3: Alenen cinsel davranışlarda bulunarak rahatsızlığa sebep olma suçu açısından fail ancak doğrudan kastla hareket edebilir. Bu manada failin bu davranışlarla bir rahatsızlığa sebep olabileceğini öngörmesine rağmen bu neticeyi önemsememesi halinde suç oluşmaz.

Suçun taksirle işlenmesi ise mümkün değildir¹⁰⁴. Bu manada örneğin düşerek üstü yırtılan kişinin cinsel organı gözüktüğünde suç oluşmaz.

Hayasızca hareketler suçu açısından suçun kanuni tanımında kastın dışında ayrıca bir amaç ya da saik öngörülmemiştir¹⁰⁵. Bu nedenle suç tipinde tanımlanan hareketlerin kasten icra edilmesi yeterli olup bunun dışında failin bu hareketleri belli bir amaç veyahut saik ile gerçekleştirmesi ise suçun oluşabilmesi için gerekli değildir¹⁰⁶. Bu manada fiilin cinsel nitelikte olması ile cinsel amaçla gerçekleştirilmesi tamamen farklı hususlar olup örneğin kişi hiçbir cinsel amaç gütmeyen alenen çırılçıplak düş aldığında yahut tamamen protesto amacıyla bir futbol sahasına çırılçıplak çıktığında¹⁰⁷ failin

104 Erem (n 4) 219; Önder (n 3) 525; Erem (n 4) 219; Özen İnci (n 3) 48; Kangal (n 2) 37-38; Otacı (n 4) 125; Gökcan ve Artuç (n 3) 7513; Baytemir (n 3) 644: Yazar tarafından bir çiftin perdeleri kapatmayı unutarak cinsel ilişkiye girmeleri halinde kasttan bahsedilemeyeceğinden hayasızca hareketler suçunun oluşmayacağı fakat TCK m 123 uyarınca kişilerin huzur ve sükununun bozulması suçundan bahsedilebileceği ifade edilmiştir. Kanaatimizce TCK m 123 uyarınca mağdura yönelik ısrarla gerçekleştirilen telefon etme, gürlütü yapma ya da aynı maksatla hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması gibi hukuka aykırı hareketlerin suç olarak ihdas edilmelerindeki ana sebep, bu fiillerin, münhasıran huzur ve sükununu bozma amacına matuf olmasıdır. Bu manada kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu açısından manevi unsurun oluştuğundan söz edilebilmesi için kastın varlığı yeterli olmayıp aynı zamanda failde sırf huzur ve sükunu bozma amacı da bulunmalıdır. Buna göre failin, tipik fiilleri bizatihi mağdurun huzur ve sükununu bozma amacıyla yapması gerekmektedir. Bu çerçevede mağdurun huzur ve sükununu bozma amacı söz konusu olmaksızın, örnekteki gibi fiillerin perdeleri kapatmayı unutup cinsel ilişkiye bulunmaları halinde, kanunda aranan amaç unsuru gerçekleşmeyeceğinden, kişilerin huzur ve sükunu bozma suçu da oluşmayacaktır. Bununla birlikte failerin bir kimseyi hedef alarak onun huzur ve sükununu bozmak maksadıyla bu tip fiiller icra etmesi halinde eğer koşulları varsa teşhircilik suretiyle cinsel taciz ve kişilerin huzur ve sükununu bozma suçlarından bahsedilebilecektir.

105 Miebach (n 16) §183 kn:6: Nitekim StGB §183 uyarınca teşhircilik suçu açısından öngörülen ifade, failin cinsel uyarılmayı beklediği eylemlere ilişkin bir kısıtlama belirtmemektedir. Hatta teşhirciliğin tıp literatüründeki tanımı da “*kişinin cinsel organlarını çoğunlukla karşı cinsten yabancıların önünde, herhangi bir talepte bulunmadan, tekrarlayan veya sürekli olarak teşhir etme eğilimi*” şeklinde olup bu tanım da failin cinsel olarak uyarılma veya tatmin edilme amacını gerekli bir unsur olarak içermez; Dönmezer (n 3) 177; Artuk, Gökcan, Alşahin ve Çakır (n 3) 959; Kangal (n 2) 38; Parlar ve Hatipoğlu (n 2) 674; Meran (n 6) 597; Önder, (n 3) 524; Baytemir (n 3) 644; Otacı (n 4) 125, Gökcan ve Artuç (n 3) 7513. Ayrıca bkz Gössel (n 1) §7 kn:14: Yazara göre fail ayrıca, mağdurun algısı veya buna tepkisi ile cinsel olarak uyarılmayı veya tatmin olmayı da amaçlamalıdır. Öyle ki failin kendi cinsel hazzını amaçlaması dışında mağdurun teşhircilik fiiline ilişkin olan tepkisi de bu amacın nesnesi konumundadır.

106 Bern Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (3. Auflage, Kohlhammer 2012) §12 kn:282: Bir hedefe yönelik isteme vasfındaki amaç kastın yalın halinden fazlasına tekabül eder. Bazı suç tiplerinde açık olarak ya da suç tipinin genel yapısı itibarıyla bu türden bir amacın varlığı aranmaktadır.

107 Gössel (n 1) §7 kn:15; Miebach (n 16) §183 kn:7: Yazar bu durumda hareketin cinsel nitelikte olmadığından suç oluşmadığını ifade etmektedir. Ayrıca bkz Özen İnci (n 3) 49: Yazar tarafından da Alman hukukunda bu tip fiillerin cinsel bir motivasyon içermemesi sebebiyle StGB § 180 veya StGB § 183a kapsamında suç oluşturmadığı belirtilmekte ve Türk hukuku açısından da aynı yorum yapılmaktadır. Belirtmemiz gerekir ki kanaatimizce buradaki hareket noktası da failin cinsel motivasyonla anılan fiilleri icra edip etmediği değildir. Her iki suç tipine de bakıldığında TCK’ dan farklı olarak söz konusu suçların birer zarar suçu olarak düzenlendikleri görülmekte olup (bkz. Gössel (n 1) §7 kn:6; 20; Miebach (n 16) §183 kn:10; Fischer (n 13) §183a kn:5; Lackner (n 15) §183a kn:3; Maurach, Schroeder ve Maiwald (n 3) §22 kn:10.) bu manada

cinsel bir amacı olmasa da pek tabii fiilin alenen teşhircilik teşkil ettiği ve hayasızca hareketler suçunun manevi unsurlarının oluşturduğu söylenebilecek, bu son belirttiğimiz husus koşulları varsa ancak hukuka aykırılık unsuru açısından bir sonuç doğurabilecektir. Bu belirttiğimiz hususlar çerçevesinde öğretilerde bazı yazarlarca savunulan ve Yargıtay'ın da bazı kararlarında yer verdiği hayasızca hareketler suçunun oluşması için ayrıca failin cinsel bir amaçla hareket etmesi gerektiği ve kişinin teşhir kastıyla değil hakaret kastıyla vücudunun bir bölgesini alenen gösterdiği hallerde hayasızca hareketler suçunun değil hakaret suçunun oluşacağı yönündeki görüşün kabulü mümkün değildir¹⁰⁸. Nitekim bu nedenle Yargıtay bu yönde vermiş olduğu bir kararında tehlike yaratacak biçimde araç kullandığı için görevlilerce takibe alınan sanığın, bir süre sonra önüne çıkan ekip otosundaki katılanlara cinsel organını gösterip “*Gelin lan polislerinin aşağıya, üzerinize işeyeceğim, anasını avradını sinkaf ettiğimin polisleri*” biçiminde sarf ettiği sözleri karşısında açığa çıkan kasta göre eylemin bir bütün halinde kamu görevlilerine zincirleme hakaret suçunu oluşturduğuna ve hayasızca hareket suçunun unsurlarının oluşmadığına yönelik değerlendirmesi isabetli değildir¹⁰⁹. Zira daha önce de ifade edildiği üzere hayasızca hareketler suçu açısından suçun kanuni tanımında kastın yanında ayrı bir sübjektif unsur olarak failin amacına yer verilmemiş olup karara konu olayda da fail tarafından kasten alenen cinsel organının gösterilmesi söz konusu olduğundan hayasızca hareketler suçunun manevi unsurlarının oluştuğu kabul edilmeli ve mesele aşağıda belirttiğimiz üzere fikri içtima hükümleri çerçevesinde değerlendirilmelidir¹¹⁰.

şüphesiz ki failin kastı bu neticeyi de kapsmalıdır. Hatta StGB 183a'ya bakıldığında kanun alenen cinsel eylemlerde bulunarak bu nedenle *kasten veya bilerek* rahatsızlığa neden olmayı aramakta olup söz konusu suçun ancak doğrudan kastla işlenebileceği belirtilmiştir. O halde anılan fiiller icra edildiğinde tartışılan husus failin kastının bilerek rahatsızlık yaratmak olup olmadığı ve fiillerin bizatihi bu neticeyi gerçekleştirmek için yapıp yapılmadığıdır. Diğer yandan failin hareketleri cinsel amaçla icra edip etmediği ise değerlendirilmemektedir.

108 Gössel (n 1) §7 kn:15; Baytemir (n 3) 641; Bakıcı (n 4) 216; Özen İnci (n 3) 49: Yazara göre cinsel mutluluk amacıyla sergileme olmadığı hallerde ar ve haya duygularını rencide kastı olmadığından suçun manevi unsurunun oluştuğundan bahsedilemez. Fakat yine de bu eylemler bazen toplumda rahatsızlık oluşturabilir. Bu sebeple ultima ratio gereğince bu fiiller suç oluşturmasa dahi kabahat olarak düzenlenmelidir.

109 Bkz. Yargıtay 5 CD 7780/4817, 09.05.2013, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 15 Şubat 2022. Benzer yönde bkz Yargıtay 5 CD, 1976/3339, 19.6.1991: “(...) *Protesto amacıyla belden yukarı kısımlarını tamamen açmak şeklindeki sanıkların eylemlerinin halkın ar ve haya duygularını rencide etme unsurunun bulunmadığı* (...)” <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 16 Şubat 2022.

110 Aynı yönde bkz Parlar ve Hatipoğlu (n 2) 674: Yazarlara göre de protesto amacıyla soyunulması halinde teşhircilik fiili açısından suçun manevi unsuru oluşacaktır.

C. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hayasızca hareketler suç açısından meşru savunma hukuka uygunluk sebebinin niteliği itibari ile uygulanması mümkün gözükmemektedir¹¹¹. Benzer şekilde kişilerin alenen cinsel ilişkide bulunmaları veya teşhircilik yapmalarını öngören bir kanun hükmü de bulunmamakta olduğundan kanunun hükmü hukuka uygunluk sebebinin söz konusu suç açısından uygulanmasından bahsedilemez. Hayasızca hareketler suç ile korunan hukuksal değer daha önce de ifade edildiği üzere kişilerin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı olup söz konusu hukuksal değer sahibi de toplumu oluşturan herkestdir. Bu manada topluma ait hukuksal değerleri koruyan suçlar açısından mağdurun rızası bir hukuka uygunluk sebebi kabul edilemeyeceğinden hayasızca hareketler suç açısından bu hukuka uygunluk nedeninin de söz konusu olamayacağı anlaşılmaktadır¹¹².

Hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinin ise inceleme konusu suç açısından uygulanması söz konusu olabilir¹¹³. Örneğin AY m 26 uyarınca düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin hayasızca hareketler suç açısından bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etmesi mümkündür. Anayasa m 26 uyarınca “*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir*”. O halde düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılması bağlamında hakkın kullanım sınırları içerisinde hayasızca hareketler suçunu oluşturan fiillerin icra edilmesi hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir. Örneğin 2008 yılında kurulan ve kadın üyelerden oluşan bir aktivist grubu olan *FEMEN*, cinsiyet ayrımları, kadın cinayetleri ve birçok konuda protestolar yapmakta ve bu protestoları kapsamında vücutlarını boyayarak göğüslerini açmaktadırlar¹¹⁴.

111 Aynı yönde bkz Özen İnci (n 3) 50.

112 Özen İnci (n 3) 50; Kangal (n 2) 41; Parlar ve Hatipoğlu (n 2) 674. Ayrıca bkz Miebach (n 16) §183 kn: 11: StGB açısından teşhircilik suç belli bir mağdura yönelik olduğundan mağdurun bu teşhir fiiline rıza göstermesi hukuka aykırılığı ortadan kaldırır.

113 Hakkın kullanılması bakımından hayasızca hareketler suç ile korunan kişinin manevi varlığını geliştirme hakkı ve sağlıklı ve hukuka uygunluk sebebi teşkil eden bilim ve sanat özgürlüğü ile düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyeti arasında bir çatışma meydana gelmektedir. Bu halde hangi hakka hangi koşullarda üstünlük tanınacağı belirlenmesi önemlidir. Zira hukuk düzeninin çatışan iki değeri aynı zamanda koruma altına alması düşünülemez. Bu iki değerden birinin diğerine üstün tutulması gerektiği, bunun sonucunda da daha az üstün olan yararın daha çok üstün tutulması gereken yarar karşısında o olayda ve o an için korumasız kalmasının uygunluğu kabul edilecektir. Bunun için temel ölçüt ise kamu yararındır. Bu manada gerek ifade özgürlüğü gerekse bilim ve sanat özgürlüğü açısından kamu yararının bulunması ve toplumsal ilginin varlığı şarttır.

114 <https://femen.org/about-us/>, erişim tarihi 15 Şubat 2022. Hakkın kullanımının sınırı açısından kanaatimizde düşüncüyü açıklama kapsamında kabul edilecek her türlü fiil Anayasa m 26 kapsamında hukuka uygun kabul edilmelidir. Bu manada suç tipinde yer verilen fiiller açısından bir ayırım yapmak mümkün olabilir. Zira teşhircilik fiilleri açısından soyunma eylemleri açıkça bir düşüncenin aktarılması olarak kabul edilirken alenen cinsel ilişkiye girilmesi kanaatimizde bu kapsamda değerlendirilemez. Bu anlamda hakkın kullanım sınırları açısından dikkate alınacak husus fiilin niteliği değil bir düşüncüyü aktarmaya matuf olup olmadığıdır.

Söz konusu grubun bu fiillerinin ifade özgürlüğü ve düşüncüyü yayma hürriyeti kapsamında hukuka uygun sayılması mümkündür¹¹⁵.

Hayasızca hareketler suçu açısından hakkın kullanılması bağlamında değerlendirilebilecek bir diğer hak ise AY m 27 uyarınca bilim ve sanat özgürlüğüdür. Anayasa m 27 uyarınca “*Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir*”. Bu bağlamda yine hakkın kullanım sınırları çerçevesinde bilimsel bir etkinlikte bir kişinin belli vücut bölgelerinin teşhiri yahut bir tiyatro oyununda benzer şekilde oyuncunun soyunması hukuka aykırılık teşkil etmeyecek ve suç oluşmayacaktır¹¹⁶.

Öğretide bizim de katıldığımız bir görüşe göre örf ve âdet kurallarının da hakkın kullanılmasının kaynağını teşkil edebileceği belirtilerek bu surette plaj, sahil gibi yerlerde üstsüz güneşlenilmesi yahut dekolte giyilmesinin hayasızca hareketler suçunu oluşturmadığı ifade edilmektedir¹¹⁷.

III. Kusurluluk

Hayasızca hareketler suçu gerek kusur yeteneği gerek haksızlık bilinci gerekse de mazeret sebeplerine ilişkin kanuni hükümlerin uygulanması açısından çeşitli özellikler göstermektedir.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki exhibitionism psikiyatri biliminde bir cinsel sapma ve bozukluk hali olarak tanımlanmakta olup kişinin kendi üreme organının başkaları tarafından görülmesinden zevk alma eğilimi olarak tanımlanmaktadır¹¹⁸. Söz konusu bu cinsel bozukluk akıl hastalığı kapsamında ele alınmalı ve TCK m 32 kapsamında değerlendirilerek kusur yeteneğine olan etkisine göre bir sonuca varılmalıdır¹¹⁹.

115 8.3.2012 tarihinde Türkiye’ye gelerek kadına yönelik şiddeti protesto etmek isteyen Femen grubu üyeleri geldikleri araçtan göğüsleri açıkta bırakacak şekilde çıplak şekilde indikten sonra koşarak Ayasofya Müzesi önüne gelmiş yüzlerine ve göğüslerine sülfirik asit atılmış ve dayak yemiş görüntümü verecek şekilde makyaj yapmışlardır. Devamla ellerinde kadınların evlendikleri hallerini temsil eden fotoğraf ve “*Sülfirik asit saldırılarına son*” yazılı pankartlar taşıyan protestocu 4 kadın eylemlerini daha fazla sürdürmeden polis müdahalesiyle karşılaşmıştır. <https://www.haberler.com/femen-uyeleri-istanbul-da-soyundu-3429910-haber/>, erişim tarihi 15 Şubat 2022. Söz konusu fiillerin toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı kapsamında değerlendirilmesi hakkında bkz Kangal (n 2) 41.

116 Aynı yönde bkz Kangal (n 2) 41; Özen İnci (n 3) 51.

117 Hafizoğulları ve Özen (n 5) 327; Özen İnci (n 3) 51; Soyaslan (n 28) 550-551.

118 <https://www.tipterimlerisozlugu.com/exhibitionism.html>, erişim tarihi 15 Şubat 2022; Gök (n 80) 513; Çervatoğlu, Özdemir ve Uygur (n 14) 27.

119 Miebach (n 16) § 183 kn:14; Schönke ve Schröder (n 16) § 183 kn:6; Fischer (n 13) § 183 kn:8; Dönmezer (n 3) 175; Gözübüyük (n 4) 174; Kangal (n 2) 41; Gök (n 80) 514; Özen İnci (n 3) 26. Teşhircilik fiilinin ceza sorumluluğuna ilişkin ayrıntılı psikiyatrik bilgi için bkz Çervatoğlu, Özdemir ve Uygur (n 14) 28 vd.

Hayasızca hareketler suçu açısından fail hakkında haksızlık bilincinin bulunmaması sebebiyle de ceza verilmemesi mümkündür. Çalışmamızın önceki bölümlerinde de ifade edildiği üzere hayasızca hareketler suçunun maddi unsurunu oluşturan bir kısım fiil başka ülkelerde suç teşkil etmemektedir. Bu bağlamda örneğin kendi ülkesinde plajda çıplak denize girilmesi hukuka uygun olan kimse Türkiye’de işlediği benzer nitelikte bir fiilin haksızlık teşkil edeceği hususunda yanılmış olabilir. Bu gibi hallerde yanılığa düşülmesinin kaçınılmaz olduğundan söz edilebilmekte ise kusurluluğu etkileyen haksızlık hatasından bahsedilecek ve faile TCK m 30/f 4 uyarınca ceza verilmeyecektir¹²⁰.

Hayasızca hareketler suçu açısından bazı mazeret sebeplerine ilişkin hükümlerin de uygulanması söz konusu olabilir. Örneğin kişinin kendisine yahut başkasına ait bir hakka yönelik olup bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile teşhircilik teşkil eden bir fiili icra etmek zorunda kalması halinde TCK m 25/f2 gereğince zorunluluk hali çerçevesinde hakkında cezaya hükmolünmayacaktır¹²¹. Bu duruma örnek olarak düş almaktayken deprem olması sebebiyle kişinin çıplak sokağa koşması örnek verilebilir.

IV. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

A. Suça Teşebbüs

TCK m 225 uyarınca hayasızca hareketler suçunun oluşabilmesi için alenen cinsel ilişkide bulunulması ya da alenen teşhircilik yapılması yeterli olup Kanun suçun oluşumu için ayrıca bir netice aramamıştır. Bu bakımdan söz konusu suç, sırf hareket suçu niteliğinde olduğundan yalnızca icra hareketlerinin kısımlara bölünmesinin mümkün olduğu hallerde suça teşebbüs hükümlerinin uygulanacağından bahsedilebilecektir¹²². Bu açıdan suçun seçimlik hareketleri olan cinsel ilişkiye girme ve teşhircilik yapma hareketleri ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bu bağlamda failer alenen elverişli hareketlerle cinsel ilişkiye girmeye yönelik fiillerini icraya başlamış ancak ellerinde olmayan nedenlerle tamamlayamamış bir diğer değişle fiilleri cinsel ilişki boyutuna ulaşamamış ise hayasızca hareketler suçuna teşebbüsten cezalandırılmaları mümkündür. Fakat ifade etmek gerekir ki failerin fiilleri cinsel ilişki boyutuna varmamakla birlikte suçun bir diğer seçimlik hareketi olan teşhircilik fiilini oluşturduğu

120 Benzer yönde bkz Otacı (n 4)125.

121 Kangel (n 2) 39-40; Özen İnci (n 3) 51.

122 Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 3) 960; Özen İnci (n 3) 52; Baytemir (n 3) 644; Gökcan ve Artuç (n 3) 7513.

hallerde zaten hayasızca hareketler suçunun tamamlanmış olduğundan söz etmek gerekecektir.

Alenen teşhircilik yapma fiili açısından da icra hareketinin kısımlara ayrılması mümkündür¹²³. Örneğin failin tam iç çamaşırını çıkaracağı esnada bir başkası tarafından engellenmesi halinde kanaatimizce fail hayasızca hareketler suçunu elverişli hareketlerle işlemeye başladığı halde elinde olmayan sebeplerle tamamlamadığından teşebbüsten cezalandırılacaktır.

B. Suça İştirak

Hayasızca hareketler suçunun iştiraka ilişkin kanuni hükümlerin uygulanması açısından gösterdiği özellikleri suçun seçimlik hareketleri olan alenen cinsel ilişkide bulunmak ve alenen teşhircilik yapmak açısından ayrı ayrı değerlendirmek daha yerinde olacaktır.

Kanuni tipte yer alan alenen cinsel ilişkide bulunmak fiili açısından hayasızca hareketler suçu çok failli bir suçtur¹²⁴. Öğretide bazı yazarlarca cinsel ilişkinin taraflarından birinin rızasının olmaması yahut fesada uğratılması halinde nitelikli cinsel saldırı yahut cinsel istismar suçunun oluşacağı ancak bununla birlikte bu suçun faili açısından hayasızca hareketler suçundan da bahsedilmesi gerektiği, buna karşılık cinsel saldırı ya da istismar suçunun mağduru açısından artık hayasızca hareketler suçundan bahsedilemeyeceği ve bu nedenle bu olasılıkta suçun çok faili bir suç niteliği taşımayacağı savunulmuştur¹²⁵. Buna karşılık bizce de isabetli olan görüşe göre cinsel ilişki ancak her iki tarafın rızası ile mümkün olabileceğinden eğer taraflardan birinin rızası bulunmamakta ise ortada bir cinsel ilişkinin bulunmadığı sonucuna varmak gerekeceğinden bu halde hayasızca hareketler suçunun oluştuğundan da söz edilemeyecektir¹²⁶. Bunun sonucu olarak bu olasılıkta ayrıca çok failli suç tartışmasına girilmesine gerek bulunmamakta olup hayasızca hareketler suçunun alenen cinsel ilişkide bulunmak seçimlik hareketinin icra edilebilmesi için her koşulda birden çok failin bir araya gelmesi zorunludur. Buna karşılık suçun diğer seçimlik hareketi olan alenen teşhircilik tek bir fail tarafından da icra edilebilecek niteliktedir¹²⁷.

123 Aksi yönde bkz Özen İnci (n 3) 52.

124 Özen İnci (n 3) 55; Parlar ve Hatipoğlu (n 2) 675.

125 Kangal (n 2) 46.

126 Özen İnci (n 3) 35. Ayrıca bkz Hafizoğulları ve Özen (n 5) 325: Yazarlarca da söz konusu suçun anılan seçimlik hareket açısından çok failli suç olduğu kabul edilmekle birlikte cinsel ilişki için muhakkak her iki tarafın da rızasının olmasına gerek yoktur. Hatta hayvanlarla olan birleşmelerin de hayasızca hareketler suçunu oluşturacağı belirtilmektedir.

127 Kangal (n 2) 47. Suçun StGB açısından sadece erkek tarafından işleneceği ve bu bakımdan özgü suç olduğu

Söz konusu suç tipinin her iki seçimlik hareketi açısından da suça azmettirme ya da yardım etme suretiyle iştirak mümkündür¹²⁸. Bu çerçevede örneğin bir çiftin alenen cinsel ilişkide bulunmaya azmettirilmesi yahut bir kimsenin alenen teşhircilik yapmaya teşvik edilmesi mümkündür.

Öğretide bir kısım yazar tarafından alenen teşhircilik hareketi, failin ancak kendi bedensel davranışı ile gerçekleştirilebileceği için söz konusu seçimlik hareket açısından suçun *bizzat işlenebilen suç* olduğu belirtilmektedir¹²⁹. Bizzat işlenebilen suçlar açısından tipik hareketin doğrudan doğruya fail tarafından gerçekleştirilmesi şart olup aksi halde hareketin özel haksızlık içeriğinin eksik kalacağı ifade edilmektedir¹³⁰. Gerçekten, teşhircilik fiili ancak failin kendi bedensel davranışı ile gerçekleştirilebildiğinden bu seçimlik hareket açısından bizzat işlenebilen suç nitelenmesi yapılması kanaatimizce de isabetli olup bu nitelenmenin sonucu olarak ise bu seçimlik hareket yönünden dolayı faillikten söz etmek mümkün değildir¹³¹. Örneğin kusur yeteneği olmayan bir kimseyi alenen teşhircilik yapmak hususunda araç olarak kullanan kimse dolaylı fail olmayacak koşulları oluşması halinde cinsel taciz suçundan bahsedilebilecektir¹³².

C. Suçların İçtimalı

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere nitelikli cinsel istismar yahut nitelikli cinsel saldırının alenen işlenmesi halinde öğretilerdeki bir kısım görüşe göre hem nitelikli cinsel istismar veya nitelikli cinsel saldırı hem de hayasızca hareketler suçunun oluştuğu ve bu sebeple

yönündeki açıklamalar için bkz Gössel (n 1) §7 kn:17; Schönke ve Schröder (n 16) §183 kn:7; Fischer (n 13) §183 kn:16; Dreher ve Tröndle (n 16) §183 kn:4; Lackner (n 15) §183 kn:1a; Maurach, Schroeder ve Maiwald (n 3) §22 kn:6; Kindhäuser (n 16) §183 kn:1.

128 Kargal (n 2) 47.

129 Gössel (n 1) s. § 7 kn:6; Miebach (n 16) §183 kn:15; Fischer (n 13) §183 kn:16; Dreher ve Tröndle (n 16) §183 kn:4; Özen İnci (n 3) 55. Ayrıca bizzat işlenebilen suçlar hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II* (C.H. Beck Auflage 2002) §25 kn:288; Tülay Kitapçıoğlu Yüksel, *Özgü Suç* (1. Bası, Oniki Levha 2021) 107 vd. STGB §183a uyarınca alenen cinsel hareketlerle bilerek rahatsızlığa sebep olma suçunun da bizzat işlenebilen suç olduğu yönünde bkz Gössel (n 1) §7 kn:31; Miebach (n 16) §183 kn:10.

130 Rudolf Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (4. Neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck 2012) §10 kn:29; Heinrich (n 106) §33 kn:1197, Gropp (n 8) §5 kn:4, Kindhäuser (n 8) §8 kn:23.

131 Gössel (n 1) § 7 kn:6; Miebach (n 16) §183 kn:10; Özen İnci (n 3) 56. Bizzat işlenebilen suçlara dolaylı faillik yoluyla katılmanın mümkün olamayacağı yönünde bkz Kindhäuser (n 8) §8 kn:23, Rengier (n 126) §10 kn:30, Koca ve Üzülmöz (n 8) 458. Aksi yönde bkz Kargal (n 2) 47.

132 Kindhäuser (n 8) §8 kn:23: Bizzat işlenebilen suçlar açısından dolaylı fail olunamayacağından bu tip suçların dolaylı olarak işlenmesi bazı durumlarda özel bir hüküm kapsamındadır. Bu hallerde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşabileceği yönünde bkz Özen İnci (n 3) 56.

TCK m 44 uyarınca fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiği belirtilmiş ise de¹³³, kanaatimizce hayasızca hareketler suçunun seçimlik hareketlerinden olan cinsel ilişki ancak her iki tarafın da rızası ile gerçekleştirilebildiğinden bu halde yalnızca nitelikli cinsel istismar veya nitelikli cinsel saldırı suçundan bahsedilebileceğinden içtima hükümlerine gitmeye gerek de bulunmamaktadır. Diğer yandan anılan suçların işlenmesi esnasında failin fiilleri alenen teşhircilik kapsamında değerlendirilebilecekse bu halde pek tabii hayasızca hareketler suçunun da oluştuğundan bahsedilecek ve TCK m 44 uyarınca işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren fail hakkında bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı ceza verilecektir.

Keza TCK m 104 uyarınca reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun alenen işlenmesi halinde de hem TCK m 104 hem de hayasızca hareketler suçu oluşacak, TCK m 44 uyarınca fikri içtima hükmü tatbik edilecektir¹³⁴. Bu noktada ifade etmek gerekir ki TCK m 104 açısından suçun faili reşit olmayanla cinsel ilişkiye giren kimse iken ilişkinin diğer tarafı ise suçun mağdurdur. O halde söz konusu bu suçun alenen işlenmesi halinde reşit olmayanla cinsel ilişkiye giren kişi açısından fikri içtima hükümleri uygulanacak ve hakkında TCK m 104 hükmü gereği ceza verilecek iken, cinsel ilişkinin diğer tarafı açısından ise yalnızca hayasızca hareketler suçu oluştuğundan TCK m 225 hükmü tatbik edilecektir.

Alenen teşhircilik yapmak fiilinin belli bir kişiye ya da kişilere karşı işlenmesi halinde de bizce hem nitelikli cinsel taciz (TCK m 105/f 2-e) hem de hayasızca hareketler suçu oluşacağından fikri içtima hükümleri uygulanması gerekmektedir¹³⁵. Bu olasılıkta bir bileşik suç ilişkisinden söz edilmesi gerektiği iddia edilmiş¹³⁶ ise de kanaatimizce TCK m 105/f2-e’de yalnızca “teşhir suretiyle” denilmiş iken TCK m 225’te bunun alenen yapılması belirtilmiş olduğundan iki suç tipi açısından bir bileşik suç ilişkisinden bahsetmek mümkün değildir¹³⁷.

133 Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 3) 960; Kangal (n 2) 43; Özyüksel (n 23) 147; Soyaslan (n 28) 551. Ayrıca bkz Parlar ve Hatipoğlu (n 2) 674; Baytemir (n 3) 645: Yazarlarca cinsel ilişkiden bahsedilebilmesi için iki tarafın da rızasının olması gerektiği belirtilmiş ise de her nasılsa cinsel saldırı veya çocukların cinsel istismarı suçlarının alenen işlenmesi halinde bu suçlarla hayasızca hareketler suçu arasında fikri içtima uygulanacağı kabul edilmiştir.

134 Özen İnci (n 3) 53; Kangal (n 2) 43.

135 Kangal (n 2) 44.

136 Özen İnci (n 3) 53.

137 Bu noktada teşhir ve aleniyet kavramlarını birbirinden ayırmak gerekir. Teşhir daha önce de ifade edildiği üzere “gösterme” anlamına gelmekte olup birden fazla kişiye karşı gerçekleştirilebileceği gibi bir kişiye karşı da gerçekleştirilebilir. Aleniyetin varlığı için ise fiilin belirsiz sayıda kişi tarafından somut olarak görülebilir olması gerekir.

Öğretide her ne kadar ölü ile alenen cinsel birleşme gerçekleştirilmesi halinde hem hayasızca hareketler hem de TCK m 130/f 2 uyarınca kişinin hatırasına hakaret suçları oluşacağı ve bu hükümler arasında TCK m 44 uyarınca fikri içtima yapılacağı belirtilmiş ise de¹³⁸ kanaatimizce cinsel ilişki kavramı bir karşılıklılık içerip en az iki gerçek kişi tarafından icra gerektirdiğinden ölü ile yapılan birleşmenin cinsel ilişki olduğundan da bahsedilemeyecektir. O halde alenen ölü ile gerçekleştirilen cinsel birleşme bakımından yalnızca TCK m 130/f 2 uyarınca kişinin hatırasına hakaret suçu oluşacak olup bu olasılıkta TCK m 225 hükmünün uygulanması mümkün olmadığından fikri içtima hükümlerine gidilmesine gerek bulunmamaktadır¹³⁹. Aynı durum hayvanlarla gerçekleştirilen cinsel birleşmeler için de geçerli olup bu halde de yalnızca 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu m 28A/f 3'teki suçu oluşturacaktır¹⁴⁰. Fakat failin ölü veya hayvanla alenen cinsel birleşme gerçekleştirdiği fiilleri aynı zamanda alenen teşhircilik niteliği de taşıyor ise bu olasılıkta artık hayasızca hareketler suçu da oluşacağından fikri içtima hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilecektir.

Öğretide bazı yazarlarca hayasızca hareketler suçunun oluşması için failin ayrıca cinsel bir amaçla fiilleri icra etmesi gerektiği savunulmakta olup bu görüşe göre kişinin teşhir kastıyla değil hakaret kastıyla vücudunun bir bölgesini alenen gösterdiği hallerde hayasızca hareketler suçu değil hakaret suçu oluşacaktır¹⁴¹. Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında tehlike yaratacak biçimde araç kullandığı için görevlilerce takibe alınan sanığın, bir süre sonra önüne çıkan ekip otosundaki katıllara cinsel organını gösterip “*Gelin lan polisler inin aşağıya, üzerinize işeyeceğim, anasını avradını sinkaf ettiğimin polisleri*” biçiminde sarf ettiği sözleri karşısında açığa çıkan kastına göre eylemin bir bütün halinde kamu görevlilerine zincirleme hakaret suçunu oluşturduğunu ve hayasızca hareket suçunun unsurlarının oluşmadığına karar vermiştir¹⁴². Yukarıda da belirttiğimiz gibi hayasızca hareketler suçu açısından kanuni düzenlemede kastın yanında ayrı bir subjektif unsur olarak failin amacına yer verilmemiş olup bu cihetle fail tarafından alenen cinsel organının gösterilmesi halinde hem hakaret hem de hayasızca hareketler suçu oluşacak ve tek fiille birden fazla suç oluştuğundan fikri içtima hükümleri uygulanacaktır.

138 Kangal (n 2) 43.

139 Aynı yönde bkz Özen İnci (n 3) 54.

140 Bkz 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu m.28A/f 3: “*Hayvanlara cinsel saldırıda bulunan veya tecavüz eden kişi altı aydan üç yıla kadar hapis ve yüz günden az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır*”. Aynı yönde bkz Özen İnci (n 3) 54. Söz konusu hallerde hayasızca hareketler suçunun da oluşacağı yönünde bkz Kangal (n 2) 46.

141 Özen İnci (n 3) 49; Gökcan ve Artuç (n 3) 7515.

142 Bkz Yargıtay 5 CD, 7780/4817, 09.05.2013, www.corpus.com.tr, erişim tarihi 13 Şubat 2022.

Daha önce belirttiğimiz üzere hayasızca hareketler suçunun belli bir mağduru olmayıp suçun mağduru toplumu oluşturan herkestir. TCK m 43 uyarınca mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu manada bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda alenen cinsel ilişkide bulunan yahut teşhircilik yapan fail açısından zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür¹⁴³. Diğer taraftan hayasızca hareketler suçunun mağduru toplumu oluşturan herkes olmakla diğer yandan suçun aleniyet unsuru kapsamında tabiatı gereği birden fazla kişiye karşı gerçekleştirilmesi gerektiğinden TCK m 43/f2 uyarınca aynı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması mümkün değildir¹⁴⁴.

Hayasızca hareketler suçu seçimli hareketli bir suç olup bu sebeple alenen cinsel ilişkide bulunmak ya da alenen teşhircilik yapmak şeklindeki fiillerden biri icra edildiğinde suç oluşacak olup suçun seçimli hareketlerinin birden fazlasının gerçekleştirildiği halde de tek bir suç oluşacak ve fail hakkında tek bir cezaya hükümlenacaktır¹⁴⁵.

V. Kovuşturma ve Yaptırım

Hayasızca hareketler suçunun yaptırımı TCK m 225'te *altı aydan bir yıla* kadar hapis cezası olarak öngörülmüştür. Bu itibarla suç tipinde öngörülen ceza kısa süreli hapis cezası olup TCK m 50 uyarınca seçenek yaptırımlara çevrilmesi mümkündür. Diğer taraftan hayasızca hareketler suçu şikâyete bağlı bir suç olmayıp; re'sen kovuşturulabilen bir suçtur¹⁴⁶.

Hayasızca hareketler suçu açısından görevli mahkeme 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m 11 uyarınca asliye ceza mahkemeleridir. Yetki açısından ise bu suç tipi bir özellik göstermemekte olup CMK'nın yetkiye ilişkin genel nitelikteki hükümlerine göre yetkili mahkeme tespit edilecektir. Yine belirtmemiz gerekir ki öngörülen hapis cezasının süresi itibarıyla söz konusu suç nedeniyle açılan davalarda CMK m 251 uyarınca basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verilebilmesi mümkündür.

143 Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 3) 960; İnci (n 3) 54; Kangal (n 2) 42; Parlar ve Hatipoğlu (n 2) 675; Meran (n 6) 597; Baytemir (n 3) 645; Gökcan ve Artuç (n 3) 7514.

144 Kangal (n 2) 43; Özen İnci (n 3) 55; Gökcan ve Artuç (n 3) 7514. Aksi yönde bkz Hafizoğulları ve Özen (n 5) 327.

145 Kangal (n 2) 42.

146 Alman ceza hukuku uyarınca teşhircilik suçunun şikâyete bağlı olması hakkında Kindhäuser (n 16) §183 kn:1.

Sonuç

İnceleme konumuzu oluşturan hayasızca hareketler suçu açısından öğretilerde ağırlıklı olarak hayasızca hareketler suçu ile korunan hukuksal değerlerin toplumun edep, iffet, haya, ahlak temizliği, cinsel nitelikteki utanma ve ar duyguları olduğu ifade edilmiş ise de içeriği belirsiz nitelikte ve -toplumsal anlamda belli bir dönemde yaygın kabul görse dahi- tümüyle kişisel etik alanında kalan edep, ahlak ve iffet duygusu gibi kavramların ise birer değer olarak haliyle de birer hukuksal değer olarak kabulü mümkün değildir. Diğer yandan kanuni tipte tanımlanan gerek teşhircilik gerekse de alenen cinsel ilişki fiillerinin bunlara maruz kalan kişiler üzerinde ciddi bir psikolojik şok etkisi yaratacağı ve bu kimselerin arzuları dışında maruz kalacakları bu nitelikteki fiillerin etkisiyle psikolojik travma yaşamalarının çok olası bir sonuç olduğu bilinmektedir. Bu çerçevede kanaatimizce TCK m 225’de tanımlanan hayasızca hareketler suçuyla korunan hukuksal değeri *kişinin manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı (AY m.17/f 1)* ve *sağlıklı ve dengeli çevrede yaşama hakkı (AY m.56/f 1)* olarak ifade etmek mümkündür.

Söz konusu suç tipinin oluşabilmesi için alenen cinsel ilişkide bulunulması ya da alenen teşhircilik yapılması gerekmektedir. Bu kavramların anlamları öğretilerde yoğun tartışmalara sebebiyet vermiştir. Cinsel ilişki kavramının belirlenebilmesi için bu kavramın çeşitli anlamlarının ortaya konulabilmesi ve bu kapsamda inceleme konumuzu oluşturan suç tipi açısından yerleşmiş yorum ilkeleri dahilinde bir sonuca varmamız gerekmektedir. Bu çerçevede cinsel ilişki taraflarının cinsiyetleri dikkate alınmaksızın bir temas içererek tıbbi doğal akışı içerisinde ejakülasyona sebebiyet verecek derecedeki her türlü cinsel fiil olarak tanımlanabilir. Bu noktada önemli olan söz konusu bu fiillerin karşılıklı olması ve bir temas içermesidir. Yaptığımız bu tanım çerçevesinde cinsel ilişkiden bahsedebilmek için ilişkinin her iki tarafının da rızası aranmakta olup taraflardan birinin rızası olmadığı takdirde yalnızca TCK m 102/f 2 kapsamında nitelikli cinsel saldırıdan ya da TCK m 103/ f 2 kapsamında nitelikli cinsel istismardan bahsedilecektir. Diğer yandan hayvanlarla ya da ölümlerle gerçekleştirilen cinsel birleşmeler de cinsel ilişki kapsamında değerlendirilemeyecek olup koşulları oluşması halinde ancak teşhircilik fiili altında değerlendirilebilirler.

Teşhircilik teşkil eden fiiller kanunda tek tek sayılmamış olup, suçla korunan hukuksal değeri ihlal edecek düzeydeki fiiller her somut olay özelinde değerlendirilmeli ve tespit edilmelidir. Kanaatimizce teşhircilik, sağlıklı çevrede yaşama ve kişinin manevi varlığını geliştirme hakkını ihlal etmeye matuf olarak belli vücut bölgelerinin gösterilmesi

anlamına gelmektedir. Söz konusu fiilin teşhircilik teşkil etmesi için gereken bir diğer şart ise fiilin cinsel nitelikte olmasıdır. Bu manada örneğin kişinin idrarını yaparken cinsel organının görünmesi, hareket cinsel nitelikte olmadığından hayasızca hareketler suçunu da oluşturmayacaktır.

Suçun oluşması için seçimlik hareketlerin alenen gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Aleniyetten, fiilin gerçekleştirildiği sırada belirli olmayan birden fazla kişi tarafından görülebilir olması anlaşılmaktadır. İfade etmek gerekir ki aleniyetin varlığı için fiilin belirsiz sayıda kişi tarafından somut olarak görülebilir olması yeterli olup muhakkak görülmesi ise gerekli değildir.

Hayasızca hareketler suçunun manevi unsuru kasttır. Suçun olası kastla da işlenmesi mümkündür. Bu suç açısından suçun kanuni tanımında ayrıca bir amaç ya da saik öngörülmemiştir. Öğretide bazı yazarlarca hayasızca hareketler suçunun oluşması için failin ayrıca cinsel bir amaçla fiilleri icra etmesi gerektiği savunulmakta olup bu görüşe göre kişinin teşhir kastıyla değil hakaret kastıyla vücudunun bir bölgesini alenen gösterdiği hallerde hayasızca hareketler suçu değil hakaret suçu oluşacaktır. Her ne kadar öğretide kişinin cinsel bir motivasyon olmaksızın hareketleri icra ettiğinde hayasızca hareketler suçunun oluşmadığı belirtilmekte ise de belirttiğimiz gibi suç tipinde kastın yanında ayrı bir sübjektif unsur olarak failin ayrıca bir motivasyonuna yer verilmediği için bu şekilde bir değerlendirme yapılması mümkün değildir. Diğer yandan fiilin cinsel nitelikte olması ile cinsel amaçla gerçekleştirilmesi tamamen farklı hususlar olup örneğin kişi hiçbir cinsel amaç gütmeyen alenen çıplak bir parkta yattığında pek tabii fiilin alenen teşhircilik teşkil ettiği ve hayasızca hareketler suçunu oluşturduğu söylenebilecektir.

Hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinin hayasızca hareketler suçu açısından uygulanması söz konusu olabilir. Nitekim düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılması ya da bilim ve sanat özgürlüğü bağlamında hakkın kullanım sınırları içerisinde hayasızca hareketler suçunu oluşturan fiillerin icra edilmesi hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir.

Hayasızca hareketler suçu gerek kusur yeteneği gerek haksızlık bilinci gerekse de mazeret sebepleri açısından çeşitli özellikler göstermektedir. Exhibitionism psikiyatri biliminde bir cinsel sapma ve bozukluk hali olarak tanımlanmakta olup bu cinsel bozukluk akıl hastalığı kapsamında ele alınmalı ve TCK m 32 kapsamında değerlendirilerek kusur yeteneğine olan etkisine göre bir sonuca varılmalıdır.

Kanuni tipte yer alan alenen cinsel ilişkide bulunmak fiili açısından hayasızca hareketler suçu çok failli bir suçtur. Alenen cinsel ilişki fiiline katılan her kimse fail olarak cezalandırılacak olup diğer yandan azmettiren veya yardım eden olarak da suça katılmak mümkündür. Kanuni tipte suçun diğer seçimlik hareketi olarak öngörülen teşhircilik fiili, failin ancak kendi bedensel davranışı ile gerçekleştirilebileceği için söz konusu fiil açısından suçun bizzat işlenebilen suç olduğu belirtilmelidir. Bu sebeple anılan fiil yönünden dolayı faillik hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.

Suçların içtimaı açısından öncelikle belirtmek gerekir ki her ne kadar öğretilerde nitelikli cinsel istismar ya da nitelikli cinsel saldırı fiillerin alenen işlenmesi halinde hayasızca hareketler suçunun da oluşacağı ve fikri içtima uygulanması gerektiği belirtilmiş ise de kanaatimizce hayasızca hareketler suçunun seçimlik hareketlerinden olan cinsel ilişki ancak her iki tarafın da rızası ile gerçekleştirilebildiğinden bu halde yalnızca nitelikli cinsel istismar veya nitelikli cinsel saldırı suçundan bahsedilebilir. Diğer yandan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun alenen işlenmesi halinde aynı zamanda hayasızca hareketler suçu da oluşacağından fikri içtima uygulanması söz konusu olacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Kaynakça/References

- Aksakal E, 'Reşit Olmayan ile Cinsel İlişki Suçu' [2014] 88 (2) İstanbul Barosu Dergisi 257-275
- Artuç M, *Kişilere Karşı Suçlar* (Adalet 2008)
- Artuk M E, Gökçen A, Alşahin M E, Çakır K, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (19. Bası, Adalet 2021)
- Arzt G, Weber U, Heinrich B, Hilgendorf E, *Strafrecht Besonderer Teil* (Verlag Ernst und Werner 2009)
- Aydın M, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu* (3. Baskı, Seçkin 2018)
- Bakıcı S, *Açıklamalı- İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler* (Adalet 1994).
- Baytemir E, *Açıklamalı İçtihatlı Cinsel Dokunulmazlığa Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı Suçlar* (2. Bası, Adalet 2009)
- Bozdemir N, Özcan S, 'Cinselliğe ve Cinsel Sağlığa Genel Bakış' [2011] 5 (4) Turkish Journal of Family Medicine and Primary Care 37-46
- Çervatoğlu Geyran P, Özdemir F, Uygur N, 'Teşhircilikte Ceza Ehliyeti' [1194] 7 (3) Düşünen Adam The Journal of Psychiatry and Neurological Sciences 25-29
- Doğan R, 'Anlamlı Yanıt Üretilmeyen İkilem: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu' [2017] 75 (1) Ankara Barosu Dergisi 123-149

- Dönmez S, *Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler* (5. Bası, Filiz 1983)
- Dreher E, Tröndle H, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Band 10* (41. Auflage, C.H. Beck 1983)
- Erem, F, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku* (3. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1985)
- Fischer T, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Band 10* (58. Auflage, C.H. Beck 2011)
- Gök Ş, *Adli Tıp* (Filiz 1968)
- Gökcan H T, Artuç M, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi* (Adalet 2021).
- Gössel H K, *Das Neue Sexualstrafrecht* (De Gruyter Recht, 2005)
- Gözbüyük A P, *Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunları ile Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması* (Genişletilmiş 3. Bası, Yayınevi Belli Değil 1961)
- Gropp W, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (3. Auflage, Springer 2005)
- Hafizoğulları Z, Özen M, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Toplama Karşı Suçlar* (4. Bası, US-A Yayıncılık 2017)
- Heinrich B, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (3. Auflage, Kohlhammer 2012)
- Jakobs G, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2. Auflage, Walter de Gruyter 1991)
- Kangal Z, *Özel Ceza Hukuku C.VII Genel Ahlak Karşı Suçlar ve Aile Düzenine Karşı Suçlar* (Oniki Levha Yayıncılık 2020)
- Kantarci N, 'Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu' [2016] Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Antalya
- Karabulut T, 'Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu' [2019] Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı İstanbul
- Keleş R, Hamamcı C, Çoban A, *Çevre Politikası*, (Genişletilmiş 6. Baskı, İmge Kitabevi Yayınları 2009)
- Keleş R, Hamamcı C, *Çevre Bilim*, (4. Baskı, İmge Kitabevi Yayınları 2002)
- Keser Ö F, 'Uygulamaya Bakan Yönleriyle Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu' [2020] Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi Yalova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yalova
- Kindhäuser U, *Lehr- und Praxiskommentar Strafgesetzbuch* (4. Auflage, Nomos 2013)
- Kindhäuser U, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (6. Auflage, Nomos 2013)
- Kitapçıoğlu Yüksel T, *Özgü Suç* (Oniki Levha 2021)
- Koca M, Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (7. Baskı, Adalet 2020)
- Koca M, Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 14. Bası, Seçkin Yayıncılık 2021)
- Köksal A, 'Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu' [2015] 2 Prof Nevzat Toroslu'ya Armağan 687-726
- Lackner K, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen* (20. Auflage, C.H. Beck 1993)
- Schönke A ve Schröder H, *Strafgesetzbuch Kommentar* (27. Auflage, C.H. Beck 2006)
- Maurach R, Schroeder F-C, Maiwald M, *Strafrecht Besonderer Teil Teilband I Straftaten gegen Persönlichkeits und Vermögenswerte* (10. Auflage, C.F Müller Verlag 2009)
- Memiş Kartal P, *Özel Ceza Hukuku C.II, Kişilere Karşı Suçlar (1)* (Oniki Levha 2017)
- Meran N, *Sulh Ceza Davaları* (Seçkin 2007)
- Miebach K, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 3* (3. Auflage, C.H. Beck 2017).
- Otacı C, *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar* (Seçkin 2000)
- Önder A, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (4. Bası, Filiz 1994)
- Özbek V Ö, Doğan K, Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (16. Baskı Seçkin 2021)

- Özen İnci Z, 'Yargıtay Kararları Işığında Hayasızca Hareketler Suçu (TCK m.225)' [2017] 16 (2-2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 17-69
- İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Gözden geçirilmiş ve Güncellenmiş 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021)
- Özyüksel Ö, '5237 Sayılı Ceza Kanunu'nda Cinsel İlişki Kavramı' [2021] 9 (18) Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 135-166
- Parlar A, Hatipoğlu M, *5237 Sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Sulh Ceza Davaları* (Adalet 2010)
- Rengier R, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (4. neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck 2012)
- Roxin C, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I* (4. vollständig neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck 2006)
- Roxin C, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II* (H. Beck 2002)
- Sarıtaş E, 'Toplumsal Norm ve Ceza Yaptırımının Doğası Üzerine' [2013] 71 (1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1051-1108
- Semiz Y, 'Çevre Hakkı Kavramı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevre Hakkına Yaklaşımı' [2016] T.C. Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayımlanmamış Doktora Tezi
- Soner Baykal C, 'Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu' [2019] Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı İstanbul
- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Güncelleştirilmiş 12. Baskı, Adalet 2018)
- Taner F G, *Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2017)
- Tezcan D, Erdem M R, Önok, M, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (Güncellenmiş 19. Baskı, Seçkin 2021)
- Toroslu N, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu* (1. Baskı, Sevinç Matbaası 1970)
- Türay A, 'İhmal Suretiyle İcrai Hareketin Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı Sorunsalı' [2020] XII (3) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 115-154
- Uz A, 'Türkiye'de Çevre Hakkının Mülkiyet Hakkı ve Özel Teşebbüs Hürriyeti Üzerindeki Etkileri' [2008] 41 (3) Amme İdaresi Dergisi 99-124
- Ünver Y, 'Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi' [2013] II. Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu "Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku" 23-58
- Ünver Y, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer* (Seçkin 2003)
- Yalçın Sancar T, *Çok Failli Suçlar* (Seçkin 1998)
- Yasemin Baba, 'Haksızlık İçeriğindeki Azlığın Cezalandırma Üzerindeki Etkisi' [2017] Yayımlanmamış Doktora Tezi T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı İstanbul
- Hamamcı C, 'Çevre ve Hukuk', [1983] 528 Prof. Fehmi Yavuz'a Armağan 239-250.
- Yokuş Sevik H, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Adalet 2020)
- Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Beta 2019)
- <https://femen.org/about-us/>
- <https://www.dwds.de>
- <http://www.dpsikiyatri.com/>
- <https://www.cetad.org.tr/>
- https://www.lexico.com/definition/sexual_intercourse
- <https://www.britannica.com/science/sexual-intercourse>
- <https://dictionary.cambridge.org/>
- <https://www.webmd.com/>
- <http://www.dpsikiyatri.com/hastaliklar1141.asp>

<https://www.cetad.org.tr/73/sik-sorulan-sorular/44/parafililer-cinsel-sapkinliklar>

www.corpus.com.tr

<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

<https://www.jusline.at/gesetz/stgb/paragraf/218>

https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/de

<https://juris.bundesgerichtshof.de>

YAZARLARA BİLGİ

TANIM

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi (Journal of Penal Law and Criminology), açık erişimli, hakemli, Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki defa yayınlanan bilimsel bir dergidir. Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi'nin bir yayınıdır.

AMAÇ ve KAPSAM

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi (Journal of Penal Law and Criminology), öncelikle ceza hukuku ve kriminoloji alanlarına odaklanan, suç ve suçlulukla ilişkili konularda yazılan makalelere açık olan bir dergidir. Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, yüksek kalitede içerikle bu alanlara katkıda bulunan ve bilgi paylaşımı sağlayan uluslararası bir platform sunmayı amaçlar. Dergide, Türkçe makalelerin yanı sıra İngilizce, Almanca, Fransızca, İspanyolca ve İtalyanca makalelere de yer verilir. Derginin hedef kitesini akademisyenler, araştırmacılar, profesyoneller, öğrenciler ve ilgili mesleki, akademik kurum ve kuruluşlar oluşturur.

EDİTORYAL POLİTİKALAR VE HAKEM SÜRECİ

Yayın Politikası

Dergiye yayınlanmak üzere gönderilen makalelerin içeriği, derginin amaç ve kapsamı ile uyumlu olmalıdır. Dergide, orijinal araştırma niteliğindeki yazıların yayınlanmasına öncelik verilmektedir.

Genel İlkeler

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi'nde daha önce yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere başka bir dergide halen değerlendirmede olmayan ve her bir yazar tarafından onaylanan makaleler değerlendirilmek üzere kabul edilir.

On değerlendirmeyi geçen yazılar iThenticate intihal tarama programından geçirilir. İntihal incelemesinden sonra, uygun makaleler Editor tarafından orijinaliteleri, metodolojileri, makalede ele alınan konunun önemi ve derginin kapsamına uygunluğu açısından değerlendirilir.

Bilimsel toplantılarda sunulan özet bildirimler, makalede belirtilmesi koşulu ile kaynak olarak kabul edilir. Gönderilen makale biçimsel esaslara uygun ise editör, çift taraflı kör hakem değerlendirmesi için gelen yazıyı yurtiçinden ve/veya yurtdışından üç hakeme sunar, çeviri yazıyı ise bir hakeme gönderir.

Makale yayınlanmak üzere Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi'ne gönderildikten sonra

YAZARLARA BİLGİ

yazarlardan hiçbirinin ismi, tüm yazarların yazılı izni olmadan yazar listesinden silinemez ve yeni bir isim, yazar olarak eklenemez, yazar sırası değiştirilemez.

Yayına kabul edilmeyen makale, resim ve fotoğraflar yazarlara geri gönderilmez. Yayınlanan yazı ve resimlerin tüm hakları Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi'ne aittir.

Yazarların Sorumluluğu

Makalelerin bilimsel ve etik kurallara uygunluğu yazarların sorumluluğundadır. Yazar, makalenin orijinal olduğu, daha önce başka bir yerde yayınlanmadığı ve başka bir yerde, başka bir dilde yayınlanmak üzere değerlendirilmediği konusunda teminat sağlamalıdır. Uygulamadaki telif kanunları ve anlaşmaları gözetilmelidir. Telifle bağlı materyaller (örneğin tablolar, şekiller veya büyük alıntılar) gerekli izin ve teşekkürle kullanılmalıdır. Başka yazarların, katkıda bulunanların çalışmaları ya da yararlanılan kaynaklar uygun biçimde kullanılmalı ve referanslarda belirtilmelidir.

Gönderilen makalede tüm yazarların akademik ve bilimsel olarak doğrudan katkısı olmalıdır. Bu bağlamda “yazar” yayınlanan bir araştırmanın kavramsallaştırılmasına ve dizaynına, verilerin elde edilmesine, analizine ya da yorumlanmasına belirgin katkı yapan, yazının yazılması ya da bunun içerik açısından eleştirel biçimde gözden geçirilmesinde görev yapan kişi olarak görülür. Yazar olabilmenin diğer koşulu ise, makaledeki çalışmayı planlamak veya icra etmek ve/veya revize etmektir. Fon sağlanması, veri toplanması ya da araştırma grubunun genel süpervizörlüğü tek başına yazarlık hakkı kazandırmaz. Yazar olarak gösterilen tüm kişiler, sayılan tüm ölçütleri karşılamalı ve yukarıdaki ölçütleri karşılayan her kişi, yazar olarak gösterilmelidir. Yazarların isim sıralaması ortak verilen bir karar olmalıdır. Tüm yazarlar, yazar sıralamasını [Telif Hakkı Anlaşması Formunda](#) imzalı olarak belirtmek zorundadırlar.

Yazarlık için yeterli ölçütleri karşılamayan, ancak çalışmaya katkısı olan tüm kişiler, “teşekkür/bilgiler” kısmında sıralanmalıdır. Bunlara sadece teknik destek sağlayan, yazıma yardımcı olan ya da sadece genel bir destek sağlayan, finansal ve materyal desteği sunan kişiler örnek olarak gösterilebilir.

Bütün yazarlar, araştırmanın sonuçlarını ya da bilimsel değerlendirmeyi etkileyebilme potansiyeli olan finansal ilişkiler, çıkar çatışması ve çıkar rekabetini beyan etmelidirler. Bir yazar kendi yayınlanmış yazısında belirgin bir hata ya da yanlışlık tespit ederse, bu yanlışlıklara ilişkin düzeltme ya da geri çekme için editör ile hemen temasa geçme ve işbirliği yapma sorumluluğunu taşır.

Editör ile Hakem Sorumlulukları ve Değerlendirme Süreci

Editör; makaleleri, yazarların etnik kökeninden, cinsiyetinden, cinsel yöneliminden, uyruğundan, dini inancından, siyasi ve felsefi düşüncesinden bağımsız olarak değerlendirir. Ayrıca

YAZARLARA BİLGİ

editör, yayına gönderilen makalelerin adil bir şekilde çift taraflı kör hakem değerlendirmesinden geçmelerini sağlar. Gönderilen makalelere ilişkin tüm bilginin, makale yayınlanana kadar gizli kalacağını garanti eder. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verir ve yazarı durumdan en kısa sürede haberdar eder. Editör, içerik ve yayının toplam kalitesinden sorumludur. Ayrıca editör, gerektiğinde hata sayfası yayınlamalı ya da düzeltme yapmalıdır.

Editör; yazarlar, editörler ve hakemler arasında çatışmaya izin vermez. Hakem atama konusunda tam yetkiye sahiptir ve dergide yayınlanacak makalelerle ilgili nihai kararı vermekle yükümlüdür.

Hakemler; makaleleri, yazarların etnik kökeninden, cinsiyetinden, cinsel yöneliminden, uyruğundan, dini inancından, siyasi ve felsefi düşüncesinden bağımsız olarak değerlendirirler. Araştırmayla ilgili, yazarlarla ve/veya araştırmanın finansal destekçileriyle çıkar çatışmaları olmamalıdır. Değerlendirmelerinin sonucunda tarafsız bir yargıya varmalıdırlar. Hakemler, yazarların atıfta bulunmadığı konuyla ilgili yayınlanmış çalışmaları tespit etmelidirler. Gönderilmiş yazılara ilişkin tüm bilgilerin gizli tutulmasını sağlamalı ve yazar tarafından herhangi bir telif hakkının ihlal edildiğini ve intihal yapıldığını fark ederlerse editöre raporlamalıdırlar. Hakem, makale konusu hakkında kendini vasıflı hissetmiyor ya da zamanında geri dönüş sağlayamayacağını düşünüyorsa, editöre bu durumu derhal bildirmeli ve editörden hakem sürecine kendisini dahil etmemesini istemelidir.

Değerlendirme sürecinde editör, hakemlere gözden geçirme için gönderilen makalelerin, yazarların özel mülkü olduğunu ve bunun imtiyazlı bir iletişim olduğunu açıkça belirtir. Hakemler ve yayın kurulu üyeleri, başka kişilerle makaleleri tartışamazlar. Hakemlerin kendileri için makalelerin kopyalarını çıkarmalarına izin verilmez. Ayrıca hakemler, editörün izni olmadan makaleleri başkasına veremezler. Yazarın ve editörün izni olmadan hakemlerin gözden geçirmeleri basılamaz ve açıklanamaz. Hakemlerin kimliğinin gizli kalmasına özen gösterilmelidir. Bazı durumlarda editörün kararıyla, ilgili hakemlerin makaleye ait yorumları aynı makaleyi yorumlayan diğer hakemlere gönderilerek hakemlerin bu süreçte aydınlatılması sağlanabilir.

Telif Hakkında

Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmaları Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) olarak lisanslıdır. CC BY-NC 4.0 lisansı, eserin ticari kullanım dışında her boyut ve formatta paylaşılmasına, kopyalanmasına, çoğaltılmasına ve orijinal esere uygun şekilde atıfta bulunmak kaydıyla yeniden düzenleme, dönüştürme ve eserin üzerine inşa etme dâhil adapte edilmesine izin verir.

AÇIK ERİŞİM İLKESİ

Dergi açık erişimlidir ve derginin tüm içeriği okura ya da okurun dahil olduğu kuruma ücretsiz olarak sunulur. Okurlar, ticari amaç haricinde, yayıncı ya da yazardan izin almadan dergi makalelerinin tam metnini okuyabilir, indirebilir, kopyalayabilir, arayabilir ve link sağlayabilir. Bu BOAI açık erişim tanımıyla uyumludur.

Derginin açık erişimli makaleleri Creative Commons Atıf-GayrıTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) olarak lisanslıdır.

YAYIN ETİĞİ

İlke ve Standartlar

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi (Journal of Penal Law and Criminology), yayın etiğinde en yüksek standartlara bağlıdır ve Committee on Publication Ethics (COPE), Directory of Open Access Journals (DOAJ), Open Access Scholarly Publishers Association (OASPA) ve World Association of Medical Editors (WAME) tarafından yayınlanan etik yayıncılık ilkelerini benimser; Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing başlığı altında ifade edilen ilkeler için adres: <https://publicationethics.org/resources/guidelines-new/principles-transparency-and-best-practice-scholarly-publishing>.

Gönderilen tüm makaleler orijinal, yayınlanmamış ve başka bir dergide değerlendirme sürecinde olmamalıdır. Her bir makale, editörlerden biri ve en az iki hakem tarafından çift taraflı kör hakem değerlendirmesinden geçirilir. İntihal, duplikasyon, sahte yazarlık, araştırma/veri fabrikasyonu, makale dilimleme, dilimleyerek yayın, telif hakları ihlali ve çıkar çatışmasının gizlenmesi, etik dışı davranışlar olarak kabul edilir.

Kabul edilen etik standartlara uygun olmayan tüm makaleler yayından çıkarılır. Buna yayından sonra tespit edilen olası kuraldışı uygunsuzluklar içeren makaleler de dahildir.

YAZILARIN HAZIRLANMASI

1. Makale gönderimi online olarak, <http://jplc.istanbul.edu.tr> üzerinden yapılmalıdır.
2. Gönderilen yazılar, yazının yayınlanmak üzere gönderildiğini ifade eden, makale türünü belirten ve makaleyle ilgili bilgileri içeren (bkz: Son Kontrol Listesi) bir mektup; yazının elektronik formunu içeren Microsoft Word 2003 ve üzerindeki versiyonları ile yazılmış elektronik dosya ve tüm yazarların imzaladığı [Telif Hakkı Anlaşması Formu](#) eklenerek gönderilmelidir.
3. Yayınlanmak üzere gönderilen makale ile birlikte yazar bilgilerini içeren kapak sayfası

YAZARLARA BİLGİ

gönderilmelidir. Kapak sayfasında, makalenin başlığı, yazar veya yazarların bağlı oldukları kurum ve unvanları, kendilerine ulaşılabilecek adresler, cep, iş ve faks numaraları ve e-posta adresleri yer almalıdır (bkz. Son Kontrol Listesi).

4. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, karar incelemesi, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Editörler ve Yayın Kurulu tarafından yapılır.
5. Gönderilen yazılarla ilgili tüm yazışmalar ilk yazarla yapılır.
6. Yazarların dergiye gönderdikleri çalışmaların derginin kurallarına uygun olduğu kabul edilir. Bilimsel araştırma ve etik kurallarına uyulmadığı veya olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, Editörler ve Yayın Kurulu tarafından geri çevrilir.
7. Gönderilen çalışmaların yazı karakteri Times New Roman ve yazı büyüklüğü-14 punto olması gereken bölüm başlıkları ve 10 punto olması gereken dipnotlar dışında- 12 punto olması gerekir. Satır aralıklarının da 1.5 değerinde olması gerekir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin dipnotlar sayfa altında yer almalıdır.
8. Yazar/yazarların adları çalışmanın başlığının hemen altında sağa bitişik şekilde verilmelidir. Ayrıca yıldız dipnot şeklinde (*) yazarın unvanı, kurumu ve e-posta adresi ve telefonu sayfanın en altında dipnotta belirtilmelidir.
9. Çalışmaların başlıca şu unsurları içermesi gerekmektedir: Türkçe Başlık, Türkçe öz ve anahtar kelimeler; İngilizce başlık, İngilizce öz ve anahtar kelimeler; İngilizce genişletilmiş özet, ana metin bölümleri, son notlar ve kaynaklar.
10. Giriş bölümünden önce 100-200 sözcük arasında çalışmanın kapsamını, amacını, ulaşılan sonuçları ve kullanılan yöntemi kaydeden Türkçe ve İngilizce öz ile 600-800 kelimelik İngilizce genişletilmiş özet yer almalıdır. Çalışmanın İngilizce başlığı İngilizce özet üzerinde yer almalıdır. İngilizce ve Türkçe özetler altında çalışmanın içeriğini temsil eden 3 İngilizce, 3 Türkçe anahtar kelime yer almalıdır.
11. Araştırma yazılarında sorunsalın betimlendiği ve çalışmanın öneminin belirtildiği GİRİŞ bölümünü “Amaç ve Yöntem”, “Bulgular”, “Tartışma ve Sonuç”, ”Son Notlar” “Kaynaklar” ve “Tablolar ve Şekiller” gibi bölümler takip etmelidir. Derleme ve yorum yazıları için ise, çalışmanın öneminin belirtildiği, sorunsal ve amacın somutlaştırıldığı “Giriş” bölümünün ardından diğer bölümler gelmeli ve çalışma “Tartışma ve Sonuç”, ”Son Notlar”, “Kaynaklar” ve “Tablolar ve Şekiller” şeklinde bitirilmelidir.
12. Çalışmanın sonunda, kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Ayrıca eserde kullanılan kaynaklar dipnotunda veya metin içerisinde kısa olarak yer almalıdır.
13. Eserlerin tablo veya grafik içermesi durumunda ayrı bir excel dosyası ile ham verilerin eserle birlikte gönderilmesi zorunludur. Çalışmalarda tablo, grafik ve şekil gibi göstergeler ancak

YAZARLARA BİLGİ

çalışmanın takip edilebilmesi açısından gereklilik arz ettiği durumlarda, numaralandırılarak, tanımlayıcı bir başlık ile birlikte verilmelidir.

14. Kurallar dâhilinde dergimize yayınlanmak üzere gönderilen çalışmaların her türlü sorumluluğu ve çalışmada geçen görüşler yazar/yazarlarına aittir.
15. Hakem raporları doğrultusunda yazarlardan, metin üzerinde bazı düzeltmeler yapmaları istenebilir.
16. Dergiye gönderilen çalışmalar yayınlansın veya yayınlanmasın geri gönderilmez.

KAYNAKLAR

Derleme yazıları, okuyucular için bir konudaki kaynaklara ulaşmayı kolaylaştıran bir araç olsa da, her zaman orijinal çalışmayı doğru olarak yansıtmaz. Bu yüzden mümkün olduğunca yazarlar orijinal çalışmaları kaynak göstermelidir. Öte yandan, bir konuda çok fazla sayıda orijinal çalışmanın kaynak gösterilmesi yer israfına neden olabilir. Birkaç anahtar orijinal çalışmanın kaynak gösterilmesi genelde uzun listelerle aynı işi görür. Ayrıca günümüzde kaynaklar elektronik versiyonlara eklenebilmekte ve okuyucular elektronik literatür taramalarıyla yayınlara kolaylıkla ulaşabilmektedir.

Kabul edilmiş ancak henüz sayıya dahil edilmemiş makaleler Early View olarak yayınlanır ve bu makalelere atıflar “advance online publication” şeklinde verilmelidir. Genel bir kaynaktan elde edilemeyecek temel bir konu olmadıkça “kişisel iletişimlere” atıfta bulunulmamalıdır. Eğer atıfta bulunulursa parantez içinde iletişim kurulan kişinin adı ve iletişimin tarihi belirtilmelidir. Bilimsel makaleler için yazarlar bu kaynaktan yazılı izin ve iletişimin doğruluğunu gösterir belge almalıdır. Kaynakların doğruluğundan yazar(lar) sorumludur. Tüm kaynaklar metinde belirtilmelidir. Kaynaklar alfabetik olarak sıralanmalıdır.

Referans Stili ve Formatı

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, makalelerinde referans sistemi olarak OSCOLA veya APA 6 kullanımını benimser. OSCOLA (Oxford Standard for the Citation of Legal Authorities), Oxford Üniversitesi tarafından yayınlanmış bir sistemdir. Ayrıntılı bilgi ve örnekler için: <https://www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/publications/oscola>.

American Psychological Association tarafından yayınlanan APA 6 hakkında ayrıntılı bilgi için: <http://www.apastyle.org/>

APA 6 Referans Stili Örnekleri

Metin İçinde Kaynak Gösterme

Kaynaklar metinde parantez içinde yazarların soyadı ve yayın tarihi yazılarak belirtilmelidir. Birden fazla kaynak gösterilecekse kaynaklar arasında (;) işareti kullanılmalıdır. Kaynaklar alfabetik olarak sıralanmalıdır.

Örnekler:

Birden fazla kaynak;

(Esin ve ark., 2002; Karasar 1995)

Tek yazarlı kaynak;

(Akyolcu, 2007)

İki yazarlı kaynak;

(Sayiner ve Demirci 2007, s. 72)

Üç, dört ve beş yazarlı kaynak;

Metin içinde ilk kullanımda: (Ailen, Ciambune ve Welch 2000, s. 12–13) Metin içinde tekrarlayan kullanımlarda: (Ailen ve ark., 2000)

Altı ve daha çok yazarlı kaynak;

(Çavdar ve ark., 2003)

Kaynaklar Bölümünde Kaynak Gösterme

Kullanılan tüm kaynaklar metnin sonunda ayrı bir bölüm halinde yazar soyadlarına göre alfabetik olarak numaralandırılmadan verilmelidir.

Kaynak yazımı ile ilgili örnekler aşağıda verilmiştir.

Kitap

a) Türkçe Kitap

Karasar, N. (1995). *Araştırmalarda rapor hazırlama* (8.bs). Ankara: 3A Eğitim Danışmanlık Ltd.

b) Türkçeye Çevrilmiş Kitap

Mucchielli, A. (1991). *Zihniyetler* (A. Kotil, Çev.). İstanbul: İletişim Yayınları.

c) Editörlü Kitap

Ören, T., Üney, T. ve Çölkesen, R. (Ed.). (2006). *Türkiye bilişim ansiklopedisi*. İstanbul: Papatya Yayıncılık.

d) Çok Yazarlı Türkçe Kitap

Tonta, Y., Bitirim, Y. ve Sever, H. (2002). *Türkçe arama motorlarında performans değerlendirme*. Ankara: Total Bilişim.

e) İngilizce Kitap

Kamien R., & Kamien A. (2014). *Music: An appreciation*. New York, NY: McGraw-Hill Education.

f) İngilizce Kitap İçerisinde Bölüm

Bassett, C. (2006). Cultural studies and new media. In G. Hall & C. Birchall (Eds.), *New cultural studies: Adventures in theory* (pp. 220–237). Edinburgh, UK: Edinburgh University Press.

g) Türkçe Kitap İçerisinde Bölüm

Erkmen, T. (2012). Örgüt kültürü: Fonksiyonları, öğeleri, işletme yönetimi ve liderlikteki önemi. M. Zencirkıran (Ed.), *Örgüt sosyolojisi kitabı* içinde (s. 233–263). Bursa: Dora Basım Yayın.

h) Yayıncının ve Yazarın Kurum Olduğu Yayın

Türk Standartları Enstitüsü. (1974). *Adlandırma ilkeleri*. Ankara: Yazar.

Makale

a) Türkçe Makale

Mutlu, B. ve Savaşer, S. (2007). Çocuğu ameliyat sonrası yoğun bakımda olan ebeveynlerde stres nedenleri ve azaltma girişimleri. *İstanbul Üniversitesi Florence Nightingale Hemşirelik Dergisi*, 15(60), 179–182.

b) İngilizce Makale

de Cillia, R., Reisigl, M., & Wodak, R. (1999). The discursive construction of national identity. *Discourse and Society*, 10(2), 149–173. <http://dx.doi.org/10.1177/0957926599010002002>

c) Yediden Fazla Yazarlı Makale

Lal, H., Cunningham, A. L., Godeaux, O., Chlibek, R., Diez-Domingo, J., Hwang, S.-J. ... Heineman, T. C. (2015). Efficacy of an adjuvanted herpes zoster subunit vaccine in older adults. *New England Journal of Medicine*, 372, 2087–2096. <http://dx.doi.org/10.1056/NEJMoa1501184>

d) DOI'si Olmayan Online Edinilmiş Makale

Al, U. ve Doğan, G. (2012). Hacettepe Üniversitesi Bilgi ve Belge Yönetimi Bölümü tezlerinin atıf analizi. *Türk Kütüphaneciliği*, 26, 349–369. Erişim adresi: <http://www.tk.org.tr/>

e) DOI'si Olan Makale

Turner, S. J. (2010). Website statistics 2.0: Using Google Analytics to measure library website effectiveness. *Technical Services Quarterly*, 27, 261–278. <http://dx.doi.org/10.1080/07317131003765910>

f) Advance Online Olarak Yayımlanmış Makale

Smith, J. A. (2010). Citing advance online publication: A review. *Journal of Psychology*. Advance online publication. <http://dx.doi.org/10.1037/a45d7867>

g) Popüler Dergi Makalesi

Semerçioğlu, C. (2015, Haziran). Sıradanlığın rayihası. *Sabit Fikir*, 52, 38–39.

Tez, Sunum, Bildiri

a) Türkçe Tezler

Sarı, E. (2008). *Kültür kimlik ve politika: Mardin 'de kültürlerarasılık*. (Doktora Tezi). Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.

b) Ticari Veritabanında Yer Alan Yüksek Lisans Ya da Doktora Tezi

Van Brunt, D. (1997). *Networked consumer health information systems* (Doctoral dissertation). Available from ProQuest Dissertations and Theses. (UMI No. 9943436)

c) Kurumsal Veritabanında Yer Alan İngilizce Yüksek Lisans/Doktora Tezi

Yaylalı-Yıldız, B. (2014). *University campuses as places of potential publicness: Exploring the political, social and cultural practices in Ege University* (Doctoral dissertation). Retrieved from: Retrieved from <http://library.iyte.edu.tr/hizli-erisim/iyte-tez-portali>

d) Web’de Yer Alan İngilizce Yüksek Lisans/Doktora Tezi

Tonta, Y. A. (1992). *An analysis of search failures in online library catalogs* (Doctoral dissertation, University of California, Berkeley). Retrieved from <http://yunus.hacettepe.edu.tr/~tonta/yayinlar/phd/ickapak.html>

e) Dissertations Abstracts International’da Yer Alan Yüksek Lisans/Doktora Tezi

Appelbaum, L. G. (2005). Three studies of human information processing: Texture amplification, motion representation, and figure-ground segregation. *Dissertation Abstracts International: Section B. Sciences and Engineering*, 65(10), 5428.

f) Sempozyum Katkısı

Krinsky-McHale, S. J., Zigman, W. B., & Silverman, W. (2012, August). Are neuropsychiatric symptoms markers of prodromal Alzheimer’s disease in adults with Down syndrome? In W. B. Zigman (Chair), *Predictors of mild cognitive impairment, dementia, and mortality in adults with Down syndrome*. Symposium conducted at American Psychological Association meeting, Orlando, FL.

g) Online Olarak Erişilen Konferans Bildiri Özeti

Çınar, M., Doğan, D. ve Seferoğlu, S. S. (2015, Şubat). *Eğitimde dijital araçlar: Google sınıf uygulaması üzerine bir değerlendirme* [Öz]. Akademik Bilişim Konferansında sunulan bildiri, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir. Erişim adresi: <http://ab2015.anadolu.edu.tr/index.php?menu=5&submenu=27>

h) Düzenli Olarak Online Yayımlanan Bildiriler

Herculano-Houzel, S., Collins, C. E., Wong, P., Kaas, J. H., & Lent, R. (2008). The basic nonuniformity of the cerebral cortex. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 105, 12593-12598. <http://dx.doi.org/10.1073/pnas.0805417105>

i) Kitap Şeklinde Yayımlanan Bildiriler

Schneider, R. (2013). Research data literacy. S. Kurbanoglu ve ark. (Ed.), *Communications in Computer and Information Science: Vol. 397. Worldwide Communalities and Challenges in Information Literacy Research and Practice* içinde (s. 134-140). Cham, İsviçre: Springer. <http://dx.doi.org/10.1007/978-3-319-03919-0>

j) Kongre Bildirisi

Çepni, S., Bacanak A. ve Özsevgeç T. (2001, Haziran). *Fen bilgisi öğretmen adaylarının fen branşlarına karşı tutumları ile fen branşlarındaki başarılarının ilişkisi*. X. Ulusal Eğitim Bilimleri Kongresi’nde sunulan bildiri, Abant İzzet Baysal Üniversitesi, Bolu

Diğer Kaynaklar

a) Gazete Yazısı

Token, Ç. (2015, 26 Haziran). ‘Unutma’ notları. *Cumhuriyet*, s. 13.

b) Online Gazete Yazısı

Tamer, M. (2015, 26 Haziran). E-ticaret hamle yapmak için tüketiciyi bekliyor. *Milliyet*. Erişim adresi: <http://www.milliyet>

c) Web Page/Blog Post

Bordwell, D. (2013, June 18). David Koepp: Making the world movie-sized [Web log post]. Retrieved from <http://www.davidbordwell.net/blog/page/27/>

d) Online Ansiklopedi/Sözlük

Bilgi mimarisi. (2014, 20 Aralık). Vikipedi içinde. Erişim adresi: http://tr.wikipedia.org/wiki/Bilgi_mimarisi

Marcoux, A. (2008). Business ethics. In E. N. Zalta (Ed.), *The Stanford encyclopedia of philosophy*. Retrieved from <http://plato.stanford.edu/entries/ethics-business/>

OSCOLA Referans Stili Örnekleri

Primary Sources

Do not use full stops in abbreviations. Separate citations with a semi-colon.

Cases

Give the party names, followed by the neutral citation, followed by the *Law Reports* citation (eg AC, Ch, QB). If there is no neutral citation, give the *Law Reports* citation followed by the court in brackets. If the case is not reported in the *Law Reports*, cite the All ER or the WLR, or failing that a specialist report.

Corr v IBC Vehicles Ltd [2008] UKHL 13, [2008] 1 AC 884.

R (Roberts) v Parole Board [2004] EWCA Civ 1031, [2005] QB 410.

Page v Smith [1996] AC 155 (HL).

When pinpointing, give paragraph numbers in square brackets at the end of the citation. If the judgment has no paragraph numbers, provide the page number pinpoint after the court.

Callery v Gray [2001] EWCA Civ 1117, [2001] 1 WLR 2112 [42], [45].

Bunt v Tilley [2006] EWHC 407 (QB), [2006] 3 All ER 336 [1]–[37].

R v Leeds County Court, ex p Morris [1990] QB 523 (QB) 530–31.

If citing a particular judge:

Arcott v The Coal Authority [2004] EWCA Civ 892, [2005] Env LR 6 [27] (Laws LJ).

Statutes and statutory instruments

Act of Supremacy 1558.

Human Rights Act 1998, s 15(1)(b).

Penalties for Disorderly Behaviour (Amendment of Minimum Age) Order 2004, SI 2004/3166.

EU legislation and cases

Consolidated Version of the Treaty on European Union [2008] OJ C115/13.

Council Regulation (EC) 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (EC Merger Regulation) [2004] OJ L24/1, art 5.

Case C-176/03 *Commission v Council* [2005] ECR I-7879, paras 47–48.

European Court of Human Rights

Omojudi v UK (2009) 51 EHRR 10.

Osman v UK ECHR 1998–VIII 3124.

Balogh v Hungary App no 47940/99 (ECHR, 20 July 2004).

Simpson v UK (1989) 64 DR 188.

Secondary Sources

Books

Give the author's name in the same form as in the publication, except in bibliographies, where you should give only the surname followed by the initial(s). Give relevant information about editions, translators and so forth before the publisher, and give page numbers at the end of the citation, after the brackets.

Thomas Hobbes, *Leviathan* (first published 1651, Penguin 1985) 268.

Gareth Jones, *Goff and Jones: The Law of Restitution* (1st supp, 7th edn, Sweet & Maxwell 2009).

K Zweigert and H Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (Tony Weir tr, 3rd edn, OUP 1998).

Contributions to edited books

Francis Rose, 'The Evolution of the Species' in Andrew Burrows and Alan Rodger (eds), *Mapping the Law: Essays in Memory of Peter Birks* (OUP 2006).

Encyclopedias

Halsbury's Laws (5th edn, 2010) vol 57, para 53.

Journal articles

Paul Craig, 'Theory, "Pure Theory" and Values in Public Law' [2005] PL 440.

When pinpointing, put a comma between the first page of the article and the page pinpoint.

JAG Griffith, 'The Common Law and the Political Constitution' (2001) 117 LQR 42, 64.

Online journals

Graham Greenleaf, 'The Global Development of Free Access to Legal Information' (2010) 1(1) EJLT < <http://ejlt.org/article/view/17> > accessed 27 July 2010.

Command papers and Law Commission reports

Department for International Development, *Eliminating World Poverty: Building our Common Future* (White Paper, Cm 7656, 2009) ch 5.

Law Commission, *Reforming Bribery* (Law Com No 313, 2008) paras 3.12–3.17.

Websites and blogs

Sarah Cole, 'Virtual Friend Fires Employee' (*Naked Law*, 1 May 2009)
<www.nakedlaw.com/2009/05/index.html> accessed 19 November 2009.

Newspaper articles

Jane Croft, 'Supreme Court Warns on Quality' *Financial Times* (London, 1 July 2010) 3.

SON KONTROL LİSTESİ

Aşağıdaki listede yer alan hususların eksik olmadığından emin olun:

- Editöre mektup
 - Makalenin türü
 - Başka bir dergiye gönderilmemiş olduğu bilgisi
 - Sponsor veya ticari bir firma ile ilişkisi (varsa belirtiniz)
 - İstatistik kontrolünün yapıldığı bilgisi (araştırma makaleleri için)
 - İngilizce yönünden kontrolünün yapıldığı bilgisi
 - Yazarlara Bilgide detaylı olarak anlatılan dergi politikalarının gözden geçirildiği
 - Kaynakların OSCOLA'ya veya APA6'ya göre belirtildiği
- Telif Hakkı Anlaşması Formu
- Daha önce basılmış materyal (yazı-resim-tablo) kullanılmış ise izin belgesi
- Makale kapak sayfası
 - Makalenin türü
 - Makalenin Türkçe ve İngilizce başlığı
 - Yazarların ismi soyadı, unvanları ve bağlı oldukları kurumlar (üniversite ve fakülte bilgisinden sonra şehir ve ülke bilgisi de yer almalıdır), e-posta adresleri
 - Sorumlu yazarın e-posta adresi, açık yazışma adresi, iş telefonu, GSM, faks nosu
 - Tüm yazarların ORCID'leri
- Makale ana metni dosyası
 - Makalenin Türkçe ve İngilizce başlığı
 - Özetler 180-200 kelime Türkçe ve 180-200 kelime İngilizce
 - Anahtar Kelimeler: 3 adet Türkçe ve 3 adet İngilizce
 - Makale Türkçe ise, İngilizce genişletilmiş Özet (Extended Abstract) 600-800 kelime
 - Makale ana metin bölümleri
 - Finansal Destek (varsa belirtiniz)
 - Çıkar Çatışması (varsa belirtiniz)
 - Teşekkür (varsa belirtiniz)
 - Kaynaklar
 - Tablolar-Resimler, Şekiller (başlık, tanım ve alt yazılarıyla)

YAZARLARA BİLGİ

İLETİŞİM İÇİN

Baş Editör: Prof. Dr. Adem Sözüer

E-mail: asozuer@istanbul.edu.tr

Tel: + 90 212 440 01 05

Faks: +90 212 512 41 35

Website: <http://jplc.istanbul.edu.tr>

E-mail: jplc@istanbul.edu.tr

Adres: İstanbul Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi

34116, Beyazıt

İstanbul - Türkiye

INFORMATION FOR AUTHORS

DESCRIPTION

Journal of Penal Law and Criminology (Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi) is an open access, peer-reviewed, scholarly journal published biannually in June and December. It has been an official publication of Istanbul University Faculty of Law, Criminal Law and Criminology Research and Practice Center.

AIM and SCOPE

Journal of Penal Law and Criminology (Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi) focuses primarily on penal law and criminology, and also welcomes the articles on subjects related with crime and criminality. The journal aims to offer an international platform for exchange of knowledge and contribute to the field in all aspects with high quality content. Besides articles in Turkish, articles in English, German, French, Spanish and Italian are included within the journal. The target group of the journal consists of academicians, researchers, professionals, students, related professional and academic bodies and institutions.

EDITORIAL POLICIES AND PEER REVIEW PROCESS

Publication Policy

The subjects covered in the manuscripts submitted to the Journal for publication must be in accordance with the aim and scope of the journal. The journal gives priority to original research papers submitted for publication.

General Principles

Only those manuscripts approved by its every individual author and that were not published before in or sent to another journal are accepted for evaluation.

Submitted manuscripts that pass preliminary control are scanned for plagiarism using iThenticate software. After plagiarism check, the eligible ones are evaluated by editor-in-chief for their originality, methodology, the importance of the subject covered and compliance with the journal scope.

Short presentations that took place in scientific meetings can be referred if indicated in the article. The editor sends the paper matching the formal rules to three national/international referees for evaluation and gives green light for publication upon modification by the author in accordance with the referees' claims.

In case that the manuscript is translation, the editor sends it to one referee. Changing the name

INFORMATION FOR AUTHORS

of an author (omission, addition or order) in papers submitted to the Journal requires written permission of all declared authors.

Refused manuscripts and graphics are not returned to the author.

The copyright of the published articles and pictures belong to the Journal.

Author Responsibilities

It is authors' responsibility to ensure that the article is in accordance with scientific and ethical standards and rules. And authors must ensure that submitted work is original. They must certify that the manuscript has not previously been published elsewhere or is not currently being considered for publication elsewhere, in any language. Applicable copyright laws and conventions must be followed. Copyright material (e.g. tables, figures or extensive quotations) must be reproduced only with appropriate permission and acknowledgement. Any work or words of other authors, contributors, or sources must be appropriately credited and referenced.

All the authors of a submitted manuscript must have direct scientific and academic contribution to the manuscript. The author(s) of the original research articles is defined as a person who is significantly involved in "conceptualization and design of the study", "collecting the data", "analyzing the data", "writing the manuscript", "reviewing the manuscript with a critical perspective" and "planning/conducting the study of the manuscript and/or revising it". Fund raising, data collection or supervision of the research group are not sufficient roles to be accepted as an author. The author(s) must meet all these criteria described above. The order of names in the author list of an article must be a co-decision and it must be indicated in the [Copyright Agreement Form](#).

The individuals who do not meet the authorship criteria but contributed to the study must take place in the acknowledgement section. Individuals providing technical support, assisting writing, providing a general support, providing material or financial support are examples to be indicated in acknowledgement section.

All authors must disclose all issues concerning financial relationship, conflict of interest, and competing interest that may potentially influence the results of the research or scientific judgment. When an author discovers a significant error or inaccuracy in his/her own published paper, it is the author's obligation to promptly cooperate with the Editor-in-Chief to provide retractions or corrections of mistakes.

Responsibility for the Editors, Reviewers and Review Process

Editors evaluate manuscripts for their scientific content without regard to ethnic origin, gender, sexual orientation, citizenship, religious belief, political or philosophy of the authors.

INFORMATION FOR AUTHORS

They provide a fair double-blind peer review of the submitted articles for publication. They ensure that all the information related to submitted manuscripts is kept as confidential before publishing.

Editors are responsible for the contents and overall quality of the publication. They must publish errata pages or make corrections when needed.

Editor does not allow any conflicts of interest between the authors, editors and reviewers. Only he has the full authority to assign a reviewer and is responsible for final decision for publication of the manuscripts in the Journal.

Reviewers evaluate manuscripts based on content without regard to ethnic origin, gender, sexual orientation, citizenship, religious belief, political or philosophy of the authors. They must have no conflict of interest with respect to the research, the authors and/or the research funders. Their judgments must be objective.

Reviewers should identify the relevant published work that has not been cited by the authors. They must ensure that all the information related to submitted manuscripts is kept as confidential and must report to the Editor if they are aware of copyright infringement and plagiarism on the author's side.

A reviewer who feels unqualified to review the topic of a manuscript or knows that its prompt review will be impossible should notify the Editor and excuse himself from the review process.

The editor informs the reviewers that the manuscripts are confidential information and that this is a privileged interaction. The reviewers and editorial board cannot discuss the manuscripts with other persons. The reviewers are not allowed to have copies of the manuscripts for personal use and they cannot share manuscripts with others. Unless the authors and editor permit, the reviews of referees cannot be published or disclosed. The anonymity of the referees is important. In particular situations, the editor may share the review of one reviewer with other reviewers to clarify a particular point.

Copyright Notice

Authors publishing with the journal retain the copyright to their work licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International license (CC BY-NC 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>) and grant the Publisher non-exclusive commercial right to publish the work. CC BY-NC 4.0 license permits unrestricted, non-commercial use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

OPEN ACCESS STATEMENT

The journal is an open access journal and all content is freely available without charge to the user or his/her institution. Except for commercial purposes, users are allowed to read, download, copy,

INFORMATION FOR AUTHORS

print, search, or link to the full texts of the articles in this journal without asking prior permission from the publisher or the author. This is in accordance with the BOAI definition of open access.

The open access articles in the journal are licensed under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0) license.

PUBLICATION ETHICS AND PUBLICATION MALPRACTICE STATEMENT

Standards and Principles

Journal of Penal Law and Criminology (Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi) is committed to upholding the highest standards of publication ethics and pays regard to Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing published by the Committee on Publication Ethics (COPE), the Directory of Open Access Journals (DOAJ), the Open Access Scholarly Publishers Association (OASPA), and the World Association of Medical Editors (WAME) on <https://publicationethics.org/resources/guidelines-new/principles-transparency-and-best-practice-scholarly-publishing>

All submissions must be original, unpublished (including as full text in conference proceedings), and not under the review of any other publication synchronously. Each manuscript is reviewed by one of the editors and at least two referees under double-blind peer review process. Plagiarism, duplication, fraud authorship/denied authorship, research/data fabrication, salami slicing/salami publication, breaching of copyrights, prevailing conflict of interest are unethical behaviors.

All manuscripts not in accordance with the accepted ethical standards will be removed from the publication. This also contains any possible malpractice discovered after the publication. In accordance with the code of conduct we will report any cases of suspected plagiarism or duplicate publishing.

MANUSCRIPT ORGANIZATION AND FORMAT

1. Manuscripts should be submitted online via <http://jplc.istanbul.edu.tr>
2. All the manuscripts submitted must be accompanied by a cover letter indicating that the manuscript is intended for publication, specifying the article category (i.e. research article etc.) and including information about the manuscript (see the Submission Checklist). In addition, a [Copyright Agreement Form](#) that has to be signed by all authors must be submitted.
3. A title page including author information must be submitted together with the manuscript. The title page is to include fully descriptive title of the manuscript and, affiliation, title, e-mail address, postal address, phone and fax number of the author(s) (see The Submission Checklist).
4. Apart from peer-reviewed manuscripts, reviews of judgements, book reviews, legislation assessments and informative notes are included within the Journal. The acceptance or the rejection of the above mentioned works is made by the Editorial Board.

INFORMATION FOR AUTHORS

5. All correspondence will be sent to the first-named author unless otherwise specified.
6. It is accepted that the submitted manuscripts are in line with the journal's rules. In case that violation of scientific research and ethical rules and too many writing errors are detected the manuscript would be rejected by the Editorial Board.
7. The typeface of the submitted manuscripts should be Times New Roman and font size should be 12-point, except for chapter headings which should be 14-point and footnotes which should be 10-point. Line spacing should be 1.5 pt. The footnotes must be placed at the bottom of the page.
8. The name(s) of author(s) should be given just beneath the title of the study aligned to the right. Also the affiliation, title, e-mail and phone of the author(s) must be indicated on the bottom of the page as a footnote marked with an asterisk (*).
9. The manuscripts should contain mainly these components: title, abstract and keywords; extended abstract, sections, footnotes and references.
10. Before the introduction part, there should be an abstract between 180 and 200 words in Turkish and English and an extended abstract only in English between 600-800 words, summarizing the scope, the purpose, the results of the study and the methodology used. Underneath the abstracts, three keywords that inform the reader about the content of the study should be specified in Turkish and in English.
11. Research article sections are ordered as follows: "Introduction", "Aim and Methodology", "Findings", "Discussion and Conclusion", "Endnotes", "References" and "Tables and Figures". For review and commentary articles, the article should start with the "Introduction" section where the purpose and the method is mentioned, go on with the other sections; and it should be finished with "Discussion and Conclusion" section followed by "Endnotes", "References" and "Tables and Figures".
12. A bibliography in alphabetical order according to the surname of the author/authors must be placed at the end of the manuscript. Besides, the sources used in the work should be placed within the footnotes or briefly in the text.
13. If the manuscript includes a table or graphic, raw data must be submitted as a separate Excel file together with the manuscript Word file. Tables, graphs and figures can be given with a number and a defining title if it is necessary to follow the idea of the article.
14. Authors are responsible for all statements made in their work submitted to the Journal for publication.
15. The author(s) can be asked to make some changes in their articles due to peer reviews.
16. The manuscripts submitted to the journal will not be returned whether they are published or not.

INFORMATION FOR AUTHORS

REFERENCES

Although references to review articles can be an efficient way to guide readers to a body of literature, review articles do not always reflect original work accurately. Readers should therefore be provided with direct references to original research sources whenever possible. On the other hand, extensive lists of references to original work on a topic can use excessive space on the printed page. Small numbers of references to key original papers often serve as well as more exhaustive lists, particularly since references can now be added to the electronic version of published papers, and since electronic literature searching allows readers to retrieve published literature efficiently. Papers accepted but not yet included in the issue are published online in the Early View section and they should be cited as “advance online publication”. Citing a “personal communication” should be avoided unless it provides essential information not available from a public source, in which case the name of the person and date of communication should be cited in parentheses in the text. For scientific articles, written permission and confirmation of accuracy from the source of a personal communication must be obtained.

Reference Style and Format

Journal of Penal Law and Criminology offers two options of referencing style. Authors could use either OSCOLA or APA 6. OSCOLA (Oxford Standard for the Citation of Legal Authorities) is published by the University of Oxford and detail and examples about the style can be found at <https://www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/publications/oscola>

Detail about the American Psychological Association’s APA 6 can be found at <http://www.apastyle.org>

APA6 Reference Examples

Citations in the Text

Citations must be indicated with the author surname and publication year within the parenthesis. If more than one citation is made within the same parenthesis, separate them with (;).

Samples:

More than one citation;

(Esin et al., 2002; Karasar, 1995)

Citation with one author;

(Akyolcu, 2007)

Citation with two authors;

(Sayiner & Demirci, 2007)

INFORMATION FOR AUTHORS

Citation with three, four, five authors;

First citation in the text: (Ailen, Ciambrune, & Welch, 2000) Subsequent citations in the text:

(Ailen et al., 2000)

Citations with more than six authors;

(Çavdar et al., 2003)

Citations in the Reference

All the citations done in the text should be listed in the References section in alphabetical order of author surname without numbering. Below given examples should be considered in citing the references.

Basic Reference Types

Book

a) Turkish Book

Karasar, N. (1995). *Araştırmalarda rapor hazırlama* (8th ed.) [Preparing research reports]. Ankara, Türkiye: 3A Eğitim Danışmanlık Ltd.

b) Book Translated into Turkish

Mucchielli, A. (1991). *Zihniyetler* [Mindsets] (A. Kotil, Trans.). İstanbul, Türkiye: İletişim Yayınları.

c) Edited Book

Ören, T., Üney, T., & Çölkesen, R. (Eds.). (2006). *Türkiye bilişim ansiklopedisi* [Turkish Encyclopedia of Informatics]. İstanbul, Türkiye: Papatya Yayıncılık.

d) Turkish Book with Multiple Authors

Tonta, Y., Bitirim, Y., & Sever, H. (2002). *Türkçe arama motorlarında performans değerlendirme* [Performance evaluation in Turkish search engines]. Ankara, Türkiye: Total Bilişim.

e) Book in English

Kamien R., & Kamien A. (2014). *Music: An appreciation*. New York, NY: McGraw-Hill Education.

f) Chapter in an Edited Book

Bassett, C. (2006). Cultural studies and new media. In G. Hall & C. Birchall (Eds.), *New cultural studies: Adventures in theory* (pp. 220–237). Edinburgh, UK: Edinburgh University Press.

g) Chapter in an Edited Book in Turkish

Erkmen, T. (2012). Örgüt kültürü: Fonksiyonları, öğeleri, işletme yönetimi ve liderlikteki

INFORMATION FOR AUTHORS

önemi [Organization culture: Its functions, elements and importance in leadership and business management]. In M. Zencirkıran (Ed.), *Örgüt sosyolojisi* [Organization sociology] (pp. 233–263). Bursa, Türkiye: Dora Basım Yayın.

h) Book with the same organization as author and publisher

American Psychological Association. (2009). *Publication manual of the American psychological association* (6th ed.). Washington, DC: Author.

Article

a) Turkish Article

Mutlu, B., & Savaşer, S. (2007). Çocuğu ameliyat sonrası yoğun bakımda olan ebeveynlerde stres nedenleri ve azaltma girişimleri [Source and intervention reduction of stress for parents whose children are in intensive care unit after surgery]. *Istanbul University Florence Nightingale Journal of Nursing*, 15(60), 179–182.

b) English Article

de Cillia, R., Reisigl, M., & Wodak, R. (1999). The discursive construction of national identity. *Discourse and Society*, 10(2), 149–173. <http://dx.doi.org/10.1177/0957926599010002002>

c) Journal Article with DOI and More Than Seven Authors

Lal, H., Cunningham, A. L., Godeaux, O., Chlibek, R., Diez-Domingo, J., Hwang, S.-J. ... Heineman, T. C. (2015). Efficacy of an adjuvanted herpes zoster subunit vaccine in older adults. *New England Journal of Medicine*, 372, 2087–2096. <http://dx.doi.org/10.1056/NEJMoa1501184>

d) Journal Article from Web, without DOI

Sidani, S. (2003). Enhancing the evaluation of nursing care effectiveness. *Canadian Journal of Nursing Research*, 35(3), 26-38. Retrieved from <http://cjunr.mcgill.ca>

e) Journal Article with DOI

Turner, S. J. (2010). Website statistics 2.0: Using Google Analytics to measure library website effectiveness. *Technical Services Quarterly*, 27, 261–278. <http://dx.doi.org/10.1080/07317131003765910>

f) Advance Online Publication

Smith, J. A. (2010). Citing advance online publication: A review. *Journal of Psychology*. Advance online publication. <http://dx.doi.org/10.1037/a45d7867>

g) Article in a Magazine

Henry, W. A., III. (1990, April 9). Making the grade in today's schools. *Time*, 135, 28–31.

INFORMATION FOR AUTHORS

Doctoral Dissertation, Master's Thesis, Presentation, Proceeding

a) Dissertation/Thesis from a Commercial Database

Van Brunt, D. (1997). *Networked consumer health information systems* (Doctoral dissertation). Available from ProQuest Dissertations and Theses database. (UMI No. 9943436)

b) Dissertation/Thesis from an Institutional Database

Yaylalı-Yıldız, B. (2014). *University campuses as places of potential publicness: Exploring the politicals, social and cultural practices in Ege University* (Doctoral dissertation). Retrieved from Retrieved from: <http://library.iyte.edu.tr/tr/hizli-erisim/iyte-tez-portali>

c) Dissertation/Thesis from Web

Tonta, Y. A. (1992). *An analysis of search failures in online library catalogs* (Doctoral dissertation, University of California, Berkeley). Retrieved from <http://yunus.hacettepe.edu.tr/~tonta/yayinlar/phd/ickapak.html>

d) Dissertation/Thesis abstracted in Dissertations Abstracts International

Appelbaum, L. G. (2005). Three studies of human information processing: Texture amplification, motion representation, and figure-ground segregation. *Dissertation Abstracts International: Section B. Sciences and Engineering*, 65(10), 5428.

e) Symposium Contribution

Krinsky-McHale, S. J., Zigman, W. B., & Silverman, W. (2012, August). Are neuropsychiatric symptoms markers of prodromal Alzheimer's disease in adults with Down syndrome? In W. B. Zigman (Chair), *Predictors of mild cognitive impairment, dementia, and mortality in adults with Down syndrome*. Symposium conducted at the meeting of the American Psychological Association, Orlando, FL.

f) Conference Paper Abstract Retrieved Online

Liu, S. (2005, May). *Defending against business crises with the help of intelligent agent based early warning solutions*. Paper presented at the Seventh International Conference on Enterprise Information Systems, Miami, FL. Abstract retrieved from http://www.iceis.org/iceis2005/abstracts_2005.htm

g) Conference Paper - In Regularly Published Proceedings and Retrieved Online

Herculano-Houzel, S., Collins, C. E., Wong, P., Kaas, J. H., & Lent, R. (2008). The basic nonuniformity of the cerebral cortex. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 105, 12593–12598. <http://dx.doi.org/10.1073/pnas.0805417105>

h) Proceeding in Book Form

Parsons, O. A., Pryzwansky, W. B., Weinstein, D. J., & Wiens, A. N. (1995). Taxonomy for psychology. In J. N. Reich, H. Sands, & A. N. Wiens (Eds.), *Education and training beyond the doctoral degree: Proceedings of the American Psychological Association National Conference on Postdoctoral Education and Training in Psychology* (pp. 45–50). Washington, DC: American Psychological Association.

INFORMATION FOR AUTHORS

i) Paper Presentation

Nguyen, C. A. (2012, August). *Humor and deception in advertising: When laughter may not be the best medicine*. Paper presented at the meeting of the American Psychological Association, Orlando, FL.

Other Sources

a) Newspaper Article

Browne, R. (2010, March 21). This brainless patient is no dummy. *Sydney Morning Herald*, 45.

b) Newspaper Article with no Author

New drug appears to sharply cut risk of death from heart failure.(1993, July 15). *The Washington Post*, p. A12.

c) Web Page/Blog Post

Bordwell, D. (2013, June 18). David Koepp: Making the world movie-sized [Web log post]. Retrieved from <http://www.davidbordwell.net/blog/page/27/>

d) Online Encyclopedia/Dictionary

Ignition. (1989). In *Oxford English online dictionary* (2nd ed.). Retrieved from <http://dictionary.oed.com>

Marcoux, A. (2008). Business ethics. In E. N. Zalta (Ed.). *The Stanford encyclopedia of philosophy*. Retrieved from <http://plato.stanford.edu/entries/ethics-business/>

OSCOLA Reference Examples

Primary Sources

Do not use full stops in abbreviations. Separate citations with a semi-colon.

Cases

Give the party names, followed by the neutral citation, followed by the *Law Reports* citation (eg AC, Ch, QB). If there is no neutral citation, give the *Law Reports* citation followed by the court in brackets. If the case is not reported in the *Law Reports*, cite the All ER or the WLR, or failing that a specialist report.

Corr v IBC Vehicles Ltd [2008] UKHL 13, [2008] 1 AC 884.

R (Roberts) v Parole Board [2004] EWCA Civ 1031, [2005] QB 410.

Page v Smith [1996] AC 155 (HL).

When pinpointing, give paragraph numbers in square brackets at the end of the citation. If the judgment has no paragraph numbers, provide the page number pinpoint after the court.

Callery v Gray [2001] EWCA Civ 1117, [2001] 1 WLR 2112 [42], [45].

Bunt v Tilley [2006] EWHC 407 (QB), [2006] 3 All ER 336 [1]–[37].

R v Leeds County Court, ex p Morris [1990] QB 523 (QB) 530–31.

INFORMATION FOR AUTHORS

If citing a particular judge:

Arcott v The Coal Authority [2004] EWCA Civ 892, [2005] Env LR 6 [27] (Laws LJ).

Statutes and statutory instruments

Act of Supremacy 1558.

Human Rights Act 1998, s 15(1)(b).

Penalties for Disorderly Behaviour (Amendment of Minimum Age) Order 2004, SI 2004/3166.

EU legislation and cases

Consolidated Version of the Treaty on European Union [2008] OJ C115/13.

Council Regulation (EC) 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (EC Merger Regulation) [2004] OJ L24/1, art 5.

Case C-176/03 *Commission v Council* [2005] ECR I-7879, paras 47-48.

European Court of Human Rights

Omojudi v UK (2009) 51 EHRR 10.

Osman v UK ECHR 1998-VIII 3124.

Balogh v Hungary App no 47940/99 (ECHR, 20 July 2004).

Simpson v UK (1989) 64 DR 188.

Secondary Sources

Books

Give the author's name in the same form as in the publication, except in bibliographies, where you should give only the surname followed by the initial(s). Give relevant information about editions, translators and so forth before the publisher, and give page numbers at the end of the citation, after the brackets.

Thomas Hobbes, *Leviathan* (first published 1651, Penguin 1985) 268.

Gareth Jones, *Goff and Jones: The Law of Restitution* (1st supp, 7th edn, Sweet & Maxwell 2009).

K Zweigert and H Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (Tony Weir tr, 3rd edn, OUP 1998).

Contributions to edited books

Francis Rose, 'The Evolution of the Species' in Andrew Burrows and Alan Rodger (eds), *Mapping the Law: Essays in Memory of Peter Birks* (OUP 2006).

Encyclopedias

Halsbury's Laws (5th edn, 2010) vol 57, para 53.

Journal articles

Paul Craig, 'Theory, "Pure Theory" and Values in Public Law' [2005] PL 440.

INFORMATION FOR AUTHORS

When pinpointing, put a comma between the first page of the article and the page pinpoint.

JAG Griffith, 'The Common Law and the Political Constitution' (2001) 117 LQR 42, 64.

Online journals

Graham Greenleaf, 'The Global Development of Free Access to Legal Information' (2010) 1(1) EJLT < <http://ejlt.org/article/view/17> > accessed 27 July 2010.

Command papers and Law Commission reports

Department for International Development, *Eliminating World Poverty: Building our Common Future* (White Paper, Cm 7656, 2009) ch 5.

Law Commission, *Reforming Bribery* (Law Com No 313, 2008) paras 3.12–3.17.

Websites and blogs

Sarah Cole, 'Virtual Friend Fires Employee' (*Naked Law*, 1 May 2009)
<www.nakedlaw.com/2009/05/index.html> accessed 19 November 2009.

Newspaper articles

Jane Croft, 'Supreme Court Warns on Quality' *Financial Times* (London, 1 July 2010) 3.

SUBMISSION CHECKLIST

Ensure that the following items are present:

- Cover letter to the editor
 - The category of the manuscript
 - Confirming that "the paper is not under consideration for publication in another journal".
 - Including disclosure of any commercial or financial involvement.
 - Confirming that last control for fluent English was done.
 - Confirming that journal policies detailed in Information for Authors have been reviewed.
 - Confirming that the references cited in the text and listed in the references section are in line with OSCOLA or APA6.
- Copyright Agreement Form
- Permission of previous published material if used in the present manuscript
- Title page
 - The category of the manuscript
 - The title of the manuscript both in the language of article and in English
 - All authors' names and affiliations (institution, faculty/department, city, country), e-mail addresses
 - Corresponding author's email address, full postal address, telephone and fax number
 - ORCIDs of all authors.

INFORMATION FOR AUTHORS

- Main manuscript document
 - The title of the manuscript both in the language of article and in English
 - Abstracts (180-200 words) both in the language of article and in English
 - Key words: 3 words both in the language of article and in English
 - Extended Abstract (600-800 words) in English for the articles which are not in English
 - Body text
 - Grant Support (if exists)
 - Conflict of interest (if exists)
 - Acknowledgement (if exists)
 - References
 - All tables, illustrations (figures) (including title, description, footnotes)

CONTACT INFO

Editor in Chief: Prof. Dr. Adem Sözüer

E-mail: asozuer@istanbul.edu.tr

Phone: + 90 212 440 01 05

Fax: +90 212 512 41 35

Website: <http://jplc.istanbul.edu.tr>

Email: jplc@istanbul.edu.tr

Adres: Istanbul University

Faculty of Law

Criminal Law and Criminology Research and Practice Center

34116, Beyazıt

Istanbul - Turkiye

COPYRIGHT AGREEMENT FORM / TELİF HAKKI ANLAŞMASI FORMU



Istanbul University
İstanbul Üniversitesi

Journal name: Journal of Penal Law and Criminology
Dergi Adı: Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi

Copyright Agreement Form
Telif Hakkı Anlaşması Formu

Responsible/Corresponding Author <i>Sorumlu Yazar</i>	
Title of Manuscript <i>Makalenin Başlığı</i>	
Acceptance date <i>Kabul Tarihi</i>	
List of authors <i>Yazarların Listesi</i>	

Sıra No	Name - Surname Adı-Soyadı	E-mail E-Posta	Signature İmza	Date Tarih
1				
2				
3				
4				
5				

Manuscript Type (Research Article, Review, etc.) <i>Makalenin türü (Araştırma makalesi, Derleme, v.b.)</i>	
--	--

Responsible/Corresponding Author: <i>Sorumlu Yazar:</i>	
---	--

University/company/institution	<i>Çalıştığı kurum</i>	
Address	<i>Posta adresi</i>	
E-mail	<i>E-posta</i>	
Phone; mobile phone	<i>Telefon no; GSM no</i>	

The author(s) agrees that:
The manuscript submitted is his/her/their own original work, and has not been plagiarized from any prior work, all authors participated in the work in a substantive way, and are prepared to take public responsibility for the work, all authors have seen and approved the manuscript as submitted, the manuscript has not been published and is not being submitted or considered for publication elsewhere, the text, illustrations, and any other materials included in the manuscript do not infringe upon any existing copyright or other rights of anyone. İSTANBUL UNIVERSITY will publish the content under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0) license that gives permission to copy and redistribute the material in any medium or format other than commercial purposes as well as remix, transform and build upon the material by providing appropriate credit to the original work.
The Contributor(s) or, if applicable the Contributor's Employer, retain(s) all proprietary rights in addition to copyright, patent rights.
I/We indemnify İSTANBUL UNIVERSITY and the Editors of the Journals, and hold them harmless from any loss, expense or damage occasioned by a claim or suit by a third party for copyright infringement, or any suit arising out of any breach of the foregoing warranties as a result of publication of my/our article. I/We also warrant that the article contains no libelous or unlawful statements, and does not contain material or instructions that might cause harm or injury. This Copyright Agreement Form must be signed/ratified by all authors. Separate copies of the form (completed in full) may be submitted by authors located at different institutions; however, all signatures must be original and authenticated.

Yazar(lar) aşağıdaki hususları kabul eder
Sunulan makalenin yazar(lar)ın orijinal çalışması olduğunu ve intihal yapmadıklarını,
Tüm yazarların bu çalışmaya aslı olarak katılmış olduklarını ve bu çalışma için her türlü sorumluluğu aldıklarını,
Tüm yazarların sunulan makalenin son halini gördüklerini ve onayladıklarını,
Makalenin başka bir yerde basılmadığını veya basılmak için sunulmadığını,
Makalede bulunan metnin, şekillerin ve dokümanların diğer şahıslara ait olan Telif Haklarını ihlal etmediğini kabul ve taahhüt ederler.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ'nin bu fikri eseri, Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) lisansı ile yayınlamasına izin verirler. Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) lisansı, eserin ticari kullanımı dışında her boyut ve formatta paylaşılmasına, kopyalanmasına, çoğaltılmasına ve orijinal esere uygun şekilde atıfta bulunmak kaydıyla yeniden düzenleme, dönüştürme ve eserin üzerine inşa etme dâhil adapte edilmesine izin verir.
Yazar(lar)ın veya varsa yazar(lar)ın işvereninin telif dâhil patent hakları, fikri mülkiyet hakları saklıdır.
Ben/Biz, telif hakkı ihlali nedeniyle üçüncü şahıslara vuku bulacak hak talebi veya açılacak davalarda İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ ve Dergi Editörlerinin hiçbir sorumluluğunun olmadığını, tüm sorumluluğun yazarlara ait olduğunu taahhüt ederim/ederiz.
Ayrıca Ben/Biz makalede hiçbir suç unsuru veya kanuna aykırı ifade bulunmadığını, araştırma yapılırken kanuna aykırı herhangi bir malzeme ve yöntem kullanılmadığını taahhüt ederim/ederiz.
Bu Telif Hakkı Anlaşması Formu tüm yazarlar tarafından imzalanmalıdır/onaylanmalıdır. Form farklı kurumlarda bulunan yazarlar tarafından ayrı kopyalar halinde doldurularak sunulabilir. Ancak, tüm imzaların orijinal veya kanıtlanabilir şekilde onaylı olması gerekir.

Responsible/Corresponding Author; <i>Sorumlu Yazar;</i>	Signature / İmza	Date / Tarih
	/...../.....

