



# Journal of Law and Criminology | **Volume 10 | Issue 1 | 2022**

**Journal of Law and Criminology** is a peer-reviewed journal that publishes research and analysis in the fields of law and criminology. The journal covers a wide range of topics, including criminal justice, law enforcement, and the impact of crime on society. The journal is published quarterly and is available online and in print. The journal is a leading source of information for researchers, practitioners, and students in the field of law and criminology.

# Journal of Penal Law and Criminology

## JPLC

### Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi

#### CHKD

Volume / Cilt: 10 Issue / Sayı: 2 Year / Yıl: 2022

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

New Technologies through a Human Rights Lens: Reflecting on Personal Autonomy and Non-Discrimination  
Yeni Teknolojilere İnsan Hakları Bakış Açısıyla Yaklaşmak: Kişisel Özerklik ve Ayrımcılık Yasağı / **Saadet YÜKSEL**

İHAM İçtihadı Açısından Türkiye’de Vergi ve Ceza Yargılamalarının Etkileşimi Sorunu  
The Question of Interaction between Tax and Criminal Proceedings in Türkiye in Terms of ECtHR Jurisprudence / **Barış BAHÇECİ**

İklim Değişikliğiyle Mücadelede Bir Araç Olarak Uluslararası İnsan Hakları Hukuku  
International Human Rights Law as a Mechanism for Coping with Climate Change / **Cüneyt YÜKSEL**

Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma  
Searching, Copying and Seizing of Computers, Computer Programs and Files / **Neslihan ATEŞ BENEK**

Alman ve Avusturya Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Yağma Suçunda Manevi Unsurun Belirlenmesine Yönelik Tartışmalar  
Discussions on the Subjective Element of the Crime of Plunder in Comparison with German and Austrian Law / **H. Sefa ERYILDIZ, Ali BOYRACI**

Suç Aktarımı: Ceza İnfaz Kurumları Suç Üniversiteleri mi?  
Crime Transference: Are Prisons “Universities of Crime”? / **Efe Can KARABULAT, Hüseyin NERGİZ**

II. Meşrutiyet’in İlk Günlerinde Uygulanan Afın Mahiyet ve Etkileri (1908-1909)  
The Nature, Scope, and Effects of the Amnesty Laws That Were Applied in the Early Days of the Second Constitutional Revolution (1908-1909) / **Aydın YETKİN**

Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde İsnadı (Suçlamayı) Öğrenme Hakkı  
The Right to be Informed of Accusation under the Constitution and the European Convention on Human Rights / **Akif YILDIRIM**



İSTANBUL ARŞİVİ / ISTANBUL ARCHIVE



İSTANBUL  
UNIVERSITY  
PRESS

# Journal of Penal Law and Criminology JPLC

## Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi CHKD

Volume / Cilt: 10 Issue / Sayı: 2 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: 2 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: 2 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](mailto: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: 2 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](mailto: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](mailto:mehmet.maden@istanbul.edu.tr)

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

– [elifbekar@istanbul.edu.tr](mailto: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](mailto:bbaytaz@istanbul.edu.tr)

#### Yazı Kurulu Üyeleri / Editorial Management Board Members

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

– [eaksoy@gsu.edu.tr](mailto:eaksoy@gsu.edu.tr)

Prof. Dr. Sadık TOPRAK – İstanbul Üniversitesi, Adli Tıp Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye – [sadiktoprak@istanbul.edu.tr](mailto:sadiktoprak@istanbul.edu.tr)

Doç. Dr. Koray DOĞAN – Dokuz Eylül Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İzmir, Türkiye – [koraydgn@gmail.com](mailto:koraydgn@gmail.com)

Doç. Dr. İtir TARI CÖMERT – Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – [itirtari@gmail.com](mailto:itirtari@gmail.com)

Doç. Dr. Rifat Murat ÖNOK – Koç Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – [monok@ku.edu.tr](mailto:monok@ku.edu.tr)

#### Alan Editörleri / Section Editors

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

– [mehmet.maden@istanbul.edu.tr](mailto:mehmet.maden@istanbul.edu.tr)

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

– [bbaytaz@istanbul.edu.tr](mailto:bbaytaz@istanbul.edu.tr)

Dr. Öğretim Üyesi Volkan ASLAN – İstanbul Üniversitesi, Anayasa Hukuku, İstanbul, Türkiye – [volkan.aslan@istanbul.edu.tr](mailto:volkan.aslan@istanbul.edu.tr)

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

– [derya.tekin@medeniyet.edu.tr](mailto:derya.tekin@medeniyet.edu.tr)

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

– [rerbas@istanbul.edu.tr](mailto:rerbas@istanbul.edu.tr)

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

– [sertacisika@istanbul.edu.tr](mailto:sertacisika@istanbul.edu.tr)

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

– [buharicetinkaya@istanbul.edu.tr](mailto:buharicetinkaya@istanbul.edu.tr)

#### Dil Editörleri / Language Editors

Elizabeth Mary EARL – İstanbul Üniversitesi, Yabancı Diller Yüksek Okulu, İstanbul, Türkiye – [elizabeth.earl@istanbul.edu.tr](mailto:elizabeth.earl@istanbul.edu.tr)

Alan James NEWSON – İstanbul Üniversitesi, Yabancı Diller Yüksek Okulu, İstanbul, Türkiye – [alan.newson@istanbul.edu.tr](mailto: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](mailto:evren.tufan@ibu.edu.tr)

#### Editöryal Asistanlar / Editorial Assistants

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

– [bdemiral@istanbul.edu.tr](mailto:bdemiral@istanbul.edu.tr)

Araş. Gör. Eren SÖZÜER – İstanbul Üniversitesi, Genel Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye – [eren.sozuer@istanbul.edu.tr](mailto:eren.sozuer@istanbul.edu.tr)

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

– [btokgoz@istanbul.edu.tr](mailto:btokgoz@istanbul.edu.tr)

# Journal of Penal Law and Criminology

## Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi

Cilt / Volume: 10 Sayı / Issue: 2 Yıl / Year: 2022

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

**Araş. Gör. Muhammet KAHVECİ** – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye  
– [muhammetkahveci@istanbul.edu.tr](mailto:muhammetkahveci@istanbul.edu.tr)

**Araş. Gör. Esra DİKMEN** – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – [esradikmen@istanbul.edu.tr](mailto:esradikmen@istanbul.edu.tr)

**Araş. Gör. Yağmur ALTAY** – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – [y.altay@istanbul.edu.tr](mailto:y.altay@istanbul.edu.tr)

**Araş. Gör. Kanita PRUŠČANOVIĆ** – Saraybosna Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Saraybosna, Bosna Hersek – [k.pruscanovic@pfsa.unsa.ba](mailto:k.pruscanovic@pfsa.unsa.ba)

**Araş. Gör. Sümeyra KARINÇU KARAĞAÇ** – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye  
– [sumeyra.karincu@istanbul.edu.tr](mailto:sumeyra.karincu@istanbul.edu.tr)

**Araş. Gör. Meltem KARANLIK** – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye  
– [meltemkaranlik@istanbul.edu.tr](mailto:meltemkaranlik@istanbul.edu.tr)

**Araş. Gör. Büşra ÖZÇELİK RENÇBER** – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye  
– [busraozcelik@istanbul.edu.tr](mailto:busraozcelik@istanbul.edu.tr)

### YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD

**Prof. Dr. Adem SÖZÜER** – İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – [asozuer@istanbul.edu.tr](mailto:asozuer@istanbul.edu.tr)

**Prof. Dr. Philip KUNIG** – Türk-Alman Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – [philip.kunig@fu-berlin.de](mailto:philip.kunig@fu-berlin.de)

**Prof. Dr. Manuel Cancio MELIA** – Autonoma Üniversitesi, Madrid, İspanya – [manuel.cancio@uam.es](mailto:manuel.cancio@uam.es)

**Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bahri ÖZTÜRK** – İstanbul Kültür Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – [b.ozturk@iku.edu.tr](mailto: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](mailto:mpe23@cam.ac.uk)

**Prof. Dr. Luigi FOFFANI** – Modena Üniversitesi, Modena, İtalya – [luigi.foffani@unimore.it](mailto:luigi.foffani@unimore.it)

**Prof. Dr. Rick LAWSON** – Leiden Üniversitesi, Leiden, Hollanda – [r.a.lawson@law.leidenuniv.nl](mailto:r.a.lawson@law.leidenuniv.nl)

**Prof. Dr. Vincenzo PACILLO** – Modena Üniversitesi, Modena, İtalya – [vincenzo.pacillo@unimore.it](mailto:vincenzo.pacillo@unimore.it)

**Prof. Dr. Stephen C. THAMAN** – Saint Louis Üniversitesi, St.-Louis, Amerika Birleşik Devletleri – [stephen.thaman@slu.edu](mailto:stephen.thaman@slu.edu)

**Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK** – İzmir Ekonomi Üniversitesi, İzmir, Türkiye – [ozerozbekmeister@gmail.com](mailto:ozerozbekmeister@gmail.com)

**Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ** – Türk-Alman Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – [akyildiz@tau.edu.tr](mailto:akyildiz@tau.edu.tr)

**Prof. Dr. Liane WORNER** – Konstanz Üniversitesi, Konstanz, Almanya – [liane.woerner@uni-konstanz.de](mailto:liane.woerner@uni-konstanz.de)

**Prof. Dr. Krisztina KARSAI** – Szeged Üniversitesi, Szeged, Macaristan – [karsai.krisztina@juris.u-szeged.hu](mailto:karsai.krisztina@juris.u-szeged.hu)

**Prof. Dr. Coşkun YORULMAZ** – Koç Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – [cyorulmaz@ku.edu.tr](mailto:cyorulmaz@ku.edu.tr)

**Prof. Dr. Effi LAMBROPOULOU** – Panteion Üniversitesi, Athens, Yunanistan – [elambro@panteion.gr](mailto:elambro@panteion.gr)

**Prof. Dr. Zeynel Temel KANGAL** – Bursa Uludağ Üniversitesi, Bursa, Türkiye – [ztkangal@uludag.edu.tr](mailto:ztkangal@uludag.edu.tr)

**Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENÇİ** – TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi, Ankara, Türkiye – [odegirmenci@etu.edu.tr](mailto: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](mailto:a.ferhatovic@pfsa.unsa.ba)

**Doç. Dr. Anna Maria Getos KALAC** – Zagreb Üniversitesi, Zagreb, Hırvatistan – [anna.getos@gmail.com](mailto:anna.getos@gmail.com)

**Doç. Dr. Kuzma KICHIC** – Lomonosov Moskova Devlet Üniversitesi, Moskova, Rusya – [kkichik@mail.ru](mailto:kkichik@mail.ru)

**Doç. Dr. Pınar ÖLÇER** – Leiden Üniversitesi, Leiden, Hollanda – [f.p.olcer@law.leidenuniv.nl](mailto:f.p.olcer@law.leidenuniv.nl)

**Doç. Dr. Andra Roxana TRANDAFIR** – Bükreş Üniversitesi, Bükreş, Romanya – [andra.trandafir@drept.unibuc.ro](mailto:andra.trandafir@drept.unibuc.ro)

**Dr. Nikolaos LIVOS** – Atina Üniversitesi, Atina, Yunanistan – [nlivos@law.uoa.gr](mailto:nlivos@law.uoa.gr)

### DANIŞMA KURULU / ADVISORY BOARD

**Prof. Dr. Walter GROPP** – Giessen Üniversitesi, Giessen, Almanya – [Walter.Gropp@recht.uni-giessen.de](mailto:Walter.Gropp@recht.uni-giessen.de)

**Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN** – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Ankara, Türkiye – [cumhur.sahin@hbv.edu.tr](mailto:cumhur.sahin@hbv.edu.tr)

**Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ** – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Ankara, Türkiye – [izzet.ozgenc@hbv.edu.tr](mailto:izzet.ozgenc@hbv.edu.tr)

**Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN** – Marmara Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – [ahmet.gokcen@marmara.edu.tr](mailto:ahmet.gokcen@marmara.edu.tr)

**Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM** – Yaşar Üniversitesi, İzmir, Türkiye – [mustafa.erdem@yasar.edu.tr](mailto:mustafa.erdem@yasar.edu.tr)

**Prof. Dr. Mahmut KOCA** – İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – [mahmut.koca@medipol.edu.tr](mailto:mahmut.koca@medipol.edu.tr)



# Journal of Penal Law and Criminology

## Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi

Cilt / Volume: 10 Sayı / Issue: 2 Yıl / Year: 2022

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

### İÇİNDEKİLER / CONTENTS

New Technologies through a Human Rights Lens: Reflecting on Personal Autonomy and Non-Discrimination <i>Yeni Teknolojilere İnsan Hakları Bakış Açısıyla Yaklaşmak: Kişisel Özerklik ve Ayrımcılık Yasağı</i>	
<b>Saadet YÜKSEL</b> .....	<b>281-305</b>
İHAM İçtihadı Açısından Türkiye’de Vergi ve Ceza Yargılamalarının Etkileşimi Sorunu <i>The Question of Interaction between Tax and Criminal Proceedings in Turkey in Terms of ECtHR Jurisprudence</i>	
<b>Barış BAHÇECİ</b> .....	<b>307-338</b>
İklim Değişikliğiyle Mücadelede Bir Araç Olarak Uluslararası İnsan Hakları Hukuku <i>International Human Rights Law as a Mechanism for Coping with Climate Change</i>	
<b>Cüneyt YÜKSEL</b> .....	<b>339-366</b>
Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma <i>Searching, Copying and Seizing of Computers, Computer Programs and Files</i>	
<b>Neslihan ATEŞ BENEK</b> .....	<b>367-411</b>
Alman ve Avusturya Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Yağma Suçunda Manevi Unsurun Belirlenmesine Yönelik Tartışmalar <i>Discussions on the Subjective Element of the Crime of Plunder in Comparison with German and Austrian Law</i>	
<b>H. Sefa ERYILDIZ, Ali BOYRACI</b> .....	<b>413-457</b>
Suç Aktarımı: Ceza İnfaz Kurumları Suç Üniversiteleri mi? <i>Crime Transference: Are Prisons “Universities of Crime”?</i>	
<b>Efe Can KARABULAT, Hüseyin NERGİZ</b> .....	<b>459-490</b>
II. Meşrutiyet’in İlk Günlerinde Uygulanan Afların Mahiyet ve Etkileri (1908-1909) <i>The Nature, Scope, and Effects of the Amnesty Laws That Were Applied in the Early Days of the Second Constitutional Revolution (1908-1909)</i>	
<b>Aydın YETKİN</b> .....	<b>491-536</b>
Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde İsnadı (Suçlamayı) Öğrenme Hakkı <i>The Right to be Informed of Accusation under the Constitution and the European Convention on Human Rights</i>	
<b>Akif YILDIRIM</b> .....	<b>537-579</b>

Dear Readers,

We are delighted to present the new 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. In the last 6 months, our Center held scientific gatherings and carried out national and international research.

The Center actively hosts academic activities and continually develops discourse in criminal law and criminology, both at the national and international levels. The Center's most recent academic event was the 12th edition of the *International Crime and Punishment Film Festival* which has a unique place among the thematic film festivals that took place between November 18th and 24th, 2022. This year's academic program's theme was "*We Are Equal*". The academic program with 80 academic participants lasted 7 days. At the same time, feature films, short films, and documentaries on the theme of justice that competed in this year's film festival were screened at Kadıköy Cinema and Atlas 1948 Cinema. Student clubs contributed significantly to the discussion of equality by actively participating in it.

"*Three Countries Seminar Program*" was held between October 8th and 15th, 2022 again in Göcek. This year the theme of "Criminal Investigation, Prosecution & Proceedings go digital!" was discussed by academics and students. The seminar consisted of two main parts. The first part discussed specific questions regarding criminal investigation proceedings when applying digital means and when challenged by the use of digital means when committing crimes. Certain digitization concerns that came up during the main criminal case hearings were explored in this second main part of the seminar.

The Center's other important international academic activity is "*Law on the Bosphorus Summer School*". The 10th edition of the International Human Rights Law on the Bosphorus Summer was held between the 10th and 18th of September 2022. This year's academic theme was "*International Criminal Law with the Perspective of Human Rights*". Daily lectures, team projects, and team presentations were all part of the summer school, which ended with team presentations. 16 lectures were presented by 14 academics from 7 different countries about the 10th Law on the Bosphorus. Summer school students, who attended from 11 different countries, carried out teamwork with great devotion every day in addition to these lectures.

Known for uniting varying viewpoints from the worlds of science and art on the axis of justice, we publish the whole texts of the papers in the academic program of the International Crime and Punishment Film Festival. In the academic program of the 7th ICAPFF held during 3 - 9 November 2017, the full texts of the papers presented under the theme "Protection of the Rule of Law against Terrorism and the Coups" were published in March 2022. The full texts of the papers presented under the theme of "Drug Problem from the Perspective of Criminal Law and Health" in the 8th ICAPFF academic program held during 9-16 November 2018 were published in September 2022. Lastly, the full texts of the papers presented under the theme of "Justice in the Virtual World" in the 9th ICAPFF academic program held during 22-28 November 2019 were published in December 2022. We hope that our publications will contribute to theoreticians and practitioners.

Saadet YÜKSEL, with the article titled, "New Technologies through a Human Rights Lens: Reflecting on Personal Autonomy and Non-Discrimination" aims to put new technologies under a human rights

lens. The Author examines firstly the perspective of the European Convention of Human Rights, the relationship between new technologies, freedom of expression and online content moderation and then the challenges posed by the internet to the principle of non discrimination. According to the Author, the internet and online communication pose acute challenges for the protection of personal autonomy and non-discrimination under human rights law. But the Author suggest that The European Court of Human Rights is already in the process of developing a substantial body of case law.

In the article titled "*The Question of Interaction between Tax and Criminal Proceedings in Turkiye in Terms of ECtHR Jurisprudence*" prepared by Barış BAHÇEÇİ, the question of harmonization between tax and criminal proceedings in Turkish law resulting from the condition of "sufficiently close in substance and in time" as applied within the scope of Article 4 of Protocol No. 7 (P7-4) of the European Convention on Human Rights (ECHR) is examined. The author evaluated this approach according to the jurisprudence of ECtHR. According to the author's opinion, the jurisprudence of ECtHR and Turkish law are incompatible with each other. Because there is no legal regulation exist in Turkish law about ensuring the interaction between tax and criminal courts. He suggests a possible solution, which does not need new regulation, to this problem in his article.

In the article titled "*International Human Rights Law as a Mechanism for Coping with Climate Change*", Cüneyt Yüksel analyzed the approach adopted in the new challenge in climate changes encountered by international law through an analysis of the developments observed through the decisions made by the European Court of Human Rights, the policy-making processes of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, the Committee of Ministers of the Council of Europe, and the United Nations.

In her article titled "*Searching, Copying and Seizing of Computers, Computer Programs and Files*" prepared by Neslihan Ateş Benek, the author aims to examine the search, copy, and seizure measures in the information systems according to Article 134 of the Turkish Criminal Procedure Code. The author provides extremely thorough descriptions of digital evidence, computers, and software. Within the context of discussions in doctrine and jurisprudence, she analyses the measure's legal status, its conditions, and its implementation.

Hüsnu Sefa Eryıldız and Ali Boyracı contributed to our current issue with the article titled "*Discussions on the Subjective Element of the Crime of Plunder in Compare with German and Austrian Law*". According to Article 148 of the Turkish Criminal Code, there is no specifically mentioned of the aim of benefit. But the crime of plunder is considered a combined crime that consists of theft and coercion or threat in Turkish Criminal Law. Therefore in this article, the authors evaluate discussions about the subjective element of the crime of plunder and its scope according to Turkish criminal law doctrine. And they also compare that topic with German and Austrian legislation.

Convicts in penal institutions face negative consequences that contradict the purpose of punishment, such as learning new crimes and criminal methods, meeting other convicts and deciding to commit crimes together, joining criminal organizations, or committing new crimes within the institution. Efe Can Karabulut and Hüseyin Nergiz examine the predictions of the differential association theory, which is essentially an all-encompassing theory of learning in all social environments, in terms of penal institutions in their article titled "*Crime Transference: Are Prisons Universities of Crime?*" The authors also discuss what types of education and culture transfer penal institutions may be prone to due to their characteristics and what consequences this will have.

Aydin Yetkin, with the article titled "*The Nature, Scope, and Effects of the Amnesty Laws Applied in the Early Days of the Second Constitutional Revolution (1908-1909)*" aims to examine the amnesty laws, which were applied in the Ottoman Empire, especially in the year of the proclamation of the Second Constitutional Revolution, according to different reasons and purposes. According to the author, the impact of amnesty laws legislated in the first year of the Second Constitutional Revolution on prisons, society, and public order is the most controversial issue of that time. The author examines the reasons for these conditions in his very detailed article.

In the article titled "The right to be informed of accusation under the Constitution and the European Convention on Human Rights", Akif Yıldırım discusses the right to be informed of the accusation within the framework of the guarantees provided by the Constitution and the Convention in the light of the decisions of the Turkish Constitutional Court and the ECtHR. Author underlines that the proper implementation of the Turkish Criminal Procedure Code, which stipulates regulations far beyond the standards set by the Constitutional Court and the ECtHR regarding the right to know the accusation, is an important stage in this regard.

We hope that this issue provides a valuable contribution and benefits our readers and researchers. We would like to thank the respective 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**



# New Technologies through a Human Rights Lens: Reflecting on Personal Autonomy and Non-Discrimination

## *Yeni Teknolojilere İnsan Hakları Bakış Açısıyla Yaklaşmak: Kişisel Özerklik ve Ayrımcılık Yasası*

Saadet YÜKSEL<sup>1</sup> 

<sup>1</sup>European Court of Human Rights, Strasbourg, France

ORCID: S.Y. 0000-0002-9454-4740

### ABSTRACT

This article seeks to put new technologies, namely the internet and new forms of online communication, under a human rights lens, with a view to reflecting on the issues of personal autonomy and non-discrimination. In particular, the article utilises the perspective of the European Convention of Human Rights to examine firstly, the relationship between new technologies, freedom of expression, and online content moderation, and secondly, the challenges posed by the internet to the principle of non-discrimination. In reflecting upon new digital technologies and personal autonomy, the article firstly focuses on the balancing of personal autonomy and freedom of expression in online content moderation. It then explores the implications for personal autonomy of the collection of personal data and mass surveillance from a human rights perspective. Turning to the challenges posed by new technologies to the principle of non-discrimination, the article deals with the twin issues of addressing discriminatory behaviour online, and access to the internet and the digital divide.

**Keywords:** European Court of Human Rights, Personal autonomy, Non-discrimination, Digital technologies, Digital divide

### ÖZ

Bu makale, kişisel özerklik ve ayrımcılık yapmama ilkeleri temelinde internet ve çevrimiçi iletişimin yeni biçimleri gibi günümüzün yeni teknolojilerini insan hakları hukuku merceğinden ele almaktadır. Bu çalışmada ilk olarak yeni teknolojiler, ifade özgürlüğü ve çevrimiçi içerik moderatörlüğü arasındaki ilişki; ikinci olarak da internetin ayrımcılık yapmama ilkesi bağlamında ortaya çıkardığı zorluklar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi perspektifinden ele alınarak incelenmektedir. Bu çalışma yeni dijital teknolojiler ve kişisel özerklik kavramlarını ele alırken, ilk olarak çevrimiçi içerik denetiminde kişisel özerklik ve ifade özgürlüğü arasında kurulması gereken dengeye odaklanmaktadır. Daha sonra, kişisel verilerin toplanması ve kitlesel gözetlemenin kişisel özerklik üzerindeki etkileri insan hakları perspektifinden ele alınmaktadır. Son olarak yeni teknolojilerin ayrımcılık yapmama ilkesi bağlamında ortaya çıkardığı zorluklara dönen makale, çevrimiçi ortamda ayrımcı davranışları ele almanın doğurduğu benzer nitelikli sorunlar olan internete erişim ve dijital bölünme meselelerini incelemektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Kişisel özerklik, Ayrımcılık yasası, Dijital teknolojiler, Dijital bölünme

Submitted: 02.12.2022 • Accepted: 26.12.2022 • Published Online: 06.01.2023

Corresponding author: Saadet Yüksel

**Citation:** Yüksel, S, 'New Technologies through a Human Rights Lens: Reflecting on Personal Autonomy and Non-Discrimination' (2022) 10(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 281.  
<https://doi.org/10.26650/JPLC2022-1213410>

## I. Introduction

There can be little doubt that the internet and new forms of online communication present contemporary challenges for human rights law. Nowhere is this more apparent than in the current backlash – or ‘teclash’ as it has come to be termed – against internet intermediaries, such as Facebook, Twitter, and Google, for their decisions regarding the types of content which may or may not be shared, how personal data is accessed and stored, and how internet intermediaries determine the limits of free expression on their platforms.<sup>1</sup>

While there are many important human rights issues raised by new technologies, including freedom of expression, the right to private life, access to remedies, and the responsibility of states and non-state actors, this paper will focus on two key human rights considerations that arise in respect of new technologies. The first is the relationship between new technologies, freedom of expression, and online content moderation. The second concerns the challenges posed by the internet to the principle of non-discrimination.

## II. New Digital Technologies and Personal Autonomy

This section will address two distinct issues pertaining to the relationship between the internet and personal autonomy: first, how human rights law balances the right to free expression with personal autonomy in the context of online content moderation; second, the pressing issue of the compatibility of mass surveillance and data collection with personal autonomy.

### A. Balancing Personal Autonomy and Freedom of Expression in Online Content Moderation

Personal autonomy is at the heart of human rights law and has been recognised as an essential component of the right to respect for private life.<sup>2</sup> Although the task of appropriately balancing the right to freedom of expression with the right to respect

---

1 For usage of the term “teclash” in relation to falling “trust in the technology sector”, see Darrell M West, ‘Techlash Continues to Batter Technology Sector’, *Brookings* (2 April 2021) <https://www.brookings.edu/blog/techtank/2021/04/02/teclash-continues-to-batter-technology-sector/>; see also, on the topic of backlash against internet intermediaries, Adam Satariano, ‘Europe is Reigning in Big Tech Giants. But Some Say It’s Going Too Far’, *New York Times* (6 May 2019) <https://www.nytimes.com/2019/05/06/technology/europe-tech-censorship.html>.

2 See, generally, Jill Marshall, *Personal Freedom through Human Rights Law? Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention on Human Rights* (Martinus Nijhoff, 2009) 56-57.

for private life is long-standing and has been the subject of academic attention,<sup>3</sup> the emergence of the internet has presented new challenges for protecting personal autonomy while simultaneously safeguarding free expression.

The first challenge is that the internet has expanded the reach of free expression. It has been observed that the internet “has been conceptualized as a forum for free expression with near limitless potential for individuals to express themselves and to access the expression of others”.<sup>4</sup> Following this, the internet has been deemed a “central and indispensable means of exercising the right to freedom of expression”,<sup>5</sup> insofar as it facilitates global interconnectedness and has lowered the costs of participating in public discussion.<sup>6</sup> Perhaps most significantly, the internet has been observed as transforming public discussion from a passive to active activity, in which users actively express their views rather than passively digesting information, as was often the case with traditional forms of print media.<sup>7</sup> While the internet’s role in facilitating free expression may be a welcome development, one consequence that has been noted is the greater reach of online content as opposed to traditional printed content,<sup>8</sup> meaning that offensive, harmful, and defamatory comments made online are typically accessible to and seen by a large number of people. This has resulted in the significant challenge of moderating content online to ensure that free expression does not impinge too much on personal autonomy. For example, data has been noted as showing that in the last quarter of 2020 alone Facebook reviewed approximately 1.1 million posts or comments per day that had been reported by users to determine whether to remove the content.<sup>9</sup> Consequently, encroachments into personal autonomy may occur more easily and quickly online than they do in traditional forms of print media, raising important questions about how to strike the delicate balance between free expression and personal autonomy in the era of online communication.

---

3 See, for example, Eric Barendt, ‘Balancing Freedom of Expression and Privacy: The Jurisprudence of the Strasbourg Court’ (2009) 1 *Journal of Media Law* 49.

4 Dawn C. Nunziato, ‘The Death of the Public Forum in Cyberspace’ (2005) 20 *Berkeley Technology Law Journal* 1115, 1115.

5 Alan Sears, ‘Protecting Freedom of Expression over the Internet: An International Approach’ (2015) 5 *Notre Dame Journal of International and Comparative Law* 171, 172.

6 Ryan Shandler and Daphna Canetti, ‘A Reality of Vulnerability and Dependence: Internet Access as a Human Right’ (2019) 52 *Israel Law Review* 77, 79.

7 See, Anupam Chander, ‘Googling Freedom’ (2011) 99 *California Law Review* 1, 11-12; Shandler and Canetti (n 6) 79.

8 Shandler and Canetti (n 6) 79.

9 Evelyn Douek, ‘Governing Online Speech’ (2021) 121 *Columbia Law Review* 759, 791.



Second, this problem is further complicated by the fact that drawing the line between free expression and moderating harmful or offensive content out of respect for personal autonomy is left largely to self-regulation by internet intermediaries.<sup>10</sup> Such platforms may have considerable impact in determining who may speak and what they may say,<sup>11</sup> and make decisions about content moderation according to their internal guidelines.<sup>12</sup>

This self-regulation model has led states to adopt a variety of regulatory responses in an attempt to reign in the significant degree of power exercised by internet intermediaries when moderating content. In Germany, the 2018 German Network Enforcement Act permits internet users to report content that, in their view, is illegal under the Criminal Code and requires the internet intermediary to remove the content within 24 hours or face a fine of up to 50 million euros.<sup>13</sup> A similar law was adopted in France, which required internet intermediaries to remove “manifestly illicit” content within 24 hours. The French law, however, was ruled unconstitutional as it violated the right to freedom of expression under the French Constitution.<sup>14</sup> Approaches such as those found in the relevant law outlined above have been the subject of concern in respect of both academics and the UN Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression (UN Special Rapporteur), who posit that such approaches pose risks to freedom of expression<sup>15</sup> and sit at odds with the traditional approach of providing free expression with “breathing space”, rather than adopting

---

10 See, generally, Agnès Callamard, ‘The Human Rights Obligations of Non-State Actors’ in Rikke Franke Jørgensen (ed), *Human Rights in the Age of Platforms* (MIT Press, 2019) 191-192; Rikke Frank Jørgensen, ‘Human Rights and Private Actors in the Online Domain’ in Molly K Land and Jay D Aronson (eds), *New Technologies for Human Rights Law and Practice* (Cambridge University Press, 2018) 243, 244-45.

11 See, generally, Jillian C York and Ethan Zuckerman, ‘Moderating the Public Sphere’ in Rikke Franke Jørgensen (ed), *Human Rights in the Age of Platforms* (MIT Press, 2019) 137; see also Susan Benesch, ‘But Facebook’s Not a Country: How to Interpret Human Rights Law for Social Media Companies’ (2020-2021) 38 *Yale Journal on Regulation Bulletin* 86, 93.

12 See for example Facebook Community Standards, available at: <https://transparency.fb.com/fr-fr/policies/community-standards/>.

13 See discussion in ‘Report of the Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression: Disinformation and Freedom of Opinion and Expression’, UN Doc A/HRC/47/25, 13 April 2021, para. 58.

14 See, for further discussion, ‘French Law on Illegal Content Online Ruled Unconstitutional: Lessons for the EU to Learn’, *Patrick Breyer* (19 November 2020) <https://www.patrick-breyer.de/en/french-law-on-illegal-content-online-ruled-unconstitutional-lessons-for-the-eu-to-learn/?lang=en>.

15 See ‘Report of the Special Rapporteur on the Right to Freedom of Opinion and Expression: Report on Content Regulation’, UN Doc A/HRC/38/35, 6 April 2018, paras. 16–17; Evelyn Douek, ‘The Limits of International Law in Content Moderation’ (2021) 6 *UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law* 37, 70; see also Thiago Dias Oliva, ‘Content Moderation Technologies: Applying Human Rights Standards to Protect Freedom of Expression’ (2020) 20 *Human Rights Law Review* 607, 608-610.

an overcautious approach.<sup>16</sup> The Council of Europe Steering Committee for Media and Information Society (CDMSI) in its Guidance Note on Content Moderation also observes that overly stringent laws on content moderation encourage internet intermediaries to censor content that falls into the “grey zone” between illegal content and legal and harmless content.<sup>17</sup>

In light of these varying responses, how has the European Court of Human Rights approached the issue of balancing freedom of expression and personal autonomy in content moderation decisions made by internet intermediaries? A review of the Court’s case law on the balancing of article 8 with article 10 reveals that although the Court has recognised that internet intermediaries may be held liable for content on their platforms in limited circumstances, the Court’s approach may seem largely in line with that of the UN Special Rapporteur and the CDMSI. The Court has refrained from adopting an overzealous approach to online content moderation. In assessing whether the domestic authorities have appropriately balanced freedom of expression and personal autonomy, the Court’s case law demonstrates that it will take into account the following factors: (1) first, the severity of the language, which must amount to more than merely offensive or vulgar speech; (2) second, the reach of the online content; and (3) third, whether the online forum is professionally run on a commercial basis and invites users to comment on content it publishes.

It is apt to commence discussion of this issue by reference to the well-known case of *Delfi AS v. Estonia* (no. 64569/09, 16 June 2015), in which the Grand Chamber ruled that Estonia did not violate article 10 when it imposed civil liability on an internet news site for defamatory comments left by its readers in a comments section of an article it had shared about a ferry company. The judgment is noteworthy for its finding that an internet intermediary can be held liable for harmful or defamatory comments left by third parties, in the same manner as a traditional print media publisher. The Grand Chamber emphasised that this ruling “relates to a large professionally managed Internet news portal run on a commercial basis which published news articles of its

16 See, for reference to this approach in *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), Douek (n 15) 70; see also, for the approach in *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971), Kyle Langvardt, ‘Regulating Online Content Moderation’ (2008) 26 *Georgetown Law Journal* 1353, 1361.

17 Council of Europe Steering Committee for Media and Information Society (CDMSI), ‘Content Moderation: Best Practices Towards Effective Legal and Procedural Frameworks for Self-Regulatory and Co-Regulatory Mechanisms of Content Moderation’, (Guidance Note, adopted 19-21 May 2021), 25, available at: <https://rm.coe.int/content-moderation-en/1680a2cc18>.

own and invited its readers to comment on them”,<sup>18</sup> and expressly stated that the ruling does not extend to other types of internet sites, such as discussion forums where users express their views “without the discussion being channelled by any input from the forum’s manager” or a social media site where the content is user-generated.<sup>19</sup> In addition, the Court took into account the extreme nature of the comments and the fact that they were posted on a professionally-managed news portal run on a commercial basis;<sup>20</sup> indeed, Delfi was one of the largest news portals in Estonia,<sup>21</sup> and the comments had referred to “lynching”.<sup>22</sup> Accordingly, the Court’s ruling does not extend the imposition of liability for user-generated comments to any internet site. Rather, it is limited to those where the internet intermediary is an active publisher with a large audience and where the comments attain a certain level of severity.

The severity of the speech as well as the reach of the online content were also determinative factors in *Egill Einarsson v. Iceland* (no. 24703/15, 7 November 2017). In this case, the Court found a violation of article 8 where a well-known Icelandic figure had been called a “rapist” in an anonymous person’s Instagram post, which also featured a photo of the applicant. The applicant had brought defamation proceedings in the Icelandic courts against the anonymous Instagram user, in which he was unsuccessful because the domestic courts concluded that the anonymous user’s comments were “more invective than a factual statement” and therefore within his right to freedom of expression.<sup>23</sup> In the Court’s view, however, Article 8 entailed that persons do not have to tolerate being publicly accused of violent criminal acts where these statements are not supported by facts, and the comment had reached a level of seriousness capable of damaging the applicant’s reputation and engaging his right to private life under Article 8.<sup>24</sup> As well as finding that the comment was of a serious nature, citing *Delfi v. Estonia* the Court reasoned that online communications present a higher risk of harm to the enjoyment of the right to private life than that posed by

---

18 *Delfi AS v. Estonia* (no. 64569/09, 16 June 2015), para. 115. See, for more information, Robert Spano, ‘Intermediary Liability for Online User Comments under the European Convention on Human Rights’ (2017) 17(4) Human Rights Law Review 665-679.

19 *Delfi AS v. Estonia* (no. 64569/09, 16 June 2015).

20 *Ibid*, para. 162.

21 *Ibid*, para. 129.

22 *Ibid*, para. 18.

23 *Egill Einarsson v. Iceland* (no. 24703/15, 7 November 2017), para. 13.

24 *Ibid*, para. 52.

traditional print media.<sup>25</sup> Accordingly, the Court found that the domestic courts had failed to strike a fair balance between the rights to private life and freedom of expression, resulting in a violation of article 8.<sup>26</sup>

While *Delfi v. Estonia* and *Egill v. Iceland* may demonstrate that the Court is willing to impose limits on freedom of expression online in certain circumstances, a series of other cases demonstrate the Court's reluctance to unduly restrict free expression where online comments are merely vulgar or offensive, are made on private social media pages or blogs, and have only a small audience. In *Tamiz v. United Kingdom* (no. 3877/14, 12 October 2017, Decision on Admissibility), the Court held that comments made about the applicant on a private blog did not attain a level of severity sufficient to enliven the protection of article 8. The Court was inclined to agree with the national courts that the comments largely amounted to no more than "vulgar abuse",<sup>27</sup> which is protected by article 10. The Court took the view that most readers of comments on a blog post would understand the comments to be conjecture which should not be taken seriously.<sup>28</sup> In line with the Court's observation in *Delfi v. Estonia* that intermediary liability does not generally attach to a blog run for private purposes, the Court in the present case reinforced the view that it would be inappropriate to impose liability on a private blog host without unduly restricting freedom of expression.

These considerations were also determinative in *Pihl v. Sweden* (no. 74742/14, 7 February 2017, Decision on Admissibility). In this case, a defamatory comment was published on the blog of a small non-profit association about the applicant. The Swedish courts rejected the applicant's claim that the non-profit association was liable for the comment made by a third party. The Court found the application inadmissible as manifestly ill-founded. In balancing the applicant's right to respect for his private life with the right to freedom of expression of the person(s) running the blog, the Court concluded that the Swedish courts had appropriately balanced these competing considerations.<sup>29</sup> The judgment indicates four key factors in its assessment: (1) first, while the comment on the blog was offensive, it did not amount to an incitement to violence or hate speech; (2) second, it had been posted on a small blog with a small

---

25 Ibid, para. 46.

26 Ibid, para. 53.

27 *Tamiz v. United Kingdom* (no. 3877/14, 12 October 2017) para. 81.

28 Ibid.

29 *Pihl v. Sweden* (no. 74742/14, 7 February 2017), paras. 37-38.

audience; (3) third, it was taken down after the applicant complained to the non-profit association; (4) fourth, it only appeared on the blog for approximately nine days.<sup>30</sup> Thus, again in *Pihl* it may be observed that the severity of the speech, the size of the audience of the speech, and the nature of the intermediary's platform were the key considerations that guided the Court's assessment.

The severity of the language used online was again determinative in *Savva Terentyev v. Russia* (no. 10692/09, 28 August 2018), where the Court found a violation of article 10 due to the fact that the applicant had been convicted by a domestic court of inciting hatred after leaving offensive comments about police officers in a comment on a blog post. The Court considered that the domestic courts failed to refer to any factors or context which could show that the applicant's comment could have actually encouraged violence and put the police officers at risk.<sup>31</sup> In light of noting that it is the interplay between various factors that remove a particular statement from the protection of Article 10, the Court stated that while offensive, the impugned statements could not be seen as an incitement to violence rather than an emotional reaction to what was perceived as abusive police conduct.<sup>32</sup> In contrast, the domestic courts had focused on the nature and wording of the statements, rather than analysing these in the context of the relevant discussion.<sup>33</sup>

The Court's reluctance to impose liability on internet intermediaries is also evident in *Høiness v. Norway* (no. 43624/14, 19 March 2019). In this case, a Norwegian newspaper had posted stories online about the applicant, who was a well-known lawyer and commentator in Norway. In a comment forum, many internet users posted vulgar and defamatory comments about the applicant, but the Norwegian courts refused to impose civil liability on the internet forum host. The Court held that there had been no violation of article 8 because the Norwegian courts had acted within their margin of appreciation when striking a balance between the applicant's right under article under 8 and the forum host's rights under article 10.<sup>34</sup> The reconcilability of this outcome with that in *Delfi v. Estonia* is not immediately clear, given that the Court had ruled that Estonia's imposition of liability on a commercial news publisher did not in fact violate Article

---

30 Ibid, para. 37.

31 *Savva Terentyev v. Russia* (no. 10692/09, 28 August 2018), para. 78.

32 Ibid, para. 84.

33 Ibid, para. 82.

34 *Høiness v. Norway* (no. 43624/14, 19 March 2019), para. 75.

10. There are two key points to note in this regard: first, in the present case, the Court took account of the fact that the newspaper was “a large, commercially run news portal”.<sup>35</sup> However, the critical factor appeared to be that the debate forums were not “particularly integrated” with the news articles, and therefore could not “be taken to be a continuation of the editorial articles”.<sup>36</sup> Second, unlike in *Delfi v. Estonia*, the Court noted that the users’ comments did not amount to hate speech or an incitement to violence,<sup>37</sup> and were removed by the newspaper within 13 minutes of being notified of them by the applicant’s lawyer.<sup>38</sup> Consequently, what emerges from this case is an emphasis by the Court on the severity of the language and the extent to which the user-generated comments are connected with the commercially-run news business.

The Court has also paid particular attention to the need to safeguard freedom of expression where the online comments concern political debate. In *Renaud v. France* (no. 13290/07, 25 February 2010), the applicant was convicted of defaming and publicly insulting a local mayor on an internet site of the association of which he was president and webmaster. The Court noted that the comments made on the internet site were based on “a general critique of municipal policy” on the part of the applicant’s political association<sup>39</sup> and his conviction was therefore an infringement on his right to freedom of expression – a right which in the context of political debate lies at the heart of the concept of democratic society.<sup>40</sup>

While the Court’s case law refrains from an overzealous approach to content moderation, the Court has nonetheless recognised that free expression may be limited in circumstances where the protection of vulnerable groups, such as minors, is concerned. For example, in *K.U. v. Finland* (no. 2872/02, 2 December 2008), the applicant was a 12 year old boy whose photo and personal information had been posted on an internet dating site by an unidentified person. The internet service provider refused to identify the person responsible and could not be compelled to do so by the police or the courts under law at the relevant time. The Court found that there had been a violation of article 8 because the Finnish law did not provide a framework that reconciled the various competing claims for protection in this context, namely freedom of expression online and the

---

35 Ibid, para. 71.

36 Ibid.

37 Ibid, para. 69.

38 Ibid, para. 73.

39 *Renaud v. France* (no. 13290/07, 25 February 2010), para. 38.

40 Ibid, para. 41.

protection of minors, as the overriding requirement of confidentiality of communications meant that an effective investigation could not be launched.<sup>41</sup> Displaying a similar concern towards vulnerable groups, the Chamber in *Sanchez v. France* (no. 45581/15, 2 September 2021) found that there had been no violation of a local councillor's right to freedom of expression under Article 10, in respect of his conviction for failing to promptly delete unlawful comments by others on the wall of his Facebook account, which was used during his election campaign.<sup>42</sup> It is important to note that the case is currently pending before the Grand Chamber. Therefore, it remains to be seen how exactly the Court will assess the issue of acceptable limits to freedom of expression under the Convention in the relevant context.

This line of cases attests to an acute consciousness of the Court about the challenges presented by the internet and online communications to the balancing of free expression and personal autonomy.

### **B. Personal Autonomy, the Collection of Personal Data and Mass Surveillance**

The compatibility of mass surveillance and the collection of personal data with the rights to privacy and free expression have garnered considerable attention in recent years by academics, UN human rights mechanisms and the Council of Europe. While views in the scholarship diverge over whether mass surveillance via digital technologies can be compatible with the right to private life under human rights law,<sup>43</sup> the UN human rights mechanisms and Council of Europe bodies take the view that digital surveillance – including mass surveillance – is not in itself a violation of human rights, but nonetheless must be implemented in a manner that complies with the right to private life and the right to freedom of expression.

In 2019, the UN Special Rapporteur released a “Report on the Adverse Effect of the Surveillance Industry on Freedom of Expression” (Report).<sup>44</sup> The Report observes that “[p]rivacy and expression are intertwined in the digital age, with online privacy serving

---

41 *K.U. v. Finland* (No. 2872/02, 2 December 2008), paras. 40, 49-50.

42 *Sanchez v. France* (no. 45581/15, 2 September 2021), para. 104.

43 See, for example, Eliza Watt, ‘The Right to Privacy and the Future of Mass Surveillance’ (2017) 21 *International Journal of Human Rights* 773, 782-3; Kristian P Humble, ‘International Law, Surveillance and the Protection of Privacy’ (2021) 25 *International Journal of Human Rights* 1, 4; Lisl Brunner, ‘Digital Communications and the Evolving Right to Privacy’ in Molly K Land and Jay D Aronson (eds), *New Technologies for Human Rights Law and Practice* (Cambridge University Press, 2018) 217, 227-228.

44 UN Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, Report on the Adverse Effect of the Surveillance Industry on Freedom of Expression, UN Doc A/HRC/41/35, 28 May 2019.

as a gateway to secure exercise of the freedom of opinion and expression”.<sup>45</sup> Surveillance not only infringes the right to private life, but also leads to the repression of freedom of expression as it can be employed to “silence dissent, sanction criticism or punish independent reporting (and sources for that reporting)”.<sup>46</sup> The Report sets out recommendations which require: (1) first, that surveillance laws are clearly drafted and are not vague or overly broad, as required by human rights standards of legality; (2) second, that surveillance programs are subject to oversight by an independent body; and (3) third, that any individual whose rights are infringed by surveillance has access to legal redress.<sup>47</sup> These requirements have been echoed by bodies within the Council of Europe. The Guidance Note on Content Moderation recognises that content moderation involves the processing of personal data, including not only names but also religious beliefs, political opinions and trade union membership.<sup>48</sup> It emphasises the importance of clearly drafted legislation and recommends that states ensure that there are adequate legal grounds provided for in national legislation for the processing of this data and that internet intermediaries ensure that content moderation processes do not lead to data protection breaches.<sup>49</sup>

The compatibility of surveillance and data collection with the right to private life has been the subject of a number of cases before the European Court of Human Rights. Indeed, even in its early case law on the interception of telephone communications (*Klass and Others v. Germany* (no. 5029/71, 6 September 1978); *Malone v. United Kingdom* (no. 8691/79, 2 August 1984); *Halford v. United Kingdom* (no. 20605/92, 25 June 1997), the Court found that the use of technology for surveillance purposes engages the notion of “private life” under article 8. In *Liberty and Others v. the United Kingdom* (no.58243/00, 1 July 2008), this was extended to email communications. While the Court’s case law may have evolved considerably over time as new digital technologies and methods of communication have developed, the Court has engaged in a rigorous analysis under Article 8 of surveillance programs displaying an alleged absence of adequate national safeguards against potential abuses of the technology. This trend has continued in the Court’s case law on mass surveillance online, and the

---

45 Ibid, para. 24.

46 Ibid, para. 21.

47 Ibid, para. 66.

48 CDMSI, ‘Content Moderation: Best Practices Towards Effective Legal and Procedural Frameworks for Self-Regulatory and Co-Regulatory Mechanisms of Content Moderation’ (n 17) 30.

49 Ibid, 49.



jurisprudence may be viewed as aligning with the requirements identified– namely, clarity of the law, independent oversight, and avenues for redress – are similarly required under article 8 of the Convention.

The judgments in *Roman Zakharov v. Russia* (no. 47143/06, 4 December 2015) and *Szabó and Vissy v. Hungary* (no. 37138/14, 12 January 2016) provide helpful illustrations of how these requirements have been examined by the Court. In *Roman Zakharov v. Russia*, the Grand Chamber emphasised that it is essential for states to adopt detailed rules that clearly delineate the powers of authorities to conduct surveillance, “especially as the technology available for use is continually becoming more sophisticated”.<sup>50</sup> It noted that the relevant legislation lacked adequate safeguards as it did not provide any details of the circumstances in which a person may be tracked, did not include specific rules on discontinuation of surveillance, and did not clearly outline when personal data that is irrelevant will be destroyed. Similarly, the anti-terrorist legislation under scrutiny in *Szabó and Vissy v. Hungary* – which allowed authorities to undertake mass surveillance of online communication – was overly broad in the view of the Court as it allowed the government to monitor the online communications of virtually any person in Hungary.<sup>51</sup> Moreover, it was solely within the power of the executive to make decisions and orders under the legislation, thereby failing the requirement that there exist independent oversight of surveillance programs.<sup>52</sup> The requirement of independent oversight is a principal recommendation made by the UN human rights mechanisms, who have emphasised that the absence of independent oversight of governmental surveillance programs is incompatible with the right to private life as codified in the ICCPR.<sup>53</sup> What the Court’s case law on this point emphasises is that while independent oversight is necessary, it is not sufficient in itself. Rather, it must be accompanied by adequately drafted legislation that clearly defines the parameters of the surveillance program.

The Court’s jurisprudence has also placed significant weight on the transparency of the surveillance program – in particular, notification to the individual concerned that they have been under surveillance – as an integral way to ensure the individual has access to redress. In *Roman Zakharov v. Russia*, the Court observed that a shortcoming in the legislation was that it did not provide effective remedies given the absence of

---

50 *Roman Zakharov v. Russia* (no. 47143/06, 4 December 2015), para. 229.

51 *Szabó and Vissy v. Hungary* (no. 37138/14, 12 January 2016), paras. 66, 67.

52 *Ibid.*, paras. 80–85.

53 See UN Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression (n 44) para. 25.

notification at any point of interceptions, or adequate access to documents relating to interceptions.<sup>54</sup> A similar shortcoming was observed by the Grand Chamber in *Bărbulescu v. Romania* (no. 61496/08, 5 September 2017). In the present case, the applicant was dismissed after his employer had monitored the content of his electronic communications and, in so doing, found that the applicant had breached the company's privacy policy. The Court held that there had been a violation of article 8 because the authorities had failed to determine whether the applicant had received prior notice from his employer of the possibility that his communications might be monitored; nor had they had regard either for the fact that he had not been informed of the nature or the extent of the monitoring, or the degree of intrusion into his private life and correspondence.<sup>55</sup> As regards the Court's criticism of the national courts' failure to consider whether the applicant had been informed of the monitoring, the UN Special Rapporteur and Human Rights Committee mirror the view that *ex post facto* notification to the individual that they had been under surveillance is a desirable way to ensure the transparency of a surveillance program, and to ensure that the individual has access to redress.<sup>56</sup>

The Court has also confronted the increasing use of cyber-hacking as part of surveillance programs. In *Privacy International and Others v. United Kingdom* (no. 46259/16, 7 July 2020, Decision on Admissibility), the applicants alleged that their online communications had been subject to cyber-hacking by the UK Government's intelligence services. While the Court ultimately found the application inadmissible as the applicants had failed to exhaust domestic remedies, it did take note of the particularly intrusive nature of the surveillance program and recalled the importance of implementing safeguards where the powers vested in the State are obscure, creating a risk of arbitrariness especially where the technology available is continually becoming more sophisticated.<sup>57</sup> However, such importance is reinforced in the context of exhaustion of domestic remedies.<sup>58</sup> In other words, as intended by article 35 of the Convention, it is stated that domestic courts should be provided with the possibility to rule on a matter where they have the potential to do so, which is particularly important in the context of secret surveillance programs.

54 *Roman Zakharov v. Russia* (no. 47143/06, 4 December 2015), para. 302.

55 *Bărbulescu v. Romania* (no. 61496/08, 5 September 2017), para. 140-141.

56 UN Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression (n 44) para. 25.

57 *Privacy International and Others v. United Kingdom* (no. 46259/16, 7 July 2020), para. 45.

58 *Ibid.*

Two recent judgments rendered by the Grand Chamber last year have continued to develop the Court's case law on mass surveillance: *Big Brother Watch and Others v. United Kingdom* (nos. 58170/13, 62322/14 and 24960/15, 25 May 2021) and *Centrum för Rättvisa v. Sweden* (no. 35252/08, 25 May 2021). In line with its existing case law, the Court acknowledged that bulk surveillance regimes do not *per se* violate article 8, but once again emphasised the importance of robust safeguards to protect against the risk of arbitrariness and abuse. In so doing, the Court reiterated that the requirements of clarity of the law, independent oversight, and avenues for redress are essential components of a lawful surveillance program.

In the well-known case of *Big Brother Watch and Others v. United Kingdom*, the Court heard complaints by journalists and human-rights organisations lodged after revelations by Edward Snowden about programs of surveillance and intelligence sharing between the USA and the UK. The two main issues put before the Grand Chamber were the following: (1) first, the bulk interception of communications; and (2) second, the receipt of intercept material from foreign governments and intelligence agencies. While the Court found violations of articles 8 and 10, it nonetheless recognised that mass surveillance is not inherently incompatible with the Convention, and that it is both "valuable" and of "vital importance" to national security.<sup>59</sup> However, that is not to say that the Court did so at the expense of privacy. On the contrary, the Court's judgment has been viewed as at least on its face emphasising a "privacy-protective" approach to mass surveillance.<sup>60</sup> Much like the UN human rights mechanisms have emphasised that it is the robustness of the domestic legal framework that determines the human rights compatibility of a mass surveillance program, the Court outlined eight considerations that it will take into account when conducting its "global assessment" of the surveillance program.<sup>61</sup>

---

59 *Big Brother Watch and Others v. United Kingdom* (nos. 58170/13, 62322/14 and 24960/15, 25 May 2021) paras. 323, 424.

60 See Marko Milanovic, 'The Grand Normalization of Mass Surveillance: ECtHR Grand Chamber Judgments in *Big Brother Watch* and *Centrum för Rättvisa*' *EJIL: Talk!* (26 May 2021), available at: <https://www.ejiltalk.org/the-grand-normalization-of-mass-surveillance-ecthr-grand-chamber-judgments-in-big-brother-watch-and-centrum-for-rattvisa/>.

61 (1) The ground on which bulk interception may be authorised; (2) the circumstances in which an individual's communications may be intercepted; (3) the procedure to be followed for granting authorisation; (4) the procedures to be followed for selecting, examining and using intercept material; (5) the precautions to be taken when communicating the material to other parties; (6) the limits on the duration of interception, the storage of intercept material and the circumstances in which such material must be erased and destroyed; (7) the procedures and modalities for supervision by an independent authority of compliance with the above safeguards and its powers to address non-compliance; and (8) the procedures for independent ex post facto review of such compliance and the powers vested in the competent body in addressing instances of non-compliance, *Big Brother Watch and Others v. United Kingdom* (nos. 58170/13, 62322/14 and 24960/15, 25 May 2021) para. 361.

Applying these principles to the surveillance regimes under examination, the Court, in respect of (1) the bulk interception of communications, held unanimously that there had been a violation of article 8. While the Court noted that a bulk interception regime did not in itself violate article 8, it had to be subject to “end-to-end safeguards”.<sup>62</sup> The UK’s regime was not subject to such safeguards because there were significant concerns about the quality of the law: the interceptions were not authorised by an independent body but by the Secretary of State; categories of search terms defining the kinds of communications that would become liable for examination had not been included in the application for a warrant; and search terms linked to an individual had not been subject to prior internal authorisation.<sup>63</sup> Moreover, while the regime was subject to independent oversight by the Interception of Communications Commissioner and the Investigatory Powers Tribunal, these oversight mechanisms did not offset the abovementioned shortcomings in the regime.<sup>64</sup> In light of this finding by the Court, it is clear that both the clarity of the law and the existence of independent oversight mechanisms are mutually reinforcing, and the existence of one cannot compensate for the absence of the other. The Court also found that the bulk interception regime had not contained sufficient protections for confidential journalistic material and therefore violated freedom of expression under article 10.<sup>65</sup>

However, in respect of (2) the intelligence sharing regime, the Court held that there had been no violation of articles 8 or 10. The Court concluded that relevant law had set out clear, detailed rules governing when intelligence services were authorised to request intercept material from foreign intelligence agencies and how, once received, the material requested should be examined, used, and stored.<sup>66</sup> It was also satisfied that the regime provided for independent oversight by the Interception of Communications Commissioner and an adequate *ex post facto* review by the Investigatory Powers Tribunal.<sup>67</sup> What becomes clear from the Court’s thorough examination of the laws in this case is that the existence of independent oversight bodies is necessary for the compatibility of mass surveillance with article 8, but it is not sufficient in itself: the Court’s “global assessment” of a surveillance program requires independent oversight

---

62 Ibid, paras. 350, 360.

63 Ibid, paras 368-427.

64 Ibid, para. 425.

65 Ibid, paras. 451-458.

66 Ibid, paras. 500-514.

67 Ibid.

to be accompanied by an adequately drafted domestic legal framework that contains sufficient guarantees against abuse.<sup>68</sup>

Similar considerations led the Court to find violations of the Convention by Sweden in *Centrum För Rättvisa v. Sweden*. In this case, a Swedish human rights organisation brought proceedings against Sweden for its bulk interception regime under the country's Signals Intelligence Act. The Grand Chamber ruled that the relevant regime violated article 8. In respect of the Swedish regime's bulk interception of communications, the Court found – contrary to the UK law where the authorisation of surveillance could be made by a member of the executive – that the Swedish law provided for authorisation to be made by an intelligence court, which was compliant with the Convention.<sup>69</sup> However, it was nonetheless found defective because it did not provide for the possibility of an effective *ex post facto* review, unlike the UK law.<sup>70</sup> In respect of intelligence sharing, the regime was found to be in violation of article 8 because it did not specify that Swedish intelligence agencies had to balance privacy interests when providing intercepted information to foreign entities.<sup>71</sup>

The Grand Chamber judgments in both *Centrum För Rättvisa v. Sweden* and *Big Brother and Others v. United Kingdom* align with the Court's reasoning in early cases such as *Klass and Others v. Germany* and *Liberty and Others v. the United Kingdom* on telecommunications and email interception. Yet, these recent decisions demonstrate how the Court, while remaining faithful to its earlier case law, is able to tailor its jurisprudence to new and increasingly sophisticated digital surveillance regimes.

What is evident from this survey of the Court's jurisprudence is that the Court adopts a stringent approach that requires end-to-end safeguards against any risk of abuse and requires adequately drafted legislation outlining the parameters of any mass surveillance program. Furthermore, the Court's assessment of the compatibility of mass surveillance programs with article 8 aligns with the observations made by UN and Council of Europe bodies regarding the increasing threats posed by mass surveillance to both the right to private life and the right to freedom of expression. The Court is therefore successfully taking on the challenging task of reconciling the genuine need to conduct surveillance for security purposes with the protection of fundamental rights. There is

---

68 Ibid, para. 360.

69 *Centrum För Rättvisa v. Sweden* (no. 35252/08, 25 May 2021), paras. 295–300.

70 Ibid, para. 369.

71 Ibid, paras. 327–330, 374.

no doubt that new means of surveillance will develop in the future and the Court may again be required develop its jurisprudence on online surveillance.

### III. New Digital Technologies and Non-Discrimination

The internet poses several new challenges to the principle of non-discrimination under human rights law. This part will consider the scholarship and jurisprudence on two issues that human rights bodies and courts have previously considered or may need to grapple with in the near future: the first is the issue of regulating discriminatory behaviour online, and the second is the challenge posed by the “digital divide” and the growing calls for the recognition of a human right to internet access.

#### A. Addressing Discriminatory Behaviour Online

The first issue that the internet poses to the principle of non-discrimination is its ability to amplify and exacerbate discriminatory behaviour. While discriminatory behaviour and expression – including the dissemination of racist, sexist, and xenophobic remarks and content – is not new, the internet has transformed the way in which this content is communicated to audiences. As mentioned earlier, the use of internet fora allows users to gain a much broader reach and larger audience for the dissemination of harmful or offensive online content. The UN High Commissioner for Human Rights has acknowledged that minorities are disproportionately affected by discriminatory behaviour on the internet and are more likely to be the victims of online incitement to discriminate and commit violence,<sup>72</sup> an observation that was echoed by the Council of Europe Committee of Ministers in Recommendation CM/Rec(2018)2, which noted also that online discrimination on the basis of gender, race, and religion in particular “remain underreported and are rarely remedied or prosecuted”.<sup>73</sup>

While the prevalence of discriminatory content online is simple enough to identify, devising a human rights-based solution to the issue is not so easy. There is a fine line between tackling discriminatory speech online and stifling free expression. So much has been explicitly acknowledged by the UN High Commissioner for Human Rights, who has recognised that the curtailment and stifling of dissent and opposing views

72 UN High Commissioner for Human Rights, ‘Statement by United Nations High Commissioner for Human Rights, Michelle Bachelet at the 13th Session of the Forum on Minority Issues: Hate Speech, Social Media and Minorities’ (19 November 2020), available at: <https://www.ohchr.org/en/statements/2020/11/statement-United-nations-high-commissioner-human-rights-michelle-bachelet-13th?LangID=E&NewsID=26519>. .

73 Committee of Ministers, ‘Recommendation CM/Rec(2018)2 of the Committee of Ministers to member States on the roles and responsibilities of internet intermediaries’, 7 March 2018, preamble para. 3.

may be an unintended consequence of dealing with hate speech.<sup>74</sup> It may also be important to recognise that while the internet may exacerbate the issue, it may not be the root cause of discriminatory behaviour.<sup>75</sup> Accordingly, tackling discriminatory behaviour on the internet is only one part of the solution to the broader issue of addressing discriminatory behaviour both online and offline.

This challenge is reflected in the jurisprudence of the Court, which has on numerous occasions been required to address the issue of discriminatory speech online and its compatibility with articles 8 and 14 of the Convention. One case involving discriminatory behaviour and the internet is *Willem v. France* (no. 10883/05, 16 July 2009). The Court found that there had been no violation of article 10 because the applicant's conviction and fine were justifiable by the courts,<sup>76</sup> who reasoned that the call for the boycott interfered with the normal exercise of a trader's business because of their belonging to a particular nation.<sup>77</sup> While the Court did not expressly address discrimination on the basis of nationality under article 14 of the Convention, the case nonetheless provides an insight into the Court's view that states may impose limits on an individual's freedom of expression where such expression is discriminatory.

A particularly pertinent issue concerning digital technologies and non-discrimination is the online dimension of violence against women. Whilst violence against women has been recognised as a human rights violation for some time, due to the existence of new technologies it has evolved from its traditional form into new forms such as cyberviolence. This issue has garnered the attention of the CEDAW Committee, which has recognised both that gender-based violence can occur online and in other digital environments, and that cyberbullying including revenge porn disproportionately impacts women and girls.<sup>78</sup> Much like the progress made by the CEDAW Committee with respect to online violence against women,<sup>79</sup> the Court's jurisprudence has similarly

---

74 UN High Commissioner for Human Rights (n 72).

75 See, for example, Talia Joundi, 'Freedom of Expression, Discrimination, and the Internet: Legislative Responses and Judicial Reactions' (2015) 13 Canadian Journal of Law and Technology 191, 201.

76 *Willem v. France* (no. 10883/05, 16 July 2009), paras. 38-40.

77 *Ibid*, para. 16.

78 See CEDAW Committee, General Recommendation No. 35 on Gender-Based Violence, updating General Recommendation No. 19, UN Doc CEDAW/C/GC/35, 26 July 2017, para. 20; CEDAW Committee, General Recommendation No. 36 on the Right of Girls and Women to Education, UN Doc CEDAW/C/GC/36, 16 November 2017, para. 70.

79 For an overview of CEDAW Committee's role in tackling violence against women, see Christine Chinkin and Keina Yoshida, 'CEDAW: Global leader in Tackling Violence against Women and Girls' (2020) 4 European Human Rights Law Review 347-358.



positioned the Court as a leader in addressing online violence against women. In the recent case of *Buturugă v. Romania* (no. 56867/15, 11 February 2020), the applicant criticised the domestic authorities' refusal to consider her complaint concerning her former husband's breach of the confidentiality of her electronic correspondence, which was closely linked to her complaint of domestic violence. The Court held that there had been a violation of article 3 and article 8, and in doing so importantly acknowledged cyberbullying as a recognised aspect of violence against women and girls.<sup>80</sup> Moreover, the Court acknowledged the variety of forms that cyberbullying could take, including: cyber breaches of privacy, intrusion into the victim's computer and the capture, and sharing and manipulation of data and images, including private data.<sup>81</sup>

The Court specifically addressed the issue of "revenge porn" in *Volodina v. Russia (No. 2)* (no. 40419/19, 14 September 2021) - that is, the non-consensual sharing of intimate images online. Comparably to the recognition by the Council of Europe's Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence (GREVIO) that revenge porn falls within the meaning of "sexual harassment" within the Istanbul Convention, the Court acknowledged that states have positive obligations in relation to acts of cyberviolence including revenge porn under Article 8 of the Convention.<sup>82</sup> As in *Buturugă v. Romania*, the Court was tasked with considering whether the domestic authorities' failures to investigate and prosecute repeated acts of cyberviolence against a women by her former partner amounted to a violation of article 8. The Court reiterated that cyberviolence against women is integrally linked with physical violence against women and is yet "another facet of the complex phenomenon of domestic violence".<sup>83</sup> The judgment is noteworthy because it marks the first time that the Court has addressed the relatively new issue of "revenge porn" and demonstrates the Court's ability to recognize new forms of cyberviolence as acts of violence against women and violations of the Convention.

## **B. Access to the Internet and the Digital Divide**

A second issue of non-discrimination that has arisen in recent years is the acknowledgment of the need to address the "digital divide" through the recognition of a human right to

80 *Buturugă v. Romania* (no. 56867/15, 11 February 2020), para. 74.

81 *Ibid.*

82 GREVIO, 'General Recommendation No. 1 on the Digital Dimension of Violence against Women', GREVIO(2021)20, adopted on 20 October 2021, para. 38, available at: <https://rm.coe.int/grevio-rec-no-on-digital-violence-against-women/1680a49147>; *Volodina v. Russia (No. 2)* (no. 40419/19, 14 September 2021), para. 68.

83 *Volodina v. Russia (no. 2)*, para. 49.



internet access.<sup>84</sup> It has been discussed that the growing digital divide poses significant challenges to the full realisation of the right to freedom of expression in a non-discriminatory manner.<sup>85</sup> The “digital divide” has been defined as referring to the gap between persons who can access and use the internet and those who cannot.<sup>86</sup> Additionally, it has been described as an “extremely complex and multi-faceted phenomenon” which involves a “complex inter-play of a wide range of social, economic, political, cultural and technological factors”.<sup>87</sup> The digital divide poses significant challenges for non-discrimination because research demonstrates that the digital divide fractures along gendered, racial, and class divides, with women, ethnic and racial minorities, and the poor disproportionately lacking access to the internet.<sup>88</sup>

In recognition of the fact that the internet has become the primary means through which people receive and impart information and therefore exercise their right to freedom of expression, there is ongoing debate as to whether human rights law does or should provide for a right to internet access.<sup>89</sup> The crux of this argument is that the internet has become so significant for communication and expression that it should no longer be conceptualised solely as a vehicle through which to facilitate freedom of expression and other rights. Rather, a proposed “right to internet access” should be recognised, which would place positive obligations on states to facilitate access to and use of the internet.<sup>90</sup>

---

84 See, for example, UN, ‘Don’t Let the Digital Divide Become the New Face of Inequality: UN Deputy Chief’, *UN News* (27 April 2021), available at: <https://news.un.org/en/story/2021/04/1090712>.

85 See, for example, Antonio Segura-Serrano, ‘Internet Regulation and the Role of International Law’ (2006) 20 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 192, 264-70.

86 Cynthia K Sanders and Edward Scanlon, ‘The Digital Divide is a Human Rights Issue: Advancing Social Inclusion through Social Work Advocacy’ (2021) 6 *Journal of Human Rights and Social Work* 130, 131.

87 Daniel Paré, ‘The Digital Divide: Why the ‘The’ is Misleading’ in Matthias Klang and Andrew Murray (eds), *Human Rights in the Digital Age* (Routledge-Cavendish, 2004) 85-97, 97.

88 See, for example, OECD, ‘Bridging the Digital Gender Divide’ (Report, 2018) 24-25 <https://www.oecd.org/digital/bridging-the-digital-gender-divide.pdf>; see, also, Sylvia E Korupp and Marc Szydlik, ‘Causes and Trends of the Digital Divide’ (2005) 21 *European Sociological Review* 409.

89 See, for example, Segura-Serrano (n 85) 270; see, also, Oreste Pollicino, ‘The Right to Internet Access: Quid Iuris?’ in Andreas von Arnould, Kerstin von der Decken and Mart Susi (eds), *The Right to Internet Access* (Cambridge University Press, 2020) 263, 264-68.

90 See, for example, Daniel Joyce, ‘Internet Freedom and Human Rights’ (2015) 26 *European Journal of International Law* 493; see, also, Shandler and Canetti (n 6) 78; Molly Land, ‘Toward an International Law of the Internet’ (2013) 54 *Harvard International Law Journal* 393, 422-23.

The Court's case law on this issue may be seen as mirroring the approach of the UN human rights mechanisms.<sup>91</sup> To date, the Court has not been tasked with examining whether inequality of access to the internet and the digital divide that disproportionately impacts minorities and other marginalised groups violates the Convention. However, that does not mean that the Court has turned a blind eye to internet access as a human right and the integral role it plays in the realisation of an individual's right to freedom of expression. Indeed, the Court has recognised the centrality of the internet to the enjoyment of the right to freedom of expression. For example, in *Cengiz and Others v. Turkey* (nos. 48226/10 and 14027/11, 1 December 2015), the Court expressed the view that the internet is "one of the principal means by which individuals exercise the right to freedom to receive and impart information and ideas".<sup>92</sup> The Court has also not shied away from finding a violation of article 10 where individuals' access to the internet has been unduly restricted by a state. In *Ahmet Yildirim v. Turkey* (no. 3111/10, 18 December 2012), the Court found a violation of article 10 where the applicant's access to Google Sites was blocked by the state. A similar outcome was reached in *Cengiz and Others v. Turkey* where a wholesale block on certain academics' access to YouTube was found to violate article 10.

In recent years, the Court's case law exhibits a growing recognition of the incompatibility of the digital divide with the rights guaranteed under the Convention. In both *Kalda v. Estonia* (no. 17429/10, 19 January 2016) and *Jankovskis v. Lithuania* (no. 21575/08, 17 January 2017), the Court expressly recognised that "Internet access has increasingly been understood as a right, and calls have been made to develop effective policies to achieve universal access to the Internet and to overcome the "digital divide"". <sup>93</sup> The Court considered in both cases that these developments reflect the important role the Internet plays in people's everyday lives, in particular since certain information is

---

91 The recognition of a so-called "right to internet access" is gaining traction within the UN human rights system but, to date, has not been recognised as a right. For example, the Human Rights Committee in its "General Recommendation 34 on Article 19: Freedoms of Opinion and Expression" recommended that State Parties to the ICCPR take all necessary steps to foster access to new media, including the internet, but nonetheless stopped short of recognising a right to internet access. A similar approach has been taken by the UN Special Rapporteur, who has conceded that "access to the Internet is not yet a human right" recognised under international law. See UNGA, 'Promotion and Protection of the Right to Freedom of opinion and Expression: Report of the Special Rapporteur on the Right to Freedom of Opinion and Expression', A/66/290, 10 August 2011, para. 61.

92 *Cengiz and Others v. Turkey* (nos. 48226/10 and 14027/11, 1 December 2015), para. 49.

93 *Kalda v. Estonia* (no. 17429/10, 19 January 2016) para. 52; *Jankovskis v. Lithuania* (no. 21575/08, 17 January 2017) para. 62.

exclusively available on Internet.<sup>94</sup> To be clear, the facts of these cases involved authorities' decisions to restrict prisoners' access to the internet and therefore involved an interference by authorities with the applicants' rights under article 10, resulting in a violation. Conversely, the proposed "right to internet access" that is gaining traction among scholars and UN human rights mechanisms is more concerned with authorities' failure to facilitate access to the internet, rather than their obligation not to interfere with the exercise of freedom of expression. While this precise issue has not arisen thus far in the Court's jurisprudence, *Kalda v. Estonia* and *Jankovskis v. Lithuania* nonetheless demonstrate that the Court is aware of the challenges posed by the digital divide and that it is poised to tackle this emerging and important issue.

## IV. Conclusion

In sum, the internet and online communication pose acute challenges for the protection of personal autonomy and non-discrimination under human rights law. However, this survey of the Court's jurisprudence demonstrates that the Court is keenly aware of both the advantages and the complications that emerging technologies present for human rights. Furthermore, the Court is already in the process of developing a substantial body of case law that seeks to harness the benefits that new technologies bring while at all times ensuring that they do not compromise the enjoyment of the rights guaranteed by the Convention.

---

**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.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

---

## Kaynakça/References

### A. Table of Cases

*Ahmet Yıldırım v. Turkey* (no. 3111/10, 18 December 2012)

*Bărbulescu v. Romania* (no. 61496/08, 5 September 2017)

*Big Brother Watch and Others v. United Kingdom* (nos. 58170/13, 62322/14 and 24960/15, 25 May 2021)

*Buturugă v. Romania* (no. 56867/15, 11 February 2020)

---

94 Ibid.

*Cengiz and Others v. Turkey* (nos. 48226/10 and 14027/11, 1 December 2015)  
*Centrum För Rättvisa v. Sweden* (no. 35252/08, 25 May 2021)  
*Delfi AS v. Estonia* (no. 64569/09, 16 June 2015)  
*Egill Einarsson v. Iceland* (no. 24703/15, 7 November 2017)  
*Høiness v. Norway* (no. 43624/14, 19 March 2019)  
*Jankovskis v. Lithuania* (no. 21575/08, 17 January 2017)  
*Kalda v. Estonia* (no. 17429/10, 19 January 2016)  
*Klass and Others v. Germany* (no. 5029/71, 6 September 1978)  
*K.U. v. Finland* (no. 2872/02, 2 December 2008)  
*Liberty and Others v. the United Kingdom* (no. 58243/00, 1 July 2008)  
*Pihl v. Sweden* (no. 74742/14, 7 February 2017)  
*Privacy International and Others v. the United Kingdom* (no. 46259/16, 7 July 2020)  
*Renaud v. France* (no. 13290/07, 25 February 2010)  
*Sanchez v. France* (no. 45581/15, 2 September 2021)  
*Savva Terentyev v. Russia* (no. 10692/09, 28 August 2018)  
*Szabó and Vissy v. Hungary* (no. 37138/14, 12 January 2016)  
*Tamiz v. the United Kingdom* (no. 3877/14, 12 October 2017)  
*Volodina v. Russia (No. 2)* (no. 40419/19, 14 September 2021)  
*Willem v. France* (no. 10883/05, 16 July 2009)  
*Roman Zakharov v. Russia* (no. 47143/06, 4 December 2015)

## **B. Table of International Materials**

CEDAW Committee, General Recommendation No. 35 on Gender-Based Violence, updating General Recommendation No. 19, UN Doc CEDAW/C/GC/35, 26 July 2017.

CEDAW Committee, General Recommendation No. 36 on the Right of Girls and Women to Education, UN Doc CEDAW/C/GC/36, 16 November 2017.

Committee of Experts on Freedom of Expression and Digital Technologies (MSI-DIG), ‘Content Moderation: Best Practices Towards Effective Legal and Procedural Frameworks for Self-Regulatory and Co-Regulatory Mechanisms of Content Moderation’ (Guidance Note, 21 May 2021) 25 <https://rm.coe.int/content-moderation-en/1680a2cc18>.

Committee of Ministers, ‘Recommendation CM/Rec(2018)2 of the Committee of Ministers to member States on the roles and responsibilities of internet intermediaries’, 7 March 2018.

Council of Europe Steering Committee for Media and Information Society (CDMSI) ‘Content Moderation: Best Practices Towards Effective Legal and Procedural Frameworks for Self-Regulatory and Co-Regulatory Mechanisms of Content Moderation’ (Guidance Note, adopted 19-21 May 2021), available at: <https://rm.coe.int/content-moderation-en/1680a2cc18>.

GREVIO, ‘General Recommendation No. 1 on the Digital Dimension of Violence against Women’ GREVIO(2021)20, adopted on 20 October 2021, available at: <https://rm.coe.int/grevio-rec-no-on-digital-violence-against-women/1680a49147>.

Human Rights Committee, ‘General Comment No. 34 on Article 19: Freedoms of Opinion and Expression’, CPR/C/GC/34, 29 July 2011.

OECD, ‘Bridging the Digital Gender Divide’ (Report, 2018) 24-25 <https://www.oecd.org/digital/bridging-the-digital-gender-divide.pdf>.

- UN High Commissioner for Human Rights, 'Statement by United Nations High Commissioner for Human Rights, Michelle Bachelet at the 13th Session of the Forum on Minority Issues: Hate Speech, Social Media and Minorities' (19 November 2020), available at: <https://www.ohchr.org/en/statements/2020/11/statement- united-nations-high-commissioner-human-rights-michelle-bachelet-13th?LangID=E&NewsID=26519>.
- UN Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, 'Report on the Adverse Effect of the Surveillance Industry on Freedom of Expression', UN Doc A/HRC/41/35, 28 May 2019.
- UNGA Human Rights Council, 'Disinformation and Freedom of Opinion and Expression: Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression', UN Doc A/HRC/47/25, 13 April 2021.
- UNGA Human Rights Council, 'Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression: Note by the Secretariat', UN Doc A/HRC/38/35, 6 April 2018.
- UNGA, 'Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression', A/66/290, 10 August 2011.

### C. List of References

- Barendt E., 'Balancing Freedom of Expression and Privacy: The Jurisprudence of the Strasbourg Court' (2009) 1 *Journal of Media Law* 49.
- Benesch S., 'But Facebook's Not a Country: How to Interpret Human Rights Law for Social Media Companies' (2020-2021) 38 *Yale Journal on Regulation Bulletin* 86.
- Breyer P., 'French Law on Illegal Content Online Ruled Unconstitutional: Lessons for the EU to Learn', *Patrick Breyer* (19 November 2020), available at <https://www.patrick-breyer.de/en/french-law-on-illegal-content-online-ruled-unconstitutional-lessons-for-the-eu-to-learn/?lang=en>.
- Brunner L., 'Digital Communications and the Evolving Right to Privacy' in Molly K Land and Jay D Aronson (eds), *New Technologies for Human Rights Law and Practice* (Cambridge University Press, 2018) 217-42.
- Callamard A., 'The Human Rights Obligations of Non-State Actors' in Rikke Franke Jørgensen (ed), *Human Rights in the Age of Platforms* (MIT Press, 2019) 191.
- Chander A., 'Googling Freedom' (2011) 99 *California Law Review*.
- Chinkin C. and Yoshida K., 'CEDAW: Global leader in Tackling Violence against Women and Girls' (2020) 4 *European Human Rights Law Review* 347-358.
- Douek E., 'Governing Online Speech' (2021) 121 *Columbia Law Review* 759.
- Douek E., 'The Limits of International Law in Content Moderation' (2021) 6 *UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law* 37.
- Facebook Community Standards, available at: <https://transparency.fb.com/fr-fr/policies/community-standards/>.
- Humble K.P., 'International Law, Surveillance and the Protection of Privacy' (2021) 25 *International Journal of Human Rights*.
- Jørgensen R.F., 'Human Rights and Private Actors in the Online Domain' in Molly K Land and Jay D Aronson (eds), *New Technologies for Human Rights Law and Practice* (Cambridge University Press, 2018) 243.
- Joundi T., 'Freedom of Expression, Discrimination, and the Internet: Legislative Responses and Judicial Reactions' (2015) 13 *Canadian Journal of Law and Technology* 191.
- Joyce D., 'Internet Freedom and Human Rights' (2015) 26 *European Journal of International Law* 493.
- Korupp S.E. and Szydlik M., 'Causes and Trends of the Digital Divide' (2005) 21 *European Sociological Review* 409.
- Land M., 'Toward an International Law of the Internet' (2013) 54 *Harvard International Law Journal* 393.

- Langvardt K., 'Regulating Online Content Moderation' (2008) 26 *Georgetown Law Journal* 1353.
- Marshall J., *Personal Freedom through Human Rights Law? Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention on Human Rights* (Martinus Nijhoff, 2009).
- Milanovic M., 'The Grand Normalization of Mass Surveillance: ECtHR Grand Chamber Judgments in *Big Brother Watch* and *Centrum för Rättvisa*' *EJIL:Talk!* (26 May 2021) <https://www.ejiltalk.org/the-grand-normalization-of-mass-surveillance-ecthr-grand-chamber-judgments-in-big-brother-watch-and-centrum-for-rattvisa/>.
- Nunziato D.C., 'The Death of the Public Forum in Cyberspace' (2005) 20 *Berkeley Technology Law Journal* 1115.
- Oliva T.D., 'Content Moderation Technologies: Applying Human Rights Standards to Protect Freedom of Expression' (2020) 20 *Human Rights Law Review* 607.
- Paré D., 'The Digital Divide: Why the 'The' is Misleading' in Matthias Klang and Andrew Murray (eds), *Human Rights in the Digital Age* (Routledge-Cavendish, 2004) 85-97.
- Pollicino O., 'The Right to Internet Access: Quid Iuris?' in Andreas von Arnould, Kerstin von der Decken and Mart Susi (eds), *The Right to Internet Access* (Cambridge University Press, 2020).
- Sanders C.K. and Scanlon E., 'The Digital Divide is a Human Rights Issue: Advancing Social Inclusion through Social Work Advocacy' (2021) 6 *Journal of Human Rights and Social Work* 130.
- Satariano A., 'Europe is Reigning in Big Tech Giants. But Some Say It's Going Too Far', *New York Times* (6 May 2019) <https://www.nytimes.com/2019/05/06/technology/europe-tech-censorship.html>.
- Sears A., 'Protecting Freedom of Expression over the Internet: An International Approach' (2015) 5 *Notre Dame Journal of International and Comparative Law* 171.
- Segura-Serrano A., 'Internet Regulation and the Role of International Law' (2006) 20 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 192.
- Shandler R. and Canetti D., 'A Reality of Vulnerability and Dependence: Internet Access as a Human Right' (2019) 52 *Israel Law Review* 77.
- Spano R., 'Intermediary Liability for Online User Comments under the European Convention on Human Rights' (2017) 17(4) *Human Rights Law Review* 665-679.
- UN, 'Don't Let the Digital Divide Become the New Face of Inequality: UN Deputy Chief', *UN News* (27 April 2021) <https://news.un.org/en/story/2021/04/1090712>.
- Watt E., 'The Right to Privacy and the Future of Mass Surveillance' (2017) 21 *International Journal of Human Rights* 773.
- West D.M., 'Techlash Continues to Batter Technology Sector', *Brookings* (2 April 2021) <https://www.brookings.edu/blog/techtank/2021/04/02/techlash-continues-to-batter-technology-sector>.
- York J.C. and Zuckerman E., 'Moderating the Public Sphere' in Rikke Franke Jørgensen (ed), *Human Rights in the Age of Platforms* (MIT Press, 2019) 137.





# İHAM İçtihadı Açısından Türkiye’de Vergi ve Ceza Yargılamalarının Etkileşimi Sorunu

## *The Question of Interaction between Tax and Criminal Proceedings in Turkey in Terms of ECtHR Jurisprudence*

Barış BAHÇECİ<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Doç. Dr., İzmir Ekonomi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı, İzmir, Türkiye

ORCID: B.B. 0000-0001-9991-0378

### ÖZ

Bu çalışmanın konusu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine (İHAS/Sözleşme) ek 7 numaralı protokolün 4. maddesi (P 7-4) kapsamında geliştirilen, vergi ve ceza yargılamaları arasında *içerik ve zaman yönünden bağlantılı* olma koşulunun Türk hukuku açısından doğduğu uyum sorunudur. Bu kapsamda öncelikle İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) içtihadının gelişim çizgisi incelenmiş, 2014 yılında Finlandiya’ya karşı verilen Glantz ve Nykänen kararları ile başlayan ve son olarak 2021 yılında İzlanda’ya karşı verilen Kristjánsson kararına kadar, *içerik ve zaman* unsurlarının nasıl yorumlandığı analiz edilmiştir. Ardından İHAM’in yarattığı içtihadın Türk hukuku ile uyumsuz yönleri ortaya konulmuştur. Son bölümde, *içerik ve zaman* yönünden bir bağlantının içtihat yoluyla kurulabileceği iddiasıyla bir çözüm yolu önerilmiştir. Bu bağlamda, Vergi Usûl Kanunu (VUK) md 359’da yer alan ve kasıt incelemesi yapılırken vergi tekniği bilgisine ihtiyaç duyulan ve duyulmayan suçlar arasında sistematik bir ayırım yapılmıştır. Birinci gruba giren suçlarda, mükerrer bir değerlendirmenin önüne geçmek için, kasıt incelemesinin vergi tekniği bilgisiyle öne çıkan vergi mahkemesince yapılması, varılacak sonuca göre suçun gerçek kişi failinin ceza mahkemesince belirlenmesi önerilmektedir. İkinci grup suçlarda ise kasıt incelemesi için bir vergi tekniği bilgisi gerekmediği gözetilerek, ilkinin aksine ceza mahkemesi kararının vergi mahkemesince dikkate alınması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Ne bis in idem, Vergi kaçakçılığı, İHAM içtihadı, İçerik ve süre yönünden bağlantı, Vergi ziya

### ABSTRACT

This study deals with the question of harmonization between tax and criminal proceedings in Turkish law resulting from the condition of “sufficiently close in substance and in time” as applied within the scope of Article 4 of Protocol No. 7 (P7-4) of the European Convention on Human Rights (ECHR). In this context, the study first examines the developmental line of jurisprudence regarding the European Court of Human Rights (ECtHR) and then examines how the elements of “substance” and “time” have been interpreted, starting with the *Glantz* and *Nykänen* judgments against Finland in 2014 and ending with the *Kristjánsson* judgment against Iceland in 2021. Afterward, the study finds aspects of the case-law as created by the ECtHR to be incompatible with Turkish law. Because no legal regulation exists in Turkish law that provides a connection between “substance” and “time,” the final section proposes a solution to the identified problems. In this context, a systematic distinction has been made between crimes that do and do not require knowledge of tax techniques. The study recommends with regard to the first type of crime that an investigation into deliberateness be carried out by the tax court with its expert knowledge of tax techniques in order to avoid a repetitive evaluation, and then based on the result, the criminal court should determine the real person or entity who perpetrated the crime. With regard to the second type of crime, no knowledge of tax technique is required for the investigation into intent and thus in conclusion and unlike with the first case, the tax court is recommended to take the criminal court decision into account.

**Keywords:** *Ne bis in idem*, Tax evasion, ECtHR jurisprudence, Connection in substance and in time, Tax loss

Submitted: 21.12.2021 • Revision Requested: 28.05.2022 • Last Revision Received: 01.06.2022 • Accepted: 21.07.2022 •  
Published Online: 29.08.2022

Corresponding author: Barış Bahçeci, E-mail: baris.bahceci@ieu.edu.tr

Citation: Bahçeci, B. ‘İHAM İçtihadı Açısından Türkiye’de Vergi ve Ceza Yargılamalarının Etkileşimi Sorunu’ (2022) 10(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 307.  
<https://doi.org/10.26650/JPLC2022-1039688>





## EXTENDED ABSTRACT

Article 4 of Protocol No. 7 (P7-4) of the European Convention on Human Rights (ECHR), to which Turkey became a party in 2016, is interpreted by the European Court of Human Rights (ECHR) within the framework of the *ne bis in idem* rule. In this context, jurisprudence dictates that tax and criminal court proceedings dealing with the same issue should be “sufficiently close in substance and in time.” This approach, which emerged with the *Glantz* and *Nykänen* judgments in 2014, was applied by expanding its scope in the *Kristjansson* judgment in 2021. Even though the jurisprudence of the ECtHR does not proceed in a straight line, according to the established part, there is a requirement of the connection in terms of *substance*. As explained in the *Nykänen* and *Glantz* rulings with regard to both proceedings, the State Parties should avoid repetition in evaluating the facts of the case. This approach became more concrete in the *A and B* ruling, the Court concluded that in order to establish a connection in substance, evidence collected in one of the tax or penalty sets must also be taken into account in the other set. As can be seen from other rulings since the *Johanesson* ruling, the duplication of collection and evaluation of evidence leads to a breach of the P7-4. Moreover, the prolonged trial period due to this disconnection also leads to the problem of connection in terms of “time” because recollecting the same evidence in the second trial involves a duplication of work in terms of the trial as well as unnecessarily prolonging the process for the prosecuted. Therefore, in order to pass the connection test in terms of “substance” and “time,” eliminating the practices that lead to duplication is important, and the intertrial interaction method should be used for this.

Apart from this procedure, no other legal regulation exists in Turkish law on ensuring the interactions between tax and criminal courts. Moreover, both courts collect evidence separately and conduct a deliberate examination of the same act. Clearly this situation is incompatible with the case-law of the ECtHR. In this respect, the study offers a possible solution to the problem with no need for a new regulation. In this context, acts subject to tax crimes in Turkish Law should be classified under two types, and the roles of the tax and criminal courts should be determined according to the nature of the act.

Due to the crimes regulated in Article 359 of Turkish Tax Proceedings Law (VUK) being far removed from forming a systematic whole, acting in accordance with the characteristics of these crimes would be more appropriate than following a single

procedure for all the crimes in the article. Therefore, such crimes can be divided into two types with regard to the intent to be investigated: Those that do and those that do not require knowledge of tax techniques. With its knowledge of tax techniques, the tax court is more competent regarding proceedings of the first type, such as forgery and accounting fraud, whether committed intentionally or not. The criminal court, on the other hand, has competences unavailable to the tax court with regard to finding the perpetrator of crimes that are understood to have been committed intentionally on behalf of a legal entity or person. In this context, no contradiction or connection problem occurs between the tax court's failure to annul the triple tax loss penalty for issuing false documents on behalf of the legal person or entity on the grounds of intent regarding the incident nor with the acquittal of the legal person's legal representative on the grounds that that person is not the perpetrator.

Meanwhile, no special knowledge of tax techniques would be required during proceedings for the second type of crimes, such as concealment or invoices created without an agreement with the Ministry of Finance, and therefore the criminal court does not need to wait for the tax court's ruling. On the contrary, the results from the criminal court should be made available to the tax court. This dual solution can be achieved by the case-law to be formed by the Turkish High Courts. Therefore, this interaction problem can be solved without the need for a new law to be made.

## 1. Giriş

Bu çalışmanın amacı, Türkiye’deki vergi ve ceza yargılamaları arasındaki etkileşim sorununu İHAM içtihadı açısından ele almak ve uyumsuzlukları giderebilecek çözüm yollarını irdelemektir. Bu çerçevede ağırlıklı olarak bir içtihat hukuku incelemesi yapılacaktır. Aşağıda ele alınacak üç ayrı başlık altında, yargılamalar arası etkileşimle ilgili (1) İHAM içtihadının kapsam ve içeriği (2) Türk Hukukunun İHAM içtihadı ile ne ölçüde uyumlu olduğu ve (3) uyumsuzluk sorunun nasıl giderilebileceği şeklinde üç ayrı araştırma sorusu cevaplanmaya çalışılacaktır.

Sorunun İHAS boyutuna bakıldığında, yargılamalar arası etkileşim ya da İHAM’ın kullanıldığı terminolojiyle, *içerik ve zaman yönünden bağlantılı* şartının, 7 nolu ek Protokolün 4. maddesi (P 7-4) kapsamında ele alındığı görülür. Ancak bu yaklaşımın temeli 7 nolu Protokolün hazırlanmasından da önce, 1978 yılında *Engel* kararıyla Mahkemenin, ceza kavramını iç hukukta verilen isimlendirmeye değil, kendi belirlediği nesnel ve genel ölçütlerle oluşturduğu maddi bir bağlamda ele almaya başlamasına dayanmaktadır.<sup>1</sup> İdari cezaların da, adli cezalar gibi Sözleşmenin koruma şemsiyesinin altına girmesini sağlayan bu gelişimci çizgiye paralel olarak, 7. ek Protokol’ün 4. maddesinin içeriği, İHAM tarafından *ne bis in idem* olarak kavramsallaştırılmıştır.<sup>2</sup>

*İçerik ve zaman yönünden bağlantı olma* şartı, işte bu kavramsallaştırmanın usûli boyutunu oluşturmakta, aynı eylemden doğan vergi suç ve kabahatlerine ilişkin yargılamalar arasında bir etkileşim kurulmasını gerektirmektedir. Bu şartın *içerik yönünden bağlantı* unsuru, vergi ve ceza mahkemeleri tarafından aynı konuda mükerrer inceleme yapılmasının önlenmesi için, bu mahkemelerden biri tarafından ulaşılan delil ve sonuçların, diğer mahkeme tarafından da dikkate alınmasını ifade eder. Zaman yönünden bağlantı unsuru ise içeriği tartışmalı olmakla beraber, iki yargılamanın mümkün olduğunca eşzamanlı ve sistematik yürütülmesi anlamına gelir. İHAM içtihadındaki gelişimle, bu etkileşimin sınırları, vergi ve ceza davalarını aşarak, vergi davasına konu edilmemiş vergi incelemeleri ve ceza davası öncesindeki savcılık soruşturması aşamalarını da kapsamına almıştır. Böylece artık bir yargısal etkileşimden

1 Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings* (First Edition, Oxford 2005) 4.

2 Barış Bahçeci, ‘Redefining the Concept of Penalty in the Case-law of the European Court of Human Rights’, *European Public Law* (2020) 26 (4) 867, 868. Bu konuda ayrıca: Christoph Grabenwarter, *European Convention on Human Rights: Commentary* (C. H. Beck, Hart, Nomos, Helbing Lichtenstein 2014) 438-439; Harris, O’Boyle and Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights* (4th edn. Oxford University Press 2018) 965-966; Philip Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights* (3rd edn., Oxford University Press 2017) 582-583; William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights: A Commentary* (Oxford University Press 2015) 1153.

öte, *idari ve cezai süreçler arası etkileşim* sorunundan da bahsedilmesi gerekir. Tüm bu gelişim çizgisi elbette, İHAM'ın içtihadındaki yeni kavram ve kurumlarla yargı yetkisinin alanını da genişlettiğini gösterir.

Sorunun Türk hukuku boyutunda ise, yargılamalar arası etkileşimi sağlayacak bir yasal düzenleme yapılması şöyle dursun, mevcut düzenlemelerin sistematik bütünlüğünün bozularak değiştirildiği bir tabloyla karşılaşılır. Bu bağlamda, Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) aksine, maliye bürokrasisi eliyle şekillenen VUK'a hem suçun unsurlarına, hem de içtima ve yargılama hukukuna ilişkin hukuk tekniğiyle bağdaşmayan düzenlemeler eklenmiştir. Son olarak, İHAS' a ek 7 nolu Protokolü 01.08.2016 tarihinde iç hukukta yürürlüğe sokulmuş,<sup>3</sup> ancak bu Protokol kaynaklı uyum sorunlarını giderecek bir düzenleme ya da içtihat değişikliği yapılmamıştır.

Bununla beraber artık, *vergi kaçakçılığı suçları* başlığını taşıyan VUK 359. maddesinde düzenlenen suçları konu alan bir yargılama yapan ceza mahkemeleri, VUK 344. maddesi kapsamında kesilen *vergi ziyat cezasının iptali talebi* ile açılan davalara bakan vergi mahkemeleri ile mükerrer işlem yapmamak zorundadır. Bu yeni durum, mevcut koşulların devamı durumunda, yakın gelecekte İHAM tarafından verilecek ihlal kararlarını kaçınılmaz kılmaktadır. Nitekim Türk Anayasa Mahkemesi (AYM) de bu uyumsuzluğu dikkate alarak vergi ve ceza yargılamaları arasındaki etkileşim zorunluluğunu dikkate almayan VUK md 367/son hükmünü iptal etmiştir.<sup>4</sup> Ancak bu iptal kararında vergi ve ceza yargılamaları arasındaki etkileşimin nasıl sağlanacağına ilişkin bir yol belirlenmediğinden sorun güncelliğini korumaktadır. Bu sorunun çözümüne bir katkı sağlamak amacıyla aşağıda önce (1) İHAM içtihadına göre yargılamalar arası etkileşimin kapsam ve içeriğini belirlenecektir. Ardından bunun (2) Türkiye'deki hukuk uygulamasıyla bağdaşmayan yönleri ortaya konacaktır. Son olarak (3) sorunun Türk yargı organlarının içtihadıyla çözümünde dikkate alınabilecek çeşitli ihtimaller değerlendirilecektir. Çalışmanın iddiası, vergi ve ceza yargılamaları arasında oluşan mükerrerliğin, kasıt incelemesine ilişkin bir paylaşım yapılarak çözülebileceğidir.

## 2. İHAM İçtihadında Yargılamalar Arası Etkileşimin Kapsamı Nedir?

Baştan belirtmek gerekir ki, *aynı eylem için birden çok ceza verilmesi* sorunu ile *yargılamalar arası etkileşim* sorunu arasında dolaylı ama zorunlu bir ilişki vardır. Her

3 <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=117> (11.11.2021).

4 AYM, E.2019/4, K.2021/78, 04/11/2021

ikisi de İHAM'ın *ne bis in idem* uygulaması kapsamında karşımıza çıksa da, bunlardan ilki bir maddi hukuk, ikincisi bir usûl hukuku sorunudur.

Bu sorunlar ilk olarak, aynı trafik suçlarına karşı uygulanan birden çok (hapis, para cezası, sürücü belgesine el koyma) yaptırımını konu alan *R.T.* kararında tartışılmış, birden çok yaptırımın eş zamanlı olarak verilmesi olgusuna dayanılarak başvuru kabul edilmez bulunmuştur.<sup>5</sup> *R.T.* kararında örtük bir biçimde uygulanan zaman yönünden yakın bağlantı şartının açık bir biçimde karşımıza çıktığı ilk karar ise benzer içerikli *Nilsson*'dur. Alkollü ve ehliyetsiz araç kullanan başvurucuya önce ceza mahkemesince kamu hizmetinde çalışma cezası verilmiş, sonra ise idari bir kararla sürücü belgesine el konulmuştur. Uygulanan ikinci yaptırım, tıpkı ilki gibi bir ceza niteliği taşısa da, İHAM bunun ilk cezanın doğrudan ve öngörülebilir bir sonucu olduğu gerekçesiyle yine kabul edilmezlik sonucuna varacaktır.<sup>6</sup>

İçtihatla, bu şartın vergi cezalarına ilişkin yargılamalara uygulandığı ilk örnekler ise, aynı eylemlerin vergi usûl kanununda bir kabahat, ceza kanununda ise bir suç olarak ayrı ayrı düzenlendiği ve ayrı yargılamaların (vergi-ceza) yapıldığı İskandinav ülkelerini muhatap almıştır. Bu yargılamaların asıl önemli özelliği ise önceki kararlarda kullanılan yargılamalar arasında içerik ve zaman yönünden bağlantı testinin uygulanmaya başlanmasıdır.

#### **a. *Glantz* ve *Nykänen* Kararlarının Getirisi: İçerikte Kuruculuk, Zamanda Kaos**

Finlandiya aleyhine aynı gün verilen ikiz kararlar *Glantz* ve *Nykänen*, vergi ve ceza mahkemelerinde ayrı ayrı görülen davaların P 7-4 açısından denetiminde *içerik ve zaman yönünden bağlantı* testinin uygulanması açısından bir dönüm noktasıdır. Her iki karara konu olaylarda, başvurucuların ortak oldukları şirketlerden aldıkları örtülü temettüleri bir vergi incelemesi sonucunda ortaya çıkmış, gelirlerini vergi idaresine eksik olarak bildirmeleri yüzünden gelir vergilerinin eksik hesaplandığı anlaşılmıştı. Bu eksik bildirim eylemiyle vergi kaybına neden olmak, hem bir kabahat hem de bir suç oluşturduğundan, bu bağlamda ayrı ayrı yürütülen vergi ve ceza yargılamaları arasında içerik yönünden bir bağın kurulmasını gerekiyordu. Nitekim İHAM'ın her iki kararda da ihlal kararını dayandırdığı olgu, Finlandiya hukuk sisteminde cezai ve idari yaptırımlara ilişkin yargılamaların birbirinden bağımsız olarak yürütülmesi ve

5 *R.T. v. Switzerland* App no. 31982/96 (ECtHR, 30 May 2000).

6 *Nilsson v. Sweden* App no. 73661/01 (ECtHR, 13 December 2005).

sonuçlandırılmasıydı.<sup>7</sup> Dolayısıyla içerik yönünden bağlantıdan söz edebilmek için, (1) ikinci ceza verilirken ilk cezanın da dikkate alınması, (2) vergi ve ceza yargılamaları arasında bir etkileşim bulunması gerekmektedir.

İHAM zaman yönünden bağlantı testini ise yargılamaların kronolojik ilerleyişine ilişkin veriler ışığında kurgulamıştı. Buna göre, *Glantz* kararına konu olayda, başvuruçunun idari ve yargısal başvuruları 2007 yılında başlayıp 2010 yılında sonuçlanmıştı. Cezai süreç ise 2008 yılında savcılık işlemleri ile başlayıp 2011 yılında temyiz talebinin reddi ile kesinleşmişti.<sup>8</sup> *Nykänen* kararına konu olayda ise, 2005 yılındaki resen tarhiyata karşı açılan dava idare mahkemesince 2008 yılında reddedilmiş, temyiz başvurusu da 2009'da olumsuz sonuçlanmıştı. Cezai süreç ise 2008 yılında başlamış, 2009 yılında verilen hapis cezası kararına karşı başvuruçunun temyiz incelemesi ise 2010'da bitmiş ve ceza onanmıştı.<sup>9</sup>

Mahkeme bu veriler üzerinden yaptığı değerlendirmede, vergi ve ceza yargılamalarından hangisi önce biterse, onun kesin hüküm oluşturacağını kabul etmişti.<sup>10</sup> Böylece vergi davasının kesin hükme bağlandığı 2010'dan sonra ceza yargılamasının 2011'e kadar devam ettirilmiş olması, salt bu nedenle *ne bis in idem* kuralının ihlali olarak görmüştü.<sup>11</sup> Bir başka deyişle, Mahkeme bir yandan, taraf devletlerin birden çok yargı yolu düzenlemesini takdir yetkisi içinde gördüğünü söylüyor; öbür yanda ise, ilk yargılama bittikten sonra ikinci yargılamanın devam etmesini bir ihlal sebebi sayarak ikili yargılamayı fiilen yasaklıyordu. *Glantz* ve *Nykänen* kararlarında geliştirilen tartışmalı içtihat, daha sonra *Lucky Dev* kararında da uygulanmıştır.<sup>12</sup> Oysa ikili (ceza-vergi) bir yargılama düzeninin varlığına yönelik bir bağdaşmazlık ileri sürmüyüp, ikisinden birinin kesinleşmesi durumunda diğerinin de sonlandırılması gerektiği şeklinde bir yaklaşım makûl sayılmazdı. Nitekim iki yıl sonra verilen *A ve B* kararıyla bu yanlıştan dönülmüştür.

### b. *A ve B* Kararıyla Gelen Revizyon

*A ve B* kararı içerdiği revizyon yanında, içerik ve zaman yönünden bağlantı testini geliştirici sonuçlara da sahiptir. Davaya konu olayda, başvuruçular *A ve B*, gerçek

7 *Glantz v. Finland* App no. 37394/11 (ECtHR, 20 May 2014) para 61; *Nykänen v. Finland*, App no. 11828/11 (ECtHR, 20 May 2014) para 51.

8 *Glantz*, para 6-19.

9 *Nykänen*, para 6-19.

10 *Glantz*, para 56; *Nykänen*, para 46.

11 *Glantz*, para 62; *Nykänen*, para 52.

12 *Lucky Dev v. Sweden*, App no. 7356/10 (ECtHR 27 November 2014), para 61-63.

gelirlerini gizleyerek daha az vergi ödemişler, bu nedenle vergi idaresi tarafından uygulanan kayıp verginin %30'u oranında ayrı ayrı verilen para cezasının muhatabı olmuşlardır. Her iki başvuru da, bu idari cezalara karşı dava açma yoluna gitmemiştir.<sup>13</sup> Vergi hilesi suçunu konu alan ceza yargılamasında ise her ikisine de daha önce aldıkları vergi cezasının ağırlığı gözetilerek birer yıl hapis cezası verilmiştir.

Mahkeme Büyük Dairesi, *Glantz ve Nykänen* kararlarındaki değerlendirmesini yeniden ele alarak, büyük ölçüde eşzamanlı yürüyen bu yargılamalardaki asıl sorunun esas yönünden bağlantı sorunu olduğunu kabul etmiştir.<sup>14</sup> Ayrıca, ikili yargılamayı fiilen yasaklayan sonuçlardan sakınarak Sözleşmenin, ceza verme sürecinin art arda veya paralel olarak farklı cezalar verilebilecek şekilde farklı aşamalara veya bölümlere ayrılmasını yasaklamadığını belirtme ihtiyacını duymuştur. Mahkemeye göre, devletler, tutarlı bir bütün oluşturduğu sürece (vergi ve ceza yargılaması gibi) farklı süreçler öngörebileceği gibi,<sup>15</sup> hileli davranış gibi daha ciddi durumlarda vergi suçlarında yaptırım olarak salt bir idari para cezası vermeye de zorlanamazlar.<sup>16</sup>

Büyük Daire ayrıca bir kararın kesinliğinden, ancak yargılamada mükerrerlik oluşursa bahsedilebileceğini, bütünsellik içeren birden çok yargılamada, önce biten davanın kesin hüküm oluşturmayacağını ifade etmiştir.<sup>17</sup> Böylece, *Glantz ve Nykänen* kararlarında karşılaşılan, 'vergi davasının bitmesiyle kesin hüküm oluşacağı ve bu nedenle devam eden ceza davasına devam edilmesinin zaman yönünden bağlantıyı ortadan kaldıracağı' şeklindeki yaklaşımdan geri dönmektedir. Bu geri dönüş bir zorunluluktan, çünkü vergi davası sona erince ceza davasının da sona ermesi gerektiği kabul edilseydi, böyle bir işleyiş hileli yönlendirmelere ve cezasızlık aracına dönüşebilirdi.<sup>18</sup>

*A ve B* kararının asıl önemli katkısı ise, içerik yönünden bağlantı testinin unsurlarının belirlenmesidir. Bu unsurlar, kararda kabaca şu şekilde sıralanmıştır: (1) Farklı yargılamalar tamamlayıcı amaçlara yönelik olmalıdır. (2) İkili yargılamalar öngörülebilir olmalıdır. (3) Delillerin toplanması ve değerlendirilmesi mümkün olduğu kadar mükerrerlikten kaçınacak şekilde yürütülmeli ve bunun için bir süreçteki olguların diğeri de kullanılmasını sağlayacak bir etkileşim bulunmalıdır. (4) Ölçsüz bir

13 *A and B v. Norway*, App no 24130/11 and 29758/11 (ECtHR GC, 15 November 2016) para 16, 17, 32, 35.

14 *Ibid*, para 114.

15 *Ibid*, para 121.

16 *Ibid*, para 123.

17 *Ibid*, para 126.

18 *Ibid*.

sonucun doğmaması için, ikinci yaptırım kararı verilmeden önce, ilk yaptırım da dikkate alınmalıdır.<sup>19</sup>

Bu unsurlardan üçüncüsü olan delillerin toplanması ve değerlendirilmesindeki etkileşim konumuz açısından belirleyicidir. Büyük Daire, hem idarenin yaptığı incelemede elde edilen delillerin ceza yargılamasında kullanılması, hem de ceza yargılamasında verilen hükümde, idari cezanın dikkate alınması içerik yönünden bağlantının somut unsurları olarak göstermiştir.<sup>20</sup> Bu önemli bir yeniliktir çünkü *içerik ve zaman yönünden bağlantının* kapsamı genişleyerek, idari süreçlerin de ceza yargılamasında dikkate alınmasını sağlamıştır. Nitekim A ve B kendilerine verilen idari para cezalarına karşı idari itiraz yolunu kullanmışlarsa da, vergi mahkemesinde dava açmamışlardır. Ancak idare tarafından toplanan deliller varken, ceza yargılamasında bir tekrere yol açmamak için bu delillerin dikkate alınması gereği ortaya çıkmıştır.

Öte yandan A ve B kararıyla *zaman yönünden bağlantı* unsuruna ilişkin yeni bir tanımlamaya rastlamak güçtür. Çünkü Mahkeme, yukarıdaki değerlendirmeye beraber zaman yönünden bağlantının ne olduğundan çok, ne olmadığını açıklamış, iki davanın baştan sona eşzamanlı yürütülmesi gerektiği anlamına gelmediğini belirtmiştir. Karardaki zaman yönünden bağlantıya ilişkin en belirgin niteleme ise, 'kişiyi belirsizliğe ve gecikmeye maruz kalmaktan ve davaların zaman içinde uzamasından korumak için yeterince yakın olmak' ifadesidir.<sup>21</sup> Ancak yeterince yakın şeklinde bir tanımlama, içerdiği muğlaklıkla sorunu daha da tartışılmalı hale getirmektedir.

Nitekim bağlantıya dayanak olarak gösterilen olay örgüsü, kronolojik olarak 2005 yılındaki vergi incelemesi, 2007 yılında yapılan suç duyurusu, 2008'de iddianamenin hazırlanması ve idarece resen tarhiyat yapılması, 2009'da ise ceza mahkûmiyeti şeklinde sıralanmıştır.<sup>22</sup> Ancak başvuruçular A ve B hakkındaki ceza soruşturmasının, vergi incelemesi bittikten sonraki iki yıl içinde tamamlanmış olması bir ihlal olarak kabul

19 Bu koşulların içtihadı ne ölçüde geliştirici nitelikte olduğu tartışmasına ve karara muhalif kalan yargıç *Albuquerque* tarafından yazılan karşı oyda da bulunabilecek eleştirilere burada özel olarak yer verilmeyecektir. Ancak kısaca belirtmek gerekir ki, somut olayda amaçların nitelenmesine ilişkin değerlendirmeler tartışılmalı olduğu gibi, zaten var olması gereken öngörülebilirliğin burada ayrıca unsur olarak gösterilmesinin nedenini anlamak zordur. Dördüncü unsur ise idari para cezası dışında ceza mahkemesi tarafından da bir para cezası verilmesi durumunda karşımıza çıkmaktadır ki, bu da aslında bir daha genel bir ölçülülük sorunudur. Karara ilişkin olumlu ve olumsuz değerlendirmeler için ayrıca bakınız: Robert Attard, 'The ECtHR's Recent Tax Judgments on the Non Bis in Idem Rule' (2017) 26 EC Tax Rev 337; J. Baron & E. Poelmann, 'Tax Penalties: Minor Criminal Charges' (2017) 45 Intertax 819.

20 *A and B v. Norway*, (n 13) para 146.

21 *Ibid*, para 134.

22 *Ibid*, para 145.



edilmemiştir. Dolayısıyla nitel bir belirlemeden çok geçen sürenin niceliğine göre bir sonuca varılmıştır. Bu muğlaklığın izleyen kararlarda da giderilemediği ve Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihadı ile de bir uyum sorunu doğurduğu görülmektedir.<sup>23</sup>

*A ve B* kararıyla yaratılan bir başka önemli içtihat ise ispat yüküyle ilgilidir. Mahkemeye göre, yargılamalar arasındaki bağlantı ne kadar zayıfsa, devletin yargılamayı yürütmesinden kaynaklanabilecek bu tür gecikmeleri açıklama ve gerekçelendirme yükü de o kadar fazladır.<sup>24</sup> Bu yaklaşımın izleyen kararlarda da sürdürüldüğü görülecektir.

### **c. Johannesson'dan Kristjánsson'a: İçerikte Zenginleşme, Zamanda İkiriklilik**

*A ve B* kararından sonra verilen *Johannesson*, *Thorisson*, *Íngvarsdottir*, *Ármansson* ve *Kristjánsson* kararlarının ortak özellikleri, başvuruçuların gelirlerini eksik beyan etmeleri üzerine İzlanda vergi idaresi tarafından yapılan vergi incelemesi sonucunda, idare ve ceza mahkemelerince verilen cezaları konu almalarıdır. Bu davalarda İHAM, *A ve B* kararındaki çizgisini devam ettirerek, polis soruşturması ve gelir idaresince yapılan incelemeyi kapsayan idari süreçle ceza yargılaması arasındaki bağlantıyı irdelemiş, böylece bağlantı sorununu idari işlemler/ceza yargılaması ekseninde ele almıştır.

Bunlardan 2017 yılında verilen *Johannesson* kararına konu olayda, 2003 yılında yapılan vergi incelemesi sonucunda resen tarh edilen vergi ve para cezaları, bir iptal davasına konu olmadan 2008'de kesinleşmiştir.<sup>25</sup> Cezai süreç ise idarenin durumu 2004 yılında polise bildirmesiyle başlamış, 2006 yılında ilk kez ifade veren başvuruçular hakkında verilen 2011 tarihli mahkûmiyet kararları 2013 yılındaki temyiz incelemesiyle son şeklini almıştır. Ancak yargılamanın uzun sürmesi ve daha önce verilen idari para cezası gözetilerek hapis cezası ertelenmiştir.<sup>26</sup> Bu koşullar altında İHAM'ın ulaştığı sonuç, hem içerik hem de zaman yönünden bağıllık kuralına uyulmadığıydı.

*İçerik yönünden bağlantı* unsuruna ilişkin sorun, polisin, vergi incelemesine ilişkin belgelere erişimi olmasına rağmen kendi bağımsız soruşturmasını yürütmesiydi. Hatta bu durum Mahkemenin belirlemesine göre, cezai sürecin sekiz yıldan fazla sürmesine neden olmuştu.<sup>27</sup> *Zaman yönünden bağlantı* unsuruna ilişkin değerlendirmede ise,

23 Bruno Peeters, 'The New Ne Bis in Idem Rule. Do the EUCJ and the ECtHR Follow the Same Track?' (2018) 4 EC Tax Review 184.

24 Ibid, para 134.

25 *Jóhannesson and others v. Iceland*, App no. 22007/11 (ECtHR, 18 May 2017) para 14.

26 Ibid, para 20.

27 Ibid, para 53.

iddianamenin hazırlanmasının, idari sürecin kesinleştiği 2007'den bir yıl daha geçtikten sonra hazırlanmış olması ve ancak 2013'te kesinleşmesi olgularına dayanılarak ihlal sonucuna ulaşılmıştır.<sup>28</sup> Buradan anlaşılması gereken, Mahkemenin idari ve cezai süreçler arasında zaman yönünden bir örtüşme aradığıdır. Bunun yanında, bu sürenin uzunluğu takdir edilirken, başvuruların hatası olmayan gecikmenin açıklamasını yapamayan devletin bundan sorumlu tutulmasına ilişkin ispat kuralı uygulanmıştır.

Bu bağlamda eleştiriye açık olan husus ise, Mahkemenin bu durumu *A ve B* kararına konu olaydaki davaların toplam uzunluğunun yaklaşık beş yıl olması ve ceza yargılamalarının vergi kararlarının kesinleşmesinden iki yıldan az bir süre geçmesiyle sona ermesiyle karşılaştırmasıdır.<sup>29</sup> Çünkü *A ve B* kararına konu olaydaki sürenin ölçü alınması, 'örtülü olarak iki yıllık bir süre üst sınırının mı uygulandığı' sorusunu akla getirir.

2018 tarihinde verilen *Ingvarsdottir* kararı, bir ihlal değil kabul edilmezlik sonucuna ulaşsa da, bu kaygıları daha da arttırıcıdır. Nitekim Mahkeme, yargılamaların toplam süresinin yaklaşık dört yıl on ay olduğunu kaydeder. Bu süre zarfında, idari ve cezai süreçler yaklaşık 3 yıl 11 ay boyunca paralel olarak yürütülmüş, ceza yargılaması daha sonra yaklaşık 15 ay boyunca tek başına devam etmiştir. Mahkeme burada ölçü olarak toplam yargılama süresinin yaklaşık dokuz yıl üç ay olduğu ve ceza yargılamasının birkaç yıl boyunca kendi kendine devam ettiği *Johannesson* davasını ölçü olarak göstermiştir.<sup>30</sup>

*İçerik yönünden bağlantı* açısından dikkate alınan olgulardan ilki ise, aynı konuyu inceleyen farklı makamlar arasındaki bilgi paylaşımı ve eşgüdümdür. Vergi idaresi, başvuranın daha fazla bilgi vermemesi nedeniyle, 2009'da soruşturma için sorunu polise intikal ettirmiş, polis tarafından toplanan belgeleri aldıktan sonra ise başvuran hakkında resmi soruşturma başlatmıştır. Hatta savcılığın vardığı sonuca göre, mahkemesi önündeki iddialarını değiştirerek etkileşim yollarını açık tutmuştur. Böylece ceza davası ve idari sürecin birbiriyle bağlantı olduğu sonucuna varılmıştır.<sup>31</sup>

2019 yılında verilen *Thorisson* kararında ise 2010 yılında başlatılan vergi incelemesi sonucunda resen tarh ettirilen vergi ve ceza işlemleri 2012'de kesinleşmiştir. Aynı yıl idarenin şikâyeti ile adli süreç de başlatılmış, 2013 yılında verilen mahkûmiyet kararı 2014'te temyiz

28 Ibid, para 54-55.

29 Ibid.

30 *Matthildur Ingvarsdottir*, App no. 22779/14 (ECtHR, 4 December 2018) para 62.

31 Ibid, para 57-59.

incelemesiyle nihai halini almıştır. Müdürlüğün soruşturmasının başlamasından Yüksek Mahkeme'nin nihai kararını vermesine kadar iki davanın toplam süresi üç yıl yedi ay olmuştur.

İHAM, dosyaya sunulan belgelerden, savcının vergi inceleme raporuna ve vergi incelemesinde toplanan belgelere ulaşım ulaşamadığını anlayamamış, ancak polisin kendi bağımsız soruşturmasını yürüttüğünü ve cezai sürecin vergi idaresinin konuyu savcıya bildirmesinden iki yıldan fazla bir zaman geçtikten sonra sonuçlandığını belirlemiştir. Süre yönünden bağlantı incelemesinde ise, yargılamaların toplam süresinin yaklaşık üç yıl yedi ay olduğunu ve bu zaman zarfında, idari ve cezai süreçlerin hiçbir noktada eşzamanlı olarak ilerlemediğini kaydetmiştir. Nitekim başvuran, idari sürecin kesinleşmesinden sekiz ay sonra suçlanmıştır, sonra ceza yargılaması da kendi başına iki yıldan fazla devam etmiştir. Böylece Mahkeme, idari süreçle ceza yargılaması arasında içerik ve zaman yönünden yakın bir bağlantı olmadığı için ihlal kararı vermiştir.<sup>32</sup>

Yine 2019'da verilen bir başka karar olan *Ármansson*'da, İHAM, savcının vergi inceleme raporuna erişimi olmasına rağmen polis soruşturmasının bağımsız yürüdüğü ve bu nedenle cezai sürecin, idarenin konuyu savcıya bildirmesinden itibaren iki yıldan fazla sürmesi sonucunu doğurmuştur. Zaman bağlantısı açısından ise, yargılamaların yaklaşık dört yıl on ay sürdüğü, idari ve cezai süreçlerin sadece beş ay paralel yürüdüğü ve idari süreç bittikten sonra ceza yargılamasının daha sonra bir yıl beş ay boyunca devam etmesini dikkate almıştır. Verilen karar yine ihlaldir.<sup>33</sup>

Son olarak 2021'de verilen *Kristjánsson* kararındaki değerlendirme de, Büyük Daire'nin *A ve B* kararında içerik yönünden bağlantı unsuru olarak belirlediği dört unsur üzerinden yapılmıştır. Ancak bu karar diğerlerinden farklı olmak üzere, bıçak sırtı (4-3) bir çoğunlukla verilmiştir.<sup>34</sup> Gerçekten, Mahkeme içerik yönünden bağlantıyı test ederken, delillerin toplanmasındaki mükerrerlik açısından kendi içinde görüş ayrılığına düşmüştür. Bu kapsamda somut delil incelemesine girildiği, dosyadaki verilerden savcının vergi incelemesi raporuna ve eklerine, ayrıca başvurucu ile ilgili idarenin kendi içindeki diğer bazı yazışmalara erişimi olduğu tespit edilmiştir. Ancak, daha önce vergi idaresi tarafından iki kez sorgulanan sanığın ve tanıkların bir kez de savcı tarafından ifadesinin alınmasını bir mükerrerlik olarak görülmüştür.<sup>35</sup> Oysa azınlıkta kalan üyelerin karşı oy gerekçelerinde belirttiği gibi, ceza yargılamasının amacı vergi kaybına neden olan

32 *Ragnar Thorisson v. Iceland*, App no 52623/14 (ECtHR, 12 February 2019) para 50.

33 *Bjarni Ármansson v. Iceland*, App no 72098/14 (ECtHR, 16 April 2019) para 56.

34 *Bragi Guðmundur Kristjánsson v. Iceland*, App no. 12951/18 (ECtHR, 31 August 2021) para 66.

35 *Ibid*, para 64.

eylemin bir kasıtlı veya ağır ihmalle işlenip işlenmediğinin belirlenmesi olduğuna göre, şüpheli ve tanıkların idare tarafından alınan ifadeleri ile yetinilmeden yeniden ifadelerinin alınması tek başına bir mükerrerlik oluşturmaz.

*Zaman yönünden bağlantı* incelemesinde ise önceki kararlarda olduğu gibi, idari ve cezai süreçlerin ne kadar süre eşzamanlı yürüdüğü dikkate alınmıştır. Karara konu olayda 2011 yılında başlatılan vergi incelemesi sonucunda resen vergi ve ceza tarh edilmiş, idari süreç 2014'te sonlanmış. 2012 yılında idarenin şikâyetiyle başlatılan cezai süreç ise 2013'te savcılığa ifadesinin alınması ve 2016'daki mahkûmiyet ve 2017'deki temyiz talebinin reddi ile kesinleşmiştir.<sup>36</sup> Böylece toplam altı yıl dört ay süren yargılamaların sadece on bir aylık bir dönemde eşzamanlı yürütülmüş olmasını ve vergisel kısmın kesinleşmesinden sonra cezai kısmın üç yıl boyunca devam etmesini verdiği ihlal kararının gerekçesi yapmıştır.

Bu açıdan da azınlıkta kalan üyelerin karşı oy gerekçeleri daha mantıklı görünmektedir. Nitekim ceza davasının idari süreç bittikten sonra daha ne kadar sürdüğünü ölçü almak, yargılamanın uzunluğu sorununa dönüşmekte, iki süreç arasındaki bağlantı sorunundan uzaklaşmaktadır. Azınlığa göre, vergi incelemesi devam ederken olayın savcılığa bildirilmesi, idari süreç biter bitmez savcılığın ceza davası açması zaman yönünden bağlantı için yeterlidir. Ceza davasının uzun sürmesi, başka bir sorundur.

Görüldüğü üzere, zaman yönünden bağlantı unsuru üzerinde yapılan değerlendirmelerden, ceza yargılamasının idari sürecin kesinleşmesinden sonra iki yıldan az sürdüğü *A ve B ile Ingvarsdottir* davalarında ihlal bulunmazken; iki yıldan fazla süren *Johannesson, Ármannsson, Kristjánsson ve Thorisson* davalarında ihlal kararı verilmiştir. Bu durum, Mahkemenin açıkça iki yıllık bir süreden bahsetmese de, böyle bir kuralı örtülü bir biçimde uyguladığı izlenimi uyandırır. Dahası, genel olarak bakıldığında da, tüm bu kararlarda (1) yargılamanın toplam süresi, (2) ceza ve vergi yargılamalarının eşzamanlı yürütüldüğü süre ve (3) vergi yargılamasının sonuçlanmasından sonra ceza yargılamasının kendiliğinden devam ettiği süre olmak üzere üç ayrı ölçütü dikkate aldığı görülmektedir. Ne var ki, bu üç ölçüt istikrarlı bir biçimde uygulanmamış, zaman yönünden bağlantı testindeki ilk ölçütün neden *adil yargılanma hakkına* ilişkin İHAS md 6 değil de, *ne bis in idem* kuralına ilişkin P 7-4'ün norm alanı içinde değerlendirildiği doyurucu bir biçimde açıklanamamıştır.<sup>37</sup>

36 Ibid, para 19.

37 Bu konuda daha ayrıntılı bir inceleme için: Barış Bahçeci & Demirhan Burak Çelik, 'The Question of Interaction between the Tax and Criminal Proceedings in the ECtHR Case-law' (2022) 50 (8) Intertax 649.

### 3. Türk Hukuku İham İçtihadı İle Ne Ölçüde Uyumludur?

Yukarıda İHAM içtihadından elde ettiğimiz *içerik ve zaman yönünden bağlantılı* olmaya ilişkin verileri şimdi Türkiye’deki mevzuat ve uygulamanın sonuçlarıyla karşılaştırabiliriz. Ancak vergi ve ceza yargılamaları arasındaki etkileşim sorunu, VUK kapsamında tartışılan daha pek çok başlıklarından biri olan vergi kaçakçılığı/vergi ziyayı düzenlemeleri arasındaki ilişkiden bağımsız değildir. Bir başka deyişle, sorunun bir kısmını uygulanan maddi ceza normları arasındaki ilişki oluştururken, daha önemli olan kısmı ise uygulanacak usûle ilişkin normlardan kaynaklanır.

Nitekim İHAM tarafından 7 nolu Ek Protokolün 4. maddesi kapsamında iki basamaklı olarak yapılan *ne bis in idem* denetimi de bu maddi ve usûli ayrıma paraleldir. Birinci basamak *idem*, iki ayrı yaptırıma konu olan eylemin aynı olup olmadığına denetimdir. *İçerik ve zaman yönünden bağlantı* testinin de uygulandığı ikinci basamak ise *bis* denetimidir ki, burada uygulanan cezalandırma işlemlerinde mükerrerlik olup olmadığına bakılır.<sup>38</sup> Bu çerçevede sorunu öncelikle, vergi ve ceza yargılamasında uygulanan normlar (VUK md 344 ve 359) arasındaki ilişki açısından ele alınacaktır. Daha sonra ise çalışmanın asıl odak noktası olan iki yargılama arasındaki ilişkide, İHAM içtihadı ile uyumlu bir çözüm yolu ortaya konulmaya çalışılacaktır.

#### a. Yargılamalarda Uygulanan Ceza Normları Arasındaki İlişkinin Sonuçları

Vergi ve ceza yargılamaları arasındaki etkileşim VUK’ta yer alan iki düzenlemeyle ilgilidir. Bunlardan ‘vergi kaçakçılığı suçları’ başlığını taşıyan VUK md 359, defter ve belge düzenindeki usulsüzlüğü vergi ziyayı sonucu aramaksızın, asliye ceza mahkemesince yürütülecek bir kovuşturma sonucunda verilecek hapis cezasına bağlamıştır. İkincisi olan VUK md 344 ise, VUK md 341’de tanımlanan vergi kaybına atıf yaparak,<sup>39</sup> böyle bir sonucun doğumu durumunda yaptırım olarak idari para cezası öngörmekte, bu cezanın denetimi ise vergi mahkemesince yapılmaktadır.<sup>40</sup>

Bu durumda, VUK md 359 ile bir tehlike suçu cezalandırılmakta, bu maddede yer alan suç konusu eylemler gerçekleşmiş olsun ya da olmasın, bir vergi kaybının doğması

38 Barış Bahçeci, ‘İHAM İçtihadında Vergi Cezalarında ne bis in idem’, *AÜHFĐ* (2018) 67 (2) 253, 257.

39 ‘Madde 341: Vergi ziyayı, mükellefin veya sorumlunun vergilendirme ile ilgili ödevlerini zamanında yerine getirmemesi veya eksik yerine getirmesi yüzünden, verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesini veya eksik tahakkuk ettirilmesini ifade eder.’

40 ‘Madde 344: 341’inci maddede yazılı hallerde vergi ziyayına sebebiyet verildiği takdirde, mükellef veya sorumlu hakkında ziyaya uğratan verginin bir katı tutarında vergi ziyayı cezası kesilir. Vergi ziyayına 359’uncu maddede yazılı fiillerle sebebiyet verilmesi halinde bu ceza üç kat, bu fiillere iştirak edenlere ise bir kat olarak uygulanır.’

durumunda ise VUK md 344 ile bir idari para cezası uygulanmaktadır. Dolayısıyla Türk hukukunda, yukarıda ele alınan *Glantz* ve *Nykänen* kararlarında karşılaşılan, o dönemki Finlandiya hukukundaki gibi vergi kaybını hem bir suç, hem de bir kabahat olarak düzenlenmesi tercih edilmemiştir. Türk hukukunun bu bağlamdaki yaklaşımı İHAM içtihadı ile de uyumludur. Nitekim *Lucky Dev* kararında Mahkeme defter hilesinin tek başına bir vergi kaybı doğurmadığından hareketle, defter hilesi ve vergi kaybı için ayrı cezalar öngörülmesini İHAS'a aykırı bulmamıştır.<sup>41</sup> Dahası, yukarıda ele alınan *R.T. ve Nilsson* kararlarından da anlaşıldığı üzere, aynı eylem için farklı nitelikte birden çok yaptırım uygulanması, bu yaptırımlar arasında bir bütünlük ilişkisi olduğu sürece *ne bis in idem* kuralına aykırı değildir. Dolayısıyla VUK md 359'un ihlali durumunda, hapis yanında bir de vergi ziyayı cezası uygulanmasında bir sorun yoktur. Sorun aşağıdaki başlıkta ele alınacak yargılama usûlündedir.

Yalnız bu usûl sorununu ele almadan önce, öğretide, suç tipinin belirsizleşmesini önlemek veya ceza adaletini sağlamak amaçlarıyla, vergi kaybının VUK md 359'daki suçların bir unsuru olarak eklenmesi gerektiği yönündeki görüşlere dikkat çekmek gerekir.<sup>42</sup> Bu görüşler, yöneldikleri amaçlar açısından oldukça değerlidir. Ancak vergi kaybının VUK md 359'da düzenlenen suçun bir unsuru olması, yargılama konusu sonuçlar arasında bir ayniyet doğuracak, vergi kaybı hem VUK md 359 hem de md 344 kapsamında ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Dahası usûl açısından da, soruşturma ve kovuşturma sürecinin konu yönünden genişleyerek kayıp olan tutara ilişkin bir incelemenin de eklemesini gerektirecektir. Bu inceleme vergi idaresi ve vergi mahkemesince de yapılacağından, bunların vergi kaybına ilişkin çelişkili sonuçlara ulaşma ihtimalleri yanında, aynı incelemeyi mükerrer olarak yapmaları dahi İHAM içtihadı açısından bir ihlal doğuracaktır. Dolayısıyla vergi kaybı olgusunu kaçakçılık suçunun unsuru yapmak, eğer vergi mahkemesinin yargılamadaki rolü değiştirilmeyecekse, ceza yargılamasını daha da sorunlu hale getirir. Mükerrerlik yaratmamak için, aynı konudaki yargılamalarda ortak unsur yaratmaktan kaçınmak, hatta vergi ve ceza mahkemelerinin yargılama konusu yaptıkları unsurları mümkün olduğunca ayırmak gerekir.

41 Bahçeci, (n 38) 264-265.

42 Mustafa Akkaya, 'Vergi Kaçakçılığı Suçları: Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar' içinde: *Ekonomik Suçlar ve Yargı Kararları Sempozyumu* (Yetkin 2017) 21, 23; Ertuğrul Akçaoğlu, 'Vergi Ziyayı Kavramı Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler' içinde: *Ekonomik Suçlar ve Yargı Kararları Sempozyumu* (Yetkin 2017) 27, 41.

## b. Yargılama Süreçleri Arasındaki Bağlantı Sorunu

Türk hukukunda, yargılamalar arası etkileşimin sağlanabilmesi için, aynı olayı konu alan birden çok davanın, bu davalara bakan mahkemelerden birinde toplanmasını sağlayan kurallar vardır. Birbiriyle çelişik kararların önlenmesi ve yargılama sürecinde tasarrufa yönelik bu kurallardan bir kısmı, aynı yargılama usulünü uygulayan farklı mahkemeler için getirilmiştir. Örneğin İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) md 38’de davalar arası bağlantı olarak anılan bu kurum, kapsamına aynı maddi veya hukuki sebepten doğan davaları almaktadır.<sup>43</sup> Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) sistematüğinde ise dar ve geniş anlamıyla (md 8-11) bağlantılı suçlar söz konusu olduğunda davaların birleştirilmesi yoluna gidilebileceği düzenlenmiştir.<sup>44</sup> Farklı yargılama kanunlarının uygulandığı ceza ve hukuk mahkemeleri önündeki davalarda ise hukuk hâkimi Türk Borçlar Kanunu md 74 gereği, ceza hâkiminin beraat kararı ile bağlı değildir.<sup>45</sup> Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu içtihadı gereğince, hukuk mahkemeleri ceza mahkemelerinin maddi bulgularıyla bağlıdır ve bunun sonucu olarak ceza mahkemesince belirlenmiş maddi olguları yeniden değerlendiremezler.<sup>46</sup> Bu durum ceza hakiminin resen araştırma yetkisinin varlığına paraleldir ve hukuk mahkemesinin, ceza mahkemesi önündeki davayı bekletici sorun yapmasını gerektirir.

Ne var ki, ceza ve vergi yargılamaları aynı eylemlerden doğan sonuçları konu aldığında *hangi yolun izlenmesi gerektiği* sorusuyla karşılaşmaktadır. Örneğin VUK md 359’da bir suç olarak yer verilen *sahte belge düzenleme* eylemi ile md 341’e göre bir kabahat olan *vergi kaybı* sonucunun da doğması mümkündür. Böyle bir durumda ceza yargılaması yapan asliye ceza mahkemesi ile idari yargılama yapan vergi mahkemesi tarafından verilecek kararlar arasında bir çelişki doğması ihtimali belirir ve bunun önüne geçmek için bir etkileşim kurulması gerekir. VUK, bu bağlantılı davalarla ilgili izlenecek bir

43 ‘Madde 38 – 1. Aynı maddi veya hukuki sebepten doğan ya da biri hakkında verilecek hüküm, diğerini etkileyecek nitelikte olan davalar bağlantılı davalardır.’

44 ‘Madde 8 – (1) Bir kişi, birden fazla suçtan sanık olur veya bir suçta her ne sıfatla olursa olsun birden fazla sanık bulunursa bağlantı var sayılır.’

45 ‘Madde 74- Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir.’

46 ‘Yargıtay’ın yerleşik uygulamasına ve öğretideki genel kabule göre, maddi olgunun tespitine dair ceza mahkemesi kararı hukuk hâkimini bağlar. Ceza mahkemesinde bir maddi olayın varlığı ya da yokluğu konusundaki kesinleşmiş kabule rağmen, aynı konunun hukuk mahkemesinde yeniden tartışılması olanaklı değildir (HGK’nun 11.10.1989 gün ve E: 1989/11-373, K:472; HGK’nun 27.4.2011 gün ve E:2011/17-50, K:2011/231 Sayılı ilamları)’. YARGITAY HGK E. 2012/19-873 K. 2013/433 T. 3.4.2013. Aynı yönde: YARGITAY HGK E. 2017/19-832 K. 2019/459 T. 16.4.2019 YARGITAY HGK E. 2015/10-2868 K. 2019/1159 T. 12.11.2019.



yol öngörmemiş, ancak CMK md 218, ceza mahkemesi hâkimlerine, başka mahkemelerdeki davaların sonucunu bekletici sorun yapma yetkisini tanımıştır.<sup>47</sup> Ne var ki bu bir zorunluluk olmadığından, vergi yargılamasının sonucunu bekleyip beklememek Yargıtay içtihadındaki değişkenliğe bağlı olarak şekillenmektedir.

Öte yandan yargılamalar arasındaki bağlantı sorununun düzenlemediği (bir idari usûl kanunu olduğu için zaten bunun da beklenemeyeceği) VUK'ta yer alan bazı hükümler, yargılamalar arası etkileşim sorununa dolaylı yönden ve olumsuz sonuç doğuracak şekilde etki eder. Bunlardan biri VUK md 359/son hükmüdür: 'Kaçakçılık suçlarını işleyenler hakkında bu maddede yazılı cezaların uygulanması 344 üncü maddede yazılı vergi ziyai cezasının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez.' Bu düzenlemenin bir sonucu olarak, VUK md 344 gereği vergi ziyai cezasını denetlendiği vergi yargılaması ile aynı eylem nedeniyle VUK md 359 kapsamında yapılan ceza yargılaması arasında bir mükerrerlik doğması ihtimali belirir.

Hiç şüphesiz, her iki yargılama farklı yaptırımları konu almakta, farklı amaçlar ve sonuçlar doğurmaktadır. Dolayısıyla yargılama konusu eylemin faili açısından, vergi ve ceza yargılamalarından her ikisinin de lehe veya aleyhe sonuçlanması gibi bir zorunluluktan bahsedilemez. Gerçekten, ceza mahkemesinin VUK md 359 kapsamında bir mahkûmiyet kararı vermemesi, VUK md 344 kapsamında denetlenen vergi ziyai cezasına konu idari işlemin hukuka uygun kabul edilmesini gerektirmez. Çünkü ceza kesilmesini gerektirecek bir kayıp yaşanmamış, ya da vergi kaybına bağlı olarak kesilen ceza doğru hesaplanmamış olabilir. Aynı şekilde, vergi mahkemesinin tahakkuk zamanaşımı, vergi aslı ya da cezanın yanlış hesaplanması, cezayı kesen vergi dairesinin yetkisiz olması gibi, vergi kaybı iddiasının doğru olmadığı dışındaki diğer iptal gerekçelerinin de ceza mahkemesi açısından bağlayıcı sayılmaması gerektiği açıktır. Nitekim ceza mahkemesince CMK md 223/2-e kapsamında tüzel kişi temsilcisi sanık hakkında "yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması" nedeniyle beraat kararı verilmesi, tüzel kişinin kullandığı sahte belge nedeniyle vergi kaybının olmadığını ispatlamaya yetmez.

Ne var ki, yargılamaların kapsam ve sonuçları açısından farklılıklara işaret eden bu açıklamalar, *içerik yönünden bağlantılı* olma şartı açısından yetersiz kalabilir. *Glantz*

47 'Madde 218 – (1) Yüklenen suçun ispatı, ceza mahkemelerinden başka bir mahkemenin görev alanına giren bir sorunun çözümüne bağlı ise; ceza mahkemesi bu sorunla ilgili olarak da bu Kanun hükümlerine göre karar verebilir. Ancak, bu sorunla ilgili olarak görevli mahkemede dava açılması veya açılmış davanın sonuçlanması ile ilgili olarak bekletici sorun kararı verebilir.'



kararında ortaya konulduğu, *A ve B* kararında geliştirildiği, *Kristjansson* kararında ise detaylandırıldığı üzere, yargılama yapan farklı mahkemelerden birinin elde ettiği delilin ve bunun değerlendirilmesinden elde edilen sonucun, diğerinin yaptığı yargılamada dikkate alınması gerekir. Aksi durumda, oluşacak mükerrerlik, hem delillerin toplanması hem de değerlendirilmesinde geçecek süreyle, içerik yönünden bağlantı yanında, bir de *zaman yönünden bağlantı* sorunu yaratabilir. Bu sorunları, ceza mahkemesi ile (1) vergi idaresi ve (2) vergi mahkemesi ilişkisi açılarından ayrı ayrı ele almak gerekir.

## 1. Vergi İdaresi ile Ceza Yargılaması Arasındaki İlişki

Yukarıda gördüğümüz üzere, İHAM içtihadına göre, soruşturma aşamasında savcılık ve ardından kovuşturma yapan ceza mahkemesi, vergi idaresinin vergi incelemesiyle topladığı delilleri ya da ulaştığı sonuçları dikkate almalıdır. Türk hukukunda ise, idarenin yetkisi VUK md 359'daki suçların soruşturulması ve kovuşturulmasını şekillendirecek kadar güçlüdür. Savcılık ve ceza mahkemesi önündeki delillerin dava açılmadan önce zaten vergi incelemesi yoluyla toplanmış olması bir yana,<sup>48</sup> idarenin bu delilleri değerlendirilerek hangi suç oluşturduklarına ilişkin mütalaa da bir dava şartıdır.

Gerçekten, VUK md 367 gereğince,<sup>49</sup> savcılığın açacağı dava vergi idaresinden alınacak bir mütalaa bağlıdır. Yargıtay uygulaması, bu mütalaanın alınmadan ceza mahkemesince bir hüküm verilemeyeceği yönündedir.<sup>50</sup> Hatta kovuşturma sırasında suçun niteliğine ilişkin bir farklılığın tespit edilmesi halinde dahi, idareden ek mütalaa alınması gerekmekte, aksi halde ilk derece mahkemesi kararı bozulmaktadır. Gerçekten, VUK md 359'daki suçlardan birinin (örneğin sahte belge düzenleme) isnadıyla açılan davada, idareden yeni bir mütalaa almadan başka bir suçtan (örneğin sahte belge kullanma)

48 Türk hukukunda bu durumun tek istisnası, VUK md 367'ye 2021 yılında eklenen dördüncü fıkradaki ihtimaldir:

359'uncu maddenin (ç) fıkrasında yazılı suçların işlendiğinin inceleme sırasında tespiti halinde incelemenin tamamlanması beklenmeksizin, sair suretlerle öğrenilmesi halinde ise incelemeye başlanmaksızın Vergi Müfettişleri ve Vergi Müfettiş Yardımcıları tarafından bu tespitlere ilişkin rapor düzenlenir ve rapor değerlendirme komisyonunun mütalaaıyla birlikte keyfiyet Cumhuriyet başsavcılığına bildirilir. Kamu davasının açılması için incelemenin tamamlanması şartı aranmaz.

49 'Yaptıkları inceleme sırasında 359 uncu maddede yazılı suçların işlendiğini tespit eden Vergi Müfettişleri ve Vergi Müfettiş Yardımcıları tarafından ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaaıyla doğrudan doğruya ve vergi incelemesine yetkili olan diğer memurlar tarafından ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaaıyla vergi dairesi başkanlığı veya defterdarlık tarafından keyfiyetin Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesi mecburidir. 359 uncu maddede yazılı suçların işlendiğine sair suretlerle ittıla hasıl eden Cumhuriyet başsavcılığı hemen ilgili vergi dairesini haberdar ederek inceleme yapılmasını talep eder. Kamu davasının açılması, inceleme neticesinin Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesine talik olunur'.

50 Yargıtay 11. CD, 1526/4826, 03.06.2021; Yargıtay 11. CD, 2455/4644, 01.06.2021.

hüküm verilemez.<sup>51</sup> Öte yandan vergi idaresinin, ceza yargılamasındaki bu etkin rolüne rağmen, ceza mahkemesi, idarenin verdiği mütalaa ile bağlı bulunmamakta, mahkemenin yargılama konusu eylemin VUK md 359'da düzenlenen vergi kaçakçılığı suçlarından birini oluşturup oluşturmadığına ilişkin hukuki nitelendirme yetkisi varlığını sürdürmektedir.<sup>52</sup>

Vergi idaresi ile ceza mahkemesinin yaptıkları değerlendirmelerdeki farklılıklar, bazı durumlarda çelişki ya da mükerrerlik oluşturmaz. Örneğin vergi idaresince sahte belge kullanarak vergi kaybına neden olduğu gerekçesiyle vergi ziyai cezası kesilen tüzel kişiliğin gerçek kişi temsilcisi, ceza mahkemesince yapılan yargılamada, suçu işleyen kişi olduğunun ispatlanamadığı gerekçesiyle beraat edebilir. Ceza mahkemesinin ulaştığı bu sonuç, vergi kaybına ilişkin bir değerlendirme içermediği sürece idarenin değerlendirmesiyle bir çelişki içermez. Nitekim vergi idaresi tüzel kişi hakkında vergisel bir işlem yaparken, hakkında ceza yargılaması yürütülen bir gerçek kişidir ve yargılamanın konusu vergi kaybının doğup doğmadığı değil, sanık tarafından atılı suçun işlenip işlenmediğidir. Bu nedenle etkileşim sorununun doğabileceği asıl mecra, vergi cezası işleminin denetimini yapan vergi mahkemesi ile ceza mahkemesi tarafından ayrı ayrı yürütülen yargılama süreçleridir. Bir gerçek kişi hakkında vergi idaresince vergi ziyai cezası uygulanmışsa, bu cezanın bir idari işlem olarak denetimi ceza mahkemesinden değil ancak vergi mahkemesinden istenebilir. Dolayısıyla aynı konuda birbirleriyle çelişen karar verme riskine karşı kurulacak etkileşimin tarafları ceza mahkemesi ile vergi mahkemesidir.

## 2. Vergi Mahkemesi ile Ceza Mahkemesi Arasındaki İlişki

Türk hukukunda vergi ve ceza mahkemeleri arasındaki etkileşim sorunu, kanunla düzenlenmemiş bir konudur. 2021 yılında AYM tarafından verilen ve aşağıda ele alınacak iptal kararına kadar, VUK md 367/son hükmü bu etkileşimsizlik sorununun kaynağı olarak görülmekteydi. Anılan hüküm, 'Ceza mahkemesi kararları, bu Kanunun dördüncü kitabının ikinci kısmında yazılı vergi cezalarını uygulayacak makam ve mercilerin işlem ve kararlarına etkili olmadığı gibi, bu makam ve mercilerce verilecek kararlar da ceza hâkimini bağlamaz', şeklindeydi. Ne var ki, bu hükmün kabul edildiği tarihte Türkiye'de henüz vergi mahkemeleri bile kurulmadığından böyle bir sonuca

51 Yargıtay 11. CD, 10284/5958, 25.06.2021; Yargıtay 11. CD, 2951/2244, 08.03.2021.

52 Selim Kaneti/ Esra Ekmekçi/ Gülsen Güneş/ Mahmut Kaşıkçı, *Vergi Hukuku* (1. Baskı, Filiz 2019) 400; Doğan Şenyüz, 'Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa /Görüş' *İzmir Barosu Dergisi* (2016) (2) 2, 25; Serkan Ağar, *Vergi Kaçakçılığı Kapsamında Defter ve Belgeleri İbrahim Etmeme Suçu* (1. Baskı, Seçkin 2016) 341.

ulaşılması mümkün değildi.<sup>53</sup> Bununla beraber, bu hüküm dayanak gösterilerek, ceza mahkemesinin vergi mahkemesi kararıyla bağlı olmadığına ilişkin Yargıtay kararına rastlamak mümkündür.<sup>54</sup>

Anılan hükmün iptal edilmiş olması, bu konudaki tartışmayı kısmen ortadan kaldırırsa da, AYM bu kararda yargılamalar arası etkileşimin nasıl kurulacağına ilişkin bir çözüm yolu göstermemiştir. Bu nedenle, bu iptal kararı, içerdiği eksiklikler ön plana çıkarılarak analiz edilecek ve böylece bir sonraki başlıktaki, etkileşim sorunun çözümü için ortaya konulacak bakış açısının da zemini oluşturulacaktır.

AYM'ye itiraz yolu ile başvuran yerel mahkemelerin dayandıkları gerekçe, aynı fiil nedeniyle vergi ve ceza mahkemelerinde ayrı ayrı yürüyen yargılamalar sonucunda verilen kararların birbiriyle çelişebildiği, bunun da hukuk güvenliğine aykırılık oluşturduğudur. AYM ise sorunu AY md 36'da düzenlenen adil yargılanma hakkı kapsamında ele almıştır.<sup>55</sup> Oysa ister *ne bis in idem*, ister adil yargılanma hakkı bağlamında ele alınsın, Türk hukukundaki sorunun odak noktasını hukuk güvenliği oluşturmaktadır. Vergi ve ceza mahkemelerinin aynı konuda birbiri ile çelişen kararlar vermesi, hukuk güvenliğinin belirlilik unsuru yönünden ihlalidir.

İkinci sorun, AYM kararında, tamamlayıcılık kavramı yönünden çok sayıda atıf yapılan İHAM içtihadının gerçekte ne kadar dikkate alındığının tartışmaya açık olmasıdır. Gerçekten, AYM (İHAM'ın yukarıda yer verilen sonraki kararlarına hiç değinmeksizin) özellikle *A ve B* kararında belirlenen içerik yönünden bağlantının dört unsuruna atıf yapmış, bu bağlamda farklı yargılamaların tamamlayıcı amaçlara yönelik olmasını şu şekilde yorumlamıştır: <sup>56</sup>

“Kaçakçılık suçunda amaç genel olarak suçu oluşturan hukuka aykırı fiilleri işleyenleri cezalandırmak, bu yolla kişileri bu eylemleri işlemekten caydırmak, suç olarak düzenlenen her bir fiilin yasaklanmasıyla kamu düzenini korumaktır. Buna karşın, vergi kabahatleri nedeniyle yargısal bir karar olmaksızın idare hukuku usullerine göre

53 Mustafa Akkaya, ‘Vergi Mahkemesi ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Etkileşimi Üzerine Bir İnceleme’ AÜHFD (2000) 49 (1) 85, 90.

54 ‘213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 367 /son maddesinde düzenlenen “Ceza mahkemesinden sadır olacak kararlar, bu Kanunun dördüncü kitabının ikinci kısmında ( ... ) yazılı vergi cezalarını uygulayacak makam ve merciler muamele ve kararlarına müessir olmadığı gibi bu makam ve mercilerce itihaz edilecek kararlar da ceza yargıcını bağlamaz.” hükmü uyarınca vergi mahkemesince verilen kararlar ceza mahkemesini bağlamayacağından’, Yargıtay 7. CD, 13594/1374, 13.02.2008.

55 AYM, E.2019/4, K.2021/78, 04/11/2021, § 71

56 AYM, E.2019/4, K.2021/78, 04/11/2021, § 33

uygulanan idari yaptırımların amacı, vergisel idari düzeni korumak, bu kapsamda mükellef ve sorumluların vergi kanunlarındaki yükümlülüklerine aykırı davranışlarına etkin ve caydırıcı yaptırım uygulamaktır.”

Ne var ki, İHAM atıf yapılan bu ve izleyen diğer kararların tamamında farklı yargılamaların (vergi/ceza) hukuka aykırı davranışın farklı yönlerini ele alan bir tamamlayıcılığa sahip olması gerektiği belirtse de, kastedilen içerik AYM'nin yukarıda alıntılanan gerekçesinden farklıdır. AYM'nin söz konusu ettiği cezaların kamu düzenini, vergi kabahatlerinin ise vergi sistemini koruduğu şeklindeki gerekçelendirme, İHAM tarafından en son 2004 yılındaki *Rosenquist* kararında kullanmış,<sup>57</sup> daha sonraki *Zolotukhin* kararında ise bu muğlak ayırım terk edilmiştir.<sup>58</sup> Dolayısıyla vergi ve ceza yargılamaları arasındaki etkileşim sorunu gerçekten İHAM içtihadı çerçevesinde çözülmek isteniyorsa, *tamamlayıcılık* kavramının da güncel içeriği ile dikkate alınması gerekmektedir.

Anılan kavramın, İHAM içtihadındaki asıl bağlamı, farklı (vergi/ceza) süreçlerinin sahip oldukları yaptırım araçları da dikkate alınarak tamamlayıcı amaçlara sahip olmasıdır. Nitekim A ve B kararından başlamak üzere,<sup>59</sup> izleyen kararlarda da,<sup>60</sup> *tamamlayıcılık* kavramının yargılamaların üstlendiği işlevler arasındaki ilişki bağlamında kullanıldığı görülmektedir. Bunu Türk hukuku üzerinden örneklersek, ceza yargılamasında CMK uygulanarak ve mutlaka bir gerçek kişi sanık tarafından atılı vergi kaçakçılığı suçunun oluşup oluşmadığı; vergi yargılamasının ise İYUK uygulanarak bir vergi kaybının doğup doğmadığı sorunlarına odaklanılması gerektiğini söyleyebiliriz. Ancak bu iki yargılamada odak noktaları farklı olsa da, kullanılan dava malzemesi aynı ise yargılama süreçlerinin birbirini tekrarlamadan ilerlemesi gerekecektir. Bir başka deyişle, bu iki yol birbirini beslemediği sürece, aynı delillerin yeniden değerlendirilmesi ve bu açıdan yargılamanın tekrarı niteliği taşıyacaktır. Bu nedenle vergi ve ceza yargılamaları arasında tekrara düşmeyen bir etkileşim kurulmaksızın salt VUK md 367/son fıkrası hükmünü iptal ederek sorunun çözülmesi olanaksızdır. Dolayısıyla AYM tarafından atıf yapılan tamamlayıcılık kavramı, güncel İHAM içtihadını karşılamak ve sorunu çözmeye yetersizdir.

57 *Rosenquist v. Sweden* App no 60619/00 (ECtHR, 14 September 2004)

58 A ve B kararında ise (para 144-145) Norveç Yüksek Mahkemesi'nin Norveç hukuk sisteminde vergi ve ceza yargılamalarının ayrılmasına ilişkin gerekçesi aktarılmakla yetinilmiştir.

59 Mahkemenin ifadesiyle: “complementary legal responses to socially offensive conduct” *A and B* (n 13) para 121.

60 *Johannesson* (n 25) para 51; *Thorisson* (n 32) para 46; *Kristjánsson* (n 34) para 56.

Nitekim kararda somut olarak, İHAM içtihadında atıfla, *içerik yönünden bağlantı* teriminin kullanıldığı ve delillerin toplanmasında tekrara düşmeyi engelleyecek bir etkileşimden bahsedildiği dikkat çeker. Hatta hem vergi hem de ceza yargılamalarına idare tarafından aynı delillerin sunulduğu olgusu dahi kararda işlenmiştir.<sup>61</sup> *Zaman yönünden bağlantı* açısından da, vergi ve ceza süreçlerinin birbirinden farklı zamanlarda sonuçlanabildiği, dava konusu kuralın bu süreçler arasındaki etkileşimsizliği pekiştirdiği ifade edilmiştir. AYM, itiraz konusu düzenlemenin ‘aynı fail tarafından aynı fiille işlenen vergi kaçakçılığı suçu ile vergi kabahatlerine ilişkin yargılama/cezalandırma süreçleri sonucunda uygulanacak yaptırım konusunda herhangi bir şekilde ve seviyede bağlantı kurulmasını sağlayacak güvencelere yer’ vermediğini de tespit etmiştir. Ne var ki tespit doğru olsa da, bu etkileşimsizlik sorunun nasıl çözüleceğine ilişkin hiçbir çözüm yolu gösterilmeden, salt bir iptal kararı ile yetinilmiştir.

AYM genel olarak yargılamalar arası etkileşimi konu alan diğer kararlarında da istikrarlı bir gerekçe üretmemekte, bazı kararlarında hukuk güvenliği ve belirlilik ilkelerini kullanılırken, bazı kararlarında ise *ne bis in idem* kuralını adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak değerlendirmektedir.<sup>62</sup> Nitekim AYM’nin 2019 yılında bireysel başvuru üzerine verdiği *Ünal Akpınar* kararında da İHAM içtihadına atıf yapıp, *içerik ve zaman yönünden bağlantı olma* kuralı açıkça anılmış ancak bu teorik bilgiler eldeki soruna hiç uygulanmamıştı. Hatta nihai değerlendirme yapılırken, farklı yargılamalar değil sadece uygulanan cezalar dikkate alınmış ve bunların ‘farklı amaç ve hukuki yararları gerçekleştirilmeye yönelik’ olduğu gerekçesine dayanarak ihlal olmadığı sonucuna varmıştı.<sup>63</sup> Böylece etkileşim sorununun 2019 yılındaki bir bireysel başvuru dosyasından sonra, 2021 yılında iptalle sonuçlanmış bir norm denetimi kararında da çözülmemiş olduğu, kararları tüm yargı organlarını bağlayan AYM’nin sorunun çözümünü diğer yargı organlarına bıraktığı görülmektedir.

Nitekim bu kararın sonuçlarına ilişkin bir değerlendirmede, etkileşim sorunun bundan sonra ‘vergi ve ceza yargılamalarından hangisi daha önce kesinleşirse, o kesinleşen kararın diğer yargılamada dikkate alınması’ şeklinde çözüleceği görüşü dikkat çeker.<sup>64</sup> Ne var ki, böyle bir uygulama, çözüm değil yeni bir sorun yaratır. Gerçekten, İHAM iki mahkeme kararından hangisi daha önce kesinleşirse, diğerinin de onu esas alacağı

61 AYM, E.2019/4, K.2021/78, 04/11/2021, para 80-81.

62 İbrahim Şahbaz, *Aynı Fiilden Bir Kez Yargılanma* (Yetkin: 2020) 162.

63 *Ünal Gökpinar* [GK], B. No: 2018/9115, 27/3/2019, para 57.

64 Turgut Candan, *Vergisel Kabahatler ve Suçlar* (Yetkin: 2022) 617.

şeklinde bir yaklaşımın benzeri, yukarıda ele alınan *Glantz ve Nykänen* kararlarında uygulanmıştı. *A ve B* kararında ise böyle bir uygulamanın kötüye kullanıma açık olması ve esas yönünden bağlantının bu şekilde kurulamayacağı gerekçesiyle bu içtihadattan dönülmüştü.

VUK md 367/son fıkrası hükmü AYM tarafından iptal edildikten sonra, vergi ve ceza mahkemeleri arasındaki etkileşim konusu artık tamamen bir eksik yasal düzenleme sorununa dönüşmüştür. Bu nedenle aşağıda sorunun çözümü için hukuk güvenliği ve yargılamaların tamamlayıcılığı kavramlarına dayalı yeni bir yol önermek gerekecektir.

#### 4. Uyumsuzluk Sorunu Nasıl Giderilebilir?

Vergi ve ceza yargılamaları arasındaki etkileşim sorununu çözmek için önerilebilecek yollardan biri, para cezası kesme yetkisinin ceza mahkemesine verilerek, vergi mahkemesinin devre dışı bırakılmasıdır.<sup>65</sup> Ne var ki, bu çözüm sanığın gerçek kişi vergi yükümlüsü olması ihtimalinde makûl görünmekle beraber, tüzel kişi yükümlülükler için uygulanamaz. Tüzel kişi yükümlülere uygulanacak cezanın yine vergi mahkemesi denetiminde bırakılması ise gerçek kişilerin yargılama rejiminde farklı bir statüye sokulmasına yol açar.

İkinci çözüm ihtimali ise idare tarafından üç kat vergi ziyayı cezasının, sanığın ceza mahkemesince mahkûm edilmesi şartına bağlanmasıdır.<sup>66</sup> Bu çözüm ise ceza yargılamasında sanık ölüp de dava düşerse, tüzel kişi hakkında uygulanması gereken üç kat vergi ziyayı cezasının akıbetini belirsiz kılar. Ayrıca vergi cezasının kesilmesi için ceza mahkemesi kararının beklenmesi, vergi kaybına bağlı yargılama sürecini daha da uzatır. Ceza mahkemesi kararının kesinleşmenin beklenmesi ihtimalinde ise zamanaşımına takılma ihtimali büyür ve sonuçta daha başka yasal düzenlemeler gerektirir. Bugüne kadar VUK'ta yapılan değişikliklerin sorunları çözmekten çok arttırdığı düşünüldüğünde,<sup>67</sup> mevcut düzenlemeler değiştirilmeden, çözüm yolu bulmak daha makûl görünmektedir.

Bir başka çözüm yolu yargılamanın yenilenmesi kurumunun işletilmesi olabilir. İHAM ile ulusal mahkemeler arasındaki etkileşimi sağlamak için 2003 yılında İYUK md 53/1 hükmü kabul edilerek, İHAM tarafından verilen kesinleşmiş mahkûmiyet kararları bir

65 Mahmut Kaşıkçı, *Türk Hukukunda Vergi Kaçakçılığı Suçları* (1. Baskı, Ethemler 2007) 211.

66 Doğan Şenyüz, *Vergi Ceza Hukuku* (8. Baskı, Ekin 2015) 138.

67 Akçaoğlu, (n 40) 30-39.

yargılamanın yenilenmesi sebebi yapılmıştır.<sup>68</sup> Aynı imkânı ceza mahkemelerinin verdikleri kararlar açısından CMK md 311/f düzenlemesi de sağlamaktadır.<sup>69</sup> Ancak İHAM'ın vereceği muhtemel bir ihlal kararı, bu sorunun nasıl çözüleceğini göstermeyecek, sadece sorunu tespit edecektir. Sorun İHAM'da bir ihlal kararı alındıktan sonra değil, önce bir içtihat yaratılarak çözülmelidir.

Bu durumda vergi ve ceza yargılamaları arasında bir etkileşim kurmak için çok önceden beri önerildiği üzere, *bekletici sorun* yolu kullanılabilir.<sup>70</sup> Ancak vergi ve ceza mahkemelerinden hangisinin diğerini beklemesi gerektiği yanında, bu bekletici sorun yapma yolunun kapsamı ve istisnalarının somut bir biçimde belirlenmesi gerekir.

İHAM içtihadı açısından bu iki mahkeme arasında bir öncelik/üstünlük sıralaması yoktur. Öte yandan vergi ve ceza yargılamalarına konu olan sorunlar her zaman bir örtüşme içermeyeceğinden, bu iki yargılamayı mutlak bir şekilde birbirine bağlamak da gereksizdir. Bir başka deyişle önce mahkemelerden birinin nihai kararını vermesi, ardından diğerinin yargılamaya devam etmesi gibi bir zorunluluk olamaz. Aradaki içerik yönünden bağlantının sadece yargılamanın mükerrerlik oluşturacak yönleri için kurulması yeterlidir. Öyleyse, her iki mahkemenin yaptığı incelemenin hangi konuda tekerrüre düştüğü, hangi konuda ayrıştığını dikkate alarak bir çözüm üretmek gerekir. Önce örtüşen noktadan başlayalım.

### **a. Vergi ve Ceza Yargılamalarında Örtüşen Bağlam**

Vergi ve ceza yargılamaları, özellikle kullanılan dava malzemesi ve bunun değerlendirilmesi sürecinde örtüşebilir. Nitekim hem vergi hem de ceza mahkemesi, vergi idaresi tarafından sunulan vergi inceleme raporunun doğruluğunu, sahip oldukları resen araştırma yetkisinin bir uzantısı olarak, topladıkları deliller üzerinden yürüttükleri muhakemeye denetler. Bu kapsamda Yargıtay ve Danıştay kararlarında görüldüğü üzere, kullanılan faturalar, bu faturaları düzenleyen ve kullananlar hakkında hazırlanan vergi inceleme raporları, faturaları kullanan mükellefler hakkında karşıt inceleme

68 'Hükmün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması veya hüküm aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuru hakkında dostane çözüm ya da tek taraflı deklarasyon sonucunda düşme kararı verilmesi.'

69 'Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması veya ceza hükmü aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuru hakkında dostane çözüm ya da tek taraflı deklarasyon sonucunda düşme kararı verilmesi. Bu hâlde yargılamanın yenilenmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir.'

70 Akkaya, (n 52) 93.

raporları, bunlar hakkında varsa aynı suçlardan açılan kamu davalarına ilişkin deliller toplanır. Kullanılan faturaların gerçekliğinin anlaşılması için faturalara konu malın sevk irsaliyesi, teslim ve tesellüm belgelerinin, bedelinin ödendiğine ilişkin banka hesap hareketleri celp olunabilir. Faturayı keşide eden ya da kullanan tüzel kişinin, mal girişi veya üretimi olup olmadığına, hangi tarihlerde faaliyet gösterdiğine ilişkin bilgi ve belgeler de buna dâhildir. Bu durumda her iki mahkeme tarafından değerlendirilen deilllerin, tanık beyanı dışında aynı olduğunu söyleyebiliriz. Ancak aynı delilleri kullanmak tek başına bir sorun yaratmasa da, her iki mahkemenin ayrı ayrı aynı konuda yapacağı değerlendirmenin bir mükerrerlik doğurması kaçınılmazdır. Bu sorun aynı konudaki tespitlerin çelişkili olmasıyla da sınırlı değildir. Her iki mahkeme aynı sonuca ulaşmış olsa dahi, aynı delillerin aynı konuyu aydınlatmak için tekrar değerlendirilmesi, zaman yönünden bağlantı kurulamaması ve P 7-4'e aykırılık sonucunu doğurur.

Her iki mahkemenin bu delilleri değerlendirerek ulaşmaya çalıştıkları sonuç ise dava konusu eylemlerin bir kasıtla işlenip işlenmediğidir. Dolayısıyla aynı kasıt incelemesinin her iki mahkemece ayrı ayrı yapılması mükerrerlik doğurur. Öyleyse kasıt incelemesi iki mahkemeden birine bırakılmalı, mahkemelerden biri bu incelemeyi yaparken diğeri bunu bekletici sorun saymalıdır. Pekiyi, hangi mahkemenin diğerinin kasıt incelemesine göre hareket etmesi, hangisinin bekletici sorun kabul edilmesi gerekir? Bu sorunun cevabı VUK md 359'daki tüm suçlar için toptan bir şekilde verilemez, ancak bunların nitelikleri dikkate alınarak bir değerlendirme yapılabilir.

Gerçekten, VUK md 359'da *vergi kaçakçılığı suçları* şeklinde bir üst başlığı altında toplanmış eylemler arasında bir bütünlük ilişkisi yoktur. Öyleyse, bu eylemleri vergi ve ceza yargılamaları açısından sistematik bir ayrıma tabi tutmak için iki faktörü dikkate almamız gerekecektir. Bunlar, (1) yargılama konusu eylemlerin vergi suç ve kabahatleri sistematigi içindeki yeri ve (2) yargılamanın konusu ve işleyişi faktörleridir.

Birinci faktör açısından bakıldığında, VUK md 359 konusu bazı suçların, içerikleri itibari ile VUK md 351 ve izleyen maddelerinde yer alan genel ve özel usulsüzlük kabahatlerinin nitelikli hallerinden ibaret oldukları görülür. Örneğin, md 359'daki 'defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapılması' eylemi, md 351'de 'vergi kanunlarının şekle ve usule müteallik hükümlerine riayet edilmemesi' şeklinde tanımlanan usulsüzlük kabahatinin suç olarak düzenlenmiş özel bir görünümüdür. Aynı şekilde md 353'de 'düzenlenen bu belgelerde gerçek meblağdan farklı meblağlara yer verilmesi' şeklinde tarif edilen kabahat, md 359'da karşımıza 'muhteviyatı itibari ile yanıltıcı belge düzenlenmesi' suçu şeklinde çıkar. Bir başka deyişle, ceza yargılamasına



konu olan eylemler, çok daha geniş bir çerçevede zaten vergi yargısının önüne gelmektedir. Dahası aynı eylemler nedeniyle doğan vergi kaybı nedeniyle kesilen vergi ziyayı cezası da yine vergi mahkemesince değerlendirildiğine göre, vergi mahkemesi dava konusu olaylara daha bütüncül bakmanın ve daha geniş bir uzmanlığa sahip olmanın avantajını kullanmaktadır.

İkinci faktör daha belirleyicidir. Her iki mahkemenin de kasıt incelemesi açısından yürüttüğü faaliyet, temelde VUK md 359 konusu eylemleri konu alan bir vergi inceleme raporunun doğruluğunun sorgulanmasıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere, savcılığın soruşturma ve dava açmadaki rolü sınırlandırılmıştır. Ceza mahkemesi de özellikle vergi tekniği açısından bir uzmanlığa sahip olmadığından, yargılama inceleme raporunu teyit edip etmeyeceği değerlendirilecek delillerin toplanmasıyla yürütülür. Örneğin sahte fatura iddiası kapsamında; faturaları düzenleyen mükelleflere ait mal ve para akışını gösteren irsaliyelerin, teslim belgeleri, bedelinin ödendiğine ilişkin banka hesapları, sanığın şirketine ait yeterli mal girişi veya üretimi olup olmadığına ilişkin belgelerin getirilmesi ve bunların faturaları düzenleyen ve kullananların ticari kayıtlarıyla karşılaştırılması yoluna gidilir. Yargıtay içtihadı bu incelemenin yapılmasını zorunlu kıldığı gibi bu karşılaştırma için de bilirkişiyi işaret eder.<sup>71</sup> Buna karşın, vergi incelemesinden, inceleme raporuna ve mütalaya kadar tüm süreç birer idari işlem olduğundan bunların denetimi vergi mahkemesince vergi tekniği bilgisine dayanılarak, bilirkişiye ihtiyaç duyulmaksızın doğrudan yapılır.

Böylece, her iki faktör de dikkate alınarak yapılan bir ayırımla, kastın varlığını belirlemede vergi tekniği bilgisinin gerekli olduğu suçlarda, vergi mahkemesinin ön plana çıkması kaçınılmazdır. Bu kapsamda VUK md 359'da karışık bir biçimde düzenlenen suç konusu eylemler şu şekilde ayrı ayrı sıralanabilir:<sup>72</sup> (1) defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapmak. (2) gerçek olmayan veya kayda konu işlemlerle ilgisi bulunmayan kişiler adına hesap açmak veya defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydetmek. (3) muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenlemek veya (4) bu belgeleri kullanmak (a fıkrası 1. bent). (5) Belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenlemek (6) veya bu belgeleri kullanmak (b fıkrası). Bu suçlarda, ceza mahkemesinin rolü vergi mahkemesine göre arızı niteliktedir.

71 Yargıtay CGK, 11-446/335, 01.07.2021.

72 Candan, (n 67) 139-177.

Nitekim bu teorik düşünceler, Yargıtay tarafından paylaşılan uygulama sonuçlarıyla da uyumludur. Buna göre vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin dosyalarda, 2017'de %70, 2018'de %77, 2019'da %62, 2020'de %70 oranında bozma kararı verilmiştir. Aynı bilgiye göre, Yargıtay ceza dairelerinin 2020 yılında verdikleri bozma kararı oranının %30'dur.<sup>73</sup> Demek ki, Türkiye'de vergi kaçakçılığı suçlarına ilişkin ceza yargılamaları, diğer suçlara ilişkin yargılamalara oranla başarılı bir biçimde yürütülememektedir. Üstelik salt bu bozma kararları nedeniyle uzayan yargılama süreleri bile başlı başına bir ihlal nedeni oluşturabilecektir. Bu sorunu aşmada kullanılabilir en makûl yöntem ise vergi mahkemelerinin kasta ilişkin ulaştığı sonuçların ceza mahkemelerince dikkate alınmasıdır. Vergi kaybının VUK md 359'daki suçların unsuru olmaktan çıkarılmasından önce Yargıtay'ın vergi mahkemesinde görülen davayı bekletici sorun yapıyor olması da,<sup>74</sup> bu nedenlerle tesadüf değildir.

Öte yandan ceza yargılamasının özellikleri düşünüldüğünde akla şöyle bir sorunun gelmesi mümkündür: Ceza mahkemesi sahip olduğu tanık dinleme yetkisi ile kastın varlığını daha doğru bir şekilde tayin edemez mi? Gerçekten, CMK, İYUK'ta olmayan tanık dinleme yetkisini içerir. Ne var ki, tanık beyanı gerçek kişi sanıkların sorumluluğunu belirlemede kullanılabilirse de, tüzel kişilerin kastının incelemesinin ceza yargılamasında bir yeri yoktur. Ayrıca bir belgenin sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı bir belge olup olmadığı, tanık beyanı ile ispatlanabilecek bir olgu değildir. Tanık beyanı sadece "sahte veya muhteviyatı itibari ile yanıltıcı olduğu anlaşılan belgenin kimin tarafından düzenlendiği" gibi suçun gerçek kişi failini belirlemede kullanılabilir bir delildir. Dolayısıyla ceza yargılamasıyla suç işleyen gerçek kişinin belirlenmesi, yargılamanın konusu ve kapsamı açısından, vergi yargılamasıyla mükerrerlik oluşturmaz.

## **b. Ceza Yargılamasının Ayrışan Bağlamı**

VUK md 359 kapsamında suç olarak düzenlenen bazı eylemler ise, farklı fıkra ve bentlerde karışık bir biçimde düzenlense de şu şekilde sıralanır:<sup>75</sup> (1) defter, kayıt ve belgeleri yok etmek (b fıkrası). (2) defter, kayıt ve belgeleri tahrif etmek (3) defter kayıt ve belgeleri gizlemek (a fıkrası 2. Bendi). (4) 'Maliye Bakanlığı ile anlaşması olmadığı halde belge basma veya bilerek kullanmak' (c fıkrası). Bunların kovuşturulmasında vergi tekniği bilgisine gerek duyulmadığı için, ceza mahkemesinin vergi mahkemesinin yapacağı kasıt incelemesiyle bağlı olması gerekmez. Hatta

73 <https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/161/dosya/kavramsal-not-yargitay11-11-202110-52.pdf> (18.12.2021).

74 Akkaya, (n 42) 24.

75 Candan, (n 67) 178-186.

yukarıdaki durumun tersine, bu suçlara konu eylemler nedeniyle kesilecek üç kat vergi ziyai cezasının dava konusu olduğu durumlarda, vergi mahkemesinin, ceza mahkemesince verilecek kararı dikkate alması daha doğru olur.

Gerçekten, vergi mahkemesi bir idari işlemin denetimi konu aldığına göre, failin kimliğine yönelik bir araştırma, idari yargılama faaliyetine yabancısıdır. Bu bağlamda ceza mahkemesinin kasıt incelemesindeki (vergi mahkemesinden) ayrışik işlevinin, suçun faili gerçek kişinin belirlenip cezalandırılması olduğunu söyleyebiliriz. Bu açıdan özellikle tüzel kişiler adına işlenen suçlarda ceza mahkemesi, vergi mahkemesinin görev alanına girmeyen bir konuyu aydınlatmış olur. Bu bağlamda, ceza mahkemesinin rolü, vergi mahkemesinin yapılan yargılama sonucunda, özellikle tüzel kişi adına düzenlenen ya da kullanılan belgenin sahte veya muhteviyatı itibari ile yanıltıcı olduğunu belirlemesinden sonra belirleyici hale gelir. Ceza mahkemesi, suça konu belgenin kimin talimatıyla, kimin eliyle düzenlendiğini ya da kullanıldığını, gerekirse tanık delilini de kullanmak yoluyla ortaya çıkarabilir. Nitekim Yargıtay'a göre ceza mahkemesi suç konusu belgedeki yazı ve imzaların sanığa ait olmadığı anlaşılırsa, bu belgeyi kullanan şirket yetkilileri veya diğer kişileri tanık sıfatıyla dinlemek ve sanığın olaydaki rolünü aydınlatmakla yükümlüdür.<sup>76</sup>

Bu aydınlatma yükümlülüğü bazen vergi incelemesine konu işlemlerle de ilgili olabilir. Örneğin, idarenin sunduğu delillerden sahte faturanın tarihi ya da hangi beyannamede kullanıldığını anlaşılıyorsa, ceza mahkemesi suç tarihi ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının mümkün olup olmadığının tespiti bakımından bir tahkikat yürütebilecektir.<sup>77</sup> Ancak bu faaliyet bir kasıt incelemesini içermediğinden, vergi mahkemesinin yürüttüğü yargılama ile örtüşmeyecektir.

## 5. Sonuç

İHAM'ın P 7-4 kapsamında yaptığı denetimde uyguladığı, yargılamalar arasında *içerik ve zaman yönünden bağlantı* şartına ilişkin içtihadın düz bir çizgide ilerlemediği görülmektedir. Ancak yerleşik hale gelen kısmıyla dahi, Türk hukukundaki vergi ve ceza mahkemeleri arasındaki etkileşimin sorgulanmasını ve bazı mevcut kurumların işlevlerinin yeniden değerlendirilmesini gerektirdiği açıktır. Nitekim içerik yönünden bağlantının gereği olarak; ceza yargılamasında, vergi yargılaması bir yana, vergi idaresinin topladığı delillerin dahi dikkate alınması gereği karşımıza çıkmaktadır.

76 Yargıtay 11. CD, 9784/8165, 11.10.2021; Yargıtay 11. CD, 3543/6950, 21.09.2021.

77 Yargıtay 11. CD, 7004/7923, 06.10.2021; Yargıtay 11. CD, 5441/5104, 10.06.2021.

Dolayısıyla savcılığın yetkilerini kısıtlayan ve bu nedenle anayasaya aykırılık tartışmalarını da içinde barındıran bir dava şartı niteliğindeki mütalaa kurumu, eğer yeniden yapılandırılacaksa, bu bağlantının bir aracı olarak dikkate alınması gerekir.

İçerik yönünden bağlantının daha önemli bir gereğinin, *Nykänen* ve *Glantz* kararlarında, 'dava konusu olguların değerlendirilmesinde tekrardan kaçınmak' şeklinde açıklanmıştır. Bu yaklaşım, *A* ve *B* kararında daha somutlaşarak, mahkemelerden biri tarafından toplanmış delillerin, mükerrer olarak diğer mahkemece yeniden toplanmasını da *ne bis in idem* yasağının kapsamına eklenmiştir. Nitekim izleyen *Johannesson* kararından bugüne verilen diğer kararlardan da görüleceği üzere, yargılamanın birbirinden kopuk yürütmesine yol açan delillerin toplanması ve değerlendirilmesindeki mükerrerlik, bir ihlal kararını da beraberinde getirmektedir. Dahası bu kopukluk nedeniyle uzayan yargılama süresi, zaman yönünden bağlantı sorununa da yol açmaktadır. Çünkü aynı delillerin ikinci yargılamada, yeni baştan toplanması, yargılama açısından bir zaman kaybı olduğu kadar, yargılanan açısından da sürecin gereğinden fazla uzaması sonucunu doğurmaktadır. Öyleyse içerik ve zaman yönünden bağlantı testini geçebilmek için, mükerrerliğe yol açan uygulamaları ortadan kaldırmak, bunun için de yargılamalar arası etkileşim yolunu kullanmak gerekir.

Türk hukukunda vergi ve ceza mahkemeleri arasındaki etkileşimi sağlamaya yönelik bir yasal düzenleme yoktur. AYM bu sorun kapsamında tartışma konusu olan VUK md 367/son hükmünü iptal etmişse de, bu etkileşim sorunun çözümüne ilişkin bir içtihat geliştirmemiştir. Bu nedenle sorunun çözümü için, ilgili suç tipine göre bir model geliştirilerek hareket edilmesi gerekir.

Mükerrerliğin önlenmesi için hem ceza hem de vergi mahkemesince ayrı ayrı kasıt incelemesi yapılması, bunun için de aynı delillerin ayrı ayrı toplanması şeklindeki uygulamanın terk edilmesi gerekir. Ne var ki VUK md 359'da düzenlenen suçlar, sistemli bir bütün oluşturmaktan uzak oldukları için, maddedeki tüm suçlar için tek bir usûl izlenmesindense, bu suçların özelliklerine göre hareket edilmesi daha doğru olur. Anılan suç tipleri, yapılacak kasıt incelemesi açısından, vergi tekniği bilgisini gerektiren ve gerektirmeyenler olarak ikiye ayrılabilir. Sahte belge düzenlemek, muhasebe hilesi yapmak gibi birinci grup suçlara ilişkin yargılamalarda, bu eylemlerin kasıtlı işlenip işlenmediğini, vergi tekniği bilgisine sahip vergi mahkemesi daha yetkindir. Ceza mahkemesi ise bir tüzel kişi adına kasıtlı işlendiği anlaşılan bu suçların failini bulmada vergi mahkemesinin sahip olamayacağı bir yetkinliktedir. Bu bağlamda, vergi mahkemesinin tüzel kişi adına sahte belge düzenleme nedeniyle kesilen üç kat

vergi ziyayı cezasını olayda kasıt bulunduğu gerekçesiyle iptal etmemesi ile tüzel kişinin kanuni temsilcisi gerçek kişinin suçun faili olmadığı gerekçesiyle beraat etmesi arasında da hiçbir çelişki veya bağlantı sorunu yoktur. Çünkü böyle bir iş bölümünde her şeyden önce vergi mahkemesi tüzel kişinin kastını, ceza mahkemesi ise gerçek kişi sanığın sorumluluğunu belirlemektedir. Dolayısıyla ceza mahkemesinin bu tip suçlarda bekletici sorun kararı almasıyla hem delillerin toplanması, hem de kasıt değerlendirmesindeki mükerrerlik ortadan kalkmış olur.

Yargılama sürecinde özel bir vergi tekniği bilgisine ihtiyaç duyulmayacak; gizleme, Maliye Bakanlığı ile anlaşması olmadan fatura basma gibi ikinci grup suçlarda ise ceza mahkemesinin, vergi mahkemesinin yapacağı değerlendirmeyi beklemesine gerek yoktur. Hatta tam tersine ceza mahkemesinin ulaşacağı sonuçların, vergi mahkemesince beklenmesi mümkün olmalıdır. Bu ikili çözüm Yargıtay ve Danıştay tarafından oluşturulacak içtihatla sağlanabilir. Nitekim İHAM'ın müdahalenin yasallığı (*lawfulness*) testinde, mahkeme içtihatlarını da kanunlar gibi yasallık koşulunu sağladığı düşünülürse, bu etkileşim sorunu bir kanun yapılması beklenmeden de çözülebilir.

Son olarak zaman yönünden bağlantı unsuruna ilişkin bir çıkarımda bulunmak ise İHAM içtihadının güncel içeriği açısından oldukça güç görünmektedir. Son olarak 2021 yılında verilen *Kristjánsson* kararındaki bıçak sırtı oy dağılımı bunun bir göstergesidir. Kararda azınlıkta kalan üyelerin ortaya koyduğu, özellikle idari ve adli süreçlerin birbirini izlemesi olgusu çoğunluk tarafından zaman yönünden bağlantı için yeterli görülmemiştir. Bu açıdan pek çok karardan üstü kapalı da olsa anlaşılın, zaman yönünden bağlantının sağlanabilmesi için iki yargılamadan birinin bitmesi durumunda, diğer yargılamanın da iki sene içinde bitmesi gerektiğidir. Vergi kaçakçılığı suçlarında bu kadar yüksek bir bozma oranı varken, böyle bir hedefin tutturulması Türkiye açısından gerçekçi görünmemektedir. Bununla beraber içerik yönünden bağlantının kurulması, aynı delil ve değerlendirilmelerin vergi ve ceza yargılamalarında ayrı ayrı ele alınması yerine yukarıda önerildiği şekilde bir ayrıma gidilmesi, süre yönünden bağlantı sorununun çözümüne de katkı sağlayacaktır.

---

**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

- Ağar, S. *Vergi Kaçakçılığı Kapsamında Defter ve Belgeleri İbrar Etmeme Suçu* (1. Baskı, Seçkin 2016)
- Akçaoğlu, Ertuğrul. 'Vergi Ziyat Kavramı Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler içinde: *Ekonomik Suçlar ve Yargı Kararları Sempozyumu* (1. Baskı, Yetkin 2017) 21-28.
- Akkaya, M. 'Vergi Kaçakçılığı Suçları: Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar' içinde: *Ekonomik Suçlar ve Yargı Kararları Sempozyumu* (1. Baskı, Yetkin 2017) 29-42
- Candan, T. *Vergisel Kabahatler ve Suçlar* (5. Baskı, Yetkin 2022)
- Grabenwarter, Christoph. *European Convention on Human Rights: Commentary* (C. H. Beck, Hart, Nomos, Helbing Lichtenstein 2014)
- Harris, O'boyle and Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights* (4th edn.Oxford University Press 2018)
- Kaneti, S. / Ekmekçi, E. / Güneş, G. / Kaşıkçı, M. *Vergi Hukuku* (1. Baskı, Filiz 2019)
- Kaşıkçı, M. *Türk Hukukunda Vergi Kaçakçılığı Suçları* (1. Baskı, Ethemler 2007)
- Leach, Philip *Taking a Case to the European Court of Human Rights* (3rd edn., Oxford University Press 2017)
- Trechsel, S. *Human Rights in Criminal Proceedings* (First Edition, Oxford 2005)
- William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights: A Commentary* (Oxford University Press 2015)
- Şahbaz, İ. *Aynı Fiilden Bir Kez Yargılanma* (Yetkin: 2020)
- Şenyüz, D. *Vergi Ceza Hukuku* (8. Baskı, Ekin 2015)

## Dergiler

- Akkaya, M. 'Vergi Mahkemesi ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Etkileşimi Üzerine Bir İnceleme' (2000) 49 (1) *AÜHFD* 85.
- Attard, Robert. 'The ECtHR's Recent Tax Judgments on the Non Bis in Idem Rule' (2017) 26 *EC Tax Rev* 335.
- Bahçeci, B. 'Redefining the Concept of Penalty in the Case-law of the European Court of Human Rights', (2020) 26 (4) *European Public Law* 867.
- Bahçeci, B. 'İHAM İçtihadında Vergi Cezalarında ne bis in idem', *AÜHFD* (2018) 67 (2) 253.
- Bahçeci, B. & Çelik, B. 'The Question of Interaction between the Tax and Criminal Proceedings In the ECtHR Case-law (2022) 50 (8-9) *Intertax* 649.
- Baron J. & Poelmann, E. 'Tax Penalties: Minor Criminal Charges' (2017) 45 *Intertax* 816.
- Peeters, B. 'The New Ne Bis in Idem Rule. Do the EUCJ and the ECtHR Follow the Same Track?' (2018) 4 *EC Tax Review* 182.
- Şenyüz, D. 'Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalâa /Görüş' *İzmir Barosu Dergisi* 2 (2016) 1.

## Kararlar

- Ünal Gökpınar, B. No: 2018/9115, (AYM, 27.3.2019)
- E.2019/4, K.2021/78, (AYM, 04.11.2021)
- R.T. v. Switzerland App no. 31982/96 (ECtHR, 30 May 2000)
- Nilsson v. Sweden App no. 73661/01 (ECtHR, 13 December 2005)
- Glantz v. Finland App no. 37394/11 (ECtHR, 20 May 2014)
- Nykänen v. Finland, App no. 11828/11 (ECtHR, 20 May 2014)
- Lucky Dev v. Sweden, App no. 7356/10 (ECtHR 27 November 2014)
- A and B v. Norway, App no 24130/11 and 29758/11 (ECtHR GC, 15 November 2016)

Jóhannesson and others v. Iceland, App no. 22007/11 (ECtHR, 18 May 2017)

Matthildur Þingvassdóttir, App no. 22779/14 (ECtHR, 4 December 2018)

Ragnar Þorisson v. Iceland, App no 52623/14 (ECtHR, 12 February 2019)

Bjarni Ármannsson v. Iceland, App no 72098/14 (ECtHR, 16 April 2019)

Bragi Guðmundur Kristjánsson v. Iceland, App no. 12951/18 (ECtHR, 31 August 2021)

Yargıtay 11. CD, 1526/4826, 03.06.2021

Yargıtay 11. CD, 2455/4644, 01.06.2021

Yargıtay 11. CD, 10284/5958, 25.06.2021

Yargıtay 11. CD, 2951/2244, 08.03.2021

Yargıtay 7. CD, 13594/1374, 13.02.2008

Yargıtay CGK, 11-446/335, 01.07.2021

Yargıtay 11. CD, 9784/8165, 11.10.2021

Yargıtay 11. CD, 3543/6950, 21.09.2021

Yargıtay 11. CD, 7004/7923, 06.10.2021

Yargıtay 11. CD, 5441/5104, 10.06.2021

Yargıtay kararlarına Kazancı Bilgi Bankasından erişildi.



# İklim Değişikliğiyle Mücadelede Bir Araç Olarak Uluslararası İnsan Hakları Hukuku

## *International Human Rights Law as a Mechanism for Coping with Climate Change*

Cüneyt YÜKSEL<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye

ORCID: C.Y. 0000-0001-8580-6967

### ÖZ

İklim değişikliğinin olumsuz etkileri her geçen gün kendini daha fazla hissettirmektedir. Üstelik mevcut durumun devam etmesi halinde bu olumsuz etkilerin daha da artacağından endişe edilmektedir. Küresel bir sorun olan iklim değişikliğinin barındırdığı bu risklerin insan hakları açısından önemli sonuçları olacağı aşikardır. Bu çerçevede, özellikle son yıllarda, iklim değişikliği ve bu tehditle mücadelede alınan yahut alınması gereken önlemlerin insan hakları odaklı bir yaklaşımla değerlendirildiği görülmektedir. Gerçekten de uluslararası hukukun insan haklarının korunması bağlamında oluşturduğu mekanizmaların etkin kullanımı iklim değişikliğinin olumsuz sonuçlarının en aza indirgenmesinde önemli rol oynaması beklenebilir. Lakin iklim değişikliği ve insan hakları arasındaki etkileşimin kendine özgü niteliği çözümlenmesi gereken bazı tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Bu çalışmada milletlerarası hukukun karşılaştığı bu yeni mücadele sırasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ve Birleşmiş Milletler nezdinde yürütülen politika yapım süreçleri ışığında incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** İnsan hakları, iklim değişikliği, uluslararası hukuk, Avrupa Konseyi, Birleşmiş Milletler

### ABSTRACT

The negative impacts of climate change emerge more intensely with each day. Moreover, the fear is that these negative effects will further increase if the current situation continues as is. The risks brought about by global climate change will obviously have important consequences on human rights. In this context, climate change and the measures that are or will be taken for coping with this threat are seen to have been evaluated within a human rights-oriented approach, especially in recent years. Indeed, the effective use of mechanisms established by international law for the purpose of protecting human rights can be anticipated to play an important role in minimizing the negative impacts of climate change. However, the unique nature of the relationship between climate change and human rights brings with it some debates that need to be resolved. This article concerns itself with the approach adopted in this new challenge encountered by international law through an analysis of the developments observed through the jurisprudence of the European Court of Human Rights, the policy-making processes of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, the Committee of Ministers of the Council of Europe, and the United Nations.

**Keywords:** Human rights, climate change, international law, Council of Europe, United Nations

Submitted: 07.09.2022 • Revision Requested: 25.09.2022 • Last Revision Received: 08.10.2022 • Accepted: 08.10.2022 • Published Online: 15.11.2022

Corresponding author: Cüneyt Yüksel, E-mail: [cuneyt.yuksel@istanbul.edu.tr](mailto:cuneyt.yuksel@istanbul.edu.tr)

Citation: Yüksel C, 'İklim Değişikliğiyle Mücadelede Bir Araç Olarak Uluslararası İnsan Hakları Hukuku' (2022) 10(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 339.  
<https://doi.org/10.26650/JPLC2022-1171800>





## EXTENDED ABSTRACT

Climate change emerges as a global problem directly affecting daily life, and its negative consequences will inevitably result in a deterioration of human rights. This reality has led to many attempts that rely on the current human rights mechanisms for coping with the climate crisis, and the relationship between climate change and human rights is becoming more intense with each passing day. Indeed, such mechanisms require states not only to refrain from violating human rights but also to protect these rights by fulfilling their positive obligations. This tripartite research aims to analyze how the relevant international institutions observe the link between climate change and human rights.

The first part of this article draws a general outline of climate change from a human rights-oriented perspective. Climate change is actually expected to worsen the enjoyment of various human rights such as the rights to life, to property, to health, and to food. Human rights lawyers argue that states have certain positive obligations such as taking the necessary measures to adapt to the consequences of climate change in addition to refraining from actions that may increase the effects of climate change. Even though confirming this idea is possible at first glance, this progressive approach still has much to enlighten. Balancing competing rights is also a matter that needs to be resolved, because taking preventive measures against climate change in order to protect human rights on its own may also imply limitations on certain human rights. Moreover, due to climate change being a problem without boundaries, the question of how to allocate responsibility for these measures in order to promote human rights also requires attention.

The second part of this article focuses on the responses the European Council has shown toward climate change's actual and potential negative consequences regarding human rights. In this context, the article examines the respective approaches of the European Court of Human Rights (ECHR), the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, and the Committee of Ministers of the Council of Europe toward this matter. While the ECHR has made no decisions about the issue yet in terms of applications, it does have jurisprudence that might also be relevant in terms of climate change as well. Although the European Convention on Human Rights has no specific article able to be directly linked to climate change, the Court can still act on the matter in cases involving a significant provable disadvantage regarding rights protected by the Convention, such as the right to life or the right to respect for private and family life, home, and correspondence. In addition, policy-making proposals are seen at the parliamentary level, with such initiatives becoming more likely to succeed when considering the fact that public awareness about climate change-related threats is rising.

The third part of this article questions the role of the United Nations (UN) in regard to minimizing the negative effects human-induced global warming has on human rights. The UN has already introduced certain international legal instruments that directly focus on climate change. The UN Framework Convention on Climate Change is a general guide that states the principles for preventing and minimizing the negative consequences of climate change. Additionally, the Twin Covenants (i.e., the UN International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) impose obligations on states to improve the rights and well-being of the individuals in their jurisdiction. In light of such international norms, this section summarizes the means and methods for protecting human rights against climate-related risk and how these are implemented by treaty monitoring organs such as the Human Rights Committee and the UN Human Rights Council.

## Giriş

İklim değişikliği, günümüzde küresel anlamda etki doğuran ve günlük hayatı doğrudan etkileyen bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Öyle ki insan kaynaklı iklim değişikliğinin ileride yaratması olası olumsuz sonuçların ciddiyeti ve bu sorunların en aza indirgenmesi amacıyla atılması gereken adımlarda karşılaşılan güçlük sebebiyle meselenin “iklim krizi”<sup>1</sup> olarak adlandırıldığına da tanık olunmaktadır. Şüphesiz bu durum insan hakları açısından da pek çok riski barındırmaktadır.

Birleşmiş Milletler (“BM”) İnsan Hakları Yüksek Komiseri, iklim değişikliğini “insan hakları için gelmiş geçmiş en büyük tehdit” olarak tanımlamıştır.<sup>2</sup> Gerçekten de iklim değişikliği ile insan haklarının yakın ilişkisi son yıllarda varlığını daha da çok hissettirmeye başlamıştır.<sup>3</sup> Nitekim iklim değişikliğinin sonuçlarının bireylerin insan hakları açısından çeşitli tehditler oluşturması öngörülmektedir.<sup>4</sup> Bu kapsamda örneğin iklim değişikliğinin, dünyanın belirli kısımlarını yaşanamaz hale getirerek olağan yaşam biçimlerinin bozulmasına yol açması ve böylelikle yaşam, özel hayata ve aile hayatına saygı ve mülkiyet hakları gibi pek çok temel hak üzerinde ciddi olumsuz sonuçlara yol açması beklenmektedir.<sup>5</sup>

İlk bakışta, devletlerin insan haklarının korunması yükümlülüğü çerçevesinde, iklim değişikliğinin bu yöndeki etkilerinin artmasına yol açabilecek eylemlerden kaçınmasının yanı sıra iklim değişikliğinin sonuçlarına uyum sağlamaya yönelik gerekli önlemleri alma gibi pozitif yükümlülüklerinin de bulunduğu söylenebilir.<sup>6</sup> İklim değişikliğinin olumsuz sonuçlarıyla mücadele kapsamındaki son girişimlerin uluslararası hukuka kazandırdığı Paris Anlaşması’nın başlangıç hükümlerinde antlaşmaya taraf olan devletler açısından öngörülen “iklim değişikliğinin ele alınması için eyleme geçerken insan hakları, sağlık hakkı, yerli halklar, yerel topluluklar, göçmenler, çocuklar, engelli

1 Cambridge Dictionary, <<https://dictionary.cambridge.org/tr/sözlük/ingilizce/climate-crisis>> Erişim Tarihi: 26 Nisan 2022.

2 ‘Climate crisis is greatest ever threat to human rights, UN warns’ (*UN News*, 10 Eylül 2019) <https://news.un.org/en/story/2021/10/1104352> Erişim Tarihi: 26 Nisan 2022.

3 Jacqueline Peel ve Hari M. Osofsky ‘A Rights Turn in Climate Change Litigation’ (2018) 7(1) *Transnational Environmental Law* 37, 42-43.

4 Simon Caney ‘Climate Change, Human Rights, and Moral Thresholds’ in Stephen M. Gardiner, Simon Caney, Dale Jamieson and Henry Shue (eds) *Climate Ethics: Essential Readings* (Cambridge University Press, 2010) 166.

5 The Office of the High Commissioner for Human Rights ‘Understanding Human Rights and Climate Change’ (Submission to the 21st Conference of the Parties to the United Nations Framework Convention on Climate Change) 13 <<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/ClimateChange/COP21.pdf>> Erişim Tarihi 26 Nisan 2022.

6 Benoit Mayer, *The International Law on Climate Change* (Cambridge University Press, 2018) 77.

*bireyler ve hassas durumdaki kişilerin hakları ve kalkınma hakkının yanı sıra toplumsal cinsiyet eşitliği, kadınların güçlendirilmesi ve kuşaklar arası adalet konularına yönelik sorumluluklarına saygı göstermeleri, bunları teşvik etmeleri ve dikkate almaları”* 7 beklentileri de bu yaklaşımı doğrular niteliktedir. İklim değişikliğiyle mücadelenin insan hakları açısından gündeme getirebileceği bir diğer tartışma konusu ise alınan önlemlerin insan hakları üzerinde yaratabileceği olası sınırlamalar açısından çatışan haklar arasında dengenin nasıl korunacağıdır.<sup>8</sup>

İklim değişikliğinin insan hakları için bir tehdit oluşturduğu yaygın olarak kabul edilse dahi, insan hakları hukuku, iklim değişikliğinin olumsuz etkilerini hafifletmek için ancak son zamanlarda belirgin bir rol oynamaya başlamıştır. Bu çalışmada iklim değişikliğinin ele alınması için insan hakları hukukunun uluslararası ve uluslararası düzeyde bir araç olarak nasıl kullanıldığına dair genel bir değerlendirme sağlanması amaçlanmaktadır. Bu çerçevede öncelikle ilk bölümde, iklim değişikliği ve insan hakları hukuku arasındaki ilişki detaylı bir şekilde irdelenecektir.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (“AİHM” veya “Mahkeme”) içtihatlarına ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (“AİHS” veya “Sözleşme”) iklim değişikliğini ele alma kabiliyetini arttırmak için Avrupa Konseyi’nin diğer kurumları tarafından yapılan çalışmalara yer verilecektir. Zira iklim değişikliği kapsamında karşılaşılan insan haklarına ilişkin hususların AİHM’nin mevcut içtihatları ışığında yorumlanması geleceğe yönelik daha belirli çıkarımlarda bulunmayı sağlayabilecektir. Ne de olsa AİHS, insan haklarının korunmasında en kapsamlı güvenceleri sağlayan hukuk kurumlarından biridir. Şüphesiz AİHM hak ve özgürlüklerin korunması açısından içtihatlarıyla geliştirdiği tekniklerle, bu hak ve özgürlüklerin uygulamasında sadece bölgesel değil aynı zamanda uluslararası anlamda etki doğurabilme potansiyeline sahip bir mekanizma olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çalışmanın son bölümünde, BM sistemi içerisinde iklim değişikliğinin ele alınması konusunda insan hakları hukukunun rolünü güçlendiren son gelişmeler değerlendirilecektir. Zira hemen hemen dünyadaki bütün devletlerin taraf olduğu BM uluslararası hukuk anlamında büyük etki doğurabilecek pek çok yetkiyle donatılmıştır. BM daha önce bu yetkilerin bir kısmını BM İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi’nin (“Çerçeve Sözleşme”) hazırlanması ve takip eden süreçte kullanmıştır. Dolayısıyla iklim

7 Paris Agreement (adopted 12 December 2015, entered into force 4 November 2016), preamble recital 12.

8 Mayer (n 6) 77.

değişikliğinin insan hakları açısından yarattığı risklerin ele alınmasında da BM organları önemli bir alternatif teşkil etmektedir. Çalışmada bu kapsamda özellikle BM denetim organları ve İnsan Hakları Konseyi bünyesinde yaşanan gelişmeler incelenmektedir.

## I. İklim Değişikliği ve İnsan Hakları Hukuku Arasındaki İlişki

İklim değişikliğinin doğrudan etkileri esasen doğal çevre üzerinde görülüyor olsa da iklim değişikliğinin insanlar üzerinde de ciddi etkileri bulunduğu aşikardır. Deniz seviyesinin yükselmesi, yüksek sıcaklıklar ve beklenmeyen hava olayları insanların geçim kaynaklarını ve gelirlerini etkilemekte, sağlık problemlerine yol açmakta, hatta bazı coğrafi bölgeleri yaşanamaz hale getirme riski taşımaktadır.<sup>9</sup> Bu risklerin bir kısmının gelecekte yaşanması beklenmekle birlikte, bu tehditlerin kaçınılmazlığını vurgulayan aktivistlerin hem ulusal hem de uluslararası mahkemeler önünde ileri sürdükleri talepler ile iklim değişikliğinin olumsuz etkileri ele alınırken insan hakları odaklı bir yaklaşımın benimsenmesinin son yıllarda yaygınlaştığı görülmektedir.<sup>10</sup>

Gerçekten de insan hakları hukuku, bireylerin ve grupların mahkemeler nezdinde devletlere karşı başvuruda bulunmasını sağlayarak ve ihlal durumlarında etkili çözümler sunarak iklim değişikliğine karşı olan mücadelede etkili bir araç olabilir.<sup>11</sup> Zira Paris Anlaşması gibi uluslararası çevre hukukuna dair antlaşmalar, bir bireyin veya grubun mahkeme nezdinde başvuruda bulunabileceği bir mekanizma sağlamamaktadır. İnsan hakları hukuku çerçevesinde iklim değişikliğini değerlendirmenin başlıca stratejik faydalarından bir tanesi de böyle bir denetim aracının eksikliğinin giderilmesidir. Böylelikle bireylere ve gruplara, Paris Anlaşması gibi uluslararası çevre antlaşmaları kapsamında sahip olamayacakları, seslerini duyurabilecekleri bir forum sağlanabilecektir.<sup>12</sup> Bununla birlikte, insan hakları hukuku paradigması kapsamında iklim değişikliğinin değerlendirilmesi ile ilgili çeşitli zorluklar da bulunmaktadır.

9 Stephen Humphreys, 'Introduction: Human Rights and Climate Change' in Stephen Humphreys, (ed), *Human Rights and Climate Change* (Cambridge University Press, 2009) 1, 1; Timo Koivurova, Sebastien Duyck, Leena Heinamaki, 'Climate Change and Human Rights in Erkki J. Hollo, Kati Kulovesi, Michael Mehling (eds) *Climate Change and the Law* (Springer, 2013) 287, 288-89.

10 Christian Roschmann, 'Climate Change and Human Rights' in Oliver C. Ruppel, Christian Roschmann, Katharina Ruppel-Schlichting (eds), *Climate Change: International Law and Global Governance: Volume I: Legal Responses and Global Responsibility* (Nomos Verlagsgesellschaft mbH 2013) 203, 219-220; Benoit Mayer, 'Climate Change Mitigation as an Obligations under Human Rights Treaties?' (2021) 115(3) *American Journal of International Law* 409, 410; Peel and Osofsky (n 3) 37.

11 Louis J. Kotze, 'Human rights and the environment in the Anthropocene' (2014) 1 (3) *The Anthropocene Review* 252, 261-62; Smita Narula, 'Human Rights and Climate Change' in Karl S. Coplan, Shelby D. Green et al (eds), *Climate Change Law: An Introduction* (Edward Elgar Publishing 2021) 135, 165-66.

12 Mayer (n 10) 421.

Karşılaşılan ilk engel, insan hakları sözleşmelerinin bireylere ve gruplara uluslararası mahkemelerde dava açmalarına izin vermesine rağmen, başvuru sahiplerinin başvuru hakkına sahip olduklarını ispatlamalarının genellikle zor olmasıdır. Bunun nedeni başvuru sahiplerinin bir insan hakkı ihlalinin mağduru olduklarını ve bu ihalden “doğrudan ve ciddi bir şekilde etkilendiklerini” göstermeleri gerekliliğidir.<sup>13</sup> Başvuru sahiplerinin bir bütün olarak toplumun karşılaştığı olumsuz durumlardan yola çıkarak doğrudan ve ciddi bir şekilde etkilendiklerini gösteren somut deliller sunamaması durumunda, başvuru kabul edilemez bulunabilecektir. AİHM henüz iklim değişikliği bağlamında Sözleşme’nin ihlal edildiğini iddia eden herhangi bir başvuruyu karara bağlamamış ve dolayısıyla kabul edilebilirlik meselesini henüz ele almamıştır. Bununla birlikte, konunun ele alınması beklenen başvurular mevcuttur.

Bir diğer zorluk ise sorumluluğun tespitidir. Uluslararası ve bölgesel insan hakları metinlerinde belirtildiği üzere, bir devlet ancak üzerinde yargı yetkisine sahip olduğu bir bireyin haklarının ihlalinin sorumlu tutulabilir. İklim değişikliği bağlamında, zararlı ilgili bir devletin sorumluluğunun doğmasına ilişkin çok sayıda yetki sorunu bulunmaktadır. Bunlardan ilki, her bir devletin iklim değişikliğine farklı düzeylerde sebep olmasına rağmen, iklim değişikliğinin etkilerinin görülmesine neden olan sera gazı salımına devletlerin etkisinin kümülatif olmasıdır. Bu durum iklim değişikliğinin etkilerinin görülmesine birçok devletin sebep olması nedeniyle belirli bir devletle zarar arasında ilişki kurmanın zor olacağı anlamına gelmektedir.<sup>14</sup> Başvuru konusu davranışın birkaç devlete atfedilebilir olduğu durumlarda, bir devletin iklim değişikliğinin doğurduğu zararlardan sorumlu tutulup tutulamayacağı meselesi bu açıdan çözümlenmesi gereken ilk tartışmalardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ayrıca, insan hakları hukuku kapsamında sınır ötesi yargı yetkisi de çözümlenmesi gereken bir diğer husustur. İklim değişikliklerinin etkileri ülke sınırlarını aştığı için başvuru sahipleri, bir devletin sera gazı salımının o devletin sınırları dışında etkilere sebep olması durumunda, bu devleti sera gazı salımından sorumlu tutmak isteyebilirler. Bununla birlikte, uluslararası hukuk ve özellikle de insan hakları hukuku kapsamında yargı yetkisi kural olarak ülkesel yargı yetkisi ile sınırlı olduğundan sınır ötesi zararı

13 *Cordella v. Italy* ([GC], no. 54414/13, 24 January 2019) paras. 100-109.

14 Vincent Bellinkx et al, ‘Addressing Climate Change through International Human Rights Law: From (Extra) Territoriality to Common Concern of Humankind’ (2021) 10 *Transnational Environmental Law* 1, 8; Jenny Sandvig, Peter Dawson and Marit Tjelmeland, ‘Can the ECHR Encompass the Transnational and Intertemporal Dimensions of Climate Harm?’ *EJIL: Talk!* (23 June 2021) <<https://www.ejiltalk.org/can-the-echr-encompass-the-transnational-and-intertemporal-dimensions-of-climate-harm/>> Erişim Tarihi 26 Nisan 2022.

kapsamamaktadır.<sup>15</sup> Devletlerin kendi sınır ötesinde gerçekleşse dahi yetki alanları içerisinde gerçekleşen insan hakları ihlallerinden sorumlu tutulabileceği kabul edilmektedir.<sup>16</sup> Lakin bu durumda dahi devlet açısından sorumluluk ilişkisinin kurulması genellikle o devletin başka bir devlet dahilindeki kişiler veya topraklar üzerinde “etkili kontrol” uyguladığını göstermeyi gerektirmektedir.<sup>17</sup> Bu yaklaşım teoride bir devletin sera gazı salımının sınır ötesi etkilerinden insan hakları çerçevesinde sorumlu tutulmasını zorlaştırabilecektir.

Bununla birlikte, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen “Çevre ve İnsan Hakları Tavsiye Görüşü”ne bakıldığında, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi’nin sınır aşan çevresel zarar bağlamında “etkili kontrol” testine ilişkin daha farklı bir yaklaşım benimsediği görülmüştür.<sup>18</sup> Mahkeme şu tespitlerde bulunmuştur:

“Sınır aşan zararlarla ilgili olarak, kendi topraklarında meydana gelen olay ile toprakları dışındaki kişilerin insan haklarının etkilenmesi arasında bir nedensellik bağı bulunuyorsa, bu kişiler menşe devletin yargı yetkisi altındadır. Zarara ve bunun sonucunda insan haklarının ihlaline neden olan faaliyetler üzerinde menşe devletin etkili bir kontrole sahip olduğu durumlarda, menşe devletin yargı yetkisi doğmaktadır.”<sup>19</sup>

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi tarafından yapılan bu tespitte önemli olan, zarardan etkilenen kişiler veya topraklar yerine, devletin zarara neden olan faaliyet üzerinde etkili kontrole sahip olduğu durumlarda sorumlu olabileceğidir. Bu ise, AİHM’nin mevcut içtihadından nispeten farklıdır.<sup>20</sup> Yine de iklim değişikliği çerçevesinde AİHM tarafından da benzer bir yaklaşım benimsenip benimsenmeyeceği mevcut başvuruların karara bağlanması yahut konuya ilişkin bir tavsiye görüşü verilmesi halinde netleşecektir.

15 Ottavio Quirico, Jürgen Bröhmer and Marcel Szabo, ‘States, Climate Change and Tripartite Human Rights: The Missing Link’ in Ottavio Quirico and Mouloud Boumghar (eds) *Climate Change and Human Rights: An International and Comparative Law Perspective* (Routledge, 2016) 7, 23-24; Humphreys, ‘(n 9) 5-6.

16 *Al Skeini and Others v. United Kingdom* (no. 55721/07, 7 July 2011). *Loizidou v. Turkey* (no. 15318/89, 23 March 1995) para. 62

17 *Ibid* paras. 130–42.

18 IACtHR, “Environment and Human Rights (State Obligations in Relation to the Environment in the Context of the Protection and Guarantee of the Rights to Life and to Personal Integrity – Interpretation and Scope of Articles 4(1) and 5(1) of the American Convention on Human Rights)” (Advisory Opinion, no. OC-23/18, ser. A no. 23, 15 November 2017) <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_23\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf)> Erişim Tarihi 26 Nisan 2022.

19 *Ibid* para. 104(h).

20 FERIA-TINTA Monica, ‘Climate Change Litigation in the European Court of Human Rights: Causation, Imminence and Other Key Underlying Notions’ (2021) 1(3) *Europe des Droits et Libertés* <<https://www.europedeslibertes.eu/article/climate-change-litigation-in-the-european-court-of-human-rights-causation-imminence-and-other-key-underlying-notions/>> Erişim Tarihi 26 Nisan 2022.

Sınır ötesi yargı yetkisi ile ilgili bir diğer zorluk ise çok geniş kapsamlı bir sorumluluk alanına yol açma ihtimalidir. Bir devletin dünyadaki sera gazı salımını artırmasının çok sayıda devleti etkileyebileceği göz önüne alındığında, dünyanın herhangi bir yerinde yerleşik olan bireylerin bu konuda başvuru yapmalarına imkân doğacaktır.<sup>21</sup> Bu durum bir yandan bireylerin taleplerini farklı makamlar önünde ileri sürmelerine olanak sağlayabilecekse de diğer yandan başvurunun değerlendirilmesinde yetkili organın tespitini güçleştirebilecektir.

## II. Avrupa Konseyi'ndeki Gelişmeler

### A. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHS çevrenin korunması amacıyla tesis edilmiş bir uluslararası metin olmadığından şu anda doğrudan iklim değişikliğiyle ilişkilendirilebilecek bir hak da Sözleşme çerçevesinde güvence altına alınmış değildir. Öte yandan açıkça böyle bir hakkın düzenlenmemiş olması nedeniyle AİHS'nin iklim değişikliğinin insan hakları üzerinde yaratabileceği olumsuz sonuçlara herhangi bir şekilde uygulanamayacağını söylemek isabetli olmayacaktır. Ne de olsa AİHM tarafından *Tyrer Birleşik Krallık'a Karşı* kararında açıklandığı üzere Sözleşme “yaşayan bir metin”dir.<sup>22</sup> Bu doktrine göre, “Sözleşme'nin yaşayan bir metin olarak günün koşulları dikkate alınarak” ve Avrupa Konseyi üye devletlerinin maruz kaldığı gelişmeler ve üye devletlerce ortak kabul edilen standartlar göz önünde bulundurularak uygulanması gerekecektir.<sup>23</sup>

Bu yaklaşım iklim değişikliğiyle mücadelede AİHS'nin uygulanabilmesi açısından umut vaat etmekteyse de üye devletlerce ortak kabul edilen standartların nasıl netleştirilebileceği aşılması gereken önemli bir sorundur. Yaşanan bilimsel gelişmeler sayesinde iklim değişikliği geleceğe dair bir endişe olmaktan çıkmış ve yaratabileceği riskler aşama aşama öngörülebilir bir tehlike halini almıştır. Avrupa Konseyi üyesi devletler genel olarak iklim değişikliği kaynaklı tehditlere daha duyarlı gözükmektedirler. Yine de insan hakları çerçevesinde olsa dahi, ortaya konacak yükümlülüklerin kuvvetler ayrılığına saygılı, ikincillik ilkesiyle uyumlu ve yargısal aktivizmden uzak bir şekilde tesis edilmesi önem arz etmektedir.

AİHM'nin bunu yaparken diğer uluslararası antlaşmalardan faydalanması beklenebilir. Ne de olsa AİHM yerleşik içtihadıyla, Sözleşme'nin uluslararası antlaşma niteliği

21 Sandvig, Dawson and Tjelmeland (n 14).

22 *Tyrer v. United Kingdom*, (Application no. 5856/72), 1978, para. 31.

23 Ibid.



sebebiyle uluslararası kamu hukukunun ilgili norm ve ilkeleri doğrultusunda uygulanacağını ifade etmiştir.<sup>24</sup> Bu doğrultuda konuya ilişkin diğer uluslararası metinlerden Çerçeve Sözleşme, Paris Anlaşması, Aarhus Sözleşmesi gibi uluslararası antlaşmaların hükümlerinin de somut olaya uygulanabilir oldukları ölçüde dikkate alınması olasıdır. Nitekim sayılanlardan Paris Anlaşması'nın başlangıç hükümlerinde açıkça, iklim değişikliğinin insanoğlunun ortak bir endişesi olmasına atıfla, devletlerin bu çerçevede eyleme geçilirken insan haklarına saygı göstermeleri, bunları teşvik etmeleri ve dikkate almaları gerektiği hükme bağlanmıştır.

Keza yargıçların hukuken bağlayıcılık taşımayan uluslararası metinler aracılığıyla dahi bir hakka ilişkin korumanın sağlanmasına yönelik politikaların benimsenmesi kararlılığının mevcudiyetine yönelik çıkarımında bulunabildikleri görülmektedir. Bu kapsamda örneğin, *Hatton Birleşik Krallık'a Karşı* başvurusunda başvurunun gece uçuşlarının kendisinin Sözleşme'nin 8. maddesinde güvence altına alınan özel ve aile hayatına saygı hakkı ihlali teşkil ettiği iddiası Mahkeme tarafından kabul görmemişse de dönemin AİHM yargıçlarından Jean-Paul Costa, Georg Ress, Rıza Türmen, Bostjan Zupancic ve Elisabeth Steiner ortak muhalif görüşlerinde, 1972 BM İnsan Çevresi Bildirisi ve AB Temel Haklar Şartı da göz önüne alınarak daha kapsayıcı bir yaklaşım benimsenmesi gerektiğini savunmuşlardır.<sup>25</sup>

Kaldı ki AİHM henüz iklim değişikliğine ilişkin bir karar açıklamamış olsa da çevre ve Sözleşme kapsamındaki haklar arasındaki ilişkiye dair bir içtihat oluşturmuştur. Gerçekten de AİHS kapsamında sağlıklı bir çevre hakkının açıkça yer almaması, AİHM'yi çevre bağlamında Sözleşme'nin ihlal edildiğini tespit etmekten alıkoymamıştır. Örneğin, AİHM, tehlikeli endüstriyel faaliyetler olması durumunda Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edildiğini tespit etmiştir.<sup>26</sup> Benzer bir şekilde 8'inci madde ile ilgili olarak, başvurunun evinin kimyasal ya da atık arıtma tesisi yakınında olduğu, bu tesisin başvurunun sağlığı üzerinde kötü etkilerinin olduğu ve başvurunun endüstriyel kirlilikten etkilendiği durum için 8'inci maddenin ihlal edildiği tespit edilmiştir.<sup>27</sup>

24 *Cyprus v Turkey*, Application no. 25781/94) 2014 para. 23; *Demir and Baykara v. Turkey* (Application no. 34503/97) 2008, para. 65–66.

25 *Hatton and Others v. The United Kingdom*, (Application no. 36022/97) 2003, Joint Dissenting Opinion of Judges Costa, Ress, Türmen, Zupancic and Steiner, para. 1.

26 *Öneryıldız v. Turkey* ([GC], no. 48939/99, 30 November 2004), para. 94.

27 *Giacomelli v. Italy* (no. 59909/00, 2 November 2006), para. 77; *Tătar v. Romania* (no. 67021/01, 27 January 2009), para. 87; *Cordella and Others v. Italy* (nos. 54414 and 54264/15, 24 January 2019), para. 157.

Mahkeme'nin çevresel kaygıları hakkındaki içtihatlarıyla ilgili dikkate değer olan, AİHS tarafından korunan hakları güvence altına almak için devletlerin pozitif yükümlülükleri olduğunun Mahkeme tarafından tespit edilmesidir. Hukuki başvurular, bir devletin iklim değişikliğiyle mücadele için gerekli adımları atmakta başarısız olduğunu iddia etme eğiliminde olduğu için, bu durum iklim değişikliği açısından büyük önem taşımaktadır. Bununla birlikte, AİHM içtihadı, çevresel sorunları ele almak için gerekli adımları atarken, “*çevrenin korunması ile ilgili sorunların karmaşıklığının Mahkeme'nin rolünü temel olarak ikincil hale getirmesi*” sebebiyle devletin geniş takdir yetkisine sahip olduğunu da vurgulamaktadır.<sup>28</sup>

Bu çerçevede AİHM içtihadı iklim değişikliği tarafından tehdit edilebilecek en temel haklardan sırasıyla 8. madde kapsamında korunan özel ve aile hayatına saygı hakkı ve 2. maddede yer alan yaşam hakkı özelindeki içtihatlar incelenmektedir. Bunun ardından AİHM'nin önüne gelen iklim değişikliğine ilişkin son başvurular değerlendirilecek ve mevcut içtihat ışığında yorumlanacaktır.

## 1. İklim Değişikliği ve AİHS Madde 8 İlişkisi

AİHM uygulamasına bakıldığında Madde 8 kapsamında bir ihlalin varlığından söz edilmesi için “*çevre kirliliğinin olumsuz etkilerinin belirli bir asgari seviyeye*”<sup>29</sup> ulaşmasının arandığı görülmektedir. Bu değerlendirmede ihlal teşkil ettiği iddia edilen hadisenin yoğunluğu, süresi, ruhsal ve fiziksel etkileri gibi hususların göz önüne alınması gerektiği ifade edilirken, günümüz modern şehirlerinde yaşamının önlenemez sonuçlarının bu kapsamda kabul edilemeyeceği belirtilmiştir.<sup>30</sup>

AİHM genel olarak 8. maddenin dayanak teşkil ettiği başvuruları incelerken kamu otoriteleri tarafından gerçekleştirilen müdahalelerin incelenmesi ile yetinmemiş; sıklıkla devletlerin, bireylerin haklarının korunması için makul önlemleri alması gerektiğinden hareketle meseleyi pozitif yükümlülükler çerçevesinde de değerlendirmiştir. Bu alandaki pozitif yükümlülükler açısından devletin, çevre ve ekonomi politikalarını ilgilendiren karmaşık meselelerde karar almadan evvel oluşabilecek tehlikeleri öngörüp değerlendirme imkânı sağlayacak uygun araştırma ve çalışmaları yürüterek çakışan haklar açısından adil bir denge kurması öngörülmüştür.<sup>31</sup> Keza AİHM'nin bir devletin nükleer güç kullanımını nasıl en

28 *Fadeyeva v. Russia* (no. 55723/00, 9 June 2005) para. 105.

29 *Ibid.* para. 69.

30 *Ibid.*

31 *Taşkın and Others v. Turkey*, (Application no. 46117/99) 2004, para. 119.

iyi şekilde düzenleyeceğinin “*taraf devletin kendi demokratik süreci içerisinde alacağı bir politika kararı*” olduğu<sup>32</sup> tespiti dikkate alındığında, iklim değişikliği çerçevesinde devletlerin atması gereken adımlara dair somut yükümlülüklerin uluslararası bir mahkeme tarafından ortaya konmasının güç olduğu söylenebilmektedir. Çünkü böyle bir durumda egemen devletlerin bunu bir nevi kamu yönetiminin yargı üzerinden yürütülmesi yahut yerindelik denetimi tesis edilmesi olarak değerlendirmesi ihtimali de mevcuttur.

Hükümetlerarası İklim Değişikliği Paneli sera gazı salımının devam etmesinin küresel ısınmayı daha da artıracığı ve şiddetli, yaygın, geri döndürülemez etkilere yol açacağı uyarılarında bulunmuştur.<sup>33</sup> Bilimsel verilere dayanan bu tip objektif kabullerin, bir ölçüde AİHM tarafından bir hakkın ihlaline dair çıkarımlarına dayanak teşkil etmesi beklenebilir. Bununla birlikte, AİHM içtihatlarında, çevreye ilişkin meselelerde 8. maddeye dayanılması yaygın olmakla birlikte, çevreye ilişkin her türlü sorunun tek başına söz konusu maddenin ihlaline yol açmayacağı ve maddede güvence altına alınan hakkın doğanın korunması olmaması sebebiyle ancak başvurucunun evinin, ailesinin yahut özel hayatının doğrudan etkilenmesi halinde ihlalden söz edilebileceği belirtilmektedir.<sup>34</sup> Dolayısıyla gelecekteki risklere dair somut verilerin AİHM tarafından “asgari seviye” eşğine erişip erişmediğine ilişkin yapılacak değerlendirmelerin ihlalin varlığına dair kararlarda büyük oranda belirleyici olacağı tahmin edilebilir.

## 2. İklim Değişikliği ve AİHS Madde 2 İlişkisi

AİHM çevre kaynaklı tehlikeleri incelerken yaşam hakkına yönelik bir tehdit bulunması halinde madde 8’e ek olarak 2. madde çerçevesinde de inceleme yapabilmektedir. Yaşam hakkının “*hiyerarşik olarak diğer haklara daha üstün*”<sup>35</sup> görüldüğü de göz önüne alındığında, devletin “*makul önlemler almak yoluyla yaşamın korunması görevinin*”<sup>36</sup> Sözleşme’nin en önemli kazanımlarından olduğu söylenebilir.

Madde 2 ve madde 8 çerçevesindeki pozitif yükümlülükler büyük oranda örtüşmektedir. AİHM’nin yaşam hakkının korunması için önleyici önlemler alma yükümlülüklerine

32 *Athanassoglou and Others v. Switzerland* (Application no. 27644/95) 2000, para. 60.

33 IPCC, 2021: **Summary for Policymakers. In: Climate Change 2021: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change** [MassonDelmotte, V., P. Zhai, A. Pirani, S.L. Connors, C. Péan, S. Berger, N. Caud, Y. Chen, L. Goldfarb, M.I. Gomis, M. Huang, K. Leitzell, E. Lonnoy, J.B.R. Matthews, T.K. Maycock, T. Waterfield, O. Yelekçi, R. Yu, and B. Zhou (eds.)]. Cambridge University Press. In Press, s. 21.

34 *Fadeyeva v. Russia*, para. 68.

35 *Streletz, Kessler ve Krenz v. Germany*, (Application no. 34044/96, 355532/97, 44801/98) 2001, para. 94.

36 *L.C.B v. the United Kingdom*, (Application no. 14/1997/798/1001) 1998, para. 36.

dair kararlarında başvurduğu ve öğretide “Osman Testi” olarak geçen yaklaşımında ilk olarak, “*bir bireyin hayatının başka bir bireyin yasadışı eylemleri dolayısıyla risk altında olması*”<sup>37</sup> ve “*bu yükümlülüğün yetkililer üzerinde imkânsız bir yük oluşturmaması*”<sup>38</sup> kıstasları dikkate alınmıştır. *Öneryıldız Türkiye’ye Karşı* kararıyla çevre kaynaklı zararlar yaşam hakkı ilişkisini ilk kez kuran AİHM<sup>39</sup> daha sonraki içtihatlarında ise doğal afet kaynaklı durumlara ilişkin kararlarda da benzer şekilde pozitif yükümlülüklerin gündeme gelebildiği görülmüştür.<sup>40</sup> Bu doğrultuda örneğin, özellikle iklim değişikliğinin sonucu olarak Güney Avrupa’da etkisini göstermesi beklenen aşırı sıcaklık dalgalarının da benzer iddialara dayanak teşkil etmesi beklenebilir.<sup>41</sup> Ancak iklim değişikliğinin ilk etkilerinin yaşam hakkından ziyade çevreye dair sonuçlar yaratmasının daha olası olması sebebiyle, madde 2 kapsamında bir ihlal kararı çıkmasının büyük oranda madde 8 çerçevesinde yapılacak değerlendirmelerle bağlantılı olması öngörülmektedir.

### 3. AİHS Üzerinden İklim Değişikliğinin Yargıya Taşındığı Güncel Örnekler

#### a. *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz İsviçre’ye Karşı Başvurusu*

Halihazırda AİHM önüne gelen başvurulardan en günceli *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz İsviçre’ye Karşı* başvurusudur. Başvuru üyelerinin ortalama yaş grubu 73 olan, küresel ısınmayla mücadele için İsviçre’de kurulmuş bir dernek tarafından gerçekleştirilmiştir. Başvurucular sıcaklığın yükselmesi nedeniyle sağlık durumlarının kötüleştiği ve bu durumun yaşam koşullarını etkileyecek seviyeye ulaştığını ileri sürmüştür; hükümetin Paris Antlaşması’yla üstlendiği, küresel ortalama sıcaklık artışının sanayileşme öncesi döneme göre 2 derece altında tutulması hedefine erişmek için yeterli önlemleri almadığını iddia etmiştir.<sup>42</sup>

37 *Osman v. the United Kingdom*, (Application no. 87/1997/871/1083) 1998, para. 115-16.

38 *Ibid*, para. 117.

39 *Öneryıldız v. Turkey*, (Application no. 48939/99) 2004, para. 94.

40 *Budayeva and Others v. Russia* (Application nos. 15339/02, 21166/02, 11673/02, 15343/02) 2008 para. 129-135; *Kolyadenko and Others v. Russia* (Application nos. 17243/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05, 35673/05) 2012, para. 157-161.

41 Ole W. Pedersen, ‘The European Convention of Human Rights and Climate Change – Finally!’, 22 Eylül 2020, EjilTalk < <https://www.ejiltalk.org/the-european-convention-of-human-rights-and-climate-change-finally/>> Erişim Tarihi 21 Nisan 2022.

42 *Objet de l’affaire et questions - Verein Klimaseniorinnen Schweiz et autres contre la Suisse introduite le 26 Novembre 2020* communiqué le 17 mars 2021, 6 Avril 2021.

İsviçre Yüksek Mahkemesi ise durumun başvuru sahiplerinin madde 2’de ve madde 8’de güvence altına alınan haklarının ihlaline yol açacak seviyede olmadığına hükmetmiş; “potansiyel mağdur” olarak değerlendirilmeleri için de böyle bir olası ihlali ispat edemediklerini belirtmiştir. Son olarak İsviçre Yüksek Mahkemesi, gerek ulusal mevzuatın gerekse AİHS’nin *actio popularis*, yani toplumun yararı gözetilerek açılacak davalarla, hak ve özgürlüklerin korunmasını öngörmediğini belirterek başvuru sahiplerinin şikayetlerine mahkeme yerine ilgili siyasi kuruluşlar aracılığıyla çözüm aramaları gerektiğini ifade etmiştir.<sup>43</sup> Başvuru sahiplerinin konuyu AİHM’ye taşımasının ardından Mahkeme 17 Mart 2021 tarihinde İsviçre’yi başvuru hakkında bilgilendirerek madde 2 ve 8’e ilişkin pozitif yükümlülüklerin yanı sıra adil yargılanma hakkını güvence altına alan madde 6 ve etkili başvuru hakkına dair madde 13’e ilişkin sorularını yöneltmiştir.<sup>44</sup>

#### **b. Duarte Agostinho ve Diğerleri Portekiz ve Diğer 32 Ülkeye Karşı Başvurusu**

Bir diğer örnek ise Portekiz’de düşük gelirli ailelerle yaşayan yaşları 7 ile 21 arasında değişen 6 Portekizli başvuru sahibinin, her taraf devletin yetkili makamları önünde yargı yolunu tüketmelerinin beklenmesinin orantısız bir yük olacağı gerekçesiyle, doğrudan AİHM’e yönelttikleri *Duarte Agostinho ve Diğerleri Portekiz ve Diğer 32 Ülkeye Karşı* başvurusudur. Başvuru, söz konusu devletlerin Paris Anlaşması’nda kararlaştırılan yükümlülüklerini yerine getirmeyerek başvuru sahiplerinin 2. ve 8. maddelerde güvence altına alınan haklarının yanı sıra 14. maddede düzenlenen ayrımcılık yasağını ihlal ettikleri iddiasına dayanmaktadır.<sup>45</sup>

Başvuruda iklim değişikliği ve taraf devletlerin pozitif yükümlülüklerini ifa etmemesi arasında ilişki kurulurken, özellikle 2017 yılından itibaren Portekiz’de şiddetini artıran orman yangınları örneğinden hareket edilmiş ve söz konusu yangınların başvuru sahiplerinin sağlığı üzerinde olumsuz etkiler yarattığı ileri sürülmüştür. Ayrıca başvuru sahiplerinden ikisi Lizbon’da bulunan evlerinin denize yakın olması sebebiyle aşırı hava koşullarından kaynaklı tehlikelere maruz kaldığını iddia etmiştir. Başvuru sahipleri ayrıca, iklim değişikliğinin esaslı olumsuz etkilerinin gelecekte görülecek olması sebebiyle, devletlerin pozitif yükümlülüklerini gereğince ifa etmeyerek etkileri daha şiddetli hissedecek genç kuşaklar açısından ayrımcılık yasağını da ihlal ettiklerini

43 Ibid.

44 ECHR, ‘Environment and the European Convention on Human Rights’, Factsheet, July 2021, 2.

45 *Objet de l’affaire - Cláudia DUARTE AGOSTINHO et autres contre le Portugal et 32 autres États introduite le 7 septembre 2020, Requête no 39371/20.*

savunmaktadırlar. Başvurucular bu iddialarını, çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde çocuğun yararının temel düşünce olduğu BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ile de desteklemektedirler.<sup>46</sup> Başvuru tüm bunların yanı sıra, imzacı devletlerin kendi bölgelerindeki sera gazı salımını azaltmaları, fosil yakıt ihracatını yasaklamaları gibi somut beklentiler de ortaya koyması açısından önemlidir.<sup>47</sup>

Her iki başvuru da AİHM'nin şimdiye dek değinilen içtihadındaki ilkelerin iklim değişikliğine uygulanması açısından önemli birer fırsat olarak görülebilir. Elbette bu davaların önünde büyük bir kabul edilebilirlik sınavı olduğunu da söylemek gerekir. Zira AİHS'nin 34. maddesi uyarınca, sadece Sözleşme'de güvence altına alınan haklardan biri ihlal edilen kimsenin Mahkeme'ye başvurabilmesi öngörülmekte ve mağduriyetin kabulü için zararlar doğrudan ilişki kuran makul ve ikna edici deliller gerekmektedir. İkinci başvuru açısından bunun yanında bir de iç hukuk yollarını tüketme zorunluluğunun yerine getirilmediği değerlendirilmesinde bulunulması ihtimali söz konusudur. Yine de söz konusu başvuruların 16 Numaralı Protokol'ü kabul eden bir devletin yüksek mahkemesi tarafından AİHM'den konuya ilişkin danışma görüşü talep edilmedikçe mevcut sorulara yanıt sağlamaya en yakın girişimler olduğu söylenebilir.

### ***c. Urgenda Foundation Davası***

Bu noktada son olarak AİHM kararı olmasa da AİHS hükümlerinin de etkisini gösterdiği ve son yıllarda iklim değişikliğinin insan hakları açısından yarattığı olumsuz sonuçlara ilişkin yargıya intikal eden davaların belki de en önemlisi *Urgenda Foundation* tarafından Hollanda Yüksek Mahkemesi önüne getirilen davaya da değinmek gerekmektedir. 2013 yılında açılan davada Hollanda Hükümeti'nin karbondioksit salımına ilişkin tavsiye edilen standartlara uyum göstermemesinin Hollanda vatandaşlarının insan haklarını ihlal ettiği ileri sürülmüştür. Mahkeme, hükümetin iklim kriziyle mücadelede öngörülen uluslararası hedeflerden kendisine düşen adil yükümlülüğü karşılamaktan uzak olduğuna dikkat çekerek sera gazı emisyonlarının 2020'ye değin 1990 seviyelerinin %25 altına çekilmesi gerektiğine hükmetmiştir.<sup>48</sup>

46 UN Commission on Human Rights, *Convention on the Rights of the Child.*, 7 March 1990, E/CN.4/RES/1990/74.

47 *Objet de l'affaire - Cláudia DUARTE AGOSTINHO et autres contre le Portugal et 32 autres États introduite le 7 septembre 2020, Requête no 39371/20.*

48 Rajamani L. ve Werksman JD. 'Climate Change' in Lavanya Rajamani ve Jacqueline Peel (eds) *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (Oxford University Press 2021) 492, 507.

Hollanda Yüksek Mahkemesi ilgililerin menfaatleri arasındaki benzerliği yeterli görerek AİHS'in 2. ve 8. maddelerinden kaynaklanan pozitif yükümlülükleri de dikkate almış ve böylelikle iklim değişikliğinin yarattığı gerçek ve yakın riskin Sözleşme'deki hükümler çerçevesinde nasıl uygulanabileceğine ilişkin önemli bir örnek ortaya koymuştur.<sup>49</sup> Her ne kadar aynı şekilde başarıya ulaşmasa da benzer bir girişim olan *R (Friends of the Earth Ltd) Heathrow Airport Ltd'a Karşı* davasında da davacılar tarafından Birleşik Krallık'ın Paris Anlaşması'ndan doğan yükümlülüklerini ihlal ettiği iddiası ileri sürülürken, mevcut durumun AİHS'in 2. ve 8. maddeleriyle de çeliştiği savunulmuştur.<sup>50</sup>

## B. Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi

Yukarıda değinildiği üzere, Avrupa Konseyi dahilinde iklim değişikliği ile ilgili insan haklarının uygulanmasının ele alınmasının önündeki en önemli engellerden bir tanesi, AİHS'nin açıkça, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı başta olmak üzere, çevre haklarına ilişkin bir güvence sunmamasıdır. Avrupa Konseyi'ne üye 47 devletin ulusal parlamentolarından gelen 324 parlamenterden oluşan Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi ("AKPM"), iklim değişikliği ile ilgili olarak AİHS'deki boşlukları doldurmak amacıyla etkin bir rol üstlenmektedir. AKPM, Sözleşme kapsamında sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının tanınması için Sözleşme'nin değiştirilmesini ya da ek bir protokol kabul edilmesini tavsiye eden birçok karar almıştır.<sup>51</sup> Son olarak, AKPM, "Sağlıklı Bir Çevrede Yaşama Hakkının Tespiti: Avrupa Konseyi Tarafından Güçlendirilmiş Eylem İhtiyacı" adlı ve 2396 sayılı Kararı, 2021 yılının Eylül ayında kabul etmiştir.<sup>52</sup> 2396 sayılı Karar, sağlıklı çevrede yaşama hakkı ile ilgili AİHS'de açık hüküm bulunmamasının, iklim değişikliğinden kaynaklanan günümüzdeki ve gelecekte yaşanacak çevre krizlerinin insan hakları boyutlarının AİHM tarafından kapsamlı bir şekilde ele alınmasını engellendiği anlamına geldiğini ileri sürmektedir.<sup>53</sup> Dolayısıyla,

49 Supreme Court of the Netherlands, Civil Division, ECLI:NL:HR:2019:2007 sub. 5, <<https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/ENG-Dutch-Supreme-Court-Urgenda-v-Netherlands-20-12-2019.pdf>> Erişim Tarihi: 28 Nisan 2022.

50 UK Supreme Court, *R (on the application of Friends of the Earth Ltd and others) (Respondents) v Heathrow Airport Ltd* (Appellant), Judgment, 16/12/2020, para. 113

51 Recommendation 1613 (adopted 2003) <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=10403&lang=EN>; Recommendation 1885 (adopted 30 September 2009) <<https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17777&lang=en>> Erişim Tarihi 28 Nisan 2022.

52 Resolution 2396 (adopted 29 September 2021) <<https://pace.coe.int/pdf/658d3f594762736ba3c0f378798b2c9529cf4be34aa45a8c38616ecd18fa80c0/resolution%202396.pdf>> Erişim Tarihi 28 Nisan 2022.

53 Ibid paras. 12-13.



AİHS'ye eklenecek bir protokol ile sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının “açık bir şekilde tanınması” tavsiye edilmiştir.<sup>54</sup> AKPM, “sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı”nın, 32 Avrupa Konseyi üye devleti dahil olmak üzere, dünyadaki ülkelerin yarısı tarafından anayasalarında tanındığını ifade etmiştir.<sup>55</sup> AKPM, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını tanıyan bir ek protokolün kabulü ile ilgili benzer tavsiyeleri 1614 sayılı Karar (2003) ve 1885 sayılı Karar (2009) kapsamında da yapmıştır.<sup>56</sup> Bununla birlikte, Bakanlar Komitesi, kendi görüşünde, bu tavsiyeleri, “*Sözleşme sistemi, halihazırda Sözleşme kapsamında tanınan haklar ve bunların AİHM içtihadı kapsamında gelişim gösteren yorumları ile çevrenin korunmasına zaten dolaylı olarak katkıda bulunmaktadır.*” gerekçesi ile reddetmiş ve böylece ek protokolün kabulüne yeterince ihtiyaç duyulmadığını ifade etmiştir.<sup>57</sup>

AİHS'de sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının açıkça tanınmasının teşvik edilmesine ek olarak AKPM, ayrıca iklim değişikliği ve göç ile ilgili insan hakları sorunlarının artış gösterdiğini kabul etmiştir. 3 Ekim 2019'da alınan 2307 sayılı Karar'da AKPM, iklim değişikliği kaynaklı olarak yaşam alanlarının yaşanamaz hale gelmesi sebebiyle meydana gelecek insan göçleri sonucunda, iklim değişikliğinin “iklim göçü” sorununa sebep olacağını ifade etmiştir. AKPM, Avrupa Konseyi'nin sanayileşmiş ülkelerinin, “*Güney Yarımküre'de bulunan devletler başta olmak üzere, insan kaynaklı iklim değişikliğinden etkilenen devletlere karşı özel bir sorumluluğu olduğunu ve dolayısıyla bu devletlerin iklim göçmenleri için uygun iltica hakkını sağlaması gerektiğini*” kabul etmiştir.<sup>58</sup>

### C. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi (“Bakanlar Komitesi”), sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını tanıyan ek bir protokolün kabul edilmesinin gerekli olmadığı görüşüne sahip olmasına rağmen, iklim değişikliğinin insan hakları üzerindeki etkilerini ele alırken Avrupa Konseyi'nin rolünü artıracak adımlar atmaktadır. Örneğin, 2020 yılında Bakanlar

54 Ibid para. 9.

55 Ibid para. 3.

56 Recommendation 1613 (adopted 2003) <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/XRef-Xref-ViewHTML.asp?FileID=10403&lang=EN>; Recommendation 1885 (adopted 30 September 2009) <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17777&lang=en> Erişim Tarihi 28 Nisan 2022.

57 “Reply from the Committee of Ministers adopted at the 869<sup>th</sup> meeting of the Ministers' Deputies (21 January 2004)”, Doc no. 10041 (24 January 2004) para. 4 <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-ViewHTML.asp?FileID=10403&lang=EN> Erişim Tarihi 28 Nisan 2022.

58 Resolution 2307 (adopted 3 October 2019) para. 5.4 <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=28239&lang=en> Erişim Tarihi 28 Nisan 2022.



Komitesi Gürcistan Dönem Başkanlığı tarafından, ulusal politikalar için fikirler geliştirmek amacıyla, insan hakları ve çevre krizleri arasındaki ilişkiyi tartışmak ve konuyu ele almak üzere üst düzey bir Çevre Koruma ve İnsan Hakları Konferansı düzenlemiştir.<sup>59</sup> Ayrıca, 2020 yılında Bakanlar Komitesi Gürcistan ve Yunanistan Dönem Başkanlıkları tarafından, iklim değişikliği sebebiyle ortaya çıkan insan hakları tehditlerini ifade eden “İnsan Hakları ve Çevre Hakkında Ortak Beyan” kabul edilmiş ve “*Avrupa Konseyi metnlerinin bu alandaki potansiyelinin daha fazla değerlendirilmesi ve ilk adım olarak, Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilmek üzere, bağlayıcı olmayan bir belge taslağı hazırlaması amacıyla İnsan Hakları Yönlendirme Komitesi’ne çağrıda bulunulmasına*” karar verilmiştir.<sup>60</sup>

### III. Birleşmiş Milletler’deki Gelişmeler

Konuyu BM bünyesinde yürütülen süreçler açısından ele almak gerekirse şüphesiz Çerçeve Sözleşme ile başlamak gerekecektir. İlk taslağı 1992 Rio Dünya Zirvesi’nde sunulan ve 1994’te yürürlüğe giren Çerçeve Sözleşme’ye şu ana dek 194 devlet taraf olmuştur.<sup>61</sup> İklim değişikliğinin olumsuz sonuçlarının önlenmesi veya en aza indirgenmesi için başvurulacak yöntemlere dair genel bir kılavuz niteliğinde olan Çerçeve Sözleşme ile genel ilkeler tespit edilmiş ve daha sonra oluşturulan yasal mekanizmalar için gerekli altyapı oluşturulmuştur.<sup>62</sup> Bu sayede AİHM başvurularında da referans alınan Paris Anlaşması, iklim değişikliğiyle mücadelede önemli bir araç olarak uluslararası topluma kazandırılmıştır. Türkiye’nin de yakın geçmişte taraf olduğu Paris Anlaşması, her ne kadar doğrudan insan haklarını temeline alan bir uluslararası metin olmasa da gerek sera gazı salımının azaltılması yoluyla insan kaynaklı küresel ısınmanın en aza indirgenmesi gerekse iklim değişikliğine adaptasyona yönelik hükümlere yer vermesi sebebiyle, bu alanda yaşanabilecek ihlallerinin önlenmesi aracılığıyla evrensel anlamda insan haklarının korunmasına hizmet edebilecek önemli bir uluslararası hukuk enstrümanıdır.

59 “Final Declaration by the Georgian Presidency of the Committee of Ministers: Environmental Protection and Human Rights, High-Level Conference organised under the aegis of the Georgian Presidency of the Committee of Ministers”, 27 February 2020 <<https://www.coe.int/en/web/human-rights-rule-of-law/final-declaration-by-the-presidency-of-the-committee-of-ministers>> Erişim Tarihi 28 Nisan 2022.

60 Joint Declaration on Human Rights and the Environment by the Outgoing and Incoming Presidencies of the Committee of Ministers (adopted 15 May 2020) <[https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016809e59f9](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016809e59f9)> Erişim Tarihi 28 Nisan 2022.

61 UNFCCC, *Parties* <<https://unfccc.int/process/parties-non-party-stakeholders/parties-convention-and-observer-states>> Erişim Tarihi 26 Nisan 2022.

62 Rajamani and Werksman (n 36) 498.

Elbette BM üzerinden iklim değişikliğiyle mücadele ve insan hakları ilişkisi kurulurken göz önünde bulundurulacak yegâne metinler bu sayılanlar değildir. Devletlerin kendi egemenlik alanlarında bireylerin haklarının ve refahının iyileştirilmesi yönünde yükümlülükleri bulunduğu kabulü İkiz Sözleşmeler olarak da bilinen BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (“MSHS”) ve Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeleri’nde de yansıma bulmuştur.<sup>63</sup>

BM nezdinde gözlemlenen son girişimlerden biri İrlanda ve Nijer tarafından BM Güvenlik Konseyi’ne sunulan iklim değişikliğiyle alakalı güvenlik riskleriyle mücadelede BM Güvenlik Konseyi’nden faydalanılmasını öngören tasarıdır. Bu tasarı, BM Güvenlik Konseyi üyelerinin 12 olumlu oyuna rağmen, 1 çekimser oy ve biri daimî üye olan Rusya’nın veto hakkına dayanan olmak üzere 2 ret oyuyla reddedilmiştir.<sup>64</sup> Tasarıya karşı çıkan Hindistan gerekçe olarak özetle, iklim değişikliğinin güvenlikle ilişkilendirilmesi yaklaşımının hatalı olduğunu ve Çerçeve Sözleşme bünyesindeki çalışmalara devam edilmesi gerektiğini belirtirken; Rusya temsilcisi uluslararası toplumun halihazırda meselenin çözümüne ilişkin farklı yaklaşımları benimsediğini ifade etmiştir.<sup>65</sup> Tasarıyı sunan İrlanda ve Nijer temsilcileri tarafından iklim değişikliğiyle mücadelede BM Güvenlik Konseyi’nin sahip olduğu yetkilerden faydalanılması fırsatının reddedilmesi eleştirilirken COVID-19 çerçevesinde benzer bir kararın alındığı hatırlatılmıştır.<sup>66</sup> Buna rağmen tasarının 113 BM üyesi devletin desteğini aldığı göz önünde bulundurulduğunda gelecekte de benzer girişimlerle karşılaşılmasının olası olduğu söylenebilir.<sup>67</sup>

Bütün bunlar iklim değişikliğinin insan hakları üzerinde yaratabileceği olası olumsuz sonuçların BM’de de yansıma bulduğunu gösteren önemli örneklerdir. Henüz BM Güvenlik Konseyi tarafından alınmış bağlayıcı bir karar bulunmasa dahi BM Genel Kurulu bünyesinde insanlığın iklim değişikliğinden korunmasına yönelik alınan

63 Mayer (n 6) 171.

64 United Nations, ‘Security Council Fails to Adopt Resolution Integrating Climate-Related Security Risk into Conflict-Prevention Strategies’ (**United Nations Meeting Coverage**, 13 December 2021) <<https://www.un.org/press/en/2021/sc14732.doc.htm>> Erişim Tarihi: 26 Nisan 2022.

65 Ibid.

66 Ibid.

67 Florian Krampe ‘Russia’s ‘nyet’ does not mean climate security is off the Security Council agenda’ **Stockholm International Peace Research Institute** <<https://www.sipri.org/commentary/expert-comment/2021/russias-nyet-does-not-mean-climate-security-security-council-agenda>> Erişim Tarihi: 26 Nisan 2022.

kararlarla<sup>68</sup> küresel çözüm çabaları teşvik edilebilecektir. Keza BM Çölleşme ile Mücadele Sözleşmesi kapsamında yürütülen Büyük Yeşil Duvar<sup>69</sup> gibi projeler de iklim değişikliğinin farklı alanlardaki olumsuz etkilerini azaltmak yahut adaptasyonu sağlamak suretiyle bu alandaki insan haklarının korunmasına katkı sağlayabilecektir. Lakin çalışmanın amacı doğrultusunda burada BM insan hakları belgeleri kapsamında korunan haklar ile iklim değişikliği arasındaki ilişkinin kurulmasında BM organlarının kaydettiği son ilerlemeler incelenecek ve bu çerçevede BM sözleşme denetim organları ile İnsan Hakları Konseyi ele alınacaktır.

## A. Birleşmiş Milletler Sözleşme Denetim Organları

Çeşitli BM insan hakları sözleşmelerinin denetim organları, bugüne kadar iklim değişikliği ve insan hakları ile ilgili olarak çok sayıda bildiri sunmuş ve aynı zamanda genel yorumlar gibi diğer sözleşme araçlarıyla iklim değişikliğini ele almaya başlamıştır. Bu bölümde sırasıyla Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi (“İHK”), Kadınlara Yönelik Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi ve BM Çocuk Hakları Komitesi’nin konuya ilişkin kararları incelenecektir.

### 1. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi

MSHS ile uyumluluğu denetlemekten sorumlu sözleşme organı olan İHK, 2019 yılında, yaşama hakkı ile ilgili olarak 36 sayılı Genel Yorumu yayımlamıştır.<sup>70</sup> Bu genel yorumda, İHK, “çevre tahribatı, iklim değişikliği ve sürdürülemez kalkınmanın, mevcut ve gelecek nesillerin yaşam hakkına yönelik en acil ve ciddi tehditlerden olduğunu” açıkça kabul etmiştir.<sup>71</sup> Buna göre devletlerin MSHS’nin 6’ncı maddesi kapsamında yaşamı koruma ile ilgili tedbirler almasına dair pozitif yükümlülükleri, “temel çevre standartlarını geliştirme ve uygulama” için gerekli adımları atmayı da içermektedir.<sup>72</sup>

68 UN General Assembly, *Protection of global climate for present and future generations of humankind: resolution / adopted by the General Assembly*, 18 February 2014, A/RES/68/212; UN General Assembly, *Protection of global climate for present and future generations of humankind : resolution / adopted by the General Assembly*, 12 March 2013, A/RES/67/210.

69 United Nations Convention to Combat Desertification, Great Green Wall Initiative, <<https://www.unccd.int/actions/great-green-wall-initiative>> Erişim Tarihi: 26 Nisan 2022.

70 UN Human Rights Committee, General Comment No. 36, 3 September 2019, UN Doc CCPR/C/GC/36 <<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsrdB0H115979OVGGb%2bWPAXhN19e0rX3cJImWwe%2fGBLmVrGmT01On6KBQgqmxPNlJrLLdefuuQjN19BgOr%2fS93rKPWbCbgoJ4dRgDoh%2fXgwn>> Erişim Tarihi 26 Nisan 2022.

71 Ibid para. 62

72 Ibid.

Keza 2019 yılında İHK, Cabo Verde İlk Raporuna İlişkin Sonuç Gözlemlerinde “iklim değişikliği” kavramına ilk defa atıfta bulunmuştur.<sup>73</sup> Raporda, Cabo Verde’nin “iklim değişikliğine karşı özellikle savunmasız” halde bulunan bir ada devleti olduğu belirtilerek,<sup>74</sup> 36 sayılı Genel Yoruma uygun olarak iklim değişikliğinin olumsuz etkilerini ele alan çalışmaların devletler tarafından artırılması ile ilgili tavsiyede bulunulmuştur.<sup>75</sup> Daha güncel bir kararında ise İHK, Avustralya’nın iklim değişikliğinin olumsuz etkileriyle mücadelede yeterli önlemleri almamasının Torres Boğazı Adaları sakinlerinin MSHS madde 17’de yer alan mahremiyet hakkı ile madde 27’de düzenlenen azınlıkların korunması yükümlülüğünün ihlaline yol açtığı tespitinde bulunmuştur.<sup>76</sup>

İHK, iklim göçü ve iklim göçmenleri meselelerini ele alma görevini de üstlenmiştir. *Teitiota/Yeni Zelanda* kararında, İHK ilk defa, bireyleri iklim değişikliğinin olumsuz etkilerinden dolayı hayatlarının tehlike altında olacağı bir yere zorla geri döndürmenin MSHS’nin 6’ncı maddesi uyarınca yaşam hakkını ihlal edebileceğini kabul etmiştir.<sup>77</sup> Kiribati vatandaşı olan başvuru, Kiribati’deki durum MSHS’nin 6’ncı maddesini ihlal etmek için İHK tarafından belirlenen yüksek eşiği aşmadığından, bu başvurusunda sonuç elde edememesine rağmen, ilgili karar İHK’nın iklim değişikliği ile MSHS kapsamında korunan haklar arasındaki ilişki hakkındaki görüşlerinin ilerleme gösterdiğinin bir başka örneğini teşkil etmektedir. Bu kapsamda iklim değişikliği küçük ada devletlerinin varlığını tehlikeye sokmaya devam ettiği sürece, devletlerin gelecekte artacağı tahmin edilen iltica taleplerini değerlendirirken iklim değişikliğinin etkilerini gözetmesi gerektiği kabul edilmektedir.

## 2. Kadınlara Yönelik Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi

İklim değişikliğinin etkileriyle ilgilenen ikinci bir sözleşme organı Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi (“CEDAW”) ile uyumluluğun denetiminden sorumlu olan Kadınlara Yönelik Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi’dir. Yakın zamanda yayımlanan “İklim Değişikliği Bağlamında Afet Riskini Azaltmanın

73 See UN HRC, Concluding Observations on the Initial Report of Cabo Verde, 7 November 2019, UN Doc CCPR/C/CPV/CO/1/Add.1, paras. 17-18 [https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/CPV/CCPR\\_C\\_CPV\\_CO\\_1\\_Add-1\\_38627\\_E.pdf](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/CPV/CCPR_C_CPV_CO_1_Add-1_38627_E.pdf). Erişim Tarihi 26 Nisan 2022.

74 Ibid para. 17.

75 Ibid para. 18.

76 UN Human Rights Committee, Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication, 22 September 2022, UN Doc CCPR/C/135/D/3624/2019, para. 8.12-13.

77 *Teitiota v. New Zealand*, 23 September 2020, UN Doc CCPR/C/127/D/2728/2016 [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolNo=CCPR%2fC%2f127%2fD%2f2728%2f2016&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolNo=CCPR%2fC%2f127%2fD%2f2728%2f2016&Lang=en). Erişim Tarihi 26 Nisan 2022.

Cinsiyetle İlgili Boyutları Hakkında 37 sayılı Genel Tavsiye<sup>78</sup> metninde, CEDAW Komitesi iklim değişikliğinin kadınlar için erkeklere göre daha büyük risk ve yükümlülük anlamına geldiğini ileri sürmüş<sup>79</sup> ve iklim değişikliğinin kadınlar üzerindeki olumsuz etkilerini azaltmak için taraf devletlere CEDAW kapsamındaki olumlu yükümlülüklerini yerine getirmek üzere çeşitli tedbirler alma tavsiyesinde bulunmuştur.<sup>80</sup>

### 3. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi

İklim değişikliğinin etkilerinin gelecekte daha şiddetli olacağı beklentisi dikkate alındığında bu alandaki risklerin özellikle gelecek kuşakların insan hakları açısından daha da ciddi bir tehdit yarattığı aşikardır. Bu çerçevede BM Çocuk Hakları Komitesi'nin meseleye yaklaşımına da değinmek gerekmektedir. BM Çocuk Hakları Komitesi 11 Ekim 2021 tarihinde, on altı çocuk başvuru tarafından Çocuk Hakları Sözleşmesinin Başvuru Usulüne İlişkin İhtiyari Protokolü kapsamında beş ülke (Arjantin, Brezilya, Fransa, Almanya ve Türkiye) aleyhinde yapılan başvurular hakkında kararını yayımlamıştır.<sup>81</sup> Komite'nin kararı, ilk defa bir uluslararası insan hakları organı tarafından Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye taraf bir devletin hem kendi ülkesi dahilinde hem de haricinde çocukların hakları üzerinde karbon salımının olumsuz etkilerinden sorumlu tutulabileceğini belirttiği için büyük önem arz etmektedir. Komite, en nihayetinde iç hukuk yolları tüketilmediği için bu başvuruyu kabul edilebilir bulmasa dahi, kararda “*salım yapan devletler, kendi ülkesinden kaynaklanan emisyonun çocukların hakları üzerindeki olumsuz etkilerinden, ilgili çocuklar yurtdışında yerleşik olsalar dahi sorumludurlar. İklim değişikliğinin nedenlerinin kolektif oluşu, bir devletin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır.*” tespitine yer verilmiştir.<sup>82</sup> Komite'nin kararı, devletleri karbon salımının olumsuz etkilerini ele almaması sebebiyle sorumlu tutmasının yanı sıra bu yükümlülüklerin sınır aşan şekilde uygulaması esasını da benimsemesi sebebiyle olumlu bir adım olarak değerlendirilebilir.<sup>83</sup>

78 CEDAW Committee, “General Recommendation No. 37 on Gender-Related Dimensions of Disaster Risk Reduction in the Context of Climate Change”, 7 February 2018, UN Doc CEDAW/C/GC/37.

79 Ibid para. 2.

80 Ibid paras. 31, 36, 38, 40, 42, 46, 51, 54, 57, 60, 64, 68, 72, 78 and 81.

81 Karara takip eden linkten erişilebilir: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=1351&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=1351&Lang=en). Erişim Tarihi 26 Nisan 2022.

82 Ibid.

83 Aoife Nolan, ‘Children’s Rights and Climate Change at the UN Committee on the Rights of the Child: Pragmatism and Principle in *Sacchi v. Argentina*’ *EJIL:Talk!* (20 October 2021) <<https://www.ejiltalk.org/childrens-rights-and-climate-change-at-the-un-committee-on-the-rights-of-the-child-pragmatism-and-principle-in-sacchi-v-argentina/>> Erişim Tarihi 26 Nisan 2022.

## B. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi

İklim değişikliğinin insan hakları üzerindeki etkisine ilişkin BM sistemi içerisindeki gelişmeler incelenirken göz önüne alınması gereken bir diğer kurum ise şüphesiz BM İnsan Hakları Konseyi'dir. BM İnsan Hakları Konseyi 8 Ekim 2021 tarihinde 48/13 sayılı Karar ile temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir bir çevreye sahip olmak evrensel bir insan hakkı olarak tanımıştır.<sup>84</sup> Aynı tarihte İnsan Hakları Konseyi, İklim Değişikliği Bağlamında İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesi Özel Raportörü görevini tesis eden 48/14 sayılı Kararı da kabul etmiştir.<sup>85</sup>

Komite, BM üyesi devletleri temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir çevre hakkının korunmasında işbirliği yapmaya çağırıştır. 48/13 sayılı Karar bağlayıcı olmasa dahi çevresel krizleri ve iklim değişikliğini daha koordine bir şekilde ele alma çabalarını destekleyecek güçlü siyasi taahhütler içermesi açısından büyük önem taşımaktadır. Kararın kabul edilmesi, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının, BM Genel Kurul kararı ya da Avrupa Konseyi dahil olmak üzere bölgesel düzeyde bir karar ile, yasal olarak bağlayıcı bir şekilde tanınması amacıyla yapılan çalışmaların artırılması için önemli bir yöntem olarak görülmektedir.<sup>86</sup>

Karar iklim değişikliği başta olmak üzere çevreyi tehdit eden sorunlarla mücadelede devlet ve şirketlerin gerekli ve yeterli önlemleri almalarını sağlamada da bir araç olarak kullanılabilir. Bu doğrultuda, BM İnsan Hakları ve Çevre Raportörü de sera gazı salımının azaltılması ile iklim değişikliğinin sonuçlarına uyum çerçevesinde gerçekleştirilen düzenlemeleri değerlendirip en iyi uygulamaları tespit ederek, iklim değişikliğinin insan hakları üzerindeki olumsuz etkileriyle nasıl mücadele edilmesi gerektiği yönündeki politika yapım süreçlerini etkileyebilecektir. Ayrıca, hukukun sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını açıkça tanımadığı devletlerde bile iklim değişikliği ile ilgili başvuru sayılarında ulusal düzeyde bir artış eğilimi bulunmaktadır. Başvurucular, bu devletlerdeki yerel mahkemeler nezdinde genellikle argümanlarını desteklemek için bağlayıcı niteliği olmayan uluslararası hukuk araçlarına atıfta bulunmaktadır. Dolayısıyla, 48/13 sayılı Karar büyük olasılıkla bu tür davalarda başvuruçulara yardımcı olacaktır.<sup>87</sup>

84 Resolution 48/13, 18 October 2021, UN Doc. A/HRC/Res/48/13 <https://undocs.org/A/HRC/RES/48/13>. Erişim Tarihi 26 Nisan 2022.

85 Resolution 48/14, 5 October 2021, UN Doc. A/HRC/48/L.23/Rev.1 <https://undocs.org/a/hrc/48/l.23/rev.1>. Erişim Tarihi 26 Nisan 2022.

86 Annalisa Savaresi, 'The UN HRC Recognizes the Right to a Healthy Environment and Appoints a New Special Rapporteur on Human Rights and Climate Change. What Does It All Mean?' *EJIL: Talk!* (12 October 2021) <<https://www.ejiltalk.org/the-un-hrc-recognizes-the-right-to-a-healthy-environment-and-appoints-a-new-special-rapporteur-on-human-rights-and-climate-change-what-does-it-all-mean/>> Erişim Tarihi 26 Nisan 2022.

87 Ibid.

## Sonuç

İnsan haklarının her geçen gün genişleyen kapsamı ile hak ve özgürlüklerin korunmasına gösterilen hassasiyetteki artışın iklim değişikliğiyle mücadeleyi de etkilediği söylenebilir. İklim değişikliğinin etkilerinin günlük hayatta doğrudan hissedildiği şu dönemde bu ilişkinin daha yoğun bir şekilde gözlemlenmesi şaşırtıcı değildir. Şayet bu olumsuz sonuçların en aza indirgenmesine yönelik yeterli özveri gösterilmezse bugün yeterince yakın bir tehlike yaratıp yaratmadığı tartışılan meseleler, yarın insan haklarının güvence altına alınmasındaki büyük engeller olarak karşımıza çıkabilir.

BM İnsan Hakları Yüksek Komiseri iklim değişikliğinin insan hakları için ciddi bir tehdit oluşturduğunu iddia etmekte haklı bulunmaktadır. İklim değişikliğinin olumsuz sonuçları hem yaşamları hem de geçim kaynaklarını etkilemekte ve bu etkilerin azaltılması için hem ulusal hem de uluslararası çalışmalar gerekmektedir. Bu çalışmada belirtildiği üzere, insan hakları hukuku, iklim değişikliğinin etkilerini ele almada önemli bir role sahip olabilir. BM sistemindeki son gelişmeler ve Mahkeme nezdinde beklemede olan başvurular, insan hakları hukukunun gelecekte iklim değişikliğini ele almak için aktivistler tarafından giderek daha fazla kullanılan bir araç haline gelmeye hazır olduğunu ve kuşkusuz bu alanda başka gelişmelerin yaşanacağını da göstermektedir.

Zira AİHS her ne kadar insan haklarının etkin korunmasında önemli bir yer tutsa da gerçekçi çıkarımlarda bulunabilmek için AİHM'nin her soruna çözüm yaratabilecek sihirli bir araç olmadığını unutmamak gerekir. Buna rağmen AİHM ve BM nezdinde yürütülen çalışmalar çözümün bir parçası olması açısından ümit vericidir. Önümüzdeki dönem, bu alandaki yargı kararlarının artması ve yürürlüğe konan projelerin çıktılarının gözlemlenebilir olması sebebiyle daha detaylı incelemeler yapılmasına olanak sağlayabilecek; şüphesiz bu durum sadece iklim değişikliğiyle mücadeleye değil aynı zamanda insan hakları uygulamasına da önemli katkı sağlayacaktır.

---

**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

- Benoit M. ‘Climate Change Mitigation as an Obligations under Human Rights Treaties?’ (2021) 115(3) American Journal of International Law 409-451.
- Benoit M. *The International Law on Climate Change* (Cambridge University Press 2018).
- Caney S. ‘Climate Change, Human Rights, and Moral Thresholds’ in Stephen M. Gardiner, Simon Caney, Dale Jamieson ve Henry Shue (edr) *Climate Ethics: Essential Readings* (Cambridge University Press 2010) 163-177.
- Humphreys S. ‘Introduction: Human Rights and Climate Change’ in Stephen Humphreys, (ed), *Human Rights and Climate Change* (Cambridge University Press, 2009) 1-35.
- Feria-Tinta M. ‘Climate Change Litigation in the European Court of Human Rights: Causation, Imminence and Other Key Underlying Notions’ (2021) 1(3) Europe des Droits et Libertés 52-71 <<https://www.europedeslibertes.eu/article/climate-change-litigation-in-the-european-court-of-human-rights-causation-imminence-and-other-key-underlying-notions/>> Erişim Tarihi 21 Nisan 2022.
- IPCC ‘Summary for Policymakers’ iç MassonDelmotte, V., P. Zhai, A. Pirani, S.L. Connors, C. Péan, S. Berger, N. Caud, Y. Chen, L. Goldfarb, M.I. Gomis, M. Huang, K. Leitzell, E. Lonnoy, J.B.R. Matthews, T.K. Maycock, T. Waterfield, O. Yelekçi, R. Yu, and B. Zhou (edr) *Climate Change 2021: The Physical Science Basis* (Working Group I Contribution to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change 2021).
- Koivurova T, Duyck S, Heinamaki L. ‘Climate Change and Human Rights in Erkki J. Hollo, Kati Kulovesi, Michael Mehling (eds) *Climate Change and the Law* (Springer, 2013) 287-328.
- Kotze LJ, ‘Human rights and the environment in the Anthropocene’ (2014) 1 (3) The Anthropocene Review 252-275.
- Krampe F ‘Russia’s ‘nyet’ does not mean climate security is off the Security Council agenda’ Stockholm International Peace Research Institute <<https://www.sipri.org/commentary/expert-comment/2021/russias-nyet-does-not-mean-climate-security-security-council-agenda>> Erişim Tarihi: 17 Aralık 2021.
- Nolan A. ‘Children’s Rights and Climate Change at the UN Committee on the Rights of the Child: Pragmatism and Principle in *Sacchi v. Argentina*’ 20 Ekim 2021, *EJIL:Talk!* <<https://www.ejiltalk.org/childrens-rights-and-climate-change-at-the-un-committee-on-the-rights-of-the-child-pragmatism-and-principle-in-sacchi-v-argentina/>> Erişim Tarihi 21 Nisan 2022.
- Pedersen OW. ‘The European Convention of Human Rights and Climate Change – Finally!’, 22 Eylül 2020, *EjilTalk* <<https://www.ejiltalk.org/the-european-convention-of-human-rights-and-climate-change-finally/>> Erişim Tarihi 21 Nisan 2022.
- Peel J. ve Osofsky HM. ‘A Rights Turn in Climate Change Litigation?’ (2018) 7(1) Transnational Environmental Law 37-67.
- Rajamani L. ve Werksman JD. ‘Climate Change’ iç Lavanya Rajamani ve Jacqueline Peel (edr) *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (Oxford University Press 2021) 492-512.
- Roschmann C, ‘Climate Change and Human Rights’ in Oliver C. Ruppel, Christian Roschmann, Katharina Ruppel-Schlichting (eds), *Climate Change: International Law and Global Governance: Volume I: Legal Responses and Global Responsibility* (Nomos Verlagsgesellschaft mbH 2013) 203-242.
- Sandvig J, Dawson P. ve Tjelmeland M ‘Can the ECHR Encompass the Transnational and Intertemporal Dimensions of Climate Harm?’ (23 Haziran 2021) *EJIL:Talk!* <<https://www.ejiltalk.org/can-the-echr-encompass-the-transnational-and-intertemporal-dimensions-of-climate-harm/>> Erişim Tarihi 21 Nisan 2022.
- Savaresi A. ‘The UN HRC Recognizes the Right to a Healthy Environment and Appoints a New Special Rapporteur on Human Rights and Climate Change. What Does it All Mean?’ 12 Ekim 2021, *EJILTalk* <<https://www.ejiltalk.org/the-un-hrc-recognizes-the-right-to-a-healthy-environment-and-appoints-a-new-special-rapporteur-on-human-rights-and-climate-change-what-does-it-all-mean/>> Erişim Tarihi 21 Nisan 2022.



Narula S. 'Human Rights and Climate Change' in Karl S. Coplan, Shelby D. Green et al (eds), *Climate Change Law: An Introduction* (Edward Elgar Publishing, 2021) 135-170.

Quirico O, Bröhmer J and Szabo M. 'States, Climate Change and Tripartite Human Rights: The Missing Link' in Ottavio Quirico and Mouloud Boumghar (eds) *Climate Change and Human Rights: An International and Comparative Law Perspective* (Routledge, 2016) 7-38.

The Office of the High Commissioner for Human Rights, *Understanding Human Rights and Climate Change* (Submission to the 21st Conference of the Parties to the United Nations Framework Convention on Climate Change 2015).

Vincent Bellinkx et al, 'Addressing Climate Change through International Human Rights Law: From (Extra) Territoriality to Common Concern of Humankind' (2021) 10 *Transnational Environmental Law* 1-25.

## Uluslararası Antlaşmalar, Karar ve Açıklamalar / Treaties, Resolutions and Statements

'Climate crisis is greatest ever threat to human rights, UN warns', *The Guardian* (10 September 2019) <https://news.un.org/en/story/2021/10/1104352>.

CEDAW Committee, "General Recommendation No. 37 on Gender-Related Dimensions of Disaster Risk Reduction in the Context of Climate Change", 7 February 2018, UN Doc CEDAW/C/GC/37.

The decision may be accessed here: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=1351&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=1351&Lang=en).

Drafting and Additional Protocol to the European Convention on Human Rights Concerning the Right to a Healthy Environment, Reply to Recommendation, Doc 12298, 19 June 2010, s. 2, para. 9, <https://pace.coe.int/pdf/c5fad497c76ebe5bdd3077f831b0d2cf42c375a5367f3fe5c98e085c077326d/doc.%2012298.pdf>, erişim tarihi: 17/12/2021.

ECHR, 'Environment and the European Convention on Human Rights', Factsheet, July 2021.

"Final Declaration by the Georgian Presidency of the Committee of Ministers: Environmental Protection and Human Rights, High-Level Conference organised under the aegis of the Georgian Presidency of the Committee of Ministers", 27 February 2020 <https://www.coe.int/en/web/human-rights-rule-of-law/final-declaration-by-the-presidency-of-the-committee-of-ministers>.

Joint Declaration on Human Rights and the Environment by the Outgoing and Incoming Presidencies of the Committee of Ministers (adopted 15 May 2020) [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016809e59f9](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016809e59f9).

Objet de l'affaire - Cláudia DUARTE AGOSTINHO et autres contre le Portugal et 32 autres États introduite le 7 septembre 2020, Requête no 39371/20.

Objet de l'affaire et questions - Verein Klimaseniorinnen Schweiz et autres contre la Suisse introduite le 26 Novembre 2020 communiquée le 17 mars 2021, 6 Avril 2021

Recommendation 1613 (adopted 2003) <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=10403&lang=EN>

Recommendation 1885 (adopted 30 September 2009) <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17777&lang=en>.

Resolution 2396 (adopted 29 September 2021) <https://pace.coe.int/pdf/a1a2a7f0cde9d4423de566e20335704d29cf4be34aa45a8c38616ecd18fa80c0/resolution%202396.pdf>.

Recommendation 1613 (adopted 2003) <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=10403&lang=EN>; Recommendation 1885 (adopted 30 September 2009) <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17777&lang=en>.

- “Reply from the Committee of Ministers adopted at the 869<sup>th</sup> meeting of the Ministers’ Deputies (21 January 2004)”, Doc no. 10041 (24 January 2004) para. 4 <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=10403&lang=EN>.
- Resolution 2307 (adopted 3 October 2019) para. 5.4 <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=28239&lang=en>.
- Resolution 48/13, 18 October 2021, UN Doc. A/HRC/Res/48/13 <https://undocs.org/A/HRC/RES/48/13>.
- Resolution 48/14, 5 October 2021, UN Doc. A/HRC/48/L.23/Rev.1 <https://undocs.org/a/hrc/48/l.23/rev.1>.
- Teitiota v. New Zealand*, 23 September 2020, UN Doc CCPR/C/127/D/2728/2016 [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f127%2fd%2f2728%2f2016&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f127%2fd%2f2728%2f2016&Lang=en).
- UN Commission on Human Rights, *Convention on the Rights of the Child*, 7 March 1990, E/CN.4/RES/1990/74.
- United Nations Convention to Combat Desertification, Great Green Wall Initiative, <https://www.unccd.int/actions/great-green-wall-initiative> Erişim Tarihi: 17.12.2021.
- UNFCCC, <https://unfccc.int/process/parties-non-party-stakeholders/parties-convention-and-observer-states> Erişim Tarihi 17.12.2021.
- UN HRC, Concluding Observations on the Initial Report of Cabo Verde, 7 November 2019, UN Doc CCPR/C/CPV/CO/1/Add.1, paras. 17-18 [https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/CPV/CCPR\\_C\\_CPV\\_CO\\_1\\_Add-1\\_38627\\_E.pdf](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/CPV/CCPR_C_CPV_CO_1_Add-1_38627_E.pdf).
- UN Human Rights Committee, General Comment No. 36, 3 September 2019, UN Doc CCPR/C/GC/36 <http://docstore.ohchr.org/Services/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsrdB0H115979OVGGb%2bWPAxhNI9e0rX3cJImWwe%2fGBLmVrGmT01On6KBQgqmxPNlJrLLdefuuQjN19BgOr%2fS93rKPWbCbgoJ4dRgDoh%2fXgwn>.
- UN Human Rights Committee, Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication, 22 September 2022, UN Doc CCPR/C/135/D/3624/2019.
- United Nations General Assembly, The human right to a clean, healthy and sustainable environment, A/HRC/RES/48/13
- UN General Assembly, *Protection of global climate for present and future generations of humankind : resolution / adopted by the General Assembly*, 18 February 2014, A/RES/68/212;
- UN General Assembly, *Protection of global climate for present and future generations of humankind : resolution / adopted by the General Assembly*, 12 March 2013, A/RES/67/210.
- United Nations, Security Council Fails to Adopt Resolution Integrating Climate-Related Security Risk into Conflict-Prevention Strategies, Meeting Coverage, <https://www.un.org/press/en/2021/sc14732.doc.htm> Erişim Tarihi: 17.12.2021.

## Mahkeme Kararları / Court Decisions

- Al Skeini and Others v. United Kingdom* (no. 55721/07, 7 July 2011).
- Athanassoglou and Others v. Switzerland* App no. 27644/95 (ECtHR, 6 April 2000).
- Budayeva and Others v. Russia* App nos. 15339/02, 21166/02, 11673/02, 15343/02 (ECtHR, 20 March 2008).
- Cordella v. Italy* ([GC], no. 54414/13, 24 January 2019)
- Cyprus v Turkey* App no 25781/94 (ECtHR, 10 May 2021).
- Demir and Baykara v Turkey* App no. 34503/97 (ECtHR, 12 November 2008).
- Fadeyeva v Russia* App no 55723/00 (ECtHR, 9 June 2005).
- Hatton and Others v the United Kingdom* App no 36022/97 (ECtHR, 8 July 2003).
- Kolyadenko and Others v. Russia* App nos 17243/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05, 35673/05 (ECtHR, 28 February 2012).

*L.C.B v. the United Kingdom* App no 14/1997/798/1001 (ECtHR, 9 June 1998).

*Loizidou v. Turkey* (no. 15318/89, 23 March 1995)

*Osman v. the United Kingdom* App no 87/1997/871/1083 (ECtHR, 28 October 1998).

*Öneryıldız v. Turkey* App no 48939/99 (ECtHR 30 November 2004).

*R (on the application of Friends of the Earth Ltd and others v Heathrow Airport Ltd)* (2020) UKSC 2020/0042.

*State of the Netherlands v Urgenda Foundation* (2019) Supreme Court of the Netherlands, Civil Division  
ECLI:NL:HR:2019:2007 <<https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/ENG-Dutch-Supreme-Court-Urgenda-v-Netherlands-20-12-2019.pdf>> Erişim Tarihi: 17 Aralık 2021.

*Streletz, Kessler and Krenz v Germany* App nos 34044/96, 355532/97, 44801/98 (ECtHR 22 March 2001).

*Taşkın and Others v Turkey* App no 46117/99 (ECtHR, 10 November 2004).

*Tyrer v United Kingdom* App no 5856/72 (ECtHR, 25 April 1978).



# Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma

## *Searching, Copying and Seizing of Computers, Computer Programs and Files*

Neslihan ATEŞ BENEK<sup>1,2</sup>

<sup>1</sup>Avukat, İstanbul Barosu, İstanbul, Türkiye

<sup>2</sup>Doktora Öğrencisi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye

ORCID: N.A.B. 0000-0002-9927-6351

### ÖZ

Teknoloji dünyasında yaşanan hızlı ilerlemenin ceza muhakemesi alanındaki en göze çarpan sonuçlarından biri, suçun ispatında dijital delillerden yararlanılmasıdır. İçinde bulunduğumuz bilgi çağında teknoloji dünyasında ortaya çıkan baş döndürücü gelişmeler, hayatın her alanında değişikliğe neden olduğu gibi hukuk alanında da etkilerini göstermiştir. Öncelikle suç işleme tarzları değişmiş ve suç dijital ortama taşınmıştır. Teknoloji alanında yaşanan bu dönüşüm karşısında, dijital deliller adeta yeni bir dünyanın kapılarını açarak ceza muhakemesi alanında klasik deliller gibi kullanılmaya başlanmıştır. Bilgi teknolojilerinin sunduğu imkanlar kullanılarak işlenen suçların her geçen gün artması karşısında gerek maddi gerçeğin ortaya çıkarılması gerekse suçlulukla mücadele kapsamında, bilimsel esaslara uygun olarak elde edilmiş dijital delillerden istifade edilmesi kaçınılmaz hale gelmiştir. Bu makalede de dijital delilleri elde edebilmek amacıyla bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma tedbiri inceleme konusu yapılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Dijital delil, bilgisayarlarda arama, bilgisayarlarda elkoyma

### ABSTRACT

The rapid progress and stunning developments experienced in the technological world very directly impact all areas of life, including the field of law. One of the most striking impacts in the field of criminal procedures is how criminal acts transfer to the digital world and how digital evidence can be used as proof of these crimes. In the face of this transformation, digital evidence has opened the doors to a new world and started being used just like classical evidence in the field of criminal procedural law. With the increase in the number of crimes committed by using the opportunities offered by information technologies, using digital evidence that has been obtained within the scope of scientific principles has become inevitable for both revealing the truth and capturing criminals. This article deals with the issues of searching, copying, and seizing the digital evidence that is present in computers, computer programs and files.

**Keywords:** Digital evidence, computer search, computer seizure

Submitted: 10.06.2022 • Accepted: 18.10.2022 • Published Online: 04.11.2022

Corresponding author: Neslihan Ateş Benek, E-mail: ates.neslihan@hotmail.com

Citation: Ateş Benek, N, 'Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma' (2022) 10(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 367.  
<https://doi.org/10.26650/JPLC2022-1129151>



## EXTENDED ABSTRACT

In criminal procedural law, anything can be considered evidence provided it possesses characteristics pertaining to crime. As regards the principle of having free access to all evidence, no difference exists between digital and physical evidence. Also, due to the hierarchy of evidence being invalid with regard to criminal procedure, making a distinction between which evidence is important/strong or unimportant/weak is not possible. As a result of the tremendous developments in the field of technology also having increased the number of crimes committed regarding information systems, the need for digital evidence has gained increasingly greater importance, as well as its use as a means of proof. However, because the use of evidence obtaining measures such as the search, copy or seize of digital data belonging to individuals constitutes an infringement of many legal values, legislators have also regulated legal measures and bound these to strict conditions.

The measure on searching, copying, and seizing evidences from information systems in relation to crimes committed with use of digital technologies is listed in Criminal Procedure Code (Law No. 5271) and constitutes a special instance of the search and seizure protection measures. Article 134 of this Criminal Procedure Code covers the procedures regarding the gathering of data stored on information systems.

The topics of this study are the matters of the search, copy and seizure of digital evidence from information systems, and these matters are measures that can be applied to all criminal areas. Legislators have not limited the scope of crime in terms of the application of these measures. In this context, the relevant measures can be applied to all investigations that require the collection of digital evidence, whether for classical or cyber crimes.

In order to make a decision regarding the measures regulated in Article 134 of the Criminal Procedure Code, the conditions stipulated in the law must be fulfilled. These conditions are: the presence of strong grounds of suspicion based on concrete evidence and the absence of the possibility of obtaining evidence any other way. Evidence obtained after search, copy and seizure procedures have been made that do not adhere to these legal conditions should also be noted as being unusable as criminal evidence due to being outside the confines of the law. In addition, obtaining digital evidence in accordance with the technical requirements is also extremely important. Obtained evidence must be submitted to the judicial authorities intact and in full. Otherwise,

even if this evidence had been collected by field experts, it is neither acceptable as lawful evidence nor will it be taken as a basis for judgment.

Article 134 of the Criminal Procedure Code should be amended in accordance with the requirements of the age in the face of the rapidly developing and changing digital technologies. This regulation should also safeguard suspects' fundamental human rights and freedoms. In addition, the changes should occur rapidly and be sufficient to put an end to all the discussions regarding the doctrine. Due to digital evidence being among the most important evidence of the current day, guarantees should be introduced to ensure that this type of evidence is collected in accordance with the technical requirements and evaluated within the scope of scientific principles.

In summary, this paper aims to analyze the processes related to detecting and evaluating digital evidence within the framework of the general principles of criminal procedural law. In this context, the paper examines the search, copy and seizure measures regarding the information systems covered in Article 134 of the Criminal Procedure Code and provides explanations with respect to computers, computer programs and digital files as listed in Article 134. The paper additionally discusses the legal nature of the measures, their conditions and the way they are applied within the framework of discussions regarding the doctrine, the problems experienced in practice and the judicial decisions.

## Giriş

Günümüzde teknolojik gelişmelerin hiç olmadığı kadar ivme kazanmasıyla birlikte, günlük hayattaki pek çok kişisel ve ekonomik faaliyet sanal ortama taşınmıştır. Teknolojik ilerlemeler, bilgisayarı hayatımızın bir parçası haline getirirken, bu sistemi kullanan kişiler, teknoloji alanında yaşanan bu gelişmelerden yararlanarak suç işleyebilmekte veya işledikleri suçlara ilişkin iz ve eserleri bu cihazlarda saklayabilmektedir<sup>1</sup>. Teknolojik gelişmelere kayıtsız kalamayan ceza yargılaması da bu gelişmelere paralel olarak suç tiplerinin değişmesi, iletişim araçlarının sıklıkla kullanılması ve yazılı belgelerin yerini dijital belgelere bırakmasıyla birlikte, ceza yargılamasının temel amaçlarından biri olan maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla dijital delilleri elde etmek, incelemek ve hangi şartlarda delil olarak değerlendirileceğini belirlemek durumundadır<sup>2</sup>. Dolayısıyla bilişim sistemlerine karşı ya da bilişim sistemleri kullanılmak suretiyle bir suç işlendiği takdirde söz konusu sistem üzerinde inceleme yapılması önem arz etmektedir<sup>3</sup>. Klasik suçlara ilişkin delillerin bilişim sistemlerinde saklandığı hallerde de sistem üzerinde inceleme yapılması son derece önemlidir. Örneğin cinsel suçlar, çocuğun cinsel istismarı, dolandırıcılık, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti dahil olmak üzere çok çeşitli suç tiplerine ilişkin soruşturmalarda, bilişim sistemlerinde delil araştırması yapılmak suretiyle dijital delillerden faydalanılmaktadır<sup>4</sup>.

Dijital delillerin ceza muhakemesinde çok geniş bir yer tutmaya başlamasının nedenlerini ele alacak olursak, öncelikle suç, toplumun her kesiminde bilişim sistemlerinin sıklıkla kullanılıyor olmasının doğal bir sonucu olarak, bu alanda varlık göstermeye başlamıştır. Toplumdaki bu dönüşümle birlikte, suçun ispatında kullanılacak deliller de suçun yoğunlaştığı yerde, yani bilişim sistemlerinde aranmaya başlanmıştır. Esasen hem suç

1 Yusuf Yaşar ve İsmail Dursun, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Koruma Tedbiri” (2013) 19 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 4.

2 Osman Yaşar ve Cengiz Otacı, *Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu I. Cilt* (10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022) 1105; Muharrem Özen ve Gürkan Özocak, “Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi (CMK M. 134)” (2015) (1) Ankara Barosu Dergisi 44.

3 Murat Volkan Dülger, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku* (9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022) 596.

4 Eoghan Casey, *Digital Evidence and Computer Crime: Forensic Science, Computers and the Internet* (3rd Edition, Academic Press, 2011) 6; Ayrıca bkz. Osman Gazi Ünal, *Bilgisayarlarda Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama ve Elkoyma* (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011) 82.

hem de suçun yoğunlaştığı yerde aranması gereken deliller dijitalleşmiştir<sup>5</sup>. Öyle ki, bir zamanlar yalnızca bilişim suçları kategorisinde kullanılan dijital deliller, artık her suç kategorisinde sıklıkla kullanılan bir delil haline gelmiştir. Örneğin çocuk pornografisine ilişkin suçlarda, dijital delillerin kullanılmadığı bir davaya rastlamak neredeyse imkansızdır<sup>6</sup>. Şu halde, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 134. maddesinde öngörülen “*Bilgisayarlar, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma*” koruma tedbiri, yalnızca bilişim suçlarında değil, diğer suç tiplerinde de uygulanabilen bir tedbirdir. Diğer bir ifadeyle hem bilişim suçlarının hem de geleneksel suçların aydınlatılmasında dijital delillerden yararlanılmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, teknolojinin gelişmesiyle birlikte bilgisayarlar, özellikle iş dünyasında oldukça geniş bir yer tutmaya başlamıştır. Öyle ki, işlerini yalnızca bilgisayarlarla yürüten bir şirketin bilgisayarlarında arama yapılması ve bu cihazlara elkonulması halinde, bu şirket iş yapamaz hale gelecektir. Bu nedenle, başta özel hayat ve mülkiyet gibi pek çok temel hak ve özgürlüğe müdahale eden böyle bir tedbirin Anayasa'nın “*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması*” kenar başlıklı 13. maddesi uyarınca bir kanun normuna dayanması gerekmektedir<sup>7</sup>.

Nitekim kanun koyucu da özel hayat, ticari ve bilimsel sırlar ve mülkiyet de dahil olmak üzere pek çok hukuki değere tecavüz oluşturması nedeniyle ağır sonuçlar doğuran bu tedbiri ayrıca düzenleme ihtiyacı duymuştur<sup>8</sup>. Hemen belirtmek gerekir ki, Ceza Muhakemesi Kanunu'ndan önceki dönemde, suç soruşturmasında gerçek veya tüzel kişilerin işyeri veya konutlarındaki bilgisayarlara fiziki olarak elkonulmaktaydı. Ancak bu uygulama hem kişi ve kuruluşların ticari faaliyetlerini ağır bir şekilde sekteye uğratmakta hem de yapılacak incelemenin güvenilirliği bakımından büyük kuşular doğurmaktaydı. Zira CMUK'ta CMK m. 134 hükmünde düzenlenen bilişim sistemlerinde veri arama, kopyalama ve elkoymaya ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediğinden,

5 Olgun Değirmenci, “Adli Bilişimde Önceliklendirme (Triyaj) Yönteminin Ceza Muhakemesi Açısından Değerlendirilmesi” (2020) 2 (1) Bilişim Hukuku Dergisi 56; John E. D. Larkin, “Compelled Production of Encrypted Data” (2012) 14 (2) Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law 254; Aynı yönde bkz. Özge Apış, “Bilişim Sistemine Girme Suçu Bakımından Bilgisayarlar, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama Elkoyma Koruma Tedbiri” (2018) (37) Yasama Dergisi 69.

6 “Digital Evidence in the Courtroom: A Guide for Law Enforcement and Prosecutors”, National Institute Of Justice <<https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/211314.pdf>> Erişim Tarihi 4 Nisan 2022.

7 Dülger (n 3) 596.

8 Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (14. Baskı, Beta, 2017) 448; Örneğin bilişim sistemlerinin işlem hızlarında ve bilgi depolama kapasitelerinde yaşanan gelişim neticesinde, özel hayatın neredeyse tamamı bilişim sistemlerine kaydedilmekte ve dolayısıyla bu sistemlere herhangi bir müdahale halinde özel hayata müdahale söz konusu olmaktadır. Bkz. Olgun Değirmenci, *Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil* (Seçkin Yayıncılık, 2014) 21.



bilişim sistemlerinde veri aramaya yönelik olarak genel arama ve elkoyma hükümlerinden istifade edilmekteydi. Ancak dijital verilerin kendilerine has niteliklerinden dolayı, genel arama ve elkoyma tedbirleriyle verilerden anlaşılabilir bir şekilde delil elde edilmesi her zaman mümkün olmuyordu. İşte CMK m.134 hükmünde yer alan özel düzenlemeye ihtiyaç duyulmasının sebeplerinden biri de bilişim sistemlerinde veri arama ve verilere elkoyma yönünden, genel arama ve elkoyma hükümlerinin yetersiz kalmasıydı<sup>9</sup>.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 134. maddesinde “*Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma*” kenar başlıklı düzenlemeye yer verilmiştir. Böylece bilgisayar, bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına ve bu kayıtların çözülerek metin haline getirilmesine ilişkin hükümler genel bir kanunda ilk kez öngörülmüştür. Diğer bir ifadeyle, CMK'nın 134. maddesinde yer alan bu düzenlemeyle, işlenen suçların aydınlatılması amacıyla bilişim sistemlerinde depolanan veriler üzerinde koruma tedbirlerinin uygulanması yasal bir zemine kavuşturulmuştur<sup>10</sup>. Bu yönüyle hükmün, ceza muhakemesinde kullanılacak olan dijital (sayısal)<sup>11</sup> delillerin, bilişim sistemlerinde araştırılması faaliyetine ilişkin bir düzenleme olduğunu söyleyebiliriz<sup>12</sup>.

Öte yandan 10 Kasım 2010 tarihinde Türkiye tarafından imzalanan Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi de 22.04.2014 tarihli ve 6533 sayılı Kanun'la onaylanarak “*Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi*” adı ile 02.05.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İşte CMK'nın 134. maddesi de Anayasa'nın 90. maddesi gereğince iç hukukumuzun bir parçası olarak kabul edilen Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'nin “*Saklanan bilgisayar verilerinin aranması ve bunlara el konulması*” başlıklı 19. maddesinin iç hukukumuzdaki halidir.

9 Ünal (n 4) 84-85.

10 Olgun Değirmenci, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Koruma Tedbirinde (CMK m.134), 7145 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi” (2018) 13 (146) Terazi Hukuk Dergisi 146; Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 17. maddesinin kenar başlığı da “*Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma*” şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, 5271 sayılı CMK'nın 134. maddesinin kenar başlığı, Yönetmelikte de aynen tekrar edilmiştir. CMK m. 134 hükmünün kanunlaşma süreci ve günümüze kadar maddede yapılan değişiklikler için bkz. Değirmenci (n 10) 146 vd.

11 Dijital kavramı sözlükte “*sayısal*” olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Güncel Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu < <https://sozluk.gov.tr>> Erişim Tarihi 14 Ağustos 2022; Bilişim sistemlerinden elde edilen deliller, dijital (sayısal) delil veya elektronik delil olarak adlandırılabilir. Bkz. aşa. I, A; Çalışma boyunca dijital delil kavramı tercih edilecektir.

12 Cumhuriyet Şahin, “Ceza Muhakemesinde Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma” (2019) 1 (2) Yaşar Hukuk Dergisi 271.

Günümüzde iletişim, dijital verilerin iletimi yöntemiyle ve yalnızca sesli olarak değil; görsel ya da yazılı metinlerin anlık paylaşımı yoluyla da gerçekleştirilmektedir. İşte bu nedenle, bilişim sistemleri üzerinde yer alan durağan, bir diğer ifadeyle depolanmış veriler için CMK m. 134 hükmü uygulanırken; akış halindeki, yani iletişim esnasındaki veriler için CMK'nın “*Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*” başlıklı Beşinci Bölümü’nde düzenlenen “*İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması*” başlıklı 135. maddesi uygulanmalıdır<sup>13</sup>. Çalışmamızda öncelikle CMK m.134 kapsamında durağan veriler ele alınacak olup, oldukça sınırlı bir şekilde akış halindeki verilere de temas edilecektir.

## I. Dijital Deliller ve Dijital Delillere İlişkin Temel Kavramlar

### A. Dijital Deliller

Ceza muhakemesinde delil serbestisi esas olup, belli delillerle belli olguların ispatı zorunlu değildir. Zira delillerin sınırlandırılması halinde, ceza muhakemesi işlemez hale gelecektir. Delil serbestisinin bir sonucu olarak, bir hususun *her türlü delille* ispatı mümkündür. Ayrıca ceza muhakemesinde ispat gücü yönünden deliller arasında bir derecelendirme yapılması da söz konusu değildir. Bu nedenle, tüm deliller ispat gücü bakımından aynı değere sahiptir<sup>14</sup>. Buradan anlaşılması gereken husus, ceza muhakemesinde diğer hukuk dallarından farklı olarak, delil özelliklerini taşımak kaydıyla her şeyin delil olabileceğidir. İspat araçları ve bu ispat araçlarının elde edilme yöntemleri kanunen sınırlandırılmamıştır<sup>15</sup>. Bu bağlamda dijital deliller ile fiziksel deliller arasında delilin değeri bakımından bir ayırım yapılması söz konusu olmadığından<sup>16</sup>,

13 Dülger (n 3) 597; Burcu Baytemir Kontacı ve diğerleri (Editör: Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk), *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Seçkin Yayıncılık, 2018) 150; Ali Parlar ve Ahmet Çetin, *Ceza Muhakemesinde Soruşturma Evresi ve Uygulanması* (Aristo Yayınevi, 2017) 434; CMK'nın 135. maddesinin uygulanmasına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Seydi Kaymaz, *Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi* (4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2015) 25 vd.; Cumhuriyet Şahin, “Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi” (2017) XI (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1097 vd.; Kişinin özel hayatının ve bireysel haberleşmenin bir muhakeme tedbiri olarak denetlenmesine ilişkin olarak ayrıca bkz. Adem Sözüer, “Türkiye’de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Telex, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi” (1997) LV (3) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 70 vd.

14 Centel ve Zafer (n 8) 233; Mustafa Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri* (2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2017) 84.

15 Yener Ünver ve Hakan Hakero, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (17. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020) 96.

16 Değirmenci (n 5) 56.

delil serbestisinin bir sonucu olarak, dijital deliller de hükme esas alınabilecektir<sup>17</sup>.

Doktrinde dijital delil kavramına ilişkin farklı tanımlar bulunmaktadır. Bunlardan birine göre dijital delil, dijital ortamda bulunan, oluşturulan, depolanan ve iletilen her türlü veri olarak tanımlanmıştır<sup>18</sup>. Bir başka tanıma göre ise dijital delil, adli bilişimle ilgili bir çalışma esnasında, bilişim sistemleri (bilgisayarlar, mobil telefon, dijital fotoğraf makineleri, dijital videolar, dijital faks makineleri vb.) ve bu kapsamdaki depolama aygıtları üzerinden elde edilen adli delil şeklinde ifade edilmiştir<sup>19</sup>. Dijital delil yerine elektronik delil kavramını tercih eden diğer bir görüş kapsamında ise bu delil, bir elektronik araç üzerinde saklanan ya da bu araçlar aracılığıyla iletilen soruşturma açısından değeri olan bilgi ve veriler şeklinde tanımlanmıştır<sup>20</sup>. Bu tanımlar arasında esaslı bir farklılık olmayıp sadece dijital delil kavramı değişik cephelerden

17 Yargıtay Ceza Genel Kurulu da dijital delillerle ilgili olarak bir kararında şu ifadelere yer vermiştir: "... istikrar kazanmış yargı kararlarında vurgulandığı ve öğretilde de ifade edildiği üzere, ceza muhakemesinin amacı usul kurallarının öngördüğü ilkeler doğrultusunda maddi gerçeğin her türlü şüpheden uzak biçimde kesin olarak belirlenmesidir. Maddi gerçeğe ulaşılmasında kullanılan araç delillerdir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "delilleri takdir yetkisi" başlıklı 217. maddesinin ikinci fıkrasındaki; "yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir" şeklindeki hükümle, ceza muhakemesinde kullanılacak delillerin hukuka uygun bir şekilde elde edilmesi gerektiği açıkça belirtilmiş ve "delillerin serbestliği" ilkesine de vurgu yapılmıştır. Buna göre, hukuka uygun olmak kaydıyla, her türlü delil ispat aracı olarak kullanılabilir. Bu bakımdan maddi gerçeğe ulaştırılacak delilin fiziki ya da elektronik olması önem arz etmemektedir." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2017/ 956, K. 2017/ 370, 26.09.2017 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 24 Ağustos 2022; "Diğer delil türlerine göre özellik arz eden bazı yönleri olmakla birlikte dijital deliller de sonuçta, deliller hiyerarşisinin kabul edilmediği, delil serbestisinin benimsendiği ceza muhakemesi sistemimizde bir ispat aracıdır." Yargıtay 9. CD., E. 2013/9110, K. 2013/12351, 09.10.2013 <www.kazancı.com.tr> Erişim Tarihi 20 Mayıs 2022.

18 Değirmenci (n 5) 56; Casey (n 4) 7; "Electronic Crime Scene Investigation: A Guide for First Responders", National Institute of Justice <https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/219941.pdf> Erişim Tarihi 4 Temmuz 2022; <https://www.iacpcenter.org/officers/cyber-crime-investigations/digital-evidence/> Erişim Tarihi 4 Temmuz 2022.

19 Türkay Henkoğlu, *Adli Bilişim Dijital Delillerin Elde Edilmesi ve Analizi* (2. Baskı, Pusula Yayıncılık, 2014) 5.

20 Leyla Keser Berber, *Adli Bilişim* (Yetkin Yayınları, 2004) 46; Elektronik delil kavramının tercih edildiği eserler için bkz. Ali Karagülmez, *Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri* (5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2014) 506 vd.; İsmail Ergün, *Siber Suçların Cezalandırılması ve Türkiye'de Durum* (Adalet Yayınevi, 2008) 49; Elektronik deliller, elektronik cihazlar aracılığıyla işlenen, aktarılan ya da söz konusu cihazlarda depolanan delillerdir. Elektronik cihazlar hem analog hem de dijital sinyalleri işleyebilme özelliğine sahiptir. Analog cihazlarda yer alan verilerin delil değerinden söz edilirken elektronik delil; dijital cihazlarda yer alan verilerin delil değerinden söz edilirken ise dijital delil kavramı kullanılmaktadır. Dolayısıyla elektronik delil kavramı, dijital delili de içine alan geniş bir kavramdır. Bkz. Değirmenci (n 8) 60-61; Elektronik delil ve dijital delil kavramları hakkında ayrıca bkz. Uğur Kaynakçıoğlu, *Ceza Muhakemesinde Dijital Deliller* (Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015) 21 vd.; Orin S. Kerr, "Digital Evidence and The New Criminal Procedure" (2005) 105 (1) Columbia Law Review 279 vd.; Juhana Riekkinen, "Electronic Evidence in Criminal Procedure: On the Effects of ICT and the Development towards the Network Society on the Life-cycle of Evidence" (2019) 16 Digital Evidence and Electronic Signature Law Review 7 vd.; Radina Stoykova, "Digital evidence: Unaddressed threats to fairness and the presumption of innocence" (2021) 42 Computer Law & Security Review 2; Martin Novak, "Digital Evidence in Criminal Cases Before the U.S. Courts of Appeal: Trends and Issues for Consideration" (2020) 14 (4) The Journal of Digital Forensics, Security and Law 1-2.

ifade edilmeye çalışılmıştır. Kanımızca dijital delili, suçun ispatına ilişkin olan ve dijital ortamda saklanan ve iletilen her türlü veri olarak tanımlayabiliriz.

Günümüzde pek çok olası dijital delil kaynağı olmasına rağmen, ceza muhakemesinde kullanılan en yaygın dijital delil türü, kişisel bilgisayarlardan elde edilen delillerdir. Bunun haricinde dijital deliller, bilgisayar programları, bilgisayar ağları ve cep telefonları gibi çeşitli elektronik cihazlarda da bulunabilir<sup>21</sup>.

Elde edildikleri dijital ortam nedeniyle bu delillerin korunması ve güvenilirliği de önem arz eden konulardan biridir. Gözle görülemeyen ve son derece hassas bir yapıya sahip olan dijital deliller, diğer delil türlerine göre daha kolaylıkla değiştirilebilen, bozulabilen ve yok edilebilen delillerdir<sup>22</sup>. Bu nedenle, yapısı gereği manipülasyona açık olan dijital delillerin toplanması, muhafazası ve incelenmesi bakımından her türlü önlemin alınması gerekmektedir. Ceza muhakemesinde fiziksel delil türlerine göre özellik arz eden dijital delillerin, ispat gücü açısından diğer delillerle aynı güce sahip olabilmeleri, uygun şartlarda toplanmalarına ve muhafaza edilmelerine bağlıdır<sup>23</sup>.

## B. Temel Kavramlar

CMK'nın 134. maddesinde düzenlenen arama, kopyalama ve elkoyma tedbiri, "*bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde*" uygulama alanı bulmaktadır. Ancak ilgili maddede bilgisayar, bilgisayar programı ve bilgisayar kütüğü kavramlarından ne anlaşılması gerektiği hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu nedenle çalışmamızda, CMK m.134 hükmünde yer alan tedbirin konusunu oluşturan bu kavramlara ilişkin açıklama yapılması faydalı olacaktır.

### 1. Bilgisayar

Dijital delillerin yer aldığı başlıca ortamlardan birisi bilgisayarlardır. Şüphesiz söz konusu deliller yalnızca bilgisayarlarda bulunmayıp bilişim sisteminde yer alan farklı araçlarda da bulunabilmektedir. Ne var ki dijital delillerin aranması kavramı denildiğinde, çoğu insanın aklına ilk olarak bilgisayarlar gelmektedir. Hukukumuz dahil pek çok hukuk sisteminde de genel eğilim bu yöndedir<sup>24</sup>.

21 Wayne Jekot, "Computer Forensics, Search Strategies, and the Particularity Requirement" (2020) 7 Pittsburgh Journal of Technology Law & Policy 6.

22 Dijital delillerin özellikleri hakkında bkz. Kaynakçıoğlu (n 20) 37 vd.

23 Dijital delillerin toplanması aşamasında uyulması gereken temel ilkeler ve yapılması gereken işlemler için bkz. Yusuf Başlar, "Elektronik Delilin Toplanması ve Muhafazası" (2020) 10 (1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 82 vd.

24 Değirmenci (n 8) 31; Bilişim sistemi özelliği gösteren bilgisayarlar, bilişim sistemi kavramıyla karşılaştırıldığında daha dar bir kapsamı ifade etmektedir. Bkz. Apış (n 5) 51.

Bilgisayar kavramı sözlükte, çok sayıda aritmetiksel veya mantıksal işlemlerden oluşan bir işi, önceden verilmiş bir programa göre yapıp sonuçlandıran elektronik araç, elektronik beyin olarak tanımlanmaktadır<sup>25</sup>. Doktrinde ise bilgisayar kavramı yeterince kavramsallaştırılmış ve iyi tanımlanabilmiş her türlü problem üzerinde çalışabilen bir aygıt<sup>26</sup>; insanlar tarafından hazırlanıp yüklenen programlar yardımıyla bilgileri belirli bir düzende saklamak, işleyerek yeni sonuçlar üretmek, üretilen bilgileri başka yerlere iletmek, başka yerlerdeki bilgilere ulaşmak gibi amaçlarla kullanılan makineler<sup>27</sup>; bilgiyi dijital olarak işleyebilen, depolayabilen, üretebilen ve aktarabilen aygıtlar<sup>28</sup> ve bilgi depolayıp işleme tabi tutan ve sonucunu gösteren bir araç<sup>29</sup> şeklinde tanımlanmıştır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da CMK'nın 134. maddesinde geçen bilgisayar teriminden ne anlaşılması gerektiği konusunun CMK'da açık bir şekilde belirtilmediğini ifade ederek bilgisayar terimini, belleğindeki programa uygun olarak aritmetik ve mantıksal işlemleri yapabilen, karar verebilen, yürüteceği programı ve işleyeceği verileri ezberinde tutabilen, çevresiyle etkileşimde bulunabilen bir araç olarak ifade etmiştir<sup>30</sup>. Ayrıca ilgili kararda bilgisayar, akıllı telefonlar, GPS cihazları, donanım ve yan donanımlar ile verileri dijital olarak kaydetme ve işleme yeteneğinde olan her türlü dijital cihazın CMK m. 134 hükmü kapsamında olduğu belirtilmiştir. Aynı şekilde madde kapsamına; içağlar, veri tabanları, sistem odaları, sunucular, yedek üniteler, arşivler, veri iletim hatları, yönlendiriciler vs. dâhilinde bulunan tüm dijital alanlar, veriler ve veri taşıyıcıları da girmektedir. Zira bunlar belleğindeki programa uygun olarak aritmetik ve mantıksal işlemleri yapabilen, karar verebilen, yürüteceği programı ve işleyeceği verileri ezberinde tutabilen, çevresiyle etkileşimde bulunabilen araçlar olan bilgisayarların bileşenleri olarak fonksiyon icra etmektedir.

Devamlı gelişen bilgi teknolojileri, farklı amaçlarla üretilen cihazları sahip oldukları özellikler bakımından birbirine yakın bir hale getirmiştir. Örneğin, başlıca görevi kişiler arasındaki iletişimi sağlamak olan taşınabilir telefonlar, aynı zamanda verileri

25 Bkz. Güncel Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu < <https://sozluk.gov.tr> > Erişim Tarihi 4 Temmuz 2022.

26 Yılmaz Yazıcıoğlu, *Bilgisayar Suçları; Kriminolojik, Sosyolojik ve Hukuki Boyutları ile* (Alfa Yayınları, 1997) 25-26.

27 Berrin Akbulut, *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları* (Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1999) 10; Berrin Bozdoğan Akbulut, "Bilişim Suçları" (2000) 8 (1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Milenyum Armağanı 546.

28 Dülger (n 3) 67.

29 Yüksel Ersoy, "Genel Hukuki Koruma Çerçevesinde Bilişim Suçları" (1994) 49 (3) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 150.

30 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2019/353, K. 2020/367, 18.06.2020 <[www.lexpera.com](http://www.lexpera.com)> Erişim Tarihi 29 Mart 2022.

depolama, işleme ve gönderme özelliğine de sahiptir. Bu kapsamda, bir cihazın hem taşınabilir telefon hem de bilgisayar olarak kabulü mümkündür<sup>31</sup>. İşte bu tespit çerçevesinde, bilgisayar kavramının yalnızca bilgisayar olarak adlandırılan cihazları değil, işletim sistemi kullanan taşınabilir telefonları, tabletleri, saat gibi giyilebilir akıllı aksesuarları ve benzer diğer cihazları da kapsadığı söylenebilecektir<sup>32</sup>.

## 2. Bilgisayar Programı

Bilgisayar, donanım ve yazılım olmak üzere iki temel bileşenden oluşmaktadır. Bilgisayarın somut kısmını oluşturan donanım<sup>33</sup>, gözle görülebilen ve soyut bileşenlerin çalışacağı ortamı oluşturarak kullanıcı ile soyut bileşen arasındaki bağlantıyı sağlamaktadır<sup>34</sup>. Donanım, bilgisayar kasası içinde bulunan anakart, sabit disk, ekran kartı vb. gibi parçalar ile bilgisayar kasası dışında bulunan ekran, klavye, fare ve hoparlör gibi parçalar örnek olarak verilebilir<sup>35</sup>. Bilgisayarın soyut bileşenini oluşturan yazılım ise program ve veri olmak üzere iki ana bileşenden oluşmaktadır<sup>36</sup>.

Bir bilgisayarın, belirli görevleri yerine getirebilmesi için söz konusu göreve ilişkin komutların belirli bir düzen çerçevesinde sıralanması gerekir. İşte bu sıralama sonucunda oluşan komutlar dizisi bilgisayar programı olarak adlandırılır<sup>37</sup>. Hukukumuzda 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun "*Tanımlar*" başlıklı 1/B maddesinin (g) bendinde bilgisayar programının tanımına yer verilmiştir. Buna göre, "*Bilgisayar programı: Bir bilgisayar sisteminin özel bir işlem veya görev yapmasını sağlayacak bir şekilde düzene konulmuş bilgisayar emir dizgesini ve bu emir dizgesinin oluşum ve gelişimini sağlayacak hazırlık çalışmalarını*" ifade etmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da yukarıdaki tanımlarla uyumlu bir tanım yaparak bilgisayar programını "*bir bilgisayar vasıtasıyla belirli bazı görevleri gerçekleştirmek için oluşturulan yazılı talimatlar dizisi olarak*"<sup>38</sup> tarif etmiştir.

31 Değirmenci (n 8) 35.

32 Yaşar ve Otacı (n 2) 1107.

33 Ünal (n 4) 7.

34 Değirmenci (n 8) 50.

35 Ünal (n 4) 7-8.

36 Ünal (n 4) 8.

37 Değirmenci (n 8) 51; Programlar sistem programları ve uygulama programları olmak üzere iki grupta incelenmektedir. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Değirmenci (n 8) 51; Ünal (n 4) 9.

38 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2019/353, K. 2020/367, 18.06.2020 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 29 Mart 2022.

CMK'nın 134. maddesi kapsamında tedbirin konusunu oluşturan bilgisayar programları kendi bünyelerinde veri barındırdıklarından<sup>39</sup>, önemli bir dijital delil kaynağı olarak kabul edilmektedir. Öte yandan bilgisayar ortamında bulunan bir verinin, program olmaksızın algılanması, görüntülenmesi ya da okunması mümkün olmadığından programların, bilgisayarların adeta can damarları olarak kabul edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır<sup>40</sup>.

### 3. Bilgisayar Kütüğü

Kanun koyucu, CMK'nın 134. maddesinde aramanın yapılacağı yerleri sıralarken bilgisayar kütüklerine de yer vermiştir. Ne var ki bilgisayar kütüğü kavramı, yanlış anlaşılmaya ve tartışmaya oldukça açık bir kavramdır. Şöyle ki, doktrinde bazı yazarlar İngilizce “log” kelimesinin karşılığı olarak kütük kavramını kullanmaktadır. Ancak her ne kadar kütük kelimesinin İngilizce sözlük karşılığı olarak “log” kelimesi kullanılıyor olsa da bu karşılık kütük kavramının bilişim terminolojisindeki karşılığı değildir<sup>41</sup>.

Doktrinde bir görüş, kütük ve log kavramı arasındaki farkı ortaya koyarak her iki kavramı da tanımlamaya çalışmıştır. Buna göre, insan müdahalesi ile bilişim sistemi tarafından oluşturulan ve saklanan dosyalar şeklindeki tanım “kütük” kavramını; insan müdahalesi olmadan bilişim sistemi tarafından oluşturulan ve saklanan dosyalar şeklindeki tanım ise “log”ları ifade etmektedir<sup>42</sup>.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da CMK m. 134 hükmünde yer verilen terimleri açıkladığı kararında, bilgisayar kütüklerinin daha çok olay kayıtları anlamında log kayıtlarının karşılığı olarak Türkçe'ye çevrildiğini, ancak CMK'nın 134. maddesinde kastedilenin esasen İngilizce “*database*” teriminin karşılığı olarak kullanılan “*veri tabanı*” olduğunu belirtmiştir<sup>43</sup>.

CMK'nın 134. maddesindeki “*bilgisayar kütükleri*” ifadesi teknik anlamda sadece masaüstü ve dizüstü bilgisayarlarda bulunanları değil; CD, DVD, flash disk, disket, harddisk vs. tüm çıkarılabilir bellekler, telefon vb. dijital tabanlı mobil cihazlar da

39 Değirmenci (n 8) 51.

40 Cengiz Tanrikulu, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilişim Sistemlerinde Arama ve Elkoyma* (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2014) 318.

41 Tanrikulu (n 40) 319; Değirmenci (n 8) 51.

42 Değirmenci (n 8) 53.

43 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2019/353, K. 2020/367, 18.06.2020 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 29 Mart 2022.



dahil olmak üzere herhangi bir bilgi işlem veya veri toplama araç ya da gerecinde bulunabilecek tüm dijital dosyaları kapsamaktadır. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin “*Bilgisayarlar, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma*” kenar başlıklı 17. maddesinde el koyma sırasında zorunlu kılınan yedekleme işleminin, “*bilgisayar ağları ve diğer uzak bilgisayar kütükleri ile çıkarılabilir donanımlar hakkında da*” uygulanmasının dayanağı budur<sup>44</sup>.

Benzer şekilde, iç hukukumuzun bir parçası olarak kabul edilen Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'nde bilgisayarlar, bilgisayar programlarında, bilgisayar kütüklerinde, bilgisayar ağları ve verilerin saklandığı depolarda ve uzak bilgisayar kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma tedbirlerinin uygulanabileceği kabul edilmiştir. Bu itibarla, bilgisayar kütükleri yalnızca kullanıcının kendi bilgisayarında yer alan bir bilgisayar programı aracılığıyla kullanılabilen, verilerin saklandığı depolama araçlarıyla sınırlı değildir. Bunun yanı sıra, bir bilgisayar aracılığıyla ağ üzerinden ulaşılabilen gerek kullanıcıya ait gerekse kullanıcıya ait olmayıp ancak ortak paylaşım ve kullanıma açık diğer bilgisayarlardaki veri depolama araçlarına ulaşabilmek de mümkündür<sup>45</sup>.

## II. Bilgisayarlar, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Tedbiri

### A. Tedbirin Hukuki Niteliği

CMK'nın 134. maddesinde düzenlenen “*Bilgisayarlar, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma*” tedbirinin hukuki niteliğini ele almadan önce, madde başlığına ilişkin olarak doktrinde yer alan görüşlere değinmek faydalı olacaktır. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, tedbiri ifade etmek üzere oldukça uzun bir terim benimsenmiş olmasına rağmen, madde başlığı tedbirin içeriğini en iyi karşılayacak

44 Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2020/344, K. 2022/12, 13.01.2022 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 15 Ağustos 2022; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2020/9-288, K. 2021/352, 08.07.2021 <www.kazancı.com.tr> Erişim Tarihi 7 Haziran 2022; Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 17. maddesinde ortaya konan kavramlara değinecek olursak, bilgisayar ağı, bilgisayarlar arasında iletişim kurmaya ve paylaşım ortamı oluşturmaya yarayan bir iletim ortamıdır. Kapalı ağ ve açık ağ olmak üzere ikiye ayrılırlar. İnternet erişiminin bulunmadığı ağlar kapalı ağ, internet erişiminin bulunduğu ağlar ise açık ağ olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Muharrem Çelik, *Bilgisayarda Arama, Kopyalama ve Elkoyma (CMK m.134)* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018) 50; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun E. 2020/344, K. 2022/12, 13.01.2022 tarihli kararında da ifade edildiği üzere bilgisayar kütükleri, yalnızca kullanıcıların kendi bilgisayarlarında yer alan bir program aracılığıyla kullanılabilen, verilerin saklandığı depolama araçlarından ibaret değildir. Bir bilgisayar aracılığıyla ağ üzerinden erişilen, ortak paylaşım ve kullanıma açık diğer bilgisayarlardaki veri depolama araçları uzak bilgisayar kütükleri olarak kabul edilir. Son olarak çıkarılabilir donanımlar ise CD ve USB gibi bilgisayara bağlanmak suretiyle bir işleve sahip olan bilgisayar donanımlarıdır. Bkz. Çelik (n 44) 51.

45 Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2020/344, K. 2022/12, 13.01.2022 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 15 Ağustos 2022.



şekilde kaleme alınmıştır<sup>46</sup>. Doktrinde yer alan bir başka görüş ise 134. maddenin başlığında geçen “Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde” ibaresinin amaca uygun olmadığını ifade etmiştir. Bunun yerine, Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi’nde yer alan “bilgisayar sistemi” ibaresine yer verilmesinin daha yerinde olacağı ileri sürülmüştür<sup>47</sup>. Doktrinde ileri sürülen ve bizim de katıldığımız diğer görüş ise konunun bilgisayarla sınırlandırılması yerine, daha kapsayıcı olacak şekilde bilişim sistemi kavramının kullanılması gerektiğini belirtmiştir<sup>48</sup>. Öte yandan TCK’nın “*Bilişim Sistemine Girme Suçu*” başlıklı 243. maddesinde de “*bilişim sistemi*” kavramına yer verilmiştir<sup>49</sup>. Biz de çalışmamızda “*bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütükleri*” kavramı yerine “*bilişim sistemi*” kavramını kullanmayı tercih edeceğiz.

CMK’nın 134. maddesinin hukuki niteliğine dönecek olursak, bilişim sistemlerinde arama, kopyalama ve elkoyma koruma tedbiri, CMK’nın 116 ve 123. maddeleri arasında düzenlenen “*arama*” ve “*elkoyma*” koruma tedbirinin özel bir görünümünü oluşturmaktadır<sup>50</sup>. CMK’nın 134. maddesinde düzenlenen bu tedbir, bilişim sistemleri üzerinde depolanan verilere yönelik arama, kopyalama ve elkoyma işlemlerini düzenleyen bir tedbirdir. Bu yönüyle söz konusu düzenleme, arama tedbirinin düzenlendiği CMK m. 116 vd. ile elkoyma tedbirinin düzenlendiği CMK m. 123 vd. hükümlerinde yer alan düzenlemelerden ayrı olarak, bilişim sistemlerinde yer alan soyut verinin konu alındığı bir koruma tedbiri niteliğindedir<sup>51</sup>. Kanaatimizce, CMK’nın 134. maddesinde öngörülen bu tedbirin, Kanun’da arama ve elkoyma tedbirine ilişkin bölümde ve bu tedbirlerin özel bir halini oluşturacak şekilde düzenlenmesi yerinde olmuştur.

CMK m. 134 hükmünde yer alan düzenlemenin niteliği bakımından doktrinde ileri sürülen bir görüşe<sup>52</sup> göre, bu hüküm bir elkoyma düzenlemesi değil, arama koruma tedbirinin bilgisayar programlarında ve kütüklerinde icrasına ilişkin özel bir hükümdür.

46 Veli Özer Özbek ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016) 427.

47 Muharrem Özen ve İhsan Baştürk, *Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Bilişim-İnternet ve Ceza Hukuku* (Adalet Yayınevi, 2011) 142.

48 Değirmenci (n 8) 310; Aynı yönde bkz. Çelik (n 44) 29; Dülger (n 3) 598; Karşı görüş için bkz. Apış (n 5) 79.

49 TCK’nın 243. maddesinin gerekçesinde “bilişim sistemi”, verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işlemlere tâbi tutma olanağını veren manyetik sistem olarak ifade edilmiştir.

50 Hüsnü Aldemir, *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma*, (4. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021) 213; Burak Çekiç, “Bilgisayar Verilerinde Arama, Kopyalama, Elkoyma Tedbirinin Hukuki Niteliği ve Benzer Kavramlar” (2021) 2 (1) Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 156; Centel ve Zafer (n 8) 448; Şahin (n 12) 271; Apış (n 5) 68; Yaşar ve Dursun (n 1) 6; Değirmenci (n 8) 74; Dülger (n 3) 605.

51 Değirmenci (n 10) 146.

52 Ünver ve Hakeri (n 15) 428.

Başka bir ifadeyle, CMK'nın 134. maddesi bir elkoyma hükmü değil, arama düzenlemesine ilişkin bir maddedir. Zira burada yapılan işlem bir şeye elkoyma değil, arama sonrası verilerin örnek çıktılarının ya da kopyalarının alınmasıdır. Esasen delil tespiti söz konusudur. Ancak çok istisnai olarak, bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi ya da gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması halinde, bilgisayara elkoymak amacıyla değil de elde edilmek istenen verilere ulaşmak amacıyla ve bu amaçla sınırlı kalacak şekilde geçici bir süre bilgisayarlara, programlara ve kütüklerine elkonulmasına müsaade edilmektedir. Yine bu görüşe göre, CMK'nın 134. maddesindeki düzenleme olmasa bile, genel hükümler çerçevesinde bilgisayarlara elkonulması mümkündür. Ancak bu düzenlemeyle amaçlanan, bilgisayarlara elkoymadan da verilere ulaşılabilmesi halinde, söz konusu cihazlara elkonularak kişilerin bilgisayar kullanımına engel olunmamasıdır<sup>53</sup>.

Dijital delilleri barındırmaları sebebiyle oldukça önemli bir delil kaynağı niteliğine sahip olan bilgisayarlar, aynı zamanda kişilere ait en mahrem ve özel verilere de ev sahipliği yapan yerlerdir<sup>54</sup>. İnternet uygulamaları, e-ticaret ve sosyal medya kullanımının yaygınlaşmasıyla birlikte, bilişim sistemlerinde daha fazla kişisel veri kaydedilir hale gelmiştir<sup>55</sup>. İşte bu nedenle söz konusu koruma tedbiri, suistimale müsait olan verilerin sıhhatini ve güvenliğini sağlamak ve ayrıca bireyin özel hayatına ve kişisel verilerine yönelik olumsuz tesirleri engellemek amacıyla “*özel koşullara bağlı*”, genel adli aramadan ayrıksı ve istisnai bir koruma tedbiri şeklinde düzenlenmiştir<sup>56</sup>.

CMK'nın 116-133. maddeleri arasında düzenlenen “arama ve elkoyma” tedbirine ilişkin genel hükümler, uygulanabilir olduğu ve aksine bir hüküm bulunmadığı müddetçe, özel nitelikteki “bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma” koruma tedbiri yönünden de uygulama alanı bulacaktır<sup>57</sup>. Şöyle ki, CMK'nın 134. maddesinde arama zamanı (m. 118), aramada hazır bulunabilecekler (m.120), bilgisayarı aranacak kişinin sıfatı (avukat, milletvekili), elde edilen verilerin imhası ve başka amaçlarla kullanılıp kullanılmayacağı ya da arama sırasında yapılmakta olan soruşturma ile ilgisi olmayan ancak diğer bir suçun

53 Ünver ve Hakeri (n 15) 429; Aksi görüş için bkz. Yaşar ve Dursun (n 1) 26.

54 Yaşar ve Otacı (n 2) 1105-1106.

55 Çekiç (50) 156.

56 Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2019/353, K. 2020/367, 18.06.2020 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 29 Mart 2022.

57 Aldemir (n 50) 214; Aynı yönde bkz. Çekiç (n 50) 158; Batuhan Aktaş, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Tedbiri Üzerine Bir İnceleme” (2017) 14 (2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 217; Yaşar ve Dursun (n 1) 7; Değirmenci (n 8) 74.

işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilmesi gibi oldukça önemli hususlara ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak maddede yer bulmayan bu düzenlemeler bakımından, CMK'nın ilgili hükümlerinden istifade edilmelidir. Dolayısıyla konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vaktinde arama yapılamaması (m.118/f.1), hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin belge veya kâğıtlarını inceleme yetkisinin Cumhuriyet savcısı ve hâkime ait olması (m.122/1) gibi düzenlemeler, CMK'nın 134. maddesi bakımından da uygulanmalıdır<sup>58</sup>.

Son olarak belirtmek gerekir ki, bilişim sistemlerinde arama, kopyalama ve elkoyma tedbirlerine ilişkin düzenlemelerin yer aldığı CMK m. 134 hükmü, önemli bir düzenleme olarak karşımıza çıksa da Türkiye'nin taraf olduğu ve hukukumuz açısından bağlayıcı olan Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'nde öngörülen kuralların oldukça küçük bir kısmını yansıtmaktadır<sup>59</sup>.

## B. Tedbirin Şartları

### 1. Somut Delillere Dayanan Kuvvetli Şüphe Sebeplerinin Varlığı

5271 sayılı CMK'nın ilk halinde 134. maddenin uygulanabilmesi için tek şart, başka surette delil elde etme imkanının bulunmamasıydı. Ancak 21 Şubat 2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle, 134. maddenin 1. fıkrası değişikliğe uğramış ve bu fıkra "somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı" ibaresi ayrı bir şart olarak eklenmiştir<sup>60</sup>. İfade edildiği üzere, 6526 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle, CMK'nın 134. maddesine bir şüphe düzeyi eklenmiştir. Kanun koyucu, 6526 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önce madde metninde bu tedbirin uygulanabilmesi bakımından suçun işlendiği noktasında herhangi bir şüphe düzeyine

58 Yaşar ve Otacı (n 2) 1106.

59 Rıfat Çulha ve diğerleri (Editör: Feridun Yenisey), *Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı* (Bilge Yayınevi, 2017) 68.

60 6526 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle CMK'nın 134. maddesinde yapılan değişikliğin amacı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Anayasa'da yer alan temel haklar ve özellikle adil yargılanma hakkı gözetilmek suretiyle koruma tedbirlerinden beklenen fayda ile kişisel haklara verilecek zarar arasındaki dengeyi sağlamak ve orantısız müdahaleyi önlemektir. Bkz. Çulha ve diğerleri (n 59) 69.

yer vermemiştir<sup>61</sup>. Ancak kanun değişikliğinden sonra CMK m.134/f.1 hükmüne yapılan eklemeye, bahse konu tedbire başvurulabilmesi için kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı aranmıştır<sup>62</sup>.

Şüphelinin mahkum olma ihtimalinin kuvvetle muhtemel olması halinde, kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığından söz edilebilecektir<sup>63</sup>. Bu bağlamda, söz konusu tedbire karar verilebilmesi için tedbirin talep edildiği andaki deliller kapsamında, kişinin gerek fail gerekse suç ortağı olarak bir suçu işlediği konusundaki ihtimal kuvvetli olmalıdır<sup>64</sup>.

Kanun koyucu, kamu davasının açılabilmesi için suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe bulunmasını ararken (CMK m.170/f.2), CMK'nın 134. maddesinde yer alan tedbir söz konusu olduğunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığını aramaktadır. Öyle ki, 2014 yılında yapılan bu değişiklikle, kişilerin temel hak ve özgürlüklerine ilişkin pek çok değere müdahale eden bu tedbirin şartları zorlaştırılmak istenmiş<sup>65</sup>, yeterli şüphenin varlığında bile bu tedbire başvurulamaması amaçlanmıştır.

Kuvvetli şüphe yalnızca soruşturma konusu suçun işlendiğine yönelik olmamalı, aynı zamanda şüphelinin kullandığı bilişim sisteminden suç soruşturmasıyla ilgili delil elde

61 Değirmenci (n 10) 148; Yaşar ve Dursun (n 1) 11; 6526 sayılı Kanun değişikliğinden önce CMK'nın 134. maddesinde herhangi bir şüphe düzeyi aranmadığından doktrindeki bazı görüşler, genel arama ve elkoyma tedbirine başvurulabilmesi için aranan makul şüphenin, özel bir arama ve elkoyma tedbiri olan CMK m. 134 için de aranması gerektiğini savunmuştur. Bkz. Ünal (n 4) 100; Aynı yönde bkz. Değirmenci (n 8) 351; Yaşar ve Dursun (n 1) 11; Bazı görüşler ise CMK m.134 hükmünde, pek çok koruma tedbirinde öngörülen tarzda bir şüphe düzeyi belirtilmediğinden, basit şüphe halinde bile bu tedbire başvurulabileceği kanaatindeydi. Diğer bir görüş ise "İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması" koruma tedbirinin düzenlendiği CMK m. 135 hükmünde yer alan kuvvetli şüphe şartının kıyasen CMK m.134 hükmü yönünden de aranması gerektiğini savunmaktaydı. Bu görüşler için bkz. Yaşar ve Dursun (n 1) 11; Çulha ve diğerleri (n 59) 69; 6526 sayılı Kanun'dan önceki durum hakkında detaylı bilgi için bkz. Değirmenci (n 8) 348 vd.

62 6526 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle, CMK m. 134 hükmünde düzenlenen tedbirin şartlarında yapılan değişikliğin ardından "kuvvetli şüphe sebepleri" ibaresinin madde metnine eklenmesiyle birlikte, "kuvvetli şüphe sebepleri" ile "kuvvetli şüphe" arasında anlam açısından bir farklılığın olup olmadığı konusu doktrinde tartışılmıştır. Bu iki ifade arasında bir fark bulunduğunu savunanlar olduğu gibi iki ifade arasında herhangi bir farklılık olmadığını ileri sürenler de vardır. Doktrindeki görüşler için bkz. Ahmet Hulusi Akkaş, "Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Koruma Tedbirinin Şartlarında 6526 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi" (2015) (21) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 469 vd.; Ayrıca bkz. Özbek ve diğerleri (n 46) 432-433; Kanaatimizece, her iki kavram arasında bir farklılık söz konusu olmayıp, CMK m. 134 hükmünde düzenlenen tedbire başvurulabilmesi için aranan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı, kuvvetli şüpheye işaret etmektedir. Aynı yönde bkz. Değirmenci (n 8) 149; Akkaş (62) 471-472.

63 Bahri Öztürk ve diğerleri, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020) 447.

64 Centel ve Zafer (n 8) 376.

65 Şahin (n 12) 274; Dülger (n 3) 600.

edilebileceğine de yönelik olmalıdır<sup>66</sup>. CMK m.134'teki düzenleme kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale teşkil eden bir koruma tedbiri olduğundan, şüphelinin soruşturma konusu suçu işlediğine yönelik kuvvetli şüphe bulunsa bile, şüphelinin kullandığı bilişim sisteminde delil bulunabileceğine yönelik bir beklentinin olmadığı hallerde bu tedbire başvurulması yerinde olmayacaktır<sup>67</sup>.

## 2. Başka Surette Delil Elde Etme İmkânının Bulunması

CMK m. 134 hükmünde düzenlenen tedbire karar verilebilmesi için yalnızca somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı yeterli değildir. Ayrıca başka surette delil elde etme imkanının bulunmaması da gerekir. Dolayısıyla tedbire karar verilebilmesi için bu iki şartın birlikte bulunması zorunludur. Aksi takdirde, verilen karar hukuka aykırı olduğu gibi, bu karar neticesinde elde edilen deliller de hukuka aykırı delil olarak kabul edilecek ve hükme esas alınamayacaktır<sup>68</sup>.

Başka surette delil elde etme imkanının bulunmaması, esasen bu tedbire son çare olarak başvurulmasını gerektirmektedir. Ancak başka surette delil elde etme imkanının bulunmaması şartı, temel hak ve özgürlüklere daha az müdahalede bulunan diğer tedbirlere öncelikli olarak başvurulması gerektiği anlamına gelmez. Öyle ki, diğer delil elde etme yollarına başvurulduğunda, artık delil elde edememe ihtimalinin söz konusu olduğu hallerde de başka surette delil elde etme imkanı bulunmayabilir<sup>69</sup>.

Esasen kanun koyucu, söz konusu tedbirin temel hak ve özgürlükler açısından ciddi bir tehdit barındırdığını göz önünde bulundurarak bu tedbire son çare (ultima ratio) olarak başvurulmasını amaçlamış ve farklı bir koruma tedbirine başvurularak delil elde etme imkanının bulunduğu hallerde öncelikli olarak o tedbirin uygulanmasını yerinde görmüştür<sup>70</sup>. Ancak bu şartın arandığı tedbirlere konu suçlara baktığımızda

66 Ersan Şen ve Sefa Eryıldız, *Elkoyma* (Seçkin Yayıncılık, 2017) 190.

67 Değirmenci (n 8) 352-353; Bu yönde ayrıca bkz. Yaşar ve Otacı (n 2) 1113-1114.

68 Her iki şart birlikte bulunmadan tedbire karar verilmesi hukuka aykırı olduğu gibi, elde edilen deliller de hukuka aykırı delil olarak kabul edilecektir. Hukuka aykırı deliller hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Volkan Dülger, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyvesi Öğretisi)* (Seçkin Yayıncılık, 2014) 33 vd.

69 Şahin (n 12) 274; Aynı yönde bkz. Şen ve Eryıldız (n 66) 191; Danıştay 10. Dairesi'nin E. 2012/1001, K. 2017/1361 ve 09.03.2017 tarihli kararı ile iptaline karar verilen Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 4. maddesinde "Başka surette delil elde edilmesi imkanının bulunmaması hâli: Soruşturma veya kovuşturma sırasında diğer tedbirlere başvurulmuş olsa bile sonuç alınamayacağı hususunda bir beklentinin varlığı veya başka yöntemlerden biri veya birkaçının uygulanmasına rağmen delil elde edilememesi ve delillere ancak bu Yönetmelikte düzenlenen tedbirlerle ulaşılabilecek olması" ifade eder şeklinde tanımlanmıştır.

70 Aktaş (n 57) 223.

genellikle başka surette delil elde etme imkanının bulunmadığından söz edilebilecektir<sup>71</sup>.

CMK m. 134 hükmünün normatif yapısı gereği, soruşturmaya konu suçla ilgili delil araştırması yapılmış ancak herhangi bir delil elde edilememişse bu hususun açıkça tutanağa bağlanması gerekir. Ancak uygulamada başka surette delil elde etme imkanının neden bulunmadığı hususu hemen hemen hiç belirtilmemektedir<sup>72</sup>. Doktrinde bir görüşe göre, bilişim alanındaki suçlar ve bilişim sistemleri kullanılarak işlenen suçlar yönünden yapılan soruşturmalarda, başka surette delil elde etme imkanının bulunmamasına ilişkin şartın aranması hatalı bir yaklaşımdır. Zira hem bilişim suçlarında hem de bilişim sistemleri aracılığıyla işlenen suçlarda yapılması gereken ilk iş, sistem içinde yer alan verilerin ve bağlantıların tespittir. Kaldı ki, bu suçlar hakkında yürütülen soruşturmalarda, başka surette delil elde etme imkanı çoğunlukla bulunmamaktadır. Öncelikle diğer tedbirlerin uygulanması yoluna gidildiğinde ise faillere ve delillere ulaşmak son derece güç olmaktadır. Ayrıca teknolojinin hayatın her alanına nüfuz etmesi nedeniyle, klasik suçlara ilişkin soruşturmalarda bile dijital delillere başvurulması adeta bir zorunluluk haline gelmiştir. Bu nedenle CMK m. 134 hükmünde değişiklik yapılması ve çağın gereklerine uygun hale getirilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>73</sup>.

Belirtelim ki, bilişim sistemlerinde arama, kopyalama ve elkoyma tedbirine başvurulabilmesi için öngörülen temel şartlardan biri, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığıdır. Ancak yukarıda da ifade edildiği gibi kuvvetli şüphe yalnızca soruşturma konusu suçun işlendiğine yönelik olmamalı, aynı zamanda şüphelinin kullandığı bilişim sisteminden suç soruşturmasıyla ilgili delil elde edilebileceğine de yönelik olmalıdır<sup>74</sup>. Dolayısıyla gerek bilişim alanındaki suçlar gerekse bilişim sistemleri kullanılarak işlenen suçlar söz konusu olduğunda, somut delillere dayanan kuvvetli suç şüphesi, şüphelinin kullandığı bilişim sistemlerinden soruşturma konusu suça ilişkin delil elde edilebileceğine de yöneliktir. Böylesine kuvvetli bir şüphenin bulunduğu hallerde, son çare olarak bu tedbire başvurulmasını aramak tedbirin şartları arasında çelişkiye neden olmaktadır. Öte yandan, bu tedbirin temel hak ve özgürlüklere ağır bir müdahale teşkil ettiğini kabul ediyor olmakla birlikte,

71 Şahin (n 12) 274.

72 Dülger (n 3) 601; Ayrıca bkz. Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhuğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018) 412.

73 Dülger (n 3) 601; Yine bu görüş, CMK m.134/f.1 hükmüne bir istisna getirilmesini ve TCK'nın bilişim alanında suçlar bölümünde ve 135, 136, 138, 148/2-e ve 158/1-f maddelerinde yer alan suçlar için başka surette delil elde etme imkanının bulunmaması şartının kaldırılması gerektiği kanaatindedir. Bkz. Dülger (n 3) 602.

74 Bkz. yuk. II, B, 1.

ister bilişim suçları isterse bilişim sistemleri kullanılarak herhangi bir suç işlendiği takdirde, suça ilişkin delillerin bulunacağı ilk yer bilişim sistemleri olacaktır. Bu nedenle biz de CMK m.134 hükmünün yeniden düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

### C. Tedbire Karar Vermeye Yetkili Olan Mercî

CMK'nın 134. maddesinin ilk halinde, bilişim sistemlerinde arama, kopyalama ve elkoyma tedbirine Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hakim tarafından karar veriliyordu. Bahse konu tedbire karar verme yetkisi yalnızca hakime aitti. Ancak 25 Temmuz 2018 tarihli ve 7145 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle, CMK'nın 134. maddesinin 1. fıkrası değişikliğe uğramış ve "*Cumhuriyet savcısının istemi üzerine*" ibaresi "*hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından*" şeklinde değiştirilmiştir. Ayrıca yine bu maddenin 1. fıkrasında yer alan "*hâkim tarafından*" ibaresi de madde metninden çıkarılmıştır. Buna göre, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, bu tedbire hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilecektir. Görüldüğü üzere, 2018 yılında yapılan bu değişiklikte, tedbire karar verme bakımından yalnızca hakim değil, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı da yetkili hale gelmiştir. Hemen belirtelim ki, burada hakim ile kastedilen, CMK m. 162 hükmü doğrultusunda sulh ceza hakimidir.

7145 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikte, yalnızca hakime ait olan bir yetkinin, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısına da verilmesi olumlu bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira CMK'nın 134. maddesinde yer alan koruma tedbirine, gecikme olmaksızın başvurulmasını gerektiren haller söz konusu olabilir. Özellikle, bilişim sistemlerinde bulunan verilerin kolaylıkla silinebilmesi ya da bulutta<sup>75</sup> bulunan verilerin kolaylıkla tahrif edilebilmesi nedeniyle, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısına, bilişim sistemlerinde arama, kopyalama ve elkoyma tedbirine karar verme yetkisi verilmesi, delillere ulaşabilmek bakımından son derece önem arz etmektedir<sup>76</sup>. Nitekim 7145 sayılı Kanun'un gerekçesinde de açıklandığı üzere, söz konusu düzenlemeyle, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde 134. maddede belirtilen tedbirlere Cumhuriyet savcısı tarafından da karar verilebilmesine imkan sağlanmak suretiyle, delillerin bir an evvel elde edilebilmesi ve suçla etkin mücadele edilebilmesi amaçlanmıştır<sup>77</sup>.

75 Bulut bilişim hakkında bkz. aşa. II, D, 2.

76 Değirmenci (n 8) 151.

77 <<https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-0001.pdf>> Erişim Tarihi 20 Mayıs 2022.



Düzenlemeyle, Anayasa'nın 20. maddesine uygun olarak Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararların hakim onayına sunulacağı öngörülmüş ve bu konuda bir teminat oluşturulmuştur. Şöyle ki, CMK'nın 134. maddesinin 1. fıkrasına, 7145 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle eklenen cümle uyarınca, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararlar yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulacaktır. Hâkim de bu konudaki kararını en geç yirmi dört saat içinde verecektir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından onay verilmemesi hâlinde çıkarılan kopyalar ve çözümü yapılan metinler derhâl imha edilecektir. Aksi halde, TCK'nın "*Verileri yok etmeme*" başlıklı 138. maddesinde düzenlenen suç oluşacaktır.

Bundan başka, 5271 sayılı CMK'da "*gecikmesinde sakınca bulunan hal*" kavramı tanımlanmamıştır. Bu kavram, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin "*Tanımlar*" başlıklı 4. maddesinde, "*Adli aramalar bakımından; derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hakimden karar almak için vakit bulunmaması hâli*" olarak tanımlanmıştır. Eğer Cumhuriyet savcısı, gecikmesinde sakınca bulunan bir hal mevcut olmamasına rağmen CMK m. 134 kapsamında tedbir kararı vermişse, bu karar hakim onayına sunulsa bile hukuka aykırı bir karar olarak kabul edilecektir. Dolayısıyla yasal koşullar oluşmadan verilen bir karar kapsamında icra edilen arama, kopyalama ve elkoyma işlemleri sırasında elde edilen deliller de hukuka aykırı olmaları nedeniyle suçun ispatında kullanılamayacaktır<sup>78</sup>.

Bu başlık altında üzerinde durulması gereken konulardan biri de Cumhuriyet savcısının yetkisinin kapsamıdır. İfade edildiği üzere, 7145 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önce CMK'nın 134. maddesinde düzenlenen tedbire karar verme yetkisi münhasıran hakime aitti. Ancak 7145 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle, CMK'nın 134. maddesinin 1. fıkrası değişikliğe uğramış ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı, bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılması, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılması ve bu kayıtların çözülerek metin hâline getirilmesi işlemleri yönünden yetkilendirilmiştir. Görüldüğü üzere, CMK m.134/f.1

78 Değirmenci (n 8) 151; Gecikmesinde sakınca bulunmayan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından verilen ve icra edilen kararın zaten hakim onayına sunulacağı ve dolayısıyla bu yöndeki endişelerin yersiz olduğu düşünülebilir. Ne var ki, bilişim sistemlerinde arama, kopyalama ve elkoyma tedbirine karar verirken çok dikkat ve özenle inceleme yapan sulh ceza hakimi, aynı dikkat ve özeni Cumhuriyet savcısı tarafından verilen ve icra edilen kararların onaylanması esnasında göstermeyebilir. Bkz. Değirmenci (n 8) 151; Zira Cumhuriyet savcısı tarafından verilen ve sonradan hakim onayına sunulan kararın yasal koşulları taşıdığı düşünülebilir. Nitekim CMK'nın 134. maddesinde yer alan bu tedbirin, özel hayata ve pek çok hukuki değere müdahale oluşturan bir tedbir olması nedeniyle, Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararlarda gecikmede sakınca bulunduğuna ilişkin belirlemenin itinayla yapılması gerekmektedir.



hükmünde elkoyma tedbirine yer verilmemiştir. Bu tedbir m.134/f.2 hükmünde düzenlenmiştir. Bu nedenle, savcının yalnızca CMK'nın 134. maddesinin 1. fıkrasında yer alan tedbirler bakımından yetkili olduğu; 2. fıkrada düzenlenen elkoyma tedbiri bakımından ise münhasıran hakim'in yetkili olduğu düşünülebilir<sup>79</sup>. Her ne kadar elkoyma tedbiri CMK m.134/f.2 hükmünde düzenlenmiş olsa da 134. maddenin kenar başlığı "*Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma*" şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla tedbire karar vermeye yetkili olan mercilerin, elkoyma tedbiri bakımından da yetkili olduklarının kabulü gerekir. Bir başka ifadeyle, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da elkoyma tedbirine karar verilebilecektir. Kanaatimizce tüm bu tereddütlerin giderilmesi adına, CMK'nın 134. maddesinin 1. fıkrasında arama, kopyalama ve kayıtların çözülerek metin haline getirilmesi tedbirinin yanı sıra, elkoyma tedbirine de yer verilmelidir.

Yine bu başlık altında değinilmesi gereken bir başka konu ise CMK m.134 hükmünde düzenlenen tedbire, kovuşturma evresinde başvurmanın mümkün olup olmadığıdır. Doktrinde CMK m. 134 hükmünün yalnızca soruşturma evresinde uygulanacak bir düzenleme olduğunu savunanlar olduğu gibi, bu tedbirin kovuşturma evresinde uygulanabileceğini ileri sürenler de vardır. Dolayısıyla doktrinde tedbire kovuşturma evresinde de başvurulabileceğine ilişkin bir uzlaşma mevcut değildir.

Bu konuda doktrinde ileri sürülen bir görüş, Kanun'da "bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada", "şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde/dosyalarında arama"dan ve ayrıca "hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından" karar verilmesinden söz edilmesi sebebiyle, bu kavramların düzenlemenin soruşturma evresine ait olduğunu ortaya koyduğu kanaatindedir. Ayrıca bu görüşe göre, Kanun'da söz konusu tedbire kovuşturma evresinde de başvurulabileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Öte yandan, aleni bir duruşmada mahkemenin CMK m.134 hükmünde düzenlenen tedbire karar vermesi halinde, bu tedbirden haberdar olan ilgili kişiler söz konusu kayıtları yok edebilecek ve dolayısıyla kovuşturma evresinde bu tedbire başvurulması hiçbir fayda sağlamayacaktır<sup>80</sup>.

79 Değirmenci (n 8) 151.

80 Centel ve Zafer (n 8) 449; Tedbire yalnızca soruşturma evresinde başvurulabileceğine ilişkin görüşler için bkz. bkz. Mustafa Artuç, *Pratik Ceza Muhakemesi Kanunu* (2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018) 134; Apış (n 5) 71; Ünver ve Hakeri (n 15) 429; Yaşar ve Otacı (n 2) 1115; Özde Dereboylular, "Bulut Bilişim Bakımından Arama ve Elkoymaya İlişkin Hükümlerin Uygulanabilirliği" (2019) 14 (19) Ceza Hukuku Dergisi 182; Hakan Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (2. Baskı, Savaş Yayınevi, 2016) 349; Yenisey ve Nuhoglu (n 72) 412.

Doktrinde, yargılama sırasında delil toplanmasını engelleyen bir düzenleme olmadığını, mahkemenin re'sen araştırma yetkisine sahip olduğunu ve dolayısıyla kovuşturma evresinde bu tedbire başvurulmasının önünde bir engel bulunmaması gerektiğini ileri süren görüşler de bulunmaktadır<sup>81</sup>. Yargıtay kararları da söz konusu tedbire kovuşturma evresinde başvurulabileceği yönündedir<sup>82</sup>.

Biz bu konuda gerek yukarıda yer verilen gerekçeler gerekse temel haklara müdahale niteliğinde olan koruma tedbirlerine ilişkin sınırların kanunla düzenlenmesi gerektiğinden hareketle, CMK'nın 134. maddesindeki düzenlemenin, soruşturma evresine ilişkin olduğu yönündeki görüşe katılmaktayız. Ancak yine de doktrinindeki tartışmaların ve bu alandaki belirsizliğin önlenmesi amacıyla, bu hususta bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

Son olarak, CMK'nın 134. maddesinde "*Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada*" ibaresine yer verildiğinden, bu tedbire yalnızca CMK kapsamında bir suçu ortaya çıkarmak amacıyla yürütülen soruşturma kapsamında başvurulabilecektir. Buna göre, burada soruşturma ile ifade edilmek istenen adli soruşturmalar olduğundan, idari ya da disiplin soruşturması gibi hukukun diğer alanlarında yürütülen soruşturmalar bakımından bu tedbire başvurulamayacaktır<sup>83</sup>.

## D. Tedbirin Uygulanma Şekli

### 1. Genel Olarak

Çalışma konumuz olan bilişim sistemlerinde arama, kopyalama ve elkoyma tedbiri, tüm suçlarla ilgili uygulanabilen bir tedbirdir. Kanun koyucu, bu tedbirin uygulanması

81 Bkz. Şahin (n 12) 278; Ünal (n 4) 99-100; Aktaş (n 57) 222; Yaşar ve Dursun (n 1) 9; Değirmenci (n 8) 318.

82 "*Mümkün olduğu takdirde katılanın ve sanığın suç tarihinde kullandıkları bilgisayarlara el konulup teknik bilirkişi tarafından hard disklerinin, suç tarihine ilişkin LOG kayıtları bakımından karşılıklı olarak incelenmesi, suç tarihinde bilişim sistemindeki verilerin bozulup bozulmadığı, yok edilip edilmediği, değiştirilip değiştirilmediği veya erişilmez kılınıp kılınmadığı, sisteme veri yerleştirilip yerleştirilmediği, var olan verilerin başka bir yere gönderilip gönderilmediği, nereye gönderildiği saptanıp, sonucuna göre, toplanan deliller değerlendirilerek sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken, eksik incelemeye dayanarak yazılı şekilde hüküm kurulması...*" Yargıtay 8. CD., E. 2018/10160, K. 2019/15726, 25.12.2019 <www.kazancı.com.tr>Erişim Tarihi 21 Mayıs 2022; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2017/956, K. 2017/370, 26.09.2017; <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 24 Ağustos 2022.

83 Ünal (n 4) 100; Yaşar ve Dursun (n 1) 8.

bakımından suç sınırlaması yapmamıştır<sup>84</sup>. Bu bağlamda, dijital delillerin toplanması amacıyla oldukça sık başvurulmuş bir koruma tedbirine olan CMK m. 134 hükmünde yer alan düzenlemenin, yalnızca bilişim suçlarına ilişkin soruşturmalarda başvurulabilecek bir tedbir olduğunu düşünmek hatalı bir yaklaşım olacaktır. Gerek klasik suçlar gerekse bilişim suçları olmak üzere, dijital delillerin toplanmasını gerektiren tüm soruşturmalarda ilgili koruma tedbirine başvurulabilecektir<sup>85</sup>. Madde metninde geçen “*bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma*” ibaresi de tedbirin her türlü suç yönünden tatbik edilebileceğini ortaya koymaktadır.

CMK m. 134 hükmü bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma işlemine yöneliktir. Tedbirin genel şartlarının düzenlendiği CMK m. 134/f.1 hükmüne göre bu tedbir kural olarak, bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına ve bu kayıtların çözülerek metin hâline getirilmesine olanak sağlamaktadır. Görüldüğü üzere, bu fıkra elkoyma işlemine yer verilmemiştir. Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama tedbirine ilişkin usul ve esaslara maddenin 1. fıkrasında; kopyalama işlemine 1. ve 5. fıkralarda; elkoyma tedbirine ilişkin düzenlemelere ise 2, 3 ve 5. fıkralarda yer verilmiştir<sup>86</sup>. Bahse konu tedbirler, aşağıda ayrı alt başlıklar halinde incelenerek açıklanacaktır.

## 2. Arama

Bu başlık altında öncelikle genel arama ile bilişim sistemlerinde arama arasındaki temel farka değinecek olursak, genel aramanın konusu maddi niteliği bulunan bir mal iken, CMK m.134 hükmünde yer alan arama tedbirinin konusu gayri maddi niteliğe

84 Artuç (n 80) 465; Parlar ve Çetin ( n 13) 436; Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, CMK m.134’te düzenlenen koruma tedbirine, ceza üst sınırı ya da katalog suç öngörmemesi nedeniyle hatalı bir düzenlemedir. Zira CMK’nın 134. maddesinde düzenlenen “Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma” tedbirine ile CMK’nın 135. maddesinde düzenlenen “İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması” tedbirine, teknolojik gelişmelerden istifade edilerek uygulanan ve kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale oluşturan koruma tedbirleridir. İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması koruma tedbirine, haberleşme hakkına, haberleşmenin ve özel hayatın gizliliğine ağır müdahale oluştururken; bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma koruma tedbirine, kişilerin özel hayatıyla birlikte ticari ve bilimsel sırlarına, dahası kişisel verilerine müdahale teşkil etmektedir. Oysa Anayasa ile güvence altına alınmış bu haklar arasında bir hiyerarşiden söz etmek mümkün değildir. Dolayısıyla CMK m. 135’te düzenlenen koruma tedbirine yönünden katalogta yer alan suçların varlığı aranırken, CMK m. 134’teki tedbirin uygulanması yönünden herhangi bir suç sınırlaması yapılmaması koruma tedbirlerinin orantılılığı ilkesiyle uyumsuzdur. Bkz. Yaşar ve Dursun (n 1) 10-11; Bu konuda doktrinde ileri sürülen bir başka görüş de CMK m.134’te düzenlenen tedbirin kişilik haklarına tecavüz oluşturduğunu belirterek söz konusu tedbirin yalnızca belli ağırlıktaki suçlar yönünden uygulanmasını ifade etmiştir. Bkz. Centel ve Zafer (n 8) 450; Aynı yönde bkz. Yaşar ve Otacı (n 2) 1113.

85 Değirmenci (n 8) 310.

86 Yaşar ve Dursun (n 1) 6.

sahip veridir<sup>87</sup>. Gelişen teknoloji ve bilişim sistemlerinin yaşamın her alanına nüfuz etmesi neticesinde, arama ve elkoyma tedbirine konu olan şeylerin niteliğinde de bir değişim meydana gelmiştir<sup>88</sup>. Bu bakımdan, bilişim sistemlerinde veri arama, genel arama tedbirinin verilere uyarlanmış halidir. Şüpheli tarafından kullanılan bilişim sistemleri üzerinde arama yapılmasındaki amaç ise suçun ispatına yarayan delilleri elde etmektir.

Bilişim sistemlerinde yapılacak aramanın hukuki niteliği adli aramadır<sup>89</sup>. Arama tedbirine, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin ortaya çıkması ve başka surette delil elde etme imkanının bulunmaması halinde hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilecektir. Arama kararının verilmesinin ardından, kolluk güçleri aracılığıyla söz konusu tedbirin konusunu oluşturan araç ve gereçlerde arama faaliyetine başlanacaktır. Her ne kadar CMK'nın 134. maddesinde arama faaliyetinin kim tarafından yapılacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş olsa da uzmanlık gerektiren bu faaliyetin adli kolluğun uzman birimleri ya da CMK'nın 63. maddesi uyarınca atanacak bilirkişiler tarafından –kolluk güçleri ve diğer kişilerin huzurunda- yapılacağını söyleyebiliriz<sup>90</sup>. Ayrıca ifade etmemiz gerekir ki, üzerinde arama yapılacak araçların buldukları yerden başka bir yere götürülmelerine gerek yoktur. Tedbire konu araçların bulunduğu yerde arama faaliyeti gerçekleştirilebilecektir.

Belirtelim ki, üzerinde veri aranacak sistem şüpheliye ait olabileceği gibi üçüncü bir kişiye ya da resmi bir kuruluşa da ait olabilir<sup>91</sup>. CMK m.134/f.1 hükmünde “*şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde*” ibaresine yer verilmiş olduğundan, bu sistemin şüpheliye ait olması aranmamış, şüpheli tarafından

87 Değirmenci (n 8) 76.

88 Özbek ve diğerleri (n 46) 427.

89 Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin “*Adli arama ve kapsamı*” kenar başlıklı 5. maddesinde adli arama, “*bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemi*” şeklinde ifade edilmiştir. Bilişim sistemlerinde önleme aramasının uygulanıp uygulanamayacağı hususuna da değinecek olursak, kanun koyucu yalnızca adli aramalar yönünden bir düzenleme getirmiş olduğundan, CMK m.134'te yer alan tedbirin önleme aramalarında uygulanması kişi hak ve özgürlüklerine orantısız bir müdahale teşkil edecektir. Detaylı bilgi için bkz. Değirmenci (n 8) 336.

90 Yaşar ve Dursun (n 1) 21-22.

91 Centel ve Zafer (n 8) 448.

kullanılması yeterli görülmüştür<sup>92</sup>. Dolayısıyla üçüncü bir kişiye ait olmasına rağmen, şüpheli tarafından kullanılan sistem üzerinde arama, kopyalama ve elkoyma tedbirine başvurulabilecektir<sup>93</sup>.

CMK'nın 134. maddesinde arama kararının hangi hususları içermesi gerektiğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak ceza muhakemesi hukukunda kanunda boşluk olan hallerde, hakkında hüküm bulunmayan duruma en çok benzeyen durumu düzenleyen hukuk kurallarının uygulanması kabul edildiğinden<sup>94</sup>, kıyas yoluyla genel aramaya ilişkin CMK m. 119/f.2 hükmü uygulanabilecektir. Buna göre, CMK m.134 hükmü uyarınca verilmiş bir arama kararında, CMK m.119/f.2 hükmünde yer alan hususlar açıkça gösterilmelidir. Bu bağlamda, bilişim sistemlerinde aramanın nedenini oluşturan fiil, şüphelinin kimliği, aramanın yapılacağı eşya<sup>95</sup>, arama kararının geçerli olacağı zaman süresi kararda belirtilmelidir<sup>96</sup>. Öte yandan, bilişim sistemlerinde arama, kopyalama ve elkoyma tedbiri bakımından, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebepleri ve başka surette delil elde etme imkanının neden bulunmadığı da kararda gösterilmelidir<sup>97</sup>.

92 Aktaş (n 57) 220; Yaşar ve Dursun (n 1) 21; "CMK'nın 134/1. maddesinde "şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde" arama ve kopyalama işleminin yapılabileceği belirtilmiştir. Kanun koyucu, söz konusu maddede arama ve kopyalama işlemlerinin yapılacağı araçların şüpheliye ait olmasını aramamış, şüphelinin fiilen bu araçları kullanıyor olmasını yeterli görmüştür. Maddede özellikle "şüphelinin kullandığı" ifadesine yer verilmiştir; zira üzerinde arama ve kopyalama işlemi yapılacak bilişim sisteminin şüpheliye ait olması gerekmez. Şüphelinin maliki olduğu, kiraladığı, ödünç aldığı ya da ortak kullanıma açık bir bilgisayarı eylemini gerçekleştirirken kullanması bu tedbirin uygulanması için yeterlidir." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2022/9-51, K. 2022/141, 03.03.2022 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2022; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2019/ 295, K. 2021/ 545, 11.11.2021 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 24 Ağustos 2022.

93 Ünver ve Hakeri (n 15) 428; Karakehya (n 80) 350; Dülger (n 3) 599; CMK m. 134 hükmünde, diğer kişilere ait bilişim sistemleri üzerinde tedbirin ne şekilde uygulanacağı yönünde bir açıklık bulunmamaktadır. Bu konuda doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, tedbirin konusunu oluşturan araçların üçüncü bir kişiye ait olması halinde CMK'nın "Diğer kişilerle ilgili arama" başlıklı 117. maddesi kıyasen uygulanmalıdır. Bkz. Yaşar ve Dursun (n 1) 21; CMK m. 134'te düzenlenen tedbirin mağdurun bilişim sistemlerinde uygulanıp uygulanamayacağı hakkında bkz. Değirmenci (n 8) 322 vd.; Ünal (n 4) 93; Çelik (n 44) 34; Tanrıkulu (n 40) 367.

94 Centel ve Zafer (n 8) 50.

95 Arama kararında, hangi bilişim sistemlerinde arama yapılacağı özelleştirilmelidir. Aksi takdirde tüm bilişim sistemlerinde veri araması yapılması rasyonel olmayacaktır. Bilişim sistemlerinin özelleştirilmesine ilişkin öneriler için bkz. Değirmenci (n 8) 354.

96 CMK'nın 134. maddesinde aramada hazır bulunabileceklerle ilgili bir düzenlemeye de yer verilmemiştir. Ancak ceza muhakemesinde mevcut hukuki boşluk kıyas yoluyla doldurulabilecektir. Bu durumda genel aramaya ilişkin olarak CMK'nın "Aramada hazır bulunabilecekler" başlıklı 120. maddesi kıyasen uygulanabilecektir. Yine CMK m.134 hükmüne göre yapılan arama sonrasında verilecek belge yönünden de genel aramaya ilişkin CMK m.121 hükmünden istifade edilebilecektir.

97 Değirmenci (n 8) 354.

Bilişim sistemlerinde, şüphelinin internet ortamında veya sosyal ağlar üzerinde gerçekleştirdiği iletişime ilişkin kayıtların aranması da bu başlık altında üzerinde durulması gereken konulardan biridir. Acaba söz konusu kayıtların aranması CMK m.134 hükmüne göre mi yoksa iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması koruma tedbirinin düzenlendiği CMK m.135 hükmüne göre mi yapılacaktır? Belirtmek gerekir ki, CMK m. 135 uyarınca iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması koruma tedbirine geçmişe değil, geleceğe dönük olarak başvurulabilir. Başka bir ifadeyle, geçmişte yapılan iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması mümkün değildir. Fakat internet ortamında gerçekleştirilen iletişime ilişkin kayıtlar, bilgisayar kütüklerinde kaydedildiğinden, bu iletişim kayıtları hakkında CMK m. 134 hükmü kapsamında arama, kopyalama ve elkoyma tedbirine başvurulabilecektir<sup>98</sup>.

Yine bu başlık altında ele alınması gereken hususlardan biri de bulutta<sup>99</sup> aramadır. Zira failler, suç delillerini saklamak veya bilişim sistemlerine karşı gerçekleştirecekleri saldırıları planlamak amacıyla yerel bilişim sistemleri yerine bulut ortamını kullanmaktadırlar<sup>100</sup>. Bu nedenle, bulut bilişimde saklanan veriler bakımından CMK m.134 hükmünün uygulanıp uygulanamayacağını değerlendirmemiz gerekecektir. İlk olarak, bulut hizmetinin özel ve dar bir ağda verilmesi haline ilişkin bir değerlendirme yapmamız gerekirse, bu ihtimalde şüpheliye ait hesap bilgilerinin CMK m.134 kapsamında alınacak bir arama kararıyla elde edilmesi mümkündür. Böylece şüphelinin hesap bilgilerine ait olan veriler elde edilebilecek ve kopyalanabilecektir<sup>101</sup>.

98 Yaşar ve Dursun (n 1) 23; “Bilgisayarda, şüpheli veya sanığın internet ortamında çeşitli programlar ya da sosyal iletişim siteleri (Msn Messenger, Facebook, Twitter vb.) vasıtasıyla gerçekleştirdiği iletişime ilişkin kayıtların aranması, CMK’nın 135. maddesine göre değil CMK’nın 134. maddesine göre yapılabilir. Zira CMK’nın 135. maddesinde düzenlenen telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri, teknik araçlarla iletişimin tespitini, dinlenmesini ve kayda alınmasını kapsamaktadır. CMK’nın 135. maddesine göre yapılan iletişimin dinlenmesi ve kaydı, geçmişe dönük olarak değil geleceğe dönük olarak yapılabilir. Diğer bir ifadeyle geçmişte gerçekleşen iletişimin dinlenilmesi, kayda alınabilmesi mümkün değildir. Ancak internet ortamında gerçekleştirilen iletişime ilişkin kayıtlar, bilgisayar kütüğünde kayıt altına alındığından bu iletişim kayıtları hakkında CMK’nın 134. maddesindeki koruma tedbiri kapsamında arama, kopyalama ve elkoyma tedbirleri uygulanabilir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2022/9-51, K. 2022/141, 03.03.2022 <www.kazancı.com.tr> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2022; CMK m.134 hükmünün elektronik postalar yönünden uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin olarak bkz. Değirmenci (n 8) 332-333.

99 Bulut bilişim (cloud computing), tüm veri, bilgi, belge, yazılım ve uygulamaların internet bulutu üzerinde bulunan sanal bir depoda depolanmasını ve internet üzerinden ulaşılmasını sağlayan bir teknolojidir. Bkz. Kamil Çelik, “Bulut Bilişim Teknolojileri” (2021) 12 (24) Bartın Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 438; Bulut bilişim hakkında ayrıca bkz. Won Kim, “Cloud Computing: Today and Tomorrow” (2009) 8 (1) Journal of Object Technology 65; Dereboylular (n 80) 164 vd.

100 Değirmenci (n 8) 237.

101 Değirmenci (n 8) 242.

Kamusal hizmet bakımından ise kamusal bulut hizmet sağlayıcısının yurt içinde ya da yurt dışında bulunmasına göre ikili bir ayırım yapılması gerekecektir. Kamusal bulut hizmetini sunan hizmet sağlayıcısının yurt içinde bulunması durumunda, CMK m.134 hükmü uyarınca verilen bir arama kararıyla bulutta arama yapılabileceği kabul edilmelidir. Zira kullanıcıya ait olan bir verinin kişinin bilgisayarında saklanması ile bulutta saklanması arasında bir farklılık yoktur<sup>102</sup>. Buna göre, bilgisayarlarda arama için gerekli olan arama kararı ile bulut ortamında da arama yapılabilir. Kamusal bulut hizmetini sunan hizmet sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde ise bulut bilişimde arama yapılması ve verilere elkonulması adli yardımlaşma hükümleri kapsamında yerine getirilmelidir<sup>103</sup>.

Burada son olarak, dijital haberleşme uygulaması olan Bylock iletişim sistemine değinmekte yarar görüyoruz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 24.01.2019 tarihli ve 417-44 sayılı ve 20.12.2018 tarihli ve 419-661 sayılı kararlarında da ayrıntılarıyla belirtildiği üzere şifreli haberleşme uygulaması olan Bylock iletişim sistemi, global bir uygulama görüntüsü altında belli bir tarihten sonra yenilenen ve geliştirilen haliyle münhasıran silahlı terör örgütü mensuplarının kullanımına sunulmuş bir programdır<sup>104</sup>. İşte bu noktada, Bylock bilgilerinin CMK'nın "*Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma*" başlıklı 134. maddesi kapsamında mı yoksa "*İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması*" başlıklı 135. maddesi kapsamında mı elde edilebileceği değerlendirilmelidir. Bu konuda doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, haberleşme hakkına ilişkin Bylock bilgileri yalnızca CMK m. 135 kapsamında elde edilebilir. Öyle ki, haberleşmeye ilişkin yazışma içerikleri kişinin kullandığı bilgisayarda kayıtlı olsa da bu içeriklere ulaşılması CMK m. 135

102 Değirmenci (n 8) 243; Benzer yönde bkz. Dilek Özge Uğraş, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Bilgisayar Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma" (2021) 34 (154) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 116.

103 Değirmenci (n 8) 243; Uğraş (n 102) 116.

104 Bylock uygulamasının bir örgüt faaliyetiyle ilişkilendirilebilecek özel bir iletişim aracı olup olmadığı hususuna ilişkin olarak bkz. Burcu Baytemir Kontacı, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Özel İletişim Araçlarının Kullanılmasının Ceza Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi", *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Rejimleri Sempozyumu* (Seçkin Yayıncılık, 2022) 558 vd.; Ayrıca bkz. İzzet Özgenç, *Suç Örgütleri* (Seçkin Yayıncılık, 2022) 115 vd.; Bylock programının genel özelliklerine ilişkin tespit ve değerlendirmeler için bkz. AYM, *Aydın Yavuz ve diğerleri*, Başvuru No: 2016/22169, 20.06.2017, para. 106; Bylock programına ilişkin açıklamalar hakkında ayrıca bkz. AYM, *M.T.*, Başvuru No: 2018/10424, 04.06.2020; AYM, *Ferhat Kara*, Başvuru No: 2018/15231, 04.06.2020; Bir bireyin, bir suç örgütü tarafından özel olarak tasarlanmış ve münhasıran bu örgütün iç iletişimi amacıyla kullanılan şifreli bir mesajlaşmayı kullandığını doğrulayan elektronik delil kullanımının, örgütlü suçla mücadelede oldukça önemli bir araç olabileceğine ilişkin değerlendirme hakkında bkz. AİHM, *Akgün v. Türkiye*, Başvuru No: 19699/18, 20.07.2021, para.167.



hükmüne göre verilmiş bir hakim kararına bağlıdır<sup>105</sup>. Kanaatimizce, Bylock uygulamasına ait sunucular üzerindeki verilerin elde edilmesi, Bylock verilerini içeren hard disk ve flash belleğin incelenmesi CMK'nın 134. maddesi gereğince yapılmalıdır. Bylock uygulamasının haberleşmeyi sağlayan bir sistem olması, doğrudan CMK'nın 135. maddesinin uygulanması sonucunu doğurmaz. Söz konusu iletişime ilişkin bilgiler, bir sunucu bilgisayardan elde edildiğinden Bylock iletişim sisteminin kullanımı sonucu oluşan verilerin tespitinin CMK'nın 134. maddesinde belirlenen esas ve usuller çerçevesinde yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Bir diğer ifadeyle, internet ortamında gerçekleştirilen iletişime ilişkin kayıtlar, bilgisayar kütüğünde kaydedildiğinden, bu iletişim kayıtları hakkında CMK'nın 134. maddesindeki koruma tedbiri uygulanmalıdır. Yargıtay'ın konuya ilişkin görüşü de bu yöndedir<sup>106</sup>.

### 3. Elkoyma

Kanun koyucu, bilişim sistemlerinde veri arama bakımından öncelikle yerinde aramayı öngörmüştür. Ancak yerinde arama işlemi her zaman mümkün olmamaktadır. İşte bu nedenle, CMK m.134/f.2 hükmünde bilişim sistemlerine elkoyma tedbiri özel olarak düzenlenmiştir. İlgili hüküm incelendiğinde görülecektir ki, kanun koyucu elkoyma tedbirine başvurulabilmesi için birtakım şartların varlığını aramıştır. CMK m.134/f.2 düzenlemesine göre bilişim sistemlerine *şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması ya da işlemin uzun sürecek olması* halinde çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için bu araç ve gereçlere elkonulabilir. Görüldüğü üzere, CMK m.134/f.2 hükmü bağlamında elkoyma tedbirinin amacı, dijital delillere ilişkin çözümün yapılması ve gerekli kopyaların alınmasıdır.

Şifrenin çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınması halinde elkonulan cihazlar gecikme olmaksızın iade edilmelidir<sup>107</sup>. Madde metninde yer alan "*gecikme olmaksızın*" ibaresinden anlaşılması gereken husus, incelemenin makul sürede bitirilmesidir. Dijital deliller üzerinde yapılacak incelemeler alınan kopya üzerinde yapılacağından, elkonulmak

105 Uğur Yeşil, *Hukuk ve İnsan Hakları Bağlamında Bylock Bilgilerinin Delil Değeri* (Alternatif Düşünce ve Medya Yayıncılık, 2018) 113.

106 Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2017/956, K. 2017/370, 26.09.2017 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 24 Ağustos 2022; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2019/ 295, K. 2021/ 545, 11.11.2021 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 24 Ağustos 2022.

107 CMK m.134 kapsamında elkonulan cihazların iadesi yönünden, genel elkoymaya ilişkin CMK'nın "*Elkonulan eşyanın iadesi*" başlıklı 131. madde hükmü uygulanmalıdır. Buna göre, şüpheliye, sanığa veya üçüncü kişilere ait elkonulmuş cihazların, soruşturma ve kovuşturma bakımından muhafazasına gerek kalmaması halinde, re'sen veya istem üzerine geri verilmesine Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme tarafından karar verilir. İstem reddi kararlarına itiraz edilebilir.



suretiyle kopyası alınan cihazın derhal iadesi gerekmektedir<sup>108</sup>. Zira burada elkoyma bakımından önemli olan eşyalara elkonulması değil verilere elkonulmasıdır<sup>109</sup>. Ayrıca bilgisayar donanım ve yazılımlarına elkonulması, ilgili kişilerin anayasa tarafından koruma altına alınan haberleşme, kendini geliştirme ve mülkiyet hakkı gibi temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması anlamına geldiğinden, elkonulan araçların iadesi yasal bir zorunluluk olarak Kanun'da öngörülmüştür<sup>110</sup>.

Doktrinde, gerekli kopyaların alınması halinde, elkonulan cihazların gecikme olmaksızın iade edileceğine ilişkin düzenlemenin ciddi sorunlar doğurabileceği ifade edilmiştir. Bu düzenlemenin şüphelinin haklarını teminat altına alma amacını güttüğü açıktır. Ancak suçun konusunu oluşturan verilerin cihazın içinde yer alması ciddi sonuçlar doğurabilecektir. Örneğin iade edilen cihazın içinde çocuk pornografisi içeren görüntülerin ya da mağdurun kredi kartı bilgileri gibi verilerin bulunması, suçun işlenmesine devam edilmesine kanun tarafından cevaz verildiği anlamına gelecektir<sup>111</sup>. Ne var ki, CMK m.134/f.2 hükmünde, iadesi gereken cihazlarda bulunan suç unsuru içeren veriler yönünden ne şekilde işlem yapılacağı düzenlenmemiştir. Bu konuda doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, suç unsuru içeren bu verilerin delil olarak kullanılacağı hallerde veya kamu davasının açılmış olduğu hallerde, söz konusu veriler delil olarak muhafaza edilmelidir. Kovuşturmaya yer olmadığı kararı ve beraat kararı verilmesi ya da suça konu verilerle ilgili işlem yapılmasının gerekli olmadığı hallerde<sup>112</sup> ise bu verilerin tamamen imhası yoluna gidilmelidir. Zira Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'nin m.19/f.3 (d) hükmü uyarınca, elde edilen veri veya programların suç unsuru teşkil etmesi halinde, bu verilere erişilememesi, kullanılamaz hale getirilmesi ve silinmesi öngörülmüştür<sup>113</sup>. Benzer şekilde, CMK düzenlemesinde de Sözleşme'nin ilgili maddesi göz önünde bulundurularak konusu suç oluşturan verilere ilişkin ne şekilde işlem yapılacağına ilişkin belirsizlik giderilmelidir. Bu gibi hallerde TCK'nın 54. maddesi gereğince eşya müsaderesine ilişkin hükümden istifade edilebilecekse de kanun koyucunun CMK m.134 hükmünde bu hususa ilişkin bir düzenlemeye yer vermemesi önemli bir eksiklik olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>114</sup>.

108 Özen ve Özocak (n 2) 63.

109 Şahin (n 12) 278.

110 Tanrıkulu (n 40) 407.

111 Özen ve Özocak (n 2) 70.

112 Bu hallere örnek olarak, verilerin ele geçirildiği şüphelinin ölümü ve CMK'nın 223. maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi örnek olarak gösterilebilir. Bkz. Tanrıkulu (n 40) 408.

113 Tanrıkulu (n 40) 408.

114 Özen ve Özocak (n 2) 70.

7145 sayılı Kanun’la CMK’nın 134. maddesinin 2. fıkrası değişikliğe uğramadan önce elkoyma tedbirine başvurulabilmesi için bilişim sistemlerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması gerekiyordu. Ancak 7145 sayılı Kanun’un 16. maddesiyle, CMK m.134/f.2 hükmüne “*bilgilere ulaşılamaması*” ibaresinden sonra gelmek üzere “*ya da işlemin uzun sürecektir olması*” ibaresiyle yeni bir şart eklenmiştir. Madde metnine, kopyalama işleminin uzun sürecektir olması halinde araç ve gereçlere elkonulabilmesine olanak sağlayan bu yeni şartın eklenmesiyle, elkoyma tedbirinin uygulama alanı genişletilmiştir<sup>115</sup>.

CMK m.123 gereğince genel elkoymadan farklı olarak bilişim sistemlerine elkoyma tedbiri, daha ağır şartlara tabi tutulmuştur. CMK m.123 hükmündeki düzenlemeye bakıldığında, malvarlığı değerlerine elkonulabilmesi için herhangi bir şart öngörülmemektedir. Ancak CMK m.134/f.2 hükmüne baktığımızda, elkoyma tedbirine başvurulabilmesi için yukarıda yer verilen üç şarttan birinin gerçekleşmesi zorunludur. Belirtelim ki, bilişim sistemlerine elkoyma tedbiri, genel elkoyma tedbirine kıyasen temel hak ve özgürlüklere daha fazla müdahaleyi gerektirdiğinden, kanun koyucu CMK m. 134 hükmünde öngörülen elkoyma tedbiri bakımından daha ağır şartlar öngörmüştür<sup>116</sup>.

CMK m.134 kapsamında elkoyma tedbirine başvurulabilmesi için gerekli olan şartlara değinecek olursak, bu şartlardan ilki *şifrenin çözülememesinden dolayı bilişim sistemine girilememesidir*. Ancak gerekli kopyaların alınabilmesi için bu şifrenin çözülmesi gerekmektedir<sup>117</sup>. Şifreleme, sistemde yer alan verilerin karışık matematiksel algoritmalarla korunması olarak tanımlanmaktadır<sup>118</sup>. Bilgisayarın bulunduğu yerde şifrenin çözülememesi halinde, çözümün yapılması ve gerekli kopyaların alınması amacıyla elkoyma tedbirine başvurulabilecektir.

Elkoyma tedbiri için gerekli olan şartlardan bir diğeri ise *bilgişim sistemlerinde gizlenmiş bilgilere ulaşılamamasıdır*. Bu ihtimalde ise sistemde herhangi bir şifre bulunmamasına ya da şifre bulunsa bile çözümü yapılmış olmasına rağmen, sistem içinde gizli bilgilere

115 Değirmenci (n 8) 150.

116 Değirmenci (n 8) 367.

117 Bilişim sistemlerinde şifrelenmiş veri, dosya şifrelenmesi ya da tüm disk şifrelenmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Dosyanın şifrelenmesi halinde, gerekli kopyaların alınabilmesi mümkündür. Söz konusu şifrelenmiş dosyanın kopyası alınarak adli bilişim laboratuvarında çözümü yapılabilecektir. Fakat tüm disk şifrelenmesi halinde, gerekli kopyaların alınabilmesi için şifrenin çözülmesi gerekecektir. Şifrenin makul bir sürede çözümlenmesinin olanaksız olduğu hallerde ise elkoyma ihtiyacı doğacaktır. Ancak şifre çözüldükten sonra kopyalama yapılabilecektir. Bkz. Değirmenci (n 8) 152.

118 Aktaş (n 57) 233.

ulaşılamıyor olabilir. Bu durumda, sistem üzerinde detaylı bir arama yapılması ihtiyacı doğabileceğinden, elkoyma tedbirine başvurulması zorunluluk arz edebilir<sup>119</sup>. Ancak bilgiler gizlenmiş olmasına rağmen, diskin kopyası alınabiliyorsa, elkoyma tedbirine başvurulması gerekmeyecektir. Ancak uygulamada 7145 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önce, diskin kopyalanması işleminin uzun zaman alabilecek olması nedeniyle, elkoyma yapılabilmekteydi<sup>120</sup>.

Son olarak, *işlemin uzun sürecek olması* halinde çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için elkoyma tedbirine başvurulabilecektir. Olay yerine giden kolluk görevlileri, hangi nedenden ötürü elkoyma tedbirine başvurduklarını elkoyma tutanağına yazmalıdır. Örneğin, kopyalama işleminin uzun sürecek olması nedeniyle elkoyma durumunda, kopyalama işleminin neden uzun süreceğine ilişkin değerlendirme de tutanağa yazılmalıdır<sup>121</sup>.

Kanunun açık ifadesi karşısında, bilişim sistemlerine elkoyma ancak 134. maddenin 2. fıkrasında sayılan hallerde mümkündür. Buna göre, şifrenin çözülememesi, gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması ve işlemin uzun sürecek olması halleriyle sınırlı olmak üzere, çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi amacıyla bu araç ve gereçlere elkonulabilir. Bunun dışındaki hallerde elkoyma işlemi yapılamaz<sup>122</sup>. CMK m.134/f.2 hükmünde öngörülen şartlar gerçekleşmeden elkoyma yapılması halinde, hukuka aykırı bir elkoyma işleminden bahsedilecektir<sup>123</sup>.

Düzenleme bu şekilde olmakla birlikte, ne yazık ki uygulama bu yönde değildir. Kural olan, yerinde arama yapılması ve yine sistemin bulunduğu yerde kopyalama işlemi yapılarak öncelikle bu tedbirlerin işletilmesidir. Ancak uygulamada kolluk güçleri tarafından CMK m.134/f.2 hükmünde yer alan istisna hükmü kural haline getirilerek sistemde şifre olduğu ya da gizli verinin bulunduğu gibi sözde gerekçelerle tutanak tutularak elkoyma tedbirine başvurulmaktadır<sup>124</sup>. Kanaatimizce, bu yolla elde edilen deliller hukuka aykırı delil olarak kabul edilmeli ve CMK m.217/f.2 hükmü uyarınca ceza yargılamasında hükme esas alınmamalıdır.

119 Yaşar ve Dursun (n 1) 15.

120 Değirmenci (n 8) 152.

121 Değirmenci (n 8) 154; Yaşar ve Otacı (n 2) 1119.

122 Artuç (n 80) 467.

123 Aldemir (n 50) 222.

124 Dülger (n 3) 602-603.

Yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere, bilişim sistemlerine elkonulabilmesi için her şeyden önce bu araç ve gereçler hakkında hukuka uygun şekilde verilmiş arama ve kopyalama kararı bulunması gerekir. Şunu ifade etmeliyiz ki, CMK m.134/f.2 hükmünde düzenlenen elkoyma tedbirini, CMK m.123 vd. hükümlerinde düzenlenen elkoyma tedbirinin özel bir görünümünü oluşturmaktadır. Ancak CMK m.123 hükmünde yer alan elkoyma tedbirinden farklı olarak, CMK m.134 kapsamında elkoyma işlemi yapılabilmesi için öncelikle elkonulacak araç ve gereçler hakkında verilmiş bir arama ve kopyalama kararı bulunmalıdır. Zira CMK m.134/f.2 hükmünde öngörülen elkoyma koruma tedbirine başvurulabilmesi için bilişim sistemlerine “şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması ya da işlemin uzun sürecek olması” şartlarından birinin gerçekleşmesi, öncelikle söz konusu araçlar üzerinde hukuka uygun olarak verilmiş bir arama ve kopyalama kararını zorunlu kılmaktadır<sup>125</sup>.

CMK m.134/f.3 hükmünde ise bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin yedeklemesinin yapılacağı düzenlenmiştir. Böylece bir istisna hükmü olan CMK m.134/f.2 hükmünün işletilmesi halinde neler yapılması gerektiği hususuna yer verilmiştir<sup>126</sup>. Ne var ki, CMK m.134/f.3 hükmü bağlamında sistemdeki bütün verilerin yedeklemesinin yapılarak tüm verilerin denetlenmesine olanak sağlayan bu düzenleme, özel hayatın gizliliğini ihlal eder nitelikte bir düzenlemedir<sup>127</sup>. Bu nedenle, kişisel bir bilgisayar üzerinde yapılan inceleme sırasında gelişigüzel bütün dosyaların açılması, bu dosyalarda kişilerin özel hayatına ilişkin kişisel veriler bulunabileceğinden, Anayasa'nın 20. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde düzenlenen “özel hayatın gizli alanına” müdahale teşkil edebilecektir<sup>128</sup>. Dolayısıyla ölçülülük ilkesi açısından, bireye ait kişisel bilgilerin de yer aldığı verilerin tamamının yedeklenmesi yerine yalnızca soruşturma ile ilgisi bulunan verilerin yedeklenmesi yoluna gidilmelidir.

Öte yandan, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m.17/f.3 hükmünde ise yedekleme işleminin, “*bilgisayar ağları ve diğer uzak bilgisayar kütükleri ile çıkarılabilir donanımları*”<sup>129</sup> hakkında da uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu konuda

125 Yaşar ve Dursun (n 1) 13-14; Şen ve Eryıldız (n 66) 188; Doktrinde ileri sürülen bir başka görüş ise bilişim sistemlerinde elkoyma tedbirine başvurulabilmesi için arama kararının varlığının zorunlu olmadığı yönündedir. Bkz. Değirmenci (n 8) 355.

126 Sistemdeki verilerin yedeklenmesiyle kastedilenin fiziksel kopyalama mı yoksa mantıksal kopyalama mı olduğu hakkında bkz. Değirmenci (n 8) 149.

127 Centel ve Zafer (n 8) 449.

128 Yenisey ve Nuhoglu (n 72) 406; Ayrıca bkz. Şen ve Eryıldız (n 66) 213.

129 Bu kavramlar hakkında bkz. yuk. I, B, 3

doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre Yönetmelikte, CMK'nın 134. maddesinde yer almayan bir düzenlemeye yer verilerek tedbirin sınırları genişletilmiştir<sup>130</sup>. Doktrinde ileri sürülen ve bizim de katıldığımız diğer görüş ise CMK'nın 134. maddesinde yer almayan *"bilgisayar ağları ve diğer uzak bilgisayar kütükleri ile çıkarılabilir donanımları"* ibaresinin, maddede yer alan kavramların daha iyi anlaşılabilmesi için yapılan bir ekleme niteliğinde olduğu yönündedir<sup>131</sup>. Dolayısıyla Yönetmelik aracılığıyla CMK m.134 hükmünün kapsamı genişletilmemiş, aksine amaca uygun bir düzenleme yapılmıştır. Ancak bu konuda yaşanan tereddütlerin önüne geçmek adına, kapsamlı bir yasal düzenleme yapılmasının isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Sistemdeki verilerin yedeklenmesi CMK m.134/f.3 hükmü uyarınca elkoyma işlemi sırasında yapılmalıdır. Zira verilerin güvenliğini tehlikeye sokabilecek olması nedeniyle, elkoyma işleminden sonra yedekleme yapılmamasına dikkat edilmelidir. Öyle ki, personel ya da teknik ekipman yetersizliği gibi gerekçelerle olay yerinde değil de elkoyma işleminden sonra sistemdeki verilerin yedeklemesinin yapılması halinde, elde edilen delillerin CMK m.217/f.2 hükmü bağlamında hukuka aykırı yöntemle elde edildiği ve delil olarak değerlendirilemeyeceği sorunu gündeme gelebilir<sup>132</sup>.

6526 sayılı Kanun'la CMK'nın 134. maddesinde yapılan ikinci değişiklik maddenin 4. fıkrasında yapılmıştır. Kanun değişikliğinden önce 4. fıkra *"İstemesi halinde, bu yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline verilir ve bu husus tutanağa geçirilerek imza altına alınır."* şeklinde düzenlenmişti. Ancak 6526 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle, 134. maddenin 4. fıkrasında yer alan *"İstemesi halinde, bu"* ibaresi *"Üçüncü fıkraya göre alınan"* şeklinde değiştirilmiştir. Buna göre, üçüncü fıkraya göre alınan yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline<sup>133</sup> verilecek ve bu husus tutanağa geçirilerek imza altına alınacaktır. İfade edildiği üzere, bu değişiklikten önce, CMK m.134/f.3 kapsamında sistemdeki bütün verilerin yedeklenmesi yapıldıktan sonra, istemesi halinde bu yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya müdafiiine

130 Çelik (n 44) 38; Benzer yönde bkz. Şen ve Eryıldız (n 66) 199.

131 Tanırkulu (n 40) 337; Benzer yöndeki görüşler için bkz. Değirmenci (n 8) 331; Yaşar ve Dursun (n 1) 16; Başlar (n 23) 100.

132 Yaşar ve Dursun (n 1) 26; Ayrıca bkz. Dülger (n 3) 604; Özen ve Özocak (n 2) 68.

133 Doktrinde bir görüş, CMK m.134/f.4 hükmünde "müdafii" yerine, hatalı olarak "vekil" ibaresi kullanıldığını ileri sürmektedir. Bkz. Centel ve Zafer (n 8) 449 dn. 245; Benzer yönde bkz. Değirmenci (n 8) 377; Ancak başka bir görüş ise buradaki "vekil" ibaresi ile bir hukukçunun değil, şüpheliyi temsil eden kişinin, esasen aileden birisinin kastedildiğini ileri sürmektedir. Bkz. Şahin (n 12) 278.

veriliyordu. Ancak 6526 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerle, istem olmasa dahi bu yedeklerin verilmesi yönünde bir düzenleme yapılmıştır. İstem aranmaksızın, elkoyma tedbiri sonucu çıkarılan yedeğin bir kopyasının şüpheliye ya da savunma makamına verilmesindeki amaç, alınan yedek üzerinde sonradan yapılabilecek müdahalelere engel olmaktır<sup>134</sup>. 6526 sayılı Kanun'un gerekçesinde de haklı olarak ifade edildiği üzere söz konusu düzenlemeyle, yedekleme yapılan sistemdeki verilerde değişiklik yapıldığı iddiasının gündeme gelmesi durumunda, şüpheli veya vekiline verilen yedek ile ekleme yapıldığı iddia edilen kopya arasında karşılaştırma yapılabilmesi imkanı sağlanmaktadır<sup>135</sup>.

Öte yandan, bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoyma işlemi sırasında alınan yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline verildiğine dair bir tutanağın bulunmaması, CMK m.134 hükmüne riayet edilmediği anlamına gelecektir. Dolayısıyla hukuka aykırı yapılan bu arama ve elkoyma sonucu elde edilen deliller de hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş delil niteliğinde olacak ve hükme esas alınamayacaktır<sup>136</sup>.

Arama ve elkoyma kararı doğrudan CMK'nın 134. maddesi kapsamında olabileceği gibi, CMK m.119 ve m.127 kapsamında verilen genel arama ve elkoyma kararı üzerine yapılan aramalarda da bilgisayarlara elkonulabilir. Ancak elkonulan bilgisayarlarda aramaya ihtiyaç duyulması halinde, CMK'nın 134. maddesine göre verilmiş bir arama kararı bulunmalıdır. Örneğin genel arama ve elkoyma hükümlerine göre verilmiş bir kararla konut ya da işyerinde arama yapılması halinde, arama yapılan yerde bulunan bilgisayar gibi CMK m.134 hükmüne tabi dijital materyallerde arama yapılamaz. Söz

134 Şahin (n 12) 277; Öztürk ve diğerleri (n 63) 523; Karakehya (n 80) 351; Yedekten çıkarılan kopyanın isteğe bağlı olarak şüpheli veya vekiline verildiği dönemde yaşanan tartışmalar için bkz. Ünal (n 4) 121 vd.

135 <<https://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-1981.pdf>> Erişim Tarihi 20 Mayıs 2022.

136 Yargıtay'ın bu yöndeki kararları için bkz. Yargıtay 4. CD., E. 2020/15324, K. 2021/ 7827, 04.03.2021 2022; Yargıtay 4. CD., E. 2021/16706, K. 2021/23109, 30.09.2021; Yargıtay 18. CD., E. 2016/ 8680, K. 2018/5914, 24.04.2018 <[www.lexpera.com](http://www.lexpera.com)> Erişim Tarihi 19 Ağustos 2022.

konusu sistemlerde arama yapılmasına ihtiyaç duyuluyorsa CMK m. 134 hükmüne göre karar alınmalıdır<sup>137</sup>.

Yukarıda yapılan değerlendirmeler gerek telefon gerekse gelişen teknolojiyle birlikte bilgisayar işlevi gören akıllı telefonlar yönünden de geçerlidir. Bu nedenle, arama ve elkoyma işlemi, konuşma veya mesaj kayıtlarının incelenmesi gibi cihazın telefon işlevine yönelik ise CMK m. 119 ve m. 127 hükümlerine göre verilmiş kararlar yeterli olurken; arama ve elkoyma işleminin, cihazın bilgisayar işlevine yönelik olduğu hallerde CMK m. 134 uyarınca verilen bir kararın varlığı aranacaktır<sup>138</sup>.

CMK m.134 hükmünün avukat bürolarında nasıl uygulanacağına da değinmemiz yerinde olacaktır. Öncelikle CMK'nın 134. maddesinde bu konuyla ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda, avukat bürolarında bulunan bilişim sistemlerinde

137 Şahin (n 12) 275; Aynı yönde bkz. Aktaş (n 57) 227; Dülger (n 3) 605; Artuç (n 80) 466; Ünver ve Hakeri (n 15) 430; Aldemir (n 50) 219; Yaşar ve Otacı (n 2) 1114; "Soruşturma dosyası kapsamında emanete alınan bilgisayar ve CD'ler üzerinde CMK'nın 134. maddesi uyarınca inceleme yapılması ve imaj alınmasına ilişkin bir kararın bulunmadığı, bilgisayarın yedeklemesinin yapıpı sanığa ve/veya müdafisine verildiğine dair bir tutanağa da yer verilmediği, bu suretle CMK'nın 134. maddesi hükümlerine riayet edilmeyerek bilgisayar kütüklerinde bilirkişi incelemesi yapıldığı, bunun sonucu elde edilen delillerin de hukuka uygun elde edilmiş delil niteliğinde olmadığı, delil değerlendirme yasağı kapsamında kaldığı gözetilmeyerek yazılı şekilde hüküm kurulması..." Yargıtay 4. CD., E. 2021/16706, K. 2021/23109, 30.09.2021 <www.kazancı.com.tr> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2022; "...yapılan denetim sırasında sanık tarafından rıza ile teslim edilen ve iş yerinde görünür vaziyette bulunan 85 adet film ve oyun CD/DVD'sinin muhafaza altına alınması sebebiyle bu materyallerin hukuka uygun yöntemlerle elde edilen delillerden olduğu ancak sanığın iş yerinde bulunan bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılması, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılması, bu kayıtların çözülerek metin hâline getirilmesi için sanık tarafından gösterilen rızanın yeterli olmayacağı ve mutlaka "Bilgisayarlar, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma" başlıklı CMK'nın 134. maddesine göre hâkim kararı alınması gerektiği, hâkim kararı olmaksızın bilgisayar ve hard disklerde yapılan arama sonucunda elde edilen delillerin hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delil niteliğinde olduğunun anlaşılmasında..." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 7-961/622, 22.10.2019 <www.kazancı.com.tr> Erişim Tarihi 21 Mayıs 2022; "CMK'nın 134. maddesine göre verilmiş bir arama kararı bulunmadığı anlaşılma, işyerinde bulunan bilgisayarlar üzerinde yapılan arama sonucunda elkonulan ve içerisinde müşteki firmaya ait lisanssız yazılımların olduğu belirtilen harddiskler ve CD'ler hukuka aykırı delil niteliğinde olup hükme esas alınamayacağından, sanık hakkında verilen beraat kararı usul ve yasaya uygun görülmekle..." Yargıtay 19 CD., E. 2015/2092, K. 2015/1175, 06.05.2015 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 19 Mayıs 2022; Bu yöndeki kararlar için bkz. Yargıtay 18. CD., E. 2019/11460, K. 2020/ 829, 15.01.2022; Yargıtay 19. CD., E. 2019/ 30045, K. 2020/ 2782, 11.03.2020; Yargıtay 19. CD., E. 2015/ 11396, K. 2016/ 1087, 02.02.2016 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 19 Ağustos 2022.

138 Şahin (n 12) 275; Özen ve Özocak (n 2) 69; Uygulamada bilgisayarlardan farklı olarak cep telefonlarına kolluk amirininin yazılı emriyle elkonulabilmekte ve bu elkoyma işlemi sırasında yedekleme vb. önlemlere başvurulmamaktadır. Uygulamadaki bu durum, kişilerin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemekte olup, kişisel verilere ve özel hayatın gizliliğine hukuka aykırı şekilde müdahale edilmesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle, yukarıda da bahsedildiği üzere, yapılan arama ve elkoyma işlemi cihazın telefon özelliğiyle ilgiliyse, örneğin konuşma veya mesaj kayıtlarının incelenmesi gerekiyorsa genel arama ve elkoyma hükümlerine başvurulmalıdır. Ancak cep telefonunda yapılan arama ve elkoyma işleminin trafik kaydı, e-posta kayıtlarının incelenmesi gibi cihazın bilgisayar özelliğine yönelik olduğu hallerde özel hüküm niteliğinde olan CMK m. 134 hükmü uygulanmalıdır. Bkz. Özen ve Özocak (n 2) 69-70; Cep telefonlarında arama için ayrıca bkz. Yenisey ve Nuhoglu (n 72) 415.



yapılacak arama, kopyalama ve elkoyma işlemleri hakkında CMK'nın 130. maddesi kıyasen uygulanabilecektir. Buna göre, CMK m.130/f.1 hükmü uyarınca, avukat bürolarında bulunan bilişim sistemleri ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Ayrıca Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur. Arama sonucunda CMK'nın 134. maddesinde yer alan gerekçelerle elkonulmasına karar verilen şeyler bakımından bilgisayar ve diğer araçlarında arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, elkonulmak istenen verilerin avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, söz konusu veriler kopyalanabilir. Kopyalanan bu veriler, ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminden, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeden istenir. Yetkili hâkim elkonulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu saptadığında, elkonulan şey derhâl avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır. Son olarak, CMK m.130/f.2 hükmünde öngörülen kararların, yirmi dört saat içinde verilmesi gerekir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Avusturya* kararında, bir avukat bürosunda aramanın söz konusu olduğu hallerde, mesleki sır saklama yükümlülüğü kapsamında olan dijital verilerin güvenliğini temin amacıyla, yazılı belgelerin incelenmesi ve bu tür belgelere el konulmasına ilişkin kuralların kıyasen, dijital verilerin incelenmesi ve bu tür verilere elkonulması halinde de uygulanması gerektiğine işaret etmiştir<sup>139</sup>. Mahkeme, başvuruya konu olayda avukatların mesleki sır saklama yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin dijital deliller yönünden dikkate alınmaması<sup>140</sup>, bilişim sistemlerinin aranması sırasında hangi kriterlerin uygulandığı, hangi dosyaların kopyalandığı ve hangileri yönünden elkoyma tedbirine başvurulduğunu gösteren arama ve elkoyma tutanağının elkoyma işleminin sonunda değil de aynı günün ilerleyen saatlerinde düzenlenmesi, arama sonrasında Baro temsilcisinin bilgilendirilmemesi<sup>141</sup> ve avukatın mesleki sır saklama yükümlülüğünü korumayı amaçlayan usulî güvencelere uygun hareket edilmemesi<sup>142</sup> nedenleriyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

139 AİHM, *Wieser ve Bicos Beteiligungen GmbH v. Avusturya*, Başvuru No: 74336/01, 16.10.2007, para. 34.

140 *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Avusturya*, para. 48.

141 *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Avusturya*, para. 63.

142 *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Avusturya*, para. 66.



Mahkeme, Kırdök ve Diğerleri v. Türkiye davasında da bir avukatlık bürosunda yapılan elkoyma işlemiyle ilgili olarak, avukat olan başvuru sahiplerinin dijital verilerine elkonulmasının avukat ve müvekkili arasında bulunan güven ilişkisinin dayanağı olan meslek sırrını ihlal ettiği gerekçesiyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>143</sup>.

Burada son olarak tesadüfen elde edilen delillere de kısaca değinmek istiyoruz. Bilişim sistemlerinde arama ve elkoyma tedbirinin uygulanması sırasında, yapılmakta olan soruşturmaya ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse, CMK'nın tesadüfen elde edilen delillere ilişkin 138. madde hükmü uygulanacaktır. Buna göre, tesadüfen elde edilen delil muhafaza altına alınacak ve bu durum Cumhuriyet Savcılığına derhal bildirilecektir<sup>144</sup>.

#### 4. Kopyalama

CMK m.134 hükmünde yer alan bir diğer tedbir ise kopyalamadır. Kanun koyucu, bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde yapılacak incelemelerin, bu araçların bizzat kendi üzerinde değil, bunlardan elde edilecek kopyalar üzerinde yapılmasını öngörmüştür<sup>145</sup>.

CMK m.134/f.5 hükmü uyarınca, bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoymaksızın da sistemdeki verilerin tamamının veya bir kısmının kopyası alınabilir. Bu itibarla, üzerinde arama ve kopyalama işlemi yapılacak cihazların buldukları yerden başka bir yere götürülmelerine ihtiyaç yoktur. Cihazın fiziki olarak bulunduğu yerde arama ve kopyalama işlemi yapılabilecektir<sup>146</sup>. Bu durumda, CMK m.134/f.2 hükmünde öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde, derhal elkoyma tedbirine başvurulmamalıdır. Öncelikle CMK m.134/f.5 hükmü gereğince, bilgisayarın bulunduğu yerde delil elde etme imkanının bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir. Buna göre, sistemdeki verilerin kopyasının alınabildiği hallerde, elkoyma tedbirine başvurulmasına yer olmayacaktır. Bir başka ifadeyle, CMK m.134/f.5 hükmünün uygulanmadığı hallerde elkoyma işlemine başvurulabilecektir<sup>147</sup>.

143 AİHM, *Kırdök ve diğerleri v. Türkiye*, Başvuru No: 14704/12, 03.12.2019, para. 55-58; Benzer yöndeki AİHM içtihatları için bkz. *Petri Sallinen ve Diğerleri v. Finlandiya*, Başvuru No: 50882/99, 27.09.2005; *Smirnov v. Rusya*, Başvuru No: 71362/01, 07.06.2007; *Robathin v. Avusturya*, Başvuru No: 30457/06, 03.07.2012.

144 Tesadüfen elde edilen delillerin şikayete bağlı bir suçla ilişkin olması halinde nasıl hareket edileceği hakkında bkz. Yaşar ve Dursun (n 1) 29.

145 Şen ve Eryıldız (n 66) 205.

146 Şahin (n 12) 279.

147 Ünal (n 4) 113.

Kopyalama işleminde dikkat edilmesi gereken husus, sistemdeki verilerin teknik gerekliliklere uygun olarak kopyalanması ve *hash değerlerinin* alınmasıdır<sup>148</sup>. Hash değeri ise dosyaların adeta parmak izi olarak kabul edilen ve dosya üzerinde herhangi bir değişiklik yapıldığında tamamen değişen, bu itibarla yedeklenen verinin bütünlüğünü güvence altına alan sayısal değerdir<sup>149</sup>. Birebir kopyalama işlemine imaj adı verilmekte olup, alınan imajların bütünlüğü hash değerleri hesaplanarak sağlanmaktadır<sup>150</sup>. Doktrinde isabetli olarak, *hash* değeri alınması gibi teknik zorunlulukların yasada da öngörülmesi gerektiği ileri sürülmüştür<sup>151</sup>.

Son olarak, CMK m. 134/f.5 hükmünün ikinci cümlesi uyarınca, kopyası alınan veriler kâğıda yazdırılarak, bu husus tutanağa kaydedilmeli ve ilgililer tarafından imza altına alınmalıdır<sup>152</sup>. Ne var ki doktrinde kopyalanan verilerin kâğıda dökülmesi şeklindeki hüküm hem gereksiz olması hem de kimi zaman tele baytlarca verinin kâğıda dökülmesi gibi maddi olarak imkansız bir kural olması nedeniyle haklı olarak eleştirilmiştir<sup>153</sup>.

Buraya kadar yapılan açıklamalar ışığında konuyu kısaca özetlersek, öncelikle yerinde aramanın mümkün olduğu hallerde elkoyma tedbiri işletilmemelidir. Bilişim sistemlerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması ya da işlemin uzun süreceği olması halinde elkoyma tedbirine başvurulmalıdır. Ancak elkoyma tedbirinin şartları oluşsa bile, bilişim sistemlerindeki verinin kopyasının alınabildiği hallerde öncelikle bu yola başvurulmalıdır<sup>154</sup>. Şu halde, maddi gerçeğe ulaşma ile temel hak ve özgürlükler arasındaki dengenin bozulmaması amacıyla, CMK m.134 hükmünün kademeli olarak uygulanmasına özen gösterilmelidir<sup>155</sup>.

148 Özen ve Özocak (n 2) 53.

149 Tanrıkulu (n 40) 324; Özen ve Özocak (n 2) 53; Hash değeri, İnternetin Güvenli Kullanımına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Kararın "*Tanım ve kısaltmalar*" kenar başlıklı 4. maddesinin 1. fıkrasının (ç) bendinde "*Bir bilgisayar dosyasının içindeki verilerin matematiksel bir işlemden geçirilmesi sonucu elde edilen ve dosyanın içerisindeki verilerde bir değişiklik yapıp yapılmadığını kontrol için kullanılan dosyanın özünü belirten değer*" şeklinde tanımlanmıştır.

150 Özen ve Özocak (n 2) 66; Ayrıca bkz. Kaynakçıoğlu (n 20) 57.

151 Özen ve Özocak (n 2) 70.

152 Ayrıca bkz. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m.17/f.5 "*Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoymaksızın da, sistemdeki verilerin tamamının veya bir kısmının kopyası alınabilir. Kopyası alınan verilerin mahiyeti hakkında tutanak tanzim edilir ve ilgililer tarafından imza altına alınır. Bu tutanağın bir sureti de ilgiliye verilir.*"

153 Özen ve Özocak (n 2) 70; Tanrıkulu (n 40) 378; Ayrıca bkz. Özbek ve diğerleri (n 46) 434.

154 Ünal (n 4) 107; Doktrinde bir görüşe göre, CMK m.134 hükmü teknik olarak hatalıdır. Şöyle ki, bilişim sistemlerinde yerinde inceleme yapılması çoğu zaman mümkün olmadığından, delillerin korunması ve şüphelinin mağduriyetini önleyen tüm önlemlerin alınması için bilişim sistemlerine elkonulmalı ve laboratuvar ortamında teknik uzmanlar tarafından inceleme yapılmalıdır. Bkz. Özen ve Özocak (n 2) 63.

155 Ünal (n 4) 108.

Çalışmamızda öncelikle CMK'nın 134. maddesinde öngörülen arama, kopyalama ve elkoyma tedbiri üzerinde yoğunlaşmış olmakla birlikte, bilişim sistemlerindeki verinin tanımlanması, elde edilmesi, korunması ve raporlanması gibi hususları kapsayan adli bilişim kavramına<sup>156</sup> son derece sınırlı olacak şekilde değinmemiz faydalı olacaktır. Adli bilişimi, toplumsal hayata hızlı bir şekilde entegre olan bilişim sistemleri üzerinde yer alan suç delillerinin ortaya çıkarılması faaliyeti şeklinde tanımlayabiliriz<sup>157</sup>. Dijital delillerin delil değerine sahip olabilmesi için hukuka ve teknik gerekliliklere uygun olarak elde edilmeleri son derece önem arz etmektedir. İşte bu nedenle, söz konusu delillerin bütünlük ve doğruluğunun sağlanmasında görevli memurlar, kolluk güçleri ve adli bilişim uzmanları önemli bir role sahiptir<sup>158</sup>. Bu bağlamda, elde edilen dijital delillerin yargılama makamlarına eksiksiz ve bozulmamış olarak sunulması da önem taşıyan konulardan biridir<sup>159</sup>. Ayrıca CMK m.134 kapsamında delil toplandığı hallerde, soruşturmanın sağlıklı bir şekilde yürüdüğünü gösteren en önemli hususlardan biri de mevzuata eksiksiz uyulmasıdır. Aksi takdirde, elde edilen deliller alanında uzman kişiler tarafından toplanmış olsa bile, hukuka aykırı delil olarak kabul edilecek ve hükme esas alınamayacaktır<sup>160</sup>.

### E. Tedbir Kararına İtiraz

CMK m.267 kapsamında, soruşturma evresinde sulh ceza hakimi tarafından verilen tedbir kararına karşı itiraz yoluna gidilebilir. Hemen burada ifade etmemiz gerekir ki, CMK m.35/f.2 hükmü uyarınca, koruma tedbirlerine ilişkin olan kararlar, hazır bulunamayan ilgiliye tebliğ olunmaz. Ancak ilgili, söz konusu tedbirin kendisine uygulanmasıyla bu tedbirden haberdar olacağından, itiraz süresi de bu tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır<sup>161</sup>.

## Sonuç

Günümüzde bilişim teknolojileri alanında yaşanan hızlı ilerleme siyasal, toplumsal ve ekonomik alanda göze çarpan sonuçlar doğurmuştur. Hayatın her alanına nüfuz eden

156 Değirmenci (n 8) 68.

157 Değirmenci (n 8) 66; Özen ve Özocak (n 2) 44; Adli bilişimin amacı, dijital delillerin eksiksiz ve tarafsız bir şekilde adli birimlere aktarılmasıdır. Bu nedenle, adli bilişim, bir yorum faaliyeti olmayıp teknik bir delil inceleme faaliyetidir. Bkz. Özen ve Özocak (n 2) 45; Adli bilişim kavramı ve evreleri hakkında bkz. Dülger (n 3) 620 vd.; Kaynakçioğlu (n 20) 52 vd.; Özen ve Özocak (n 2) s. 45 vd.

158 Dülger (n 3) 640.

159 Aldemir (n 50) 225; Dülger (n 3) 626.

160 Dülger (n 3) 649.

161 Centel ve Zafer (n 8) 450.

teknolojinin ceza muhakemesi alanındaki dikkat çeken sonuçlarından biri de suçun ispatında dijital delillerden istifade edilmesi olmuştur. Dijital delillerin ceza muhakemesi alanında klasik deliller gibi kullanılmaya başlamasının temel nedeni, teknoloji alanındaki hızlı ilerleme neticesinde suçun işlenme şekillerinin değişikliğe uğraması ve suçun dijital ortama taşınmasıdır. Özellikle bilişim teknolojisi alanında yaşanan gelişme, bilişim alanındaki suçların her geçen gün artmasına neden olduğu gibi, klasik suçları da bilişim sistemleri kullanılmak suretiyle işlenebilir hale getirmiştir.

İşte bu nedenle, bilişim sistemleri kullanılarak bir suç işlendiği takdirde, bu suçlara ilişkin delillerin toplanması amacıyla söz konusu sistem üzerinde inceleme yapılması ve elde edilen dijital delillerden yararlanılması kaçınılmaz hale gelmiştir. Ancak kişilere ait bilişim sistemleri üzerinde inceleme yapılması özel hayat, kişisel veri ve mülkiyet hakkı da dahil olmak üzere pek çok hukuki değere müdahale teşkil ettiğinden, kanun koyucu bu işlemi bir kanun normuna dayandırmış ve CMK'nın 134. maddesinde bilişim sistemlerinde arama, kopyalama ve elkoyma tedbirini düzenlemiştir.

Her ne kadar CMK'nın 134. maddesinin kenar başlığı "*Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma*" olarak düzenlenmişse de yukarıda temas edilen açıklamalar çerçevesinde, konunun bilgisayarla sınırlandırılması yerine, daha kapsayıcı olacak şekilde bilişim sistemi kavramının kullanılmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Öyle ki, TCK'nın "*Bilişim Sistemine Girme Suçu*" başlıklı 243. maddesinde de "*bilişim sistemi*" kavramına yer verilmiştir.

Bilişim sistemleri üzerinde depolanan verilere ilişkin arama, kopyalama ve elkoyma işlemlerini düzenleyen bu tedbir, CMK'nın 116 ve 123. maddeleri arasında yer alan arama ve elkoyma koruma tedbirinin özel bir görünümünü oluşturmaktadır. CMK'nın 134. maddesi özel bir norm olarak karşımıza çıkmakla birlikte, genel arama ve elkoymaya ilişkin hükümler, uygulanabilir olduğu ve aksine bir hüküm bulunmadığı müddetçe, bilişim sistemlerinde arama, kopyalama ve elkoyma tedbiri yönünden de uygulanabilecektir.

Kanun koyucu, CMK m.134 hükmünde düzenlenen koruma tedbirine başvurulabilmesi için birtakım şartların varlığını aramıştır. Bunlar somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka surette delil elde etme imkanının bulunmamasıdır. Kanun koyucu, kişilerin temel hak ve özgürlüklerine ilişkin pek çok değere ağır bir müdahale teşkil eden bu tedbir yönünden kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığını arayarak, söz konusu tedbirin şartlarını ağırlaştırmak istemiştir. Ancak kuvvetli şüphe yalnızca

soruşturma konusu suçun işlendiğine yönelik olmamalı, aynı zamanda şüphelinin kullandığı bilişim sisteminden suç soruşturmasıyla ilgili delil elde edilebileceğine de yönelik olmalıdır.

Başka surette delil elde etme imkanının bulunmaması şartı ise bu tedbire son çare olarak başvurulmasını gerektirir. Ne var ki, temel hak ve özgürlüklere daha az müdahale teşkil eden koruma tedbirlerine öncelikli olarak başvurulduğu hallerde artık delil elde edememe ihtimali söz konusu olabilecektir. İşte bu gibi hallerde, başka surette delil elde etme imkanının bulunmadığı rahatlıkla söylenebilir.

Öte yandan doktrinde, bilişim sistemlerinde arama, kopyalama ve elkoyma tedbirine kovuşturma evresinde de başvurulabileceği yönünde bir uzlaşma mevcut değildir. Söz konusu tedbire yalnızca soruşturma evresinde karar verilebileceğine ilişkin görüşü benimsiyor olmakla birlikte, bu hususta açık düzenleme yapılmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Kanun koyucu, bilişim sistemlerinde veri arama bakımından öncelikle yerinde aramayı öngörmüştür. Ancak CMK m.134/f.2 hükmü gereğince, bilişim sistemlerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması ya da işlemin uzun sürecek olması halinde çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için bu araç ve gereçlere elkonulabilecektir. Bununla birlikte, CMK m.134/f.2 hükmünde yer alan koşullar oluşsa bile, derhal elkoyma tedbirine başvurulmamalıdır. Öncelikle CMK m.134/f.5 hükmü kapsamında, sistemdeki verilerin kopyasının alınıp alınmayacağı hususu değerlendirilmelidir.

Bundan başka, bilişim sistemleri üzerinde arama yapılabilmesi için CMK m.134 uyarınca verilen bir kararın varlığı zorunludur. Genel arama ve elkoyma hükümlerine göre verilmiş bir kararla, CMK m. 134 hükmüne tabi dijital materyaller üzerinde arama yapılamayacaktır. CMK m.134 hükmüne göre verilmiş bir karar olmadan bilişim sistemlerinde arama yapılması halinde, elde edilen deliller hukuka aykırı delil niteliğinde olup hükme esas alınmayacaktır.

Son olarak, bilişim sistemleri üzerinde yer alan durağan, yani depolanmış veriler için CMK'nın 134. maddesi uygulanırken; akış halindeki, bir diğer ifadeyle iletişim esnasındaki veriler için CMK'nın 135. maddesi uygulanmaktadır. Bu bağlamda, şifreli haberleşme uygulaması olan Bylock iletişim sisteminin kullanımı sonucunda oluşan verilerin tespiti CMK'nın 135. maddesi kapsamında olmayıp, "*Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma*" başlıklı 134. madde kapsamındadır. Zira CMK'nın 135. maddesine göre, geçmişte gerçekleşen

iletişimin dinlenebilmesi ya da kayda alınabilmesi mümkün değildir. Başka bir ifadeyle, CMK'nın 135. maddesi kapsamında iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması geçmişe değil, yalnızca geleceğe dönük olarak yapılabilir. Ancak internet ortamında gerçekleştirilen iletişime ilişkin kayıtlar, bilgisayar kütüğünde kaydedildiğinden, bu iletişim kayıtları hakkında CMK'nın 134. maddesindeki koruma tedbiri uygulanabilecektir.

---

**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

- Akbulut B, *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları* (Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1999).
- Akkaş A H, “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Koruma Tedbirinin Şartlarında 6526 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi” (2015) (21) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 467-488.
- Aktaş B, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Tedbiri Üzerine Bir İnceleme” (2017) 14 (2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 211-239.
- Aldemir H, *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma*, (4. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021).
- Apiş Ö, “Bilişim Sistemine Girme Suçu Bakımından Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama Elkoyma Koruma Tedbiri” (2018) (37) Yasama Dergisi 49-86.
- Artuç M, *Pratik Ceza Muhakemesi Kanunu* (2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018).
- Başlar Y, “Elektronik Delilin Toplanması ve Muhafazası” (2020) 10 (1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 77-107.
- Baytemir Konaç B ve diğerleri (Editör: Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk), *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Seçkin Yayıncılık, 2018).
- Baytemir Konaç B, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Özel İletişim Araçlarının Kullanılmasının Ceza Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi”, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Rejimleri Sempozyumu* (Seçkin Yayıncılık, 2022) 553-573.
- Bozdoğan Akbulut B, “Bilişim Suçları” (2000) 8 (1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Milenyum Armağanı 545-555.
- Casey E, *Digital Evidence and Computer Crime: Forensic Science, Computers and the Internet* (3rd Edition, Academic Press, 2011).
- Centel N ve Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (14. Baskı, Beta, 2017).
- Çekiç B, “Bilgisayar Verilerinde Arama, Kopyalama, Elkoyma Tedbirinin Hukuki Niteliği ve Benzer Kavramlar” (2021) 2 (1) Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 153-185.
- Çelik K, “Bulut Bilişim Teknolojileri” (2021) 12 (24) Bartın Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 436-450.
- Çelik M, *Bilgisayarda Arama, Kopyalama ve Elkoyma (CMK m.134)* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018).

- Çulha R ve diğerleri (Editör: Feridun Yenisey), *Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı* (Bilge Yayınevi, 2017).
- Değirmenci O, *Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil* (Seçkin Yayıncılık, 2014).
- Değirmenci O, “Bilgisayarlar, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Koruma Tedbirinde (CMK m.134), 7145 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi” (2018) 13 (146) Terazi Hukuk Dergisi 146-155.
- Değirmenci O, “Adli Bilişimde Önceliklendirme (Triyaj) Yönteminin Ceza Muhakemesi Açısından Değerlendirilmesi” (2020) 2 (1) Bilişim Hukuku Dergisi 47-79.
- Dereboylular Ö, “Bulut Bilişim Bakımından Arama ve Elkoymaya İlişkin Hükümlerin Uygulanabilirliği” (2019) 14 (19) Ceza Hukuku Dergisi 161-202.
- Dülger M V, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyvesi Öğretisi)* (Seçkin Yayıncılık, 2014).
- Dülger M V, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku* (9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022).
- Ergün İ, *Siber Suçların Cezalandırılması ve Türkiye’de Durum* (Adalet Yayınevi, 2008).
- Ersoy Y, “Genel Hukuki Koruma Çerçevesinde Bilişim Suçları” (1994) 49 (3) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 149-184.
- Henkoğlu T, *Adli Bilişim Dijital Delillerin Elde Edilmesi ve Analizi* (2. Baskı, Pusula Yayıncılık, 2014).
- Jekot W, “Computer Forensics, Search Strategies, and the Particularity Requirement” (2020) 7 Pittsburgh Journal of Technology Law & Policy.
- Karagülmez A, *Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri* (5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2014).
- Karakehya H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (2. Baskı, Savaş Yayınevi, 2016).
- Kaymaz S, *Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi* (4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2015).
- Kaynakçıoğlu U, *Ceza Muhakemesinde Dijital Deliller* (Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015).
- Kerr Orin S., “Digital Evidence and The New Criminal Procedure” (2005) 105 (1) Columbia Law Review 278-318.
- Keser Berber L, *Adli Bilişim* (Yetkin Yayınları, 2004).
- Kim W, “Cloud Computing: Today and Tomorrow” (2009) 8 (1) Journal of Object Technology 65-72.
- Larkin J E D, “Compelled Production of Encrypted Data” (2012) 14 (2) Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law 253-278.
- Novak M, “Digital Evidence in Criminal Cases Before the U.S. Courts of Appeal: Trends and Issues for Consideration” (2020) 14 (4) The Journal of Digital Forensics, Security and Law 1-42.
- Özbek V Ö ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016).
- Özen M ve Baştürk İ, *Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Bilişim-İnternet ve Ceza Hukuku* (Adalet Yayınevi, 2011).
- Özen M ve Özocak G, “Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlar Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi (CMK M. 134)” (2015) (1) Ankara Barosu Dergisi 41-77.
- Özen M, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri* (2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2017).
- Özgenç İ, *Suç Örgütleri* (Seçkin Yayıncılık, 2022).
- Öztürk B ve diğerleri, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020).
- Parlar A ve Çetin A, *Ceza Muhakemesinde Soruşturma Evresi ve Uygulanması* (Aristo Yayınevi, 2017).
- Radina Stoykova, “Digital evidence: Unaddressed threats to fairness and the presumption of innocence” (2021) 42 Computer Law & Security Review 1-20.
- Riekinen J, “Electronic Evidence in Criminal Procedure: On the Effects of ICT and The Development towards the Network Society on the Life-cycle of Evidence” (2019) 16 Digital Evidence and Electronic Signature Law Review 6-10.

- Sözüer A, “Türkiye’de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi” (1997) LV (3) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 65- 110.
- Şahin C, “Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi” (2017) XI (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1095-1112.
- Şahin C, “Ceza Muhakemesinde Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma” (2019) 1 (2) Yaşar Hukuk Dergisi 271-286.
- Şen E ve Eryıldız S, *Elkoyma* (Seçkin Yayıncılık, 2017).
- Tanrıkulu C, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilişim Sistemlerinde Arama ve Elkoyma* (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2014).
- Uğraş D Ö, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Bilgisayar Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma” (2021) 34 (154) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 97-134.
- Ünal O G, *Bilgisayarlarda Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama ve Elkoyma* (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011).
- Ünver Y ve Hakeri H, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (17. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020).
- Yaşar O ve Otacı C, *Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu I. Cilt* (10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022).
- Yaşar Y ve Dursun İ, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Koruma Tedbiri” (2013) 19 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 3-34.
- Yazıcıoğlu Y, *Bilgisayar Suçları; Kriminolojik, Sosyolojik ve Hukuki Boyutları ile* (Alfa Yayınları, 1997).
- Yenisey F ve Nuhoglu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018).
- Yeşil U, *Hukuk ve İnsan Hakları Bağlamında Bylock Bilgilerinin Delil Değeri* (Alternatif Düşünce ve Medya Yayıncılık, 2018).





# Alman ve Avusturya Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Yağma Suçunda Manevi Unsurun Belirlenmesine Yönelik Tartışmalar

## *Discussions on the Subjective Element of the Crime of Plunder in Comparison with German and Austrian Law*

H. Sefa ERYILDIZ<sup>1</sup> , Ali BOYRACI<sup>2</sup> 

<sup>1</sup>Dr. Öğr. Üyesi, Atatürk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Erzurum, Türkiye

<sup>2</sup>Araç. Gör., Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İzmir, Türkiye

ORCID: H.S.E. 0000-0003-4964-0888; A.B. 0000-0003-1112-4108

### ÖZ

Türk Ceza Hukukunda yağma suçu, hırsızlık ve cebir veya tehdit suçlarından oluşan bir bileşik suç olarak kabul edilmesine rağmen, suçun düzenlendiği Türk Ceza Kanunu'nun 148. maddesi lafzında yarar sağlama maksadına açıkça yer verilmemiştir. Kanun koyucunun bu tercihi öğretilerde yağma suçunun manevi unsurunu ve dolayısıyla uygulama alanını tartışmalı hâle getirmektedir. Bir görüş, yağma suçunun oluşumu bakımından genel kastın varlığını yeterli kabul ederken, ağırlıklı görüş ve uygulama failin aynı zamanda yarar sağlama maksadıyla hareket etmesini aramaktadır. Yağma suçunun manevi unsuru bakımından tartışmalı olan diğer bir husus ise yarar sağlama maksadının muhteviyatıdır. Bu maksadın, hem maddi hem de manevi nitelikteki yarar sağlamayı kapsadığını ileri süren görüşler bulunduğu gibi, sadece maddi nitelikteki yararın sağlanmasıyla sınırlı olarak değerlendiren görüşler de bulunmaktadır. Bu çalışmada yağma suçunun manevi unsuru ve yarar sağlama maksadının kapsamı, Alman ve Avusturya ceza hukuku ile karşılaştırmalı olarak incelenmiş ve konuya ilişkin görüşlerimiz ortaya konulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Yağma suçu, manevi unsur, bileşik suç, yarar sağlama maksadı, özel hayata karşı suçlar

### ABSTRACT

Although the crime of plunder is considered to be a combined crime consisting of theft and coercion or the threat thereof in Turkish Criminal Law (regulated under Article 148 of the Turkish Criminal Code [TCC]), it is not specifically mentioned with regard to the aim of benefit. This choice of legislation has led to certain discussions about the subjective element of the crime of plunder and its scope of practice in doctrine. While the dissenting view considers the crime of plunder to be committable through general intent, the majority view and court practices consider that the perpetrator must act with the aim of benefit. Another controversial matter on the subjective element of the crime of plunder is how to identify the aim of benefit. Just as some claim that the aim of benefit includes both economic and immaterial benefits, others are also found who consider the aim of benefit to only involve economic benefits. This study examines the subjective element of the crime of plunder and the contents of the aim of benefit by comparing Turkish law with German and Austrian law while presenting the study's resultant opinion.

**Keywords:** Crime of plunder, subjective element of crime, combined crime, aim of benefit, crimes against private life

**Submitted:** 30.04.2022 • **Revision Requested:** 12.09.2022 • **Last Revision Received:** 26.09.2022 • **Accepted:** 04.10.2022 • **Published Online:** 24.10.2022

**Corresponding author:** H. Sefa Eryıldız, E-mail: sefa.eryildiz@atauni.edu.tr

**Citation:** Eryıldız, H.S., & Boyracı, A, 'Alman ve Avusturya Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Yağma Suçunda Manevi Unsurun Belirlenmesine Yönelik Tartışmalar' (2022) 10(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 413. <https://doi.org/10.26650/JPLC2022-1111609>

## EXTENDED ABSTRACT

To determine whether a crime is committable through general or specific intent, the legal definition of the crime must first be examined. If the legal definition of a crime mentions that the perpetrator must act with a specific intent such as the aim of benefit, these kinds of crimes are only committable through specific intent.

The text of Article 148 of the TCC regulating the crime of plunder does not specifically mention it having to involve the aim of benefit. Therefore, the crime of plunder is said to be committable through general intent. However, in order to determine whether a crime is committable with general intent or specific intent, one accordingly must examine all the features of the crime. For instance, the crime of plunder is considered a combined crime consisting of the theft and coercion or threat thereof in Turkish Criminal Law. As is understood by this, theft is an essential element of the crime of plunder. In other words, the crime of plunder is not committable without theft. Article 141 of the TCC regulating theft also specifically mentions “aim of benefit.” Therefore, this study considers the crime of plunder to be committable only through specific intent (i.e., the aim of benefit). As a matter of fact, the majority view regarding doctrine and court practices is of the same opinion as considered in this study.

Both German (Article 249 of Strafgesetzbuch - StGB, in the version published on 13.11.1998) and Austrian law (Article 142 of Strafgesetzbuch – StGB, 23.01.1974) specifically mention “aim of benefit” with regard to the legal definition of the crime of plunder. Therefore neither doctrine nor court practices may dispute that the crime of plunder is only committable through specific intent in German and Austrian law.

Due to the aim of benefit having a broad meaning, determine what makes up the content of aim of benefit is compulsory. The dissenting view in terms of doctrine considers the aim of benefit to only involve economic benefit, while the majority view in terms of doctrine acknowledges the aim of benefit to include both economic and immaterial benefits.

According to this study’s opinion, the composition of the aim of benefit and the subject of the crime are different from each other. The crime of plunder is regulated in the section titled “Crimes Against Property” in the TCC (Article 148, 26.09.2004). The crimes in this section are intended to protect property, with property being defined as things possessing economic value. As also seen in Turkish Court practices, possessions without economic value (such as a love letter or photograph) cannot be subjected to

crimes against property. However, the majority view in terms of doctrine considers that both things possessing economic value as well as things without economic value can be subjected to crimes against property. Due to the laws against crimes listed in the section titled “Crimes Against Property” being intended to protect property, the study considers only things possessing economic value to be subjectable to the crime of plunder. However, a perpetrator can act for both economic and immaterial benefits. In other words, the aim of benefit involve both economic and immaterial benefits.

In German law, the perpetrator regarding the crime of plunder must act with the intention of acquiring property, with the intention of acquiring property not involving immaterial benefit. If the perpetrator does act with the aim of immaterial benefit (e.g., vengeance, joy, rage), the perpetrator is unpunishable for the crime of plunder. In Austrian law, the perpetrator regarding the crime of plunder must act with the intention of enrichment. Therefore, Austrian law states the aim of benefit to only involve economic benefit.

This study examines the subjective element of the crime of plunder and the scope of what composes the aim of benefit by comparing the Turkish Criminal Code with the legal regulations in the German and Austrian Criminal Codes, their doctrines and judicial decisions and also evaluates certain types of criminal events that have been disputed within the scope of the crime of plunder by considering the German and Austrian models, with the resultant opinion of the study being presented.

## 1. Giriş

Yağma suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun<sup>1</sup> (TCK) 148. maddesinde düzenlenmiş olup madde metninde “yarar sağlama maksadı” şeklinde bir unsura yer verilmemiştir. Bu nedenle öğretide bazı yazarlar yağma suçunun oluşabilmesi için genel kastın varlığını yeterli görmektedir. Ağırlıklı görüş ise hırsızlık suçunun, yağma suçunun bir unsurunu oluşturması ve hırsızlık suçunun kanuni tanımında yarar sağlama maksadına açıkça yer verilmesi gerekçeleriyle yağma suçunun da ancak bu maksatla işlenebileceği yönündedir. Yargıtay'ın uygulaması da bu yönde gelişmiştir.

İfade etmek gerekir ki yağma suçunun oluşabilmesi için maksadın varlığını arayan yazarlar arasında bu maksattan ne anlaşılması gerektiği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, yarar sağlama maksadı taşınır maldan maddi olarak yararlanma şeklinde anlaşılmalıdır. Oysa öğretinin çoğunluğu, yarar sağlama maksadının hem maddi hem de manevi nitelikte olabileceğini savunmaktadır. Esasen yarar sağlama maksadının maddi yararlanmayı kapsadığı konusunda tereddüt yoktur. Tartışmalı olan husus, manevi nitelikteki yararlanmaların da bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Bu bağlamda, Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK) yakın tarihli kararlarında failin, telefon kayıtlarına, mesajlara, fotoğraflara, videolara bakmak veya bunları elde etmek ya da silmek gibi amaçlarla mağdurdan telefonunu zorla aldığı olaylarda yarar sağlama maksadını geniş yorumlamakta ve yağma suçunun varlığını kabul etmektedir.

Çalışmada yağma suçunun manevi unsuru ve yarar sağlama maksadının kapsamı, Alman ve Avusturya hukuku ile karşılaştırmalı olarak incelenecektir. Bu çerçevede konuya ilişkin Türk, Alman ve Avusturya hukukundaki öğreti görüşleri ve yargı kararları incelenip değerlendirilerek konu ile ilgili görüşlerimiz ortaya konulmaya çalışılacaktır.

## I. Yağma Suçunun Manevi Unsuru

### A. Türk Hukukunda

#### 1. Genel Olarak

5237 sayılı TCK'nın 21/1. maddesinde kast, “suçun kanuni tanımında yer alan unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi” olarak tanımlanmıştır. Buna göre kastın varlığı için, suçun kanuni tanımında yer alan maddi nitelikteki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi yeterli olup kastın belirlenmesinde kural olarak failin hareketi ile neyi amaçladığının ya da faili harekete geçiren saikin ne olduğunun bir

1 26.09.2004 tarih ve 5237 sayılı Kanun, RG., 10.12.2004, S.25611.

önemi bulunmamaktadır<sup>2</sup>. Ancak bazı suçların temel ve/veya nitelikli hâline ilişkin kanuni tanımında, failin belirli bir amaç, maksat ya da saik ile suçu işlemesi aranmıştır<sup>3</sup>. *Örneğin*, göçmen kaçakçılığı suçunda “doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadı”; hırsızlık suçunda “kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadı”; insanlığa karşı suçlarda “siyasal, felsefi, irkî veya dini saikler”; kasten öldürme suçunda “kan gütmeye saiki” veya “töre saiki”; suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunda “kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacı” aranmaktadır.

Türk Dil Kurumu (TDK) Güncel Sözlük’te “maksat”; “istenilen şey, amaç, gaye, erek” olarak tanımlanırken<sup>4</sup>, ceza hukuku anlamında “failin suçu işlerken meydana getirmek istediği netice” olarak tarif edilmektedir<sup>5</sup>. Kanuni tanımında maksat veya saik unsuruna yer verilen suçların oluşumu için failin mutlaka neticeye ulaşması gerekmez. Önemli olan, hareketini kanuni tipte aranan amaca yönelik gerçekleştirmesidir<sup>6</sup>. Dolayısıyla bu tür suçlarda fail, kanuni suç tipinde aranan maksat (amaç) veya saikle hareket etmediği müddetçe suç oluşmaz<sup>7</sup>. *Örneğin*, (B)’ye ait olan cep telefonunu gizlice bulunduğu yerden alan (A), kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla hareket etmemişse hırsızlık suçunun oluştuğundan bahsedilemez. Faildeki bu amaç, öğretide “özel kast” olarak da nitelendirilmektedir<sup>8</sup>. Buna göre, suç tipinde belirli bir maksat veya saike yer veren suçlar, özel kastla işlenebilen suçlardır<sup>9</sup>. 5237 sayılı

2 Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 266; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 252; Hakan Karakehya, ‘Ceza Hukukunda Doğrudan Kast’ (2007) 15 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 125; M. Emin Artuk ve diğerleri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Baskı, Adalet Yayınevi 2020) 410; Ali Rıza Töngür ve Ekrem Çetintürk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Adalet Yayınevi 2020) 176.

3 Belirtmek gerekir ki, öğretide saik ve maksadı (amacı) aynı anlamda kullanan yazarlar olduğu gibi, bkz. Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (5. Baskı, Beta Yayıncılık 2020) 446 vd.; farklı kavramlar olarak tanımlayanlar da bulunmaktadır. Bkz. Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (11. Baskı, Beta Yayıncılık 2020) 380.

4 Türk Dil Kurumu (TDK) Güncel Sözlük <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 01.11.2021.

5 Centel, Zafer ve Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (n 3) 380.

6 Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 2) 251; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 301; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 404.

7 Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 2) 252; Artuk ve diğerleri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 2) 410; Töngür ve Çetintürk, (n 2) 176-177.

8 Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 2) 265-266; Centel, Zafer ve Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (n 3) 379-380; Demirbaş, (n 6) 404-405; Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12. Baskı, US-A Yayıncılık 2019) 260; Hakan Karakehya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler I* (Nisan Kitabevi 2018) 124 vd.; aksi görüş, Özgenç, yeni Türk Ceza Kanunu sisteminde amaç veya saikin, kastın bir türü olmadığını ifade etmektedir. Bkz. Özgenç, (n 6) 300.

9 Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 2) 265-266; Karakehya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 8) 125; Demirbaş, (n 6) 404; Artuk ve diğerleri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 2) 410; Özgenç, (n 6) 300.

TCK'nın 148. maddesinde düzenlenen yağma suçunda ise maksat veya saik unsuruna açıkça yer verilmediğinden öğretide suçun oluşumu bakımından genel kastın yeterli olup olmadığına ilişkin farklı görüşler ileri sürülmektedir.

## 2. Öğreti Görüşleri

### a. Genel Kastın Varlığını Yeterli Kabul Eden Görüş

Öğretide bir görüş, yağma suçunun düzenlendiği Türk Ceza Kanunu'nun 148. maddesi lafzında maksat veya saik gibi bir manevi unsura açıkça yer verilmediği için, suçun genel kastla işlenebileceğini kabul etmektedir<sup>10</sup>. Dolayısıyla suçun oluşabilmesi için failin, mağduru cebir veya tehdit kullanmak suretiyle bir malı teslim veya malın

10 Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (16. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 665; Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri* (4. Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 590; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: 1* (5. Baskı, Beta Yayıncılık 2021) 401; Ali Suat Ertoşun ve Ahmet Taşkın, 'Yağma Suçu' içinde *Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, C: II* (Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları 2008) 795-797; Ahmet Taşkın, 'Yağma Suçunda Mal Kavramı' [2008] (20) Terazi Aylık Hukuk Dergisi 98; Ersin Şare, 'Bileşik Suç Niteliğindeki Yağma Düzenlemesinin Suçta Kanunilik İlkesi Yönünden Değerlendirilmesi' (2021) 3 (2) Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 663; Mehmet Nihat Kanbur, 'Bir Hukuki İlişkiye Dayanan Alacağın Tahsil Edilmesi Amacıyla Yağma Niteliğindeki Fiillerin İşlenmesi (5237 s. TCK m.150/1)' [2007] (70) E-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi 41, <<http://www.e-akademi.org>> Erişim Tarihi 02.11.2021; ayrıca bkz. Köksal Bayraktar ve diğerleri, *Özel Ceza Hukuku Cilt IV Malvarlığına Karşı Suçlar* (On İki Levha Yayıncılık 2018) 96. Ertoşun ve Taşkın'a göre kanun koyucunun hırsızlık suçunda yararlanma amacına yer verirken, yağma suçunda yer vermemesi bir unutkanlık ya da gereksizlik değildir. Ayrıca yağma suçunda yararlanma amacını aramak adil olmayan sonuçlara yol açacaktır. Söz gelimi bu hâlde, failin cebir veya tehdit kullanarak aldığı malı kullandıktan sonra iade etmesi durumunda yağma suçu oluşacakken, mala zarar vermek amacıyla alan failin eylemi yağma olarak kabul edilmeyecektir, Ertoşun ve Taşkın (n 10) 797. Taneri ve Kamışlı, yağma suçunun oluşabilmesi için genel kastın varlığını yeterli görmekte, bununla birlikte hırsızlık suçunda aranan faydalanma amacının yağma suçunda da bulunması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. Gökhan Taneri ve Gani Kamışlı, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* (Seçkin Yayıncılık 2018) 887. Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* adlı eserlerinin yağma suçunun manevi unsuruna ilişkin kısmında önce "Suçun kanuni tanımında başka bir manevi unsura (maksat, saik) yer verilmemiştir. Bu nedenle failin bir malı cebir veya tehditle alması suçun oluşması bakımından yeterlidir. Bunu hangi maksatla yaptığının suçun oluşması bakımından bir önemi yoktur..." şeklinde tespitlere, devamında ise "Gerçekten yağmanın kanuni tanımında manevi unsur olarak faydalanma maksadına yer verilmemekte birlikte, suçla korunan hukuki değerden ve suçun ratio legis'inden hareket edildiğinde, yağma suçunda malın faydalanma maksadıyla alınması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Ayrıca mala zarar verme gibi diğer suçlardan ayırım bakımından da bu maksadın aranması gerekir. Diğer taraftan hırsızlık suçu yağmanın bir unsuru olduğuna göre, hırsızlık suçunun haksızlık unsurlarının yağma bakımından da gerçekleşmesi gerekir..." açıklamasına yer vermişlerdir. Bkz. Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (6. Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 647. Arslantürk'ün de eserinde yer verdiği "Yağma suçunun oluşması için sırf ve sadece kasten işlenmiş olması yeterlidir. Bu nedenle de yağma suçunda mesela faydalanma kastı aranmaz. Maddedeki suç düzenlemesinde ayrıca ve açıkça böyle bir tür kasta yer verilmemiştir..." şeklindeki açıklamalarından yağma suçunun varlığı için genel kastı yeterli gördüğü anlaşılmaktadır. Ancak yazar, eserinde şu ifadelere de yer vermiştir: "Fail tarafından mağdura karşı gerçekleştirilen bu cebir, şiddet ve tehditteki maksadı haksız yararlanmaya dair değil de kırmaya, dökmeye kısaca zarar vermeye yönelikse yağma suçu değil bu kez failin eylemi mala zarar verme suçunu oluşturacaktır... Yukarıdaki açıklamalar ışığında yağma suçunun manevi unsuru alınan taşınır maldan faydalanma kastıdır. Yalnız faydalanma amacı aynı zamanda cebir ve şiddet veya tehdide yönelik olmalıdır...". Yazarın bu açıklamaları ise yağma suçunun varlığı için özel kastın varlığını aradığı şeklinde yorumlanabilir. Bkz. Mustafa Arslantürk, *İcrasından İnfazına Bütün Yönleriyle Yağma Suçu Uygulamalı Örnekli-Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu-Gerekeçli* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2018) 107-108.

alınmasına karşı koymamaya mecbur kılması yeterli olup ayrıca yarar sağlama gibi bir maksatla hareket etmesi gerekmez.

Bu görüş uyarınca, hırsızlık suçunun yağma suçunun bir unsurunu oluşturması ve hırsızlık suçunda yarar sağlama maksadına açıkça yer verilmiş olması da sonucu değiştirmez. Çünkü bir suçun oluşabilmesi için kanunda açıkça düzenlenmeyen bir unsurun aranması kanunilik ilkesine aykırıdır. Bu nedenle, yağma suçunun oluşabilmesi için yarar sağlama maksadının aranması da isabetli bir görüş olmayıp kanunilik ilkesi açısından sakınca doğurmaktadır. Kanun koyucu yağma suçunda yarar sağlama maksadının varlığını aramış olsa idi suç tipinde bu unsura açıkça yer vermesi gerekirdi. O hâlde, yağma suçunda yarar sağlama maksadının aranması, kanun koyucu yerine geçmek olacaktır<sup>11</sup>.

## b. Maksat Unsurunun Varlığını Arayan Görüş

Öğretide ağırlıklı görüş ise yağma suçunun oluşabilmesi için failin, (*kendisine veya bir başkasına*) yarar sağlama maksadıyla hareket etmesi gerektiği yönündedir<sup>12</sup>. Zira

11 Şare, (n 10) 663-664.

12 Fatih Birtek, 'Yağma Suçu Bakımından Yarar Sağlama Amacı' [2020] 44 Ceza Hukuku Dergisi 697; Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (16. Baskı, Beta Yayıncılık 2001) 435; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (19. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 822-823; M. Emin Artuk ve diğerleri, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (19. Baskı, Adalet Yayınevi 2021) 654; Ahmet Gökçen ve Büşra Şenerdoğan, 'Yağma Suçu ve Nitelikli Halleri' içinde Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk' a Armağan (Seçkin Yayıncılık 2020) 455; Mahmut Koca, '5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu' [2005] (2) Legal Hukuk Dergisi 2811; Mahmut Koca, *Yağma Cürümleri* (Seçkin Yayıncılık 2003) 284-285; Mahmut Koca, 'Hırsızlığın Bir İşleniş Şekli Olarak "Kapakçılık"' (2002) IV (1-4) Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 186-187; Mahmut Koca, 'Yağma Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı' içinde Prof. Dr. Ömer Teoman' a 55. Yaş Günü Armağanı, C: II (Beta Yayıncılık 2002) 1483; Ezgi Cankurt, 'Yağma Suçu ve Cebir Kavramı' (2015) 1 (2) Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 128; Mustafa Duran, '5237 Sayılı Yasada Düzenlenen Yağma Suçu, Basit Yağma Suçu' [2005] (23) Adalet Dergisi 119; Yasemin Maraşlı Dinç ve Muhammet Emin Ruhi, 'Türk Ceza Kanununda Yağma Suçu' (2018) 11 (2) Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 91; Mustafa Ekinci ve Sinan Esen, *Anlatımlı ve Gerekeçli Yeni Türk Ceza Kanununda Yer Alan Hırsızlık, Yağma, Güveni Kötüye Kullanma Dolandırıcılık Hileli ve Taksirli İflas Karşılıksız Yararlanma Belgelerinde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar* (Adalet Yayınevi 2005) 96-97; Hüseyin Eker, *Hırsızlık Suçları* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2014) 665; Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 4. Cilt* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2014) 4783; Mustafa Artuç, *Malvarlığına Karşı Suçlar* (4. Baskı, Adalet Yayınevi 2020) 314- 315; Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (9. Baskı, Savaş Yayınevi 2018) 154; Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (5. Baskı, US-A Yayıncılık 2016) 363; Faruk Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler C.IV* (3. Baskı, Seçkin Kitabevi 1985) 806; Faruk Erem ve Nevzat Toroslu, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (9. Baskı, Savaş Yayınevi 2003) 593; Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu C.3* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2008) 2271; Keskin Kaylan, 'Yargıtay Kararları Işığında Yağma Suçları' (2013) 1 (1) Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 40-42; R. Yılmaz Yazıcıoğlu, 'Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İşlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayrımı' (2013) 19 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 762; Seyithan Öztürk ve Fidan Balcı, *Hırsızlık Karşılıksız Yararlanma (Kaçak Elektrik, Su ve Doğalgaz Kullanımı) ve Yağma Suçları* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2020) 651-652; Necati Meran, *Hırsızlık, Yağma ve Malvarlığına Karşı Suçlar* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2013) 213; Erdal Noyan, *Hırsızlık Suçları* (Adalet Yayınevi 2007) 428; Erdal Noyan, *Hırsızlık ve Yağma Suçları* (Bilge Yayınevi 2005) 303-304.



yağma suçu, tehdit (m.106) veya cebir (m.108) suçu ile hırsızlık (m.141) suçunun bir araya gelmesiyle oluşan bileşik bir suçtur<sup>13</sup>. Hırsızlık suçunun, yağma suçunun bir unsuru olması nedeniyle, bu suçun oluşumu bakımından TCK'nın 141. maddesi lafzında yer verilen “*yarar sağlamak maksadının*” yağma suçunun oluşumu açısından da aranması gerekir<sup>14</sup>. Böylece *örneğin*, salt zarar vermek maksadıyla tehdit kullanarak mağdura ait telefonu zorla aldıktan sonra duvara atarak parçalayan fail, telefondan yararlanma maksadıyla hareket etmediği için yağma suçu oluşmaz. Burada fail mala zarar verme suçundan sorumlu olabilir<sup>15</sup>.

Ayrıca tehdit, cebir ve hırsızlık suçları ile korunan kişi özgürlüğü, vücut dokunulmazlığı, zilyetlik ve mülkiyet hakkı, aynı zamanda yağma suçu ile korunan hukuki değerleri de oluşturmaktadır<sup>16</sup>. Yağma suçunda failin asıl amacı, malvarlığı değerini elde etmektir.

13 Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 10) 650; Gökçen ve Şenerdoğan, (n 12) 403, 421; Kaylan, (n 12) 40; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 10) 624; Koca, *Yağma Cürümleri* (n 12) 58; Koca, ‘Yağma Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı’ (n 12) 1481-1482; Artuk ve diğerleri, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 12) 612; Tezcan, Erdem ve Önok (n 12) 795; Yazıcıoğlu, (n 12) 766; Toroslu, (n 12) 152; Maraşlı Dinç ve Ruhi, (n 12) 89; Öztürk ve Balcı (n 12) 641; Noyan, *Hırsızlık Suçları* (n 12) 413; Noyan, *Hırsızlık ve Yağma Suçları* (n 12) 289; Taneri ve Kamışlı, (n 10) 868; Ali Boyracı, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Düzenlenen Senedin Yağması Suçu* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 35-36; Şare, (n 10) 616.

14 Tezcan, Erdem ve Önok (n 12) 822-823; Cankurt, (n 12) 128; Parlar ve Hatipoğlu, (n 12) 2271; Erem, (n 12) 806. Ayrıca bkz. Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 10) 647.

15 Dönmezer, (n 12) 435; Ayhan Önder, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar* (Filiz Kitabevi 1994) 296; Koca, ‘Hırsızlığın Bir İşleniş Şekli Olarak “Kapkaççılık”’ (n 12) 186-187; Toroslu, (n 12) 154; Tezcan, Erdem ve Önok, (n 12) 822; Artuç, (n 12) 315; Arslantürk, (n 10) 107-108. Ayrıca bkz. Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: I* (n 10) 401; Erem ve Toroslu, (n 12) 593; Öztürk ve Balcı, (n 12) 652. “*Katılan ile daha önceleri ortak olarak ekme fırını çalıştıran sanığın, 11.1.2003 günü ortaklıktan ayrıldığı, olay günü saat 00.30’da fırına gelerek kapıya tekme atıp, içeri girdiği, tanık olan işçilerin oturduğu ekme kasasına tekme attığı ‘buranın dayısı kim’ diye bağırduğu, katılanın yakını olan tanık Y...G...’e tokat attığı, küfür edip eşyaya vurduğu, tanıklar Y... ile M...Ç...’in katilimi çağırmasına gittiği, sanığın veresiye defterini yakarak, hamur teknesinin yanında bulunan ekme bıçağını alıp, bir iki kez kapı camına vurduğu, tanıklara ‘kendileriyle meselesinin olmadığını, sorununun katılan M...D...’le olduğunu’ söylediği ve bıçağı alarak ayrıldığı olayda; eylemin mala zarar verme ve hırsızlık suçlarını oluşturduğu, yağma suçunun yasal öğelerini taşımadığı anlaşıldığından, tebliğnamedeki bozma düşüncesi benimsenmemiştir...*” Yargıtay 6. Ceza Dairesi, (31.10.2006) E 2004/3633, K 2006/10444, aktaran: Artuç, (n 12) 316.

16 Artuk ve diğerleri, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 12) 612; Gökçen ve Şenerdoğan, (n 12) 403; Tezcan, Erdem ve Önok, (n 12) 795-796; Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: I* (n 10) 391-392; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 10) 624; Koca, ‘5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Yağma Suçu’ (n 12) 2801; Bayraktar ve diğerleri, (n 10) 80-81; Öztürk ve Balcı, (n 12) 641; Taneri ve Kamışlı, (n 10) 877; Boyracı, (n 13) 35-36. “*Bir başkasının kendisinin veya yakınının hayatına, vücut ve cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştirilmesinden ya da malvarlığı itibariyle büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit ederek veya cebir kullanarak bir mali teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılan kişinin eylemi yağma suçunu oluşturur. Malın alınması veya verilmesini temin için zilyedin üzerinde cebir ve tehdit kullanılmaktadır. Cebir ve tehdit karşısında, mağdurun başka bir seçeneğinin kalmaması ve bu durumda failin mali doğrudan alması söz konusudur. Yani mağdur mali teslim etmektedir. Bu suçla yalnızca korunan hukuki değer malvarlığı değil, aynı zamanda kişi özgürlüğü ve vücut dokunulmazlığıdır.*” Yargıtay 6. Ceza Dairesi, (26.04.2016) E 2014/4873, K 2016/3979 <<https://kararname.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 07.11.2021.

Bu amacına ulaşmak için de tehdit veya cebri bir araç olarak kullanılmaktadır<sup>17</sup>. Nitekim bu suç ile esasen malvarlığı değerleri korunmak istendiği için 5237 sayılı TCK'nın “*Malvarlığına Karşı Suçlar*” başlıklı bölümünde düzenlenmiştir<sup>18</sup>. Yağma suçuna öğretide “*cebir veya tehdit kullanılarak yapılan hırsızlık*” da denilmektedir<sup>19</sup>. Yağma suçunun hırsızlık suçunu yapısında barındıran bir bileşik suç olduğu dikkate alındığında, bu suçun oluşabilmesi için failin hırsızlık suçunda olduğu gibi yarar sağlama maksadıyla hareket etmesi gerektiği kabul edilmelidir<sup>20</sup>.

### 3. Yargıtay'ın Görüşü

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu döneminde, yağma suçunun düzenlendiği 495. maddede<sup>21</sup> yarar sağlama maksadına açıkça yer verilmemesine rağmen, suçun oluşabilmesi için bu maksadın varlığını aramaktaydı<sup>22</sup>. Yüksek Mahkeme

17 “Yağma suçu amaç ve araç hareketlerden oluşan bir suçtur. İlk önce almayı gerçekleştirmek için araç hareketler olan cebir veya tehdit kullanılır, sonrasında bu cebir ve tehdidin etkisiyle malın alınması veya tesliminin sağlanması ile suç tamamlanır.” Yargıtay 6. Ceza Dairesi, (15.03.2018) E 2015/5087, K 2018/1893 <https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi 07.11.2021.

18 Dönmezer, (n 12) 428; Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: 1* (n 10) s.391; Artuk ve diğerleri, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 12) 613; Gökçen ve Şenerdoğan, (n 12) 403; Ertosun ve Taşkın, (n 10) 796; Koca ve Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 10) 625; Koca, ‘5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Yağma Suçu’ (n 12) 2801; Meran, (n 12) 194; Ekinci ve Esen, (n 12) 86, 90; Öztürk ve Balcı, (n 12) 640, 642; Taneri ve Kamışlı, (n 10) 877; Şare, (n 11) 632-633. Erem ve Toroslu yağma suçunun, hırsızlık suçundan daha fazla cezalandırılmasını tabii bulmakla birlikte, yağma suçunun mala karşı suçlar bölümünde düzenlenmesini doğru bulmamaktadırlar. Bkz. Erem ve Toroslu, (n 12) 587. “Yağma suçu bir kişinin malını cebir veya şiddet veya tehdit kullanarak almak suretiyle oluştuğundan, unsurları itibarıyla kişinin hem zilyetliğine hem de hürriyetine yönelik bir suçtur. Ancak burada kişi hürriyetine yönelen saldırı, mal aleyhine işlenen suçun gerçekleştirilmesi bakımından bir araç niteliğinde bulunduğundan, bu suç sonuç itibarıyla ‘mal aleyhine’ işlenen bir suçtur.”, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, (26.03.2002) E 2002/1-94, K 2002/225 <https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi 08.11.2021.

19 Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 10) 650; Artuk ve diğerleri, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 12) 613; Gökçen ve Şenerdoğan, (n 12) 403; Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: 1* (n 10) 387; Tezcan, Erdem ve Önok, (n 12) 95; Boyracı, (n 13) 52; Kaylan, (n 12) 40; Koca, ‘5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Yağma Suçu’ (n 12) 2802; Koca, *Yağma Cürümleri* (n 12) 58; Koca, ‘Hırsızlığın Bir İşleniş Şekli Olarak “Kapkaççılık”’ (n 12) 188; Koca, ‘Yağma Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı’ (n 12) 1482; Koca ve Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 10) 629; Ekinci ve Esen, (n 12) 90; Eker, (n 12) 665; Yazıcıoğlu, (n 12) 763; Erem ve Toroslu, (n 12) 587; Öztürk ve Balcı, (n 12) 639; Noyan, *Hırsızlık Suçları* (n 12) 414; Noyan, *Hırsızlık ve Yağma Suçları*, (n 12) 290-291; Dönmezer, (n 12) 435; Taneri ve Kamışlı, (n 10) 878. Karşı görüş için bkz. Ertosun ve Taşkın, (n 10) 781; Taşkın, (n 10) 98.

20 Artuk ve diğerleri, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 12) 654; Gökçen ve Şenerdoğan, (n 12) 455; Önder, (n 15) 347; Taneri ve Kamışlı, (n 10) 878.

21 765 sayılı mülga TCK m.495/1: “Her kim, menkul bir malın zilyedini veya cürüm mahallinde bulunan bir başkasını cebir ve şiddet kullanarak veya şahsen veya malen büyük bir tehlikeye düşüreceği beyanı ile tehdit ederek o malı teslimine yahut o malın kendi tarafından zaptına karşı süküt etmeye mecbur kılarırsa on seneden yirmi seneye kadar ağır hapis cezasına mahkûm olur”.

22 “TCY’nın 495 ve devam eden maddelerinde düzenlenen ve yağma (gasp) olarak tanımlanan suç; cebir ve şiddet (maddi cebir) veya tehdit (manevi cebir) kullanmak suretiyle gerçekleştirilen hırsızlık suçudur. Madde metninden anlaşılacağı gibi, taşınır bir malın faydalanmak kastı ile cebir veya şiddet veya tehdit kullanılıp alınmasıyla bu suç oluşur.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, (26.11.2002) E 2002/6-271, K 2002/404 <https://www.kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi 11.11.2021.

bu görüşünü 5237 sayılı TCK döneminde de sürdürmekte ve yağma suçunun oluşumu bakımından kural olarak failin yarar sağlama maksadıyla hareket etmesini aramaktadır<sup>23</sup>.

Yargıtay'a göre yağma suçu; "*başkasının zilyetliğindeki taşınabilir malın, zilyedin rızası olmadan faydalanmak amacıyla cebir veya tehdit kullanmak suretiyle alınmasıyla*" oluşmaktadır. Bu tanıma uygun olarak failin yağma eylemini salt genel kastla değil, faydalanma maksadıyla gerçekleştirmesi gerekmektedir. Failin, eylemini faydalanma maksadıyla gerçekleştirdiği sabit olmadığı müddetçe, yağma suçunun oluşmadığı kabul edilecektir<sup>24</sup>.

Yargıtay, "*zor yoluyla hırsızlık*"<sup>25</sup> olarak da tanımladığı yağma suçunun, hırsızlık suçu ile birçok ortak unsura sahip olduğunu belirtmektedir. Genel Kurul'a göre her iki suçta da;

- Alınan taşınır bir malın olması,
- Malın bir başkasına ait olması,
- Malın rıza dışı alınarak hâkimiyet alanına sokulması ve
- Malın "*faydalanmak maksadıyla*" alınması, söz konusudur<sup>26</sup>.

Hem hırsızlık hem de yağma suçu için aranan bu unsurların somut olayda gerçekleşmemesi hâlinde, cebir veya tehdit kullanılmış olsa dahi eylem yağma suçunu oluşturmayacaktır<sup>27</sup>.  
*Örneğin*, Yargıtay, mağdurun bir başkasını aramasını engellemek amacıyla cep

23 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, (25.02.2014) E 2013/678, K 2014/98; (20.05.2014) E 2013/617, K 2014/271 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 11.11.2021.

24 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, (11.10.2016) E 2016/331, K 2016/352 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 11.11.2021.

25 "*Yağma; başkasının zilyetliğindeki taşınabilir malın, zilyedin rızası olmadan faydalanmak amacıyla cebir ve tehdit kullanmak suretiyle alınması olduğundan 'zor yoluyla hırsızlık' bir kişiye karşı kullanılan icbar araçlarıyla haksız bir menfaat elde etme şeklinde tanımlanmıştır.*" Yargıtay 6. Ceza Dairesi, (02.11.2017) E 2015/8292, K 2017/4019 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 12.11.2021; "*Yağma suçu, cebir, şiddet veya tehditle işlenen bir nevi hırsızlık suçudur.*" Yargıtay 6. Ceza Dairesi, (13.02.1964) E 1964/778, K 1964/710 aktaran: Dönmezer, (n 13) 429. Ayrıca bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, (11.10.2016) E 2016/331, K 2016/352; (25.02.2014) E 2013/678, K 2014/98 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 12.11.2021.

26 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, (26.11.2002) E 2002/6-271, K 2002/404 < <https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi 12.11.2021.

27 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, (26.11.2002) E 2002/6-271, K 2002/404 < <https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi 12.11.2021.

telefonunu zorla alan sanıkların yararlanma maksadıyla hareket etmedikleri gerekçesiyle yağma suçundan beraat kararı veren yerel mahkeme kararını onamıştır<sup>28</sup>.

## B. Alman ve Avusturya Hukukunda

Alman Hukukunda yağma suçu (*Raub*) Alman Ceza Kanunu'nun 249. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre; “(1) Her kim, bir başkasını cebir kullanmak veya vücut bütünlüğü veya yaşamına yönelik hâlihazırda mevcut bir tehlike ile tehdit etmek suretiyle, başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya üçüncü bir kişiye hukuka aykırı olarak mal edindirmek maksadıyla alırsa, bir yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Daha hafif hâllerde altı aydan beş yıla kadar hapis cezasına hükümlenir”.

Alman Hukukunda yağmanın, “zorlama” (*die Nötigung*, m.240) ve “hırsızlık” (*der Diebstahl*, m.242) olmak üzere iki farklı unsurdan meydana gelen bağımsız bir suç olduğu görüşü hâkimdir<sup>29</sup>. Bununla birlikte, Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak,

28 “Bir başkasının kendisinin veya yakınının hayatına, vücut ve cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da mal varlığı itibariyle büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit ederek veya cebir kullanılarak bir malı teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılan kişinin eylemi yağma suçunu oluşturur. Manevi unsur mal edinme, faydalanma kastıdır. Cebir, tehdit (şiddet) maldan faydalanmak için değilse, yani başka maksat için kullanılmış ise yağma suçu oluşmaz.” Yargıtay 6. Ceza Dairesi, (06.11.2014) E 2013/8640, K 2014/19715 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 13.11.2021; aynı yönde bkz. Yargıtay 6. Ceza Dairesi, (31.03.2015) E 2013/1833, K 2015/39120 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 13.11.2021. Yağma suçunda yarar sağlama maksadının arandığı diğer kararlar için bkz. Yargıtay 6. Ceza Dairesi, (19.11.2014) E 2012/12781, K 2014/20530; (26.10.2015) E 2015/3399, K 2015/44198; (26.04.2016) E 2014/4873, K 2016/3979; (02.11.2017) E 2015/8292, K 2017/4019; (05.02.2018) E 2017/3605, K 2018/1106 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 13.11.2021. Ancak, aynı Ceza Dairesinin yağma suçunun oluşabilmesi için genel kastı yeterli gördüğü kararı da bulunmaktadır: “Sanık ...'in akrabası olan ... ile birlikte yanlarında ..., ... ve ... olduğu halde kullanmakta olduğu ... plakalı ... marka araç ile ... mahallesi ... üzerinde seyir halinde iken katılan ...'in kullanmakta olduğu plakasız ... marka otomobili ile sanık ...'i solladığı ve sollamadan sonra önlerine geçtiğinde, sanık ...'in otosuyla ... otosuna çarptığı, çarpışmadan sonra katılan ... aracındaki hasara bakmak için durup indiği, bu sırada sanık ... da durup araçtan inerek ... üzerine yürüyüp 'ne oldu bir şey mi var, aracına el koyuyoruz' dediği, sanık ... da araçtan inerek ... yumruk attığı, ... da ... yumrukladığı, bilahare ... ve ... birlikte ... tekme tokat dövdükleri, ... yere düşmesi üzerine çalışan vaziyette bulunan aracına sanıklar ... ve ... binerek olay yerinden ayrıldıkları, katılan ...'in cep telefonuyla polis imdat telefonunu saat 21:30 sularında aradığı ve telefondaki görevlilerin kendisini ... .. yönlendirdikleri, katılan ... bulduğu bir taksiyle karakola doğru gittiği sırada sanıklar ... ve ... aracı geri getirmeleri şeklinde gelişen eylemde; yağma suçu genel kastla işlenen bir suç olduğundan, sanık ...'in aracına 'el koyuyoruz', demek suretiyle aracı götürmeleri dikkate alındığında, sanıkların üzerine atılı suçun yağma suçu olduğu, gözetilmeden yerinde ve yeterli olmayan gerekçe ile yazılı şekilde karar verilmesi ...bozmayı gerektirmiştir...” Yargıtay 6. Ceza Dairesi, (28.03.2016) E 2013/26663, K 2016/2259 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 13.11.2021.

29 Albin Eser ve Nikolaus Bosch, *Strafgesetzbuch Kommentar*, Editör: Adolf Schöнке ve Horst Schröder, (29. Baskı, Verlag C.H.Beck 2014) § 249 kn.1; Hans Kudlich, *StGB, Strafgesetzbuch Kommentar*, Editör: Helmut Satzger, Wilhelm Schluckebier ve Gunter Widmaier, (2. Baskı, Carl Heymanns Verlag 2014) § 249 kn.1; Hans-Joachim Rudolph ve Jürgen Wolter, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch Cilt V*, Editör: Hans-Joachim Rudolph ve Jürgen Wolter, (8. Baskı, Carl Heymanns Verlag 2013) § 249 kn.2.

Alman Ceza Kanunu'nda zincirleme ve bileşik suça ilişkin kanuni bir düzenleme yer almadığından, hırsızlık suçu (m.242) ile yağma suçu (m.249) arasında görünüşte içtima ilişkisi bulunduğu ve yağma suçunun hırsızlık suçuna göre özel hüküm (*lex specialis*) teşkil ettiği kabul edilmektedir<sup>30</sup>. Dolayısıyla somut olayda yağma suçunun oluşması hâlinde, genel hüküm niteliğinde olan hırsızlık suçuna ilişkin hükümler uygulanmayacaktır<sup>31</sup>.

Yağma suçunun zorlama ve hırsızlıktan oluşan ikili yapısı nedeniyle, manevi unsuru oluşturan kastın da iki yönü bulunduğu; buna göre, failin, hem taşınır bir malı hak sahibinin rızası hilafına almaya hem de zorlamaya yönelik kastla hareket etmesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>32</sup>. Suçun, zorlama, başkasına ait taşınır bir malı alma ve nedensellik gibi unsurları yönünden olası kastın varlığı yeterli görülmeyle birlikte<sup>33</sup>; failin bu suçu aynı zamanda kendisine veya üçüncü bir kişiye “mal edindirmek maksadıyla” (*die Zueignungsabsicht*) işlemesi aranmaktadır. Zira hem hırsızlık hem de yağma suçlarına ilişkin kanuni tipte “maksat” unsuruna madde lafzında açıkça yer verilmiştir<sup>34</sup>.

Alman Hukukunda, “mal edindirme maksadı” (*die Zueignungsabsicht*); hak sahibinin devre dışı bırakılarak mal üzerinde sahiplik benzeri hâkimiyetin haksız olarak ele geçirilmesi şeklinde tarif edilmektedir<sup>35</sup>. Bu maksadın varlığı, objektif açıdan mal üzerinde fiili hâkimiyeti, sübjektif açıdan ise sahiplik benzeri hâkimiyet isteğini gerektirmektedir<sup>36</sup>. Suçun oluşumu için, hak sahibinin mal üzerindeki hâkimiyetinin daimî olarak sonlandırılması (*die Enteignung*) ve karşılığında, failin hak sahibi pozisyonunu, yani mal üzerinde hâkimiyeti en azından geçici süreyle elde etmesi (*die*

30 Alman Yüksek Federal Mahkemesi, (07.07.1965) 2 StR 64/65 <beck-online.beck.de/> Erişim Tarihi 16.11.2021. Eser ve Bosch, (n 29) § 249 kn.13; Kudlich, (n 29) § 149 kn.26; Rudolphi ve Wolter, (n 29) § 249 kn.31.

31 “Yağma suçu, ağır (nitelikli) hırsızlık değil, aksine Kanunda yapısı itibarıyla hırsızlık suçuna karşı bağımsız ve kendine özgü bir malvarlığına yönelik suç olarak düzenlenmiştir” Alman Yüksek Federal Mahkemesi, (22.03.1968) 4 StR 53/68 <beck-online.beck.de/> Erişim Tarihi 16.11.2021.

32 Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze* (55. Baskı, Verlag C. H. Beck 2008) § 249 kn.18-20.

33 Eser ve Bosch, (n 29) § 249 kn.9; Kudlich, (n 29) § 149 kn.16; Rudolphi ve Wolter, (n 29) § 249 kn.31.

34 Hırsızlık suçu (*Diebstahl*) Kanununun 242. maddesinde; “(1) Her kim, bir başkasına ait taşınır bir mal kendisine veya üçüncü bir kişiye hukuka aykırı olarak mal edindirmek maksadıyla alırsa, beş yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Suça teşebbüs cezalandırılır” şeklinde düzenlenmiştir.

35 Volker Krey, Uwe Hellmann ve Manfred Heinrich, *Strafrecht Besonderer Teil*, Band II, Vermögensdelikte (16. Baskı, Kohlhammer Verlag 2012) 28.

36 Fischer, (n 32) § 242 kn.33.

*Aneignung*) aranmaktadır<sup>37</sup>. Yağma suçunda mal edindirme maksadı, failin mal üzerinde hak sahibinin hâkimiyetini sonlandırdığı anda var olmalıdır<sup>38</sup>.

Kıta Avrupası Hukuk Sisteminin benimsendiği diğer bir ülke olan Avusturya’da yağma suçu (*der Raub*) Ceza Kanunu’nun 142. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre; “(1) Her kim, bir başkasını cebir kullanmak veya vücut bütünlüğü veya yaşamına yönelik hâlihazırda mevcut bir tehlike ile tehdit etmek suretiyle, başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya bir üçüncü kişiye mal edindirerek hukuka aykırı olarak zenginleşmek kastıyla alır veya gasp ederse, bir yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Her kim, yağma suçunu önemli derecede bir cebir uygulamaksızın değeri az olan bir mala yönelik işlerse, failin yalnızca önemsiz sonuçlar doğurması ve nitelikli yağmanın (m.143) söz konusu olmaması hâlinde, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası veya üçyüztümüş güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır”.

Avusturya Hukukunda yağma suçunun, yapısı itibarıyla “zorlama” (m.105) ve “hırsızlık” (m.127)<sup>39</sup> suçlarının özel hâlini oluşturan bağımsız bir suç olduğu kabul edilmektedir<sup>40</sup>. Suçun konusuna ilişkin koşullar, hırsızlık suçuna ilişkin koşulların tamamıyla örtüşmektedir<sup>41</sup>.

Alman Hukukunda olduğu gibi, Avusturya Hukukunda da yağma suçunun oluşumu için genel kastın varlığı yeterli değildir. Madde lafzında açıkça ifade edildiği üzere, failin, suçun tüm maddi unsurlarına yönelik kasten hareket etmesi ve ayrıca mal edindirmek suretiyle hukuka aykırı olarak zenginleşme kastına (*der Bereicherungsvorsatz*) sahip olması gerekir<sup>42</sup>. Failin zenginleşmek kastına sahip olmaksızın eylemi gerçekleştirmesi hâlinde yağma suçu da oluşmaz. Zenginleşme kastı failin mal üzerinde hak sahibinin hâkimiyetini sonlandırdığı anda (*die Wegnahme*) var olmalıdır<sup>43</sup>.

37 Ibid § 242 kn.33a.

38 Alman Yüksek Federal Mahkemesi, (12.01.2021) 4 StR 501/20 <beck-online.beck.de/> Erişim Tarihi 20.11.2021.

39 Hırsızlık suçu (*Diebstahl*) Kanununun 127. maddesinde; “Her kim, bir başkasına ait taşınır bir mal kendisine veya bir üçüncü kişiye mal edindirerek hukuka aykırı olarak zenginleşmek kastıyla alırsa, beş aya kadar hapis cezası veya üçyüztümüş güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır” şeklinde düzenlenmiştir.

40 Helmut Fuchs ve Susanne Reindl-Krauskopf, *Strafrecht Besonderer Teil I*, Delikte gegen den Einzelnen (3.Baskı, 2009) 127-128.

41 Ibid 128.

42 Ibid 128; Christian Bertel ve Klaus Schwaighofer, *Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil I* (11. Baskı, Springer Verlag 2010) 239.

43 Bertel ve Schwaighofer, (n 42) 191; Fuchs ve Reindl-Krauskopf, (n 40) 121.



### C. Görüşümüz

Bir suçun manevi tipikliğe ilişkin unsurlarının belirlenebilmesi için öncelikle ilgili suçu düzenleyen kanuni tanımın incelenmesi gerekir. Suçun kanuni tanımında *örneğin* soykırım, göçmen kaçakçılığı veya hırsızlık suçunda olduğu gibi belirli bir saik veya amaç (maksat) unsuruna yer verilmişse esasen bu tür suçların genel kast ile işlenemeyeceği hususunda bir şüphe yoktur.

Yağma suçunun düzenlendiği TCK m.148 hükmü lafzında ise failde aranması gereken özel bir saik veya maksat (amaç) unsuruna açıkça yer verilmemiştir. Dolayısıyla madde lafzından hareketle, yağma suçunun oluşumu için maksat unsurunun aranmaması gerektiği, suçun genel kastla da işlenebilmesinin mümkün olduğu söylenebilir. Buna göre, failin, mağduru cebir veya tehdit kullanmak suretiyle taşınır bir malı teslimine veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılmasıyla yağma suçu tamamlanmış olacak, failde yarar sağlama maksadının bulunup bulunmaması ise suçun oluşumu bakımından bir önem arz etmeyecektir.

Kanaatimizce, manevi unsurun tespiti açısından kanuni tanım öncelikli dayanak noktasını oluşturmakla birlikte tek başına belirleyici olmayabilir. Bu tespit yapılırken ilgili suç tipinin tüm özellikleri göz önüne alınmalıdır<sup>44</sup>. Gerçekten de kanun koyucu hırsızlık suçu açısından yarar sağlama maksadını açıkça aramıştır. Hırsızlık suçu ise yağma suçunun yapısal bir unsuru olarak kabul edildiğinden hırsızlık suçu oluşmaksızın yağma suçunun varlığından söz etmek de mümkün olmayacaktır<sup>45</sup>. Nitekim Yargıtay bir kararında “*Cebir, şiddet ve tehdit kullanılmaksızın gerçekleştirilen hırsızlık eylemleri*

44 Yargıtay Ceza Genel Kurulu kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile ilgili bir kararında “*Özgürlüğü sınırlama suçunun manevi unsuru ise, failin, mağduru kişisel özgürlüğünden yoksun bırakmaya yönelik hareketleri gerçekleştirmeyi istemesini ve bilmesini içeren genel kasttır. Yasanın metninden ve ruhundan da anlaşılacağı üzere, suçun basit halinin oluşumu için özel kast (saik) aranmaz.*” şeklinde bir değerlendirmede bulunmuştur. Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, (23.01.2007) E 2006/8-275, K 2007/9 < <https://www.kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi 23.11.2021. Dolayısıyla, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun da “*yanarın metninden ve ruhundan da anlaşılacağı üzere*” şeklindeki açıklamasıyla özel kastın varlığının tespitinde kanuni lafzı tek başına ölçüt almadığı, ayrıca ilgili suçun *ratio legis*’ini de dikkate aldığı görülmektedir. Yine Yargıtay 20. Ceza Dairesi suçun kanuni tanımında açıkça maksat veya saik unsuruna yer verilmemiş olmasına rağmen 5237 sayılı TCK’nın 190/1. maddesinde düzenlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçunun özel kastla işlenebileceğine karar vermiştir. Bkz. Yargıtay 20. Ceza Dairesi, (05.02.2019) E 2018/1286, K 2019/692 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 23.11.2021. Öğretide ise görüş birliği bulunmamaktadır. Bazı yazarlar, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçunun oluşması için genel kastı yeterli görürken, diğer yazarlar ise özel kastı aramaktadır. Bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, (n 12) 1011-1012.

45 Dönmez, (n 12) 435; Gökçen ve Şenerdoğan, (n 12) 404; Koca, ‘Yağma Cürmünün Kimi Suçlardan Ayırımı’ (n 12) 1482; Önder, (n 15) 343; Artuk ve diğerleri, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 12) 613; Yazıcıoğlu, (n 12) 763; Ekinci ve Esen, (n 12) 89. Ayrıca bkz. Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 10) 647.

*gasp suçunu oluşturmayacağı gibi eylemde hırsızlık suçunun unsurlarından birisinin bulunmaması halinde cebir, şiddet ve tehdit kullanılmış olsa dahi eylem gasp suçunu oluşturmayacaktır*<sup>46</sup> şeklindeki açıklamasıyla aynı sonuca işaret etmiştir. Yağma suçunun hırsızlık suçunu yapısında barındıran bir bileşik suç olması karşısında, bu suçun oluşabilmesi için failin hırsızlık suçunda olduğu gibi yarar sağlama maksadıyla hareket etmesi gerektiğini düşünmekteyiz<sup>47</sup>.

Elbette, Alman ve Avusturya Ceza Kanunu örneklerinde olduğu gibi, suçun manevi unsurunu oluşturan maksada madde lafzında açıkça yer verilmesinin daha isabetli olduğu şüphesizdir. Bu şekilde, hem söz konusu eksikliğin kanunilik ilkesi bakımından doğurduğu sakıncalar giderilmiş hem de suçun konusu ve manevi unsuru daha net bir şekilde ortaya konulmuş olacaktır.

## II. Yağma Suçunda Yarar Sağlama Maksadının Kapsamı

### A. Genel Olarak

Yağma suçunun oluşabilmesi için failin yarar sağlama maksadıyla hareket etmesi arandığı takdirde, suçun tatbik alanının belirlenebilmesi açısından soyut ve geniş bir anlamı olan “yarar” kavramının kapsamının ortaya konulması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Nitekim öğretide konu ile ilgili çeşitli görüşler ileri sürülmüş, uygulamada da bu maksadın kapsamına nelerin dâhil olduğu belirtilmek suretiyle somutlaştırılma yoluna gidilmiştir.

46 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, (26.11.2002) E 2002/6-271, K 2002/404 < <https://www.kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi 24.11.2021.

47 Savunduğumuz bu görüş Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararında şu şekilde dile getirilmiştir: “*Hırsızlık suçunun temel şeklini düzenleyen TCK'nın 141 maddesinin gerek metninde gerekse gerekçesinde; hırsızlık suçunun manevi unsurunun yararlanma kastı olduğu çok net bir şekilde vurgulanmış, gerek öğretide, gerekse uygulamada bu hususta herhangi bir duraksama yaşanmamıştır. Hatta yağma suçunda dahi faydalanma kastından açıkça bahsedilmemesine karşın, uygulamada yağma suçunun hırsızlık suçu ile maddi ya da manevi cebirin birleşmesinden oluşan mürekkep bir suç olmasından yola çıkılarak gerek Yüksek 6. Ceza Dairesi, gerekse Yüksek Ceza Genel Kurulu tarafından yağma suçunun oluşması için faydalanma kastının bulunması gerektiği çok net bir şekilde vurgulanmıştır.*” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, (17.03.2020) E 2020/16, K 2020/181 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 24.11.2021. Birtek ise yağma suçunun her durumda hırsızlık suçunun unsurlarını bünyesinde barındıran bileşik bir suç olmadığı görüşündedir. Bkz. Birtek, (n 12) 675. Noyan'a göre “*Kanunun 148. maddesinde yararlanmak kastından söz edilmediğine göre, bir malın zilyedinden hangi amaçla olursa olsun cebir veya tehditle alınmasının yağma suçunu oluşturduğu söylenebilir. Buna karşılık, yağmanın hırsızlığın nitelikli şekli olduğu ve dolayısıyla hırsızlıkta aranan yararlanmak kastının yağmada da aranmasının bunun doğal sonucu olduğu ileri sürülecektir.*” Bkz. Noyan, *Hırsızlık ve Yağma Suçları* (n 12) 304. Bu görüşe katılmadığımızı belirtmek isteriz. Çünkü hırsızlık suçunda bulunması gereken yarar sağlama maksadının yağma suçu bakımından da aranmasının sebebi, yağma suçunun hırsızlık suçunun nitelikli hâlini oluşturması değil, hırsızlık suçunun yağma suçunun bir unsurunu oluşturmasıdır. 5237 sayılı TCK'da yağma suçu, hırsızlık suçundan bağımsız bir suç olarak düzenlenmiş olup hırsızlık suçunun nitelikli hâli değildir. Aynı yönde bkz. Gökçen ve Şenerdoğan, (n 12) 403; Yazıcıoğlu, (n 12) 763; Cankurt, (n 12) 102; Koca, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu” (n 12) 2801; Koca, *Yağma Cürümleri* (n 12) 59; Tezcan, Erdem ve Önok, (n 12) 795; Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: I* (n 10) 387; Artuk ve diğerleri, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 12) 613; Taneri ve Kamışlı, (n 10) 868, 878.



## B. Türk Hukukunda

### 1. Öğreti Görüşleri

#### a. Maksada Konu Yararın Maddi veya Manevi Nitelikte Olabileceğini Kabul Eden Görüş

Bugün öğretide ağırlıklı görüşe göre, yağma suçu açısından maksada konu yarar geniş yorumlanmalı ve suçla maddi (ekonomik) bir fayda elde edilmesinin yanı sıra, failin elde etmeyi umduğu veya elde ettiği her türlü avantaj, manevi tatmin, hazzın da bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>48</sup>.

Bu görüş taraftarı bazı yazarlar, yarar sağlama maksadını, aynı zamanda “*sahiplenme maksadı*” olarak da nitelendirmektedir. Nitekim *Tezcan, Erdem ve Önok*, yarar sağlama maksadının, “sahiplenme maksadı” şeklinde anlaşılması gerektiğini ve bu maksatla kastedilenin mülkiyet hakkının kişiye sağladığı “*maldan istediği şekilde faydalanma imkânını*” elde etmek olduğunu belirtmektedirler<sup>49</sup>. Bu görüşün bir sonucu olarak, yalnızca kullanmak maksadıyla malın alınması hâlinde yağma suçu oluşmayacaktır. *Örneğin*, gezinmek amacıyla mağdurdan zorla aracının anahtarının alınması hâlinde yağma suçu değil, cebir ve hırsızlık suçları meydana gelecektir<sup>50</sup>. Benzer şekilde, *Taneri ve Kamışlı*, yağma suçunda kullanma hırsızlığının düzenlendiği TCK m.146 benzeri bir düzenleme olmadığından failin malı kullanmak amacıyla alması hâlinde yağma suçunun oluşmayacağı, bu durumda failin cebir veya tehdit ile hırsızlık suçlarından ayrı ayrı cezalandırılacağı görüşündedirler<sup>51</sup>.

Aksi görüşte olan yazarlardan *Dönmezer* de yararlanma kastını, failin alınan malda malikin sahip olduğu tüm imkânları kullanabilme arzu ve iradesi şeklinde tanımlamaktadır. Ancak yazara göre, maldan yararlanmanın geçici nitelikte olması da mümkündür. *Örneğin*, suç işleyen kişinin yoldan geçen bir arabayı silah zoruyla durdurarak şoförden kendisini oradan uzaklaştırmasını istemesi olayında yağma suçu oluşur. Dolayısıyla suçun varlığı için failin mutlaka sahiplenme maksadıyla hareket etmesi gerekli olmayıp kullanmak maksadıyla başkasına ait malı zorla alması yeterlidir<sup>52</sup>. Benzer şekilde *Erem ve Toroslu* yarar sağlama maksadını geniş yorumlamakta ve failde maldan sürekli

48 Dönmezer, (n 12) 368-369, 435. Benzer görüş için bkz. Meran, (n 12) 40, 213. Antolisei, İtalyan Hukukunda menfaat (yarar) kavramının geniş bir şekilde anlaşıldığını, maddi faydanın yanı sıra memnuniyet veya zevk gibi manevi nitelikteki yararların da menfaat sayılacağını belirtmektedir. Bkz. Francesco Antolisei, ‘Genel Olarak Mameleke Karşı İşlenen Suçlar’ (çeviren: Uğur Alacakaptan), (1962) 19 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 78-79.

49 Tezcan, Erdem ve Önok, (n 12) 785-786, 823.

50 Ibid 813.

51 Taneri ve Kamışlı, (n 10) 886.

52 Dönmezer, (n 12) 435.

olarak yararlanma amacı bulunmasının şart olmadığı, failin kullandıktan sonra iade etmek maksadıyla malı zorla alması durumunda yağma suçunun oluşacağı görüşündedirler<sup>53</sup>. *Ekinci ve Esen*'e göre de yarar sağlama maksadından, suçun konusunu oluşturan malın sahibine ya da zilyedine sağlamış olduğu haklar anlaşılmalıdır. Ancak bu maksat, sahiplenme amacıyla eş değer değildir ve failin malı geçici bir süre kullanmak amacıyla alması hâllerinde de yağma suçu oluşur<sup>54</sup>.

Görüleceği üzere, yağma suçunun oluşumu bakımından failde ayrıca sahiplenme maksadını aramayan görüş, maldan sürekli olarak yararlanma amacını da aramamaktadır. Dolayısıyla, failin, kullandıktan sonra iade etmek maksadıyla malı zorla alması durumunda da yağma suçu oluşacaktır<sup>55</sup>.

## **b. Maksada Konu Yararın Yalnızca Maddi Nitelikte Olabileceğini Kabul Eden Görüş**

Öğretide bir diğer görüş, yağma suçunda maksada konu yararı dar yorumlayarak maddi yarar sağlama ile sınırlandırmaktadır. Buna göre, *örneğin*, failin kıskançlık, haz alma, şaka, intikam alma veya tatmin olma gibi manevi bir yarar sağlamak maksadıyla hareket ettiği durumlarda yağma suçu oluşmayacaktır.<sup>56</sup> Bu görüşe göre, failin maddi yarar sağlama maksadıyla hareket etmiş olması yeterli olup bu amacına ulaşması şart değildir. Ayrıca, yağma suçunun oluşumu için failin mutlaka sahiplenme maksadıyla hareket etmesi de zorunlu değildir. Faydalanma amacının geçici olması ya da kullanma biçiminde tezahür etmesi veya malın iade edilmek maksadıyla alınması durumlarında da suç oluşur<sup>57</sup>.

## **2. Yargıtay'ın Görüşü**

Yargıtay'a göre yağma suçu açısından maksada konu yarar, yalnızca maddi nitelikte olmayıp kendini tatmin etme veya mağdurun malı kullanmasını engelleme gibi *manevi nitelikteki faydalanmaları* da kapsamaktadır<sup>58</sup>.

53 Erem ve Toroslu, (n 12) 593.

54 Ekinci ve Esen, (n 12) 14-15, 96-97.

55 Erem ve Toroslu, (n 12) 593.

56 Birtek, (n 12) 703-704.

57 Ibid 697.

58 “*Saniğin olay tarihinde yakınana ait otomobili uçurumdan aşağıya atacağı tehdidi ile cep telefonunu ve parasını rızası dışında aldığı, bilahare onu olay yerinde bırakarak otomobil ile uzaklaştığı açıktır. Saniğin bu eyleminde kullandığı tehdit, yakınanı malen büyük bir tehlikeye düşüreceği beyanını içerdiğinden, yağma suçunun oluşması için yeterlidir. Sanık, her ne kadar olay sonrasında otomobili yakınana iade etmişse de aracın ruhsatını, cep telefonu ve parayı iade etmediği gibi, ‘arabanın ruhsatı ben de, cep telefonun da ben de’ demek suretiyle bunları aldığını da vurgulamıştır. Bu eşyanın olay sonrasında saniğin üzerinde yakalandığı da açıktır. O halde bunları yalnızca yakınana zarar vermek amacı ile aldığından söz etmeye olanak yoktur. Sanık, Yerel Mahkemece de kabul edildiği gibi, kendisini tatmin etme amacıyla bu eşyayı almakla, artık faydalanma kastı da gerçekleşmiştir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, (26.11.2002), E 2002/6-271, K 2002/404 < <https://www.kazanci.com.tr/> > Erişim Tarihi 29.11.2021.*

Ayrıca Yargıtay, yağma suçunun oluşması için suça konu malın sahiplenme kastıyla alınmasının gerekmediği görüşündedir<sup>59</sup>. Dolayısıyla, geçici bir süre kullanılmak ve iade edilmek amacıyla cebir veya tehditle bir malın alınması durumunda da yarar sağlama maksadı ve böylelikle yağma suçu gerçekleşir<sup>60</sup>.

Özellikle son dönemde failin, arama kaydı, mesaj, fotoğraf, video vb. gibi verilere bakmak, bunları elde etmek veya yok etmek veya mağdurun iletişim kurmasını engellemek gibi amaçlarla, mağdurdan cep telefonunu veya diğer bir bilişim cihazını cebir veya tehdit kullanarak geçici süreyle alması halinde yağma suçunun oluşup oluşmayacağı, diğer bir deyişle bu tür eylemlerde failin takip ettiği amacın yarar sağlama maksadı kapsamında mütalaa edilip edilemeyeceği tartışmalı bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır.

Konuya ilişkin Yargıtay'ın, benzer olaylarda farklı sonuçlara ulaştığı kararlarına rastlanmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2016 tarihli bir kararda failin, kendisini aldattığını düşünerek telefon kayıtlarına bakmak için cebir ve tehdit kullanarak mağdurdan cep telefonunu zorla aldığı ve ardından iade ettiği olayda yağma suçunun oluşmadığı sonucuna varmıştır<sup>61</sup>. Buna karşın Genel Kurul 2019 tarihli bir diğer kararında, fotoğrafları silmek amacıyla cebir ve tehdit yoluyla mağdurdan cep telefonunu alıp daha sonra iade

59 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, (07.11.2019) E 2017/331, K 2019/649 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 29.11.2021.

60 “Dosyaya, oluşa ve delillere göre: Sanık ile mağdur B... arasında eskiden beri devam eden ve çeşitli nedenlerden kaynaklanan husumet bulunduğu, olay günü B...’nin kahve önünde oturduğunu tespit eden sanığın tam otomatik Rus’lusu denilen ve 200-300 metrede etkili olan silahla 66.70 metre mesafeden yayılım ateşine tuttuğu, ancak isabet vaki olmadığı; bu olaydan sonra sanığın mağdur Y...’in dükkânına giderek silah tehdidi ile arabasının anahtarını alarak yine silah tehdidi ile A...’i kullanması için arabanın içine soktuğu ve böylece araba ile hareket ederek U... İlçesi dışında yol kenarında arabadan inmek suretiyle olay yerinden uzaklaştığı, 20 dakika kadar sonra A...’in arabayı geri getirdiği anlaşılmaktadır... Yerel mahkeme kararında da değinildiği gibi, olay yerinden kaçmak için sanığın bu şekilde hareket etmesi ve otuyu geçici olarak elde etmesi gasp suçunun oluşmasına engel değildir... Yargıtay’ın yerleşmiş içtihadına göre, hırsızlık suçunda olduğu gibi sahibinin rızası olmadan veya cebir-şiddet ve tehdit ile bir şeyin kullanma maksadı ile alınması ve iadesi hallerinde de cürmün oluştuğu kabul edilmektedir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, (14.12.1981) E 1981/1-345, K 1981/424 <<https://www.kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi 30.11.2021.

61 “Sanığın olay tarihinde, iki yıldır birlikte olduğu mağdurenin başka bir kişiyle ilişkisi olduğunu düşünerek evine gidip yanında bulunan silahı mağdureye doğrularak tehdit ettiği, silahın kabzasıyla mağdureye vurduğu, mağdurenin elinde bulunan telefonu arama kayıtlarına bakmak amacıyla zorla aldıktan yaklaşık 20 gün sonra iade ettiği olayda, olay yerine gelen sanığın mağdureye “evde kim var o...” demesi, telefonu arama kayıtlarına bakmak için alması, kullanmadan mağdureye iade etmesi gözetildiğinde, ekonomik durumu iyi olan ve yaklaşık bir yıldır mağdureyle birlikte olan sanığın, mağdurenin başka bir kişiyle ilişkisi olup olmadığını öğrenmek için telefonunu aldığı anlaşılmakta olup sanığın faydalanmak amacıyla telefonu aldığı sabit olmadığından, üzerine atılı yağma suçunun unsurları itibarıyla oluşmadığı, ancak sanığın mağdura karşı gerçekleştirdiği eylemlerin silahla tehdit ve kasten yaralama suçlarını oluşturabileceğinin kabulü gerekmektedir” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, (26.01.2016) E 2015/709, K 2016/33 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 04.12.2021. Bu kararda 13 Ceza Genel Kurulu üyesi, somut olayda yağma suçunun unsurlarının gerçekleştiği gerekçesiyle karşı oy kullanmıştır.

eden failler bakımından yağma suçunun oluştuğunu kabul etmiştir<sup>62</sup>. Hakeza Genel Kurul, 2020 tarihli bir kararında failin, içindeki kayıtları kontrol etmek için eski kız arkadaşına ait cep telefonunu cebir ve tehdit kullanılarak zorla aldığı, ancak şifre nedeniyle kayıtlara ulaşamaması üzerine, bu şifreyi kırdırmak için yanına alıp ertesi gün geri teslim ettiği olayda yağma suçunun oluştuğu yönünde değerlendirmede bulunmuştur<sup>63</sup>.

- 62 “Sanık ...'in, tartışıkları esnada eski eşi olan ...'yi yaralaması sonucu kolunun morardığı, mağdurun bu morluğu telefonuna kaydederek başkalarına gösterdiğini düşmesi üzerine 23.11.2021 tarihinde saat 23.45 sıralarında yanına arkadaşları sanık ...'i de aralar mağdurun oturduğu evin önüne gittiği, bu sırada olay yerine gelen mağdurdan telefonunu istediği, mağdurun telefonunu vermeyeceğini söylemesi üzerine sanık ...'in mağdurun kolundan tuttuğu, sanık ...'in de birkaç sefer mağdurun göğüs bölgesine vurup ‘Bak kafanı kopartırım lan’ diyerek tehdit edip elindeki cep telefonunu aldığı, ertesi gün saat 01.00 sıralarında da sanıkların kendiliğinden karakola gelecek teslim olduklarında sanık ...'in kaba üst aramasında suça konu telefonun ele geçtiği olayda; mağdurun aşamalarındaki beyanlarından, bu beyanları destekler adli rapordan ve tanık beyanlarından sanık ...'in cebir ve tehdit ile mağdurun elindeki cep telefonunu içerisindeki fotoğrafları silmek amacıyla sanık ... ile birlikte alarak olay yerinden ayrıldıklarının sabit olduğu, yağma suçunun oluşması için suça konu malın sahiplenme kastıyla alınmasının şart olmadığı, fotoğrafları silmek amacıyla geçici olarak kullanma kastıyla alınması durumunda da yağma suçunun oluşacağı hususları göz önünde bulundurulduğunda sanıklara atılı suçun tüm unsurları itibarıyla oluştuğunun kabulü gerekmektedir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, (07.11.2019)E 2017/331, K 2019/649 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 04.12.2021. Bu kararda üç Ceza Genel Kurulu üyesi “Fotoğrafi silmek için cep telefonunu almanın yararlanması olarak kabulü mümkün değildir. Suça konu eşyanın mağdur ya da müşteki açısından maddi ya da manevi ekonomik bir değerinin bulunması, sanığın da mağdur ya da müşteki açısından ekonomik değeri olan bir malı bir şekilde faydalanma kastıyla alması zorunludur... Sonuç itibarıyla suça konu telefondaki fotoğrafı silmek için cebir kullanmak suretiyle alan sanıkların eylemlerinin tehdit ve kasten yaralama suçlarını oluşturduğu halde yağma suçunu oluşturduğu...” şeklindeki gerekçeyle karşı oy kullanmıştır.
- 63 “Sanığın, mağdurenin cep telefonunu arama kayıtlarına bakabilmek amacıyla aldığından anlaşıldığı, yağma suçunun oluşması için suça konu malın sahiplenme kastıyla alınmasının şart olmadığı, yararlanmanın sadece ekonomik menfaati değil aynı zamanda bilgi edinmeyi de kapsadığı, içinde bulunduğumuz çağda cep telefonları birer bilgisayar mahiyetinde olup içerilerindeki bilgiye ulaşma, bilginin değiştirilmesi ya da yok edilmesinin de yararlanma kastını ortaya koyduğu, somut olayda da söz konusu telefonu, arama kayıtlarını kontrol edebilmek için geçici olarak alan sanığın faydalanma kastının bulunduğu, yağma suçunun oluşumu için faydalanma kastı yeterli olup ayrıca failin fiilen faydalanmasının da gerekmeyeceği hususları göz önünde bulundurulduğunda sanığa atılı nitelikli yağma suçunun tüm unsurları itibarıyla oluştuğunun kabulü gerekmektedir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, (09.06.2020) E 2018/284, K 2020/275 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 04.12.2021. Kararda karşı oy kullanan 6. Ceza Dairesi Başkan Vekilinin konuya ilişkin gerekçesi şu şekildedir: “Sanığın, 17.01.2014 tarihinde saat 23:30 sıralarında mağdur ...'in evine gidip, cep telefonunun neden meşgul olduğunu, kiminle görüştiğini sorup sorguladığı, aldığı olumsuz yanıt üzerine mağdurun cep telefonunun içindeki arama kayıtlarına bakmak istediği, mağdurun cep telefonunu kendi rızasıyla sanığa verdiği, mağdurun cep telefonunun arama kayıtları üzerinde şifre olup, sanığın ilgilinin kişisel bilgilerine ulaşamaması ile farklı etken ve/veya duygusal gelgitler altında öfke patlaması yaşayıp mağduru darbedip, sonra da bundan etkilenen mağdurun kendisini toparlamasına yardım edip, mağdurun bağırmasıyla panikleyip, kast ve muradı doğrultusunda telefondaki şifreyi kırıp, arama kayıtlarını izleyebilmek üzere alıp olay yerinden ayrılp, ertesi gün sabah saatlerinde bir arkadaşları vasıtasıyla mağdurun telefondaki hiçbir şifre kırma işlemi yapmadan malı aynen teslimi sağladığı olayda, sanığın yağma kastından bahsedilemeyeceğinden ilk derece mahkeme kararının bozulması gerekir”. Yargıtay Ceza Genel Kurulu yaklaşık bir ay sonra benzer bir olayla ilgili verdiği kararında da aynı sonuca ulaşmıştır: “Mağdurun aşamalarda değişmeyen anlatımı ile tarafların arasındaki husumete yönelik tanık beyanı, başından beri içerisindeki fotoğraflara mesajlara bakıp ertesi gün iade etmek üzere söz konusu cep telefonunu zorla aldığı kabul eden sanığın, başına anahtarlıkla vurduğuna yönelik itirazı ve telefonun sanığın gösterdiği aracın altında ele geçirilmesi hususları birlikte değerlendirildiğinde suça konu telefonun sahibinin elinden cebir kullanılmak suretiyle alındığının sabit olduğu, yağma suçunun oluşması için suça konu malın sahiplenme kastıyla alınmasının şart olmadığı, yararlanmanın sadece ekonomik menfaati değil aynı zamanda bilgi edinmeyi de kapsadığı, içinde bulunduğumuz çağda cep telefonlarının birer bilgisayar mahiyetinde olup içerilerindeki bilgiye ulaşma, bilginin değiştirilmesi ya da yok edilmesinin de yararlanma kastını ortaya koyduğu, somut olayda söz konusu telefonun fotoğrafları silmek amacıyla geçici olarak kullanılması kastıyla alınması durumunda da faydalanma kastı gerçekleştirilmediği hususları göz önünde bulundurulduğunda sanığa atılı nitelikli yağma suçunun tüm unsurları itibarıyla oluştuğunun kabulü gerekmektedir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, (02.07.2020) E 2018/125, K 2020/341 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 04.12.2021.

Bununla birlikte, benzer bir olaya ilişkin Yargıtay 6. Ceza Dairesi 2017 tarihinde yağma suçundan hüküm kuran yerel mahkeme kararını hukuka aykırı bularak bozmuştur<sup>64</sup>. Aynı Daire bir diğer kararında da, mağdurun kardeşine (sanığın yanına geleceğini haber vermek için) mesaj çekmesini engellemek amacıyla cep telefonunu zorla alan ve sonrasında telefonu kolluk kuvvetlerine iade eden sanık hakkında yerel mahkeme tarafından yağma suçunu işlediğinden bahisle verilen hükmü hukuka aykırı bularak bozmuştur<sup>65</sup>.

Belirtmek gerekir ki, Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin konuya ilişkin kararları da istikrarlı değildir. Nitekim Daire, sanığın, nişanlısına mesaj attığını düşündüğü mağduru tokatlayarak cep telefonunu zorla alıp mesajları kontrol ettiği ve mağdura *"nişanlıma mesaj atanı bulana kadar cep telefonunun bende kalacak"* dediği olayda yağma suçunun oluştuğuna kanaat getirmiştir<sup>66</sup>. Benzer şekilde Daire, evli olan sanığın, bir

64 *"Sanık ile mağdur arasında duygusal boyutta arkadaşlık ilişkisi bulunduğu ve olay tarihinden önce de aileler arasında sözlendikleri, aralarındaki bir kısım anlaşmazlıkları konuşmak üzere olay tarihinde saat 12:30-13:00 sularında parkta buluştukları, müşteki ...'in aralarındaki ilişkiyi bitirmek istediğini söylemesi üzerine tartışmaya başladıkları, sanık ...'in müştekiden telefonunu istediği, olumsuz yanıt alması üzerine müştekinin sağ kolunu bükerek 'bu telefonu bana vermezsen seni döverim', 'eğer arkadaşların ile bir daha görüşürsen seni öldürürüm', 'başka kişilerle görüşüyorsun' diyerek mağdurun telefonunu zorla aldığı, ardından mağdurun telefonu ile tanıkları aradığı ... Hal böyle olunca; Sanığın savunması, tanık beyanları ve dosyaya yansıyan deliller birlikte düşünüldüğünde, ayrıca mağdura ait suçta konu cep telefonu ile olay saatinden sonra bir başka hat ile kullanılıp kullanılmadığı, bunun sanık ile bir bağdaşının olup olmadığı resen araştırılıp, sonucuna göre delillerin bir bütün halinde takdiri gerektiği düşünülmeyen eksik soruşturma ile yetinilip, sanığın mal edinme kastının hangi delillere dayanarak benimsendiği de denetime olanak verecek şekilde karar yerinde gösterilip, tartışılmadan genel geçişli ifadeler kullanılarak yerinde ve yeterli olmayan gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması...bozmayı gerektirmiş..."* Yargıtay 6. Ceza Dairesi, (13.11.2017) E 2014/9537, K 2017/4681 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 04.12.2021.

65 *"Sanık M... 'un işvereni olduğu katılan ... ve onun kardeşi katılan K... 'e, daha önceki bir tarihte 250 TL borç para verdiğinin sabit olduğu, ancak belli bir vadeye bağlanmayan borcunu da ödemeyen katılan ..., çevreye olan borçları hususunda doğruyu söylememesi nedeniyle sanık ile arasının açıldığı, olay günü de bir mazeret göstermeden işyerine gelmeyen katılana kendi cep telefonundan ulaşamayan sanık ..., önce katılan ... ile bulunduğu, ... de ağabeyi olan ... evde olabileceğini söylemesi üzerine birlikte katılanların evlerine doğru yürüdükleri sırada, ... cep telefonundan gizlice mesaj çekip katılan ... uyardığını gören sanık ..., katılan ... elinden telefonu çekip aldığı, katılan telefonunu geri istemesine karşın vermediği, sanığın kendi numarasını görüp açmayan ... kardeşi ... telefonundan arayıp ona ulaşmak istediği, ... ait olan telefonla arayan sanığın katılan ... ulaştığı, daha sonra şikayet üzerine yakalanan sanığın telefonu çalışanları aracılığıyla kolluk kuvvetlerine teslim ettiği olayda, olay anındaki tüm koşullar ile sanığın sarf ettiği sözcükler ve/veya hareketler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, suç tarihinden önce ekonomik olarak geliri bulunan ve sabıkasız olan sanığın yanında ücretli çalıştığı katılan ... kardeşi olan mağduru hiçbir şey söylemeden mesaj çekmesini engellemek ve katılan ... ulaşmak için elindeki telefonu çekip almak eylemlerinin, yağma kastı ile yapıldığını gösteren deliller karar yerinde açıklanıp tartışılmadan, suçun hukuki vasfında yanılığ ile yerinde ve yeterli olmayan gerekçeyle yazılı şekilde uygulama yapılması... bozmayı gerektirmiş..."* Yargıtay 6. Ceza Dairesi, (25.05.2015) E 2015/1001, K 2015/40834 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 04.12.2021.

66 *"Oluş ve dosya içeriğine göre, sanığın, kız arkadaşına mesaj attığını iddia ettiği mağduru oyun oynadığı salondan 'Dışarıda konuşalım' diyerek dışarıya çağırdığı, 'Sen benim nişanlıma niye mesaj atıyorsun' diye sorduğu, mağdurun 'Senin nişanlın kim ben kimseye mesaj atmadım' demesi üzerine ... 'nolu telefona neden mesaj atıyorsun, seni bulacağımı söylemişim, seni şimdi burada geberteyim mi? Seni döveyim mi?' diyerek mağdura tokat attıktan sonra cebinde bulunan telefonu alıp mesajları kontrol ettiği ve 'Sen mesaj atmadysan mesaj atanı bul bana getir, o zamana kadar telefonun bende kalacak' diyerek mağdurun yanından ayrıldığı olayda; sanığın eyleminin yağma suçunu oluşturduğu düşünülmeyen delillerin takdirinde ve suç vasfında yanılığa düşülmeye yazılı şekilde hüküm kurulması...bozmayı gerektirmiş..."* Yargıtay 6. Ceza Dairesi, (08.10.2019) E 2017/123, K 2019/4574 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 06.12.2021.

başkası ile umuma açık yerde görüntülerini çeken mağdurdan, kontrol etmek ve görüntüleri silmek amacıyla cebir kullanmak suretiyle cep telefonunu aldığı ve kontrol ettikten sonra attığı, yakalandıktan sonra ise attığı yeri göstererek suça konu telefonun mağdura teslimini sağladığı olayda yağma suçunun oluştuğunu kabul etmiştir<sup>67</sup>.

Görüleceği üzere Yüksek Mahkeme, benzer olaylarda “sahiplenme kastı” ve “yarar sağlama maksadının” varlığı veya yokluğundan hareketle farklı sonuçlara ulaşmıştır. 2019 tarihli Genel Kurul kararı ise uygulamanın, sahiplenme kastı ve/veya maddi yarar elde etme maksadı olmayan fail bakımından da yağma suçunun oluşacağı yönünde gelişmesine yol açmıştır.

### C. Alman ve Avusturya Hukukunda

Alman Hukukunda yağma suçunun iki yönlü yapısı nedeniyle, korunan hukuki menfaatin de bireylerin hem mülkiyet ve/veya zilyetlik hakkı hem de kişisel özgürlüğü (irade hürriyeti) olduğu kabul edilmektedir<sup>68</sup>. Alman Federal Yüksek Mahkemesi’ne göre yağma suçu, hırsızlık suçundan farklı olarak, yalnızca mağdurun mülkiyet ve zilyetlik hakkına değil, aynı zamanda kişisel özgürlüğüne ve dolayısıyla farklı türdeki hukuki değerlerine karşı işlenmektedir<sup>69</sup>.

Hırsızlık suçuna ilişkin yönüyle yağma suçunda bir başkasının mülkiyet veya zilyetlik hakkına ilişkin “şekli hukuki pozisyonu” korunduğundan, suçun konusunun ekonomik değerinin azlığı veya değersizliği önem arz etmemektedir<sup>70</sup>. Diğer bir ifadeyle, failin

67 “Olay zamanı bir başkası ile evli ... ile umuma açık bir yolda buluşup, aynı araçla ayrılmalarını mağdur ...’ın cep telefonu ile gizlice resimlerini çektiğini öğrenen sanık ...’ın, mağdur ... ile bu konuyu görüşmek üzere olay günü saat 02:30 sularında buluştukları, sanık ..., bilgi ve istem dışında bir ölçüde de özel hayatına müdahale olarak algıladığı S... ile kendisinin olduğu resim karelerini cep telefonundan silmesini mağdurdan istediği, aldığı olumsuz yanıt üzerine mağdurun cep telefonunu kontrol amacı ile alıp mağdurun karşı duruşu üzerine, anahtarlıkla vurup ayrıldığı, kontrol edip telefonu attığı, olaydan kısa bir süre sonra yakalanınca da suça konu telefonu attığı yeri göstererek mağdura teslimini sağladığı anlaşılan olayda...” Yargıtay 6. Ceza Dairesi, (06.02.2018) E 2018/613, K 2018/849 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 06.12.2021. Kararda bir Daire üyesi “Sanığın eylem ve söylemleriyle yağma kastından bahsedilmeyeceği düşünülmeyen, yerinde ve yeterli olmayan gerekçeyle yazılı şekilde yağma suçundan mahkûmiyet kararı verilmesi kanuna aykırı olup, yağma suçundan verilen bu mahkûmiyet kararının bozulması” gerekçesiyle karşı oy kullanmıştır.

68 Eser ve Bosch, (n 29) § 249 kn.1; Rudolphi ve Wolter, (n 29) § 249 kn.2; Stefan Maier, *Strafgesetzbuch Kommentar*, Editör: Holger Matt ve Joachim Renzikowski, (Verlag Franz Vahlen 2013) § 249 kn.1. Fischer, suçla zilyetliğin korunmadığı görüşündedir. Bkz. Fischer, (n 32) § 242 kn.32. Kudlich ise yağma suçuyla aynı zamanda “dolaylı olarak” bireylerin yaşam hakkı ve vücut bütünlüğünün de korunduğu görüşündedir. Bkz. Kudlich, (n 29) § 249 kn.1.

69 Alman Yüksek Federal Mahkemesi, (22.03.1968) 4 StR 53/68 <[beck-online.beck.de/](http://beck-online.beck.de/)> Erişim Tarihi 10.12.2021.

70 Kudlich, (n 29) § 249 kn.6; Rudolphi ve Wolter, (n 29) § 249 kn.24. Aksi görüş için bkz. Eser ve Bosch, (n 29) § 242 kn.7.



mal üzerindeki hâkimiyeti sonlandırmasının (*die Wegnahme*) hak sahibinin malvarlığı açısından bir zarara yol açması gerekmemektedir<sup>71</sup>. Alman Federal Anayasa Mahkemesi de yakın tarihli bir kararında, hırsızlık suçuna ilişkin düzenlemenin (AİCK m.242) malın ekonomik değerinden bağımsız olarak mülkiyet hakkını koruduğunu ve dolayısıyla suçun oluşumunun malın ölçülebilir objektif değerine veya mağdurun ekonomik menfaatlerinin ihlâline bağımlı olmadığını açıklamıştır<sup>72</sup>.

Bununla birlikte, Alman Hukukunda hırsızlık ve yağma suçlarında aranan mal edindirme maksadının muhteviyatı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, mal edindirme maksadının konusunu yalnızca maddesel olarak malın kendisi oluşturabilirken (*die Substanztheorie* veya *die Eigentumstheorie*); diğer görüşe göre, bu malın objektif faydası, yani işlevsel değeri oluşturmaktadır (*die Sachnutzentheorie*). Bir başka görüş ise, mal edindirme maksadının konusunun malın yalnızca kendi ekonomik değeri olduğu yönündedir (*die Sachwerttheorie*). Öğretide ağırlıklı görüşe göre (*die Vereinigungstheorie*) ise mal edindirme maksadının konusu; maddesel olarak malın kendisi (*die Substanztheorie* veya *die Eigentumstheorie*) veya ekonomik değeridir (*die Sachwerttheorie*)<sup>73</sup>.

Görüleceği üzere, hırsızlık ve yağma suçlarında mal edindirme maksadının muhteviyatı bakımından, malın kendisini veya bizzat bu maldan kaynaklanan ekonomik değeri esas alan görüşlerin birbirini tamamlayan iki alternatif olarak uygulandığı anlaşılmaktadır. Bizzat malın ekonomik değerini esas alan görüşün ölçüt alınması sayesinde, failin, banka cüzdanı, hak sahipliğini ispatlayıcı diğer belgeler veya hediye çeki gibi şeylerin taşıdığı ekonomik değer üzerinden elde ettiği faydanın suçun kapsamına dâhil edilmesi sağlanmakta iken; maddesel olarak malın kendisini esas alan görüş vasıtasıyla özellikle maddi değeri bulunmayan mal açısından mal edindirme maksadının varlığı kabul edilebilmektedir<sup>74</sup>.

Alman Yüksek Federal Mahkemesi'ne göre “yarar sağlama maksadı” açısından önem arz eden husus; hak sahibinin mal üzerindeki hâkimiyetini sonlandıran failin, bu malı kendisinin veya bir başkasının sahipliğine alma veya sınırlı süreli olsa da onun ekonomik

71 Fischer, (n 32) § 242 kn.3a.

72 Alman Federal Anayasa Mahkemesi, (05.08.2020) 2 BvR 1985/19, 2 BvR 1986/19 <beck-online.beck.de/> Erişim Tarihi 12.12.2021. Benzer karar için bkz. Alman Federal Yüksek Mahkemesi, (10.05.1977) 1 StR 167/77 <beck-online.beck.de/> Erişim Tarihi 12.12.2021.

73 Görüşler için ayrıntılı olarak bkz. Urs Kindhäuser, *Strafrecht Besonderer Teil*, Straftaten gegen Vermögensrechte (5. Baskı, Nomos Verlag 2008) 50-52; Krey, Hellmann ve Heinrich, (n 35) 28-29.

74 Johannes Wessels ve Thomas Hillenkamp, *Strafrecht Besonderer Teil 2*, Straftaten gegen Vermögenswerte (31. Baskı, C.F. Müller Verlag 2008) 63.

değerinden yararlanma<sup>75</sup> kastına sahip olmasıdır. Mahkeme, malın mekânsal olarak hak sahibinin tasarruf alanından nihai olarak çıkartılmasının sahiplenme için yeterli olmadığını; mal edindirme maksadının kabulü için, failin hak sahibinin hâkimiyetini sonlandırarak aldığı malı, mülkiyetine katmak, sahiplenmek veya sınırlı bir süre için de olsa onun kendi ekonomik değerinden yararlanmak amacıyla hareket etmesi gerektiğini belirtmiştir. Buna göre, *örneğin*, başkasına ait bir aracı sadece kullanmak amacıyla çalan failin, bu aracın içinde bulunan şeyleri sahiplenme amacıyla hareket ettiği söylenemez. Kullanım sonrası aracın hak sahibinin hâkimiyet alanı dışında bir yere bırakılması ve bu yerin kendisine bildirilmemiş olması hâlinde, her ne kadar araç içerisinde bulunan şeyler de hak sahibinin hâkimiyet alanından çıkartılmış olsa da, bu şeylere yönelik herhangi bir kullanma veya ekonomik değerini sahiplenme eylemi bulunmadığından failin sadece araç bakımından hırsızlık suçunu işlediği kabul edilmelidir. Mahkeme'ye göre, failin daha sonra araç içinde bulunan şeyleri de sahiplenmesi ancak Alman Ceza Kanunu'nun 246. maddesinde düzenlenen hukuka aykırı mal edinme suçunu (*die Unterschlagung*) oluşturacaktır<sup>76</sup>.

Failin hak sahibi pozisyonunu, yani mal üzerinde hâkimiyeti elde etmesi (*die Aneignung*) açısından belirli bir süre aranmamaktadır. Önemli olan failin malı sahiplenme veya ekonomik değerinden yararlanma maksadıyla geçici veya daimî olarak almış olmasıdır. Failin, malı aldıktan hemen sonra satması veya hediye etmesi mal üzerindeki hâkimiyeti elde etmiş olmasına ve sahiplenme maksadına hâlel getirmez<sup>77</sup>.

Federal Mahkeme yakın tarihli kararlarında da, failin yağma suçunu işlemek suretiyle elde etmek istediği amacın maddi nitelikte olması gerektiği yönündeki görüşünü devam ettirmiştir. Mahkeme'ye göre, mal edindirme maksadının varlığı için failin, malı kendisi veya üçüncü bir kişi için maddesel veya ekonomik olarak elde etmeyi ve böylece malı veya malın ekonomik değerini kendisinin veya bir üçüncü kişinin malvarlığına katmayı istemesi gerekmektedir. Dolayısıyla, failin, yalnızca bozmak,

75 Federal Mahkeme'ye göre, hırsızlık ve yağma suçlarında mal edindirme maksadının konusunu oluşturan ve faydalanılmak istenilen malın "ekonomik değeri", yalnızca bu malın türü ve işlevi ile doğrudan bağlantılı olan değerdir. Sahiplenme bulunmaksızın malın elden çıkarılmasıyla hedeflenen gelir ise bu kapsamda değildir. Bkz. Alman Yüksek Federal Mahkemesi, (10.10.2018) 4 StR 591/17 <beck-online.beck.de/> Erişim Tarihi 14.12.2021.

76 Alman Yüksek Federal Mahkemesi, (28.6.1961) 2 StR 184/61 <beck-online.beck.de/> Erişim Tarihi 16.12.2021. Ayrıca Alman Hukukunda kullanım hırsızlığı, Alman Ceza Kanunu m.248b'de sadece motorlu araçların izinsiz kullanımı ile sınırlı bir şekilde ve bağımsız bir suç olarak yaptırım altına alınmıştır. Düzenlemeyi hırsızlık suçundan ayırmak için belirlenen koşullardan biri olarak, kullanımdan sonra aracın hak sahibi tarafından tekrar elde edilmesinin tesadüfe bırakılmaması veya belirsiz koşullara bağlanmaması gösterilmektedir. Bkz. Kindhäuser, (n 73) 58.

77 Ibid 52.



yok etmek, zarar vermek, atmak, ortadan kaldırmak (göz önünden almak - saklamak) veya açığa çıkarmak (ifşa etmek) amacıyla hak sahibinin mal üzerindeki hâkimiyetini sonlandırması hâlinde mal edindirme maksadından söz edilemez. Mahkeme'ye göre bu gibi durumlarda, failin malı kısa süreliğine elde etmesi ve sahipliğini üstlenmesi de mal edindirme maksadının varlığının kabulü için yeterli değildir<sup>78</sup>.

Yine, hak sahibinin mal üzerindeki hâkimiyetinin, sadece kullanım veya başka bir isteğin yerine getirilmesi veya öfkelenendirme amaçlarıyla sonlandırılması hâllerinde mal edindirme maksadının mevcut olmadığı kabul edilmektedir<sup>79</sup>.

Bu bağlamda Federal Mahkeme, failin, yalnızca kayıtlı resimleri silmek amacıyla mağdurun cep telefonunu zorla alması hâlinde, kural olarak yağma suçunun varlığı için aranan mal edindirme maksadından söz edilemeyeceği, ancak failin telefonu resimleri silmesi için gerekli olan zamanın ötesinde kendisinde geçici süreyle de olsa tutmak istemesi hâlinde maksadın varlığının gündeme gelebileceği görüşünü benimsemektedir<sup>80</sup>. Mahkeme'ye göre, hak sahibinin mal üzerindeki hâkimiyetinin sonlandırılması anında (*die Enteignung*) fail açısından, mağdurun telefonunu geri elde edip edemeyeceğinin önemsiz olması da mal edindirme maksadının kabulü için yeterli değildir. Hak sahibinin hâkimiyetinin sonlandırılması anında (*die Enteignung*) önce malın elde tutulduğu ve sonrasında sahiplenilmesine karar verildiği durumlarda mal edindirme maksadıyla hareket edilmesi mümkün olsa da, somut olayda failin telefonu geçici süreyle de olsa resimleri silmesi için gerekli olan zamanın ötesinde kendisinde tutmak istediği tespit edilemediği takdirde yağma suçundan söz edilemeyecektir. Zira fail, ne malı veya onun ekonomik değerini sahiplenmiş ne de geçici olarak kullanarak onun ekonomik değerini azaltmıştır. Telefon belleğinde amaçlanan aramanın ve bu arama esnasında bulunan görüntü dosyalarının kopyalanasının malın belirlenen kullanım amacı kapsamında olması da sonucu değiştirmez, zira failin eylemi bunların tüketimine yol açmamıştır. Dolayısıyla failde, hak sahibi pozisyonunu, yani mal üzerinde hâkimiyeti en azından geçici süreyle elde etmek (*die Aneignung*) suretiyle kendisi veya bir üçüncü kişinin malvarlığında değişiklik yaratmaya yönelik kast yoktur<sup>81</sup>.

78 Alman Yüksek Federal Mahkemesi, (12.01.2021) 4 StR 501/20 <beck-online.beck.de/> Erişim Tarihi 16.12.2021.

79 Alman Yüksek Federal Mahkemesi, (26.09.1984) 3 StR 367/84; (28.04.2015) 3 StR 48/15 <beck-online.beck.de/> Erişim Tarihi 17.12.2021.

80 Alman Yüksek Federal Mahkemesi, (11.12.2018) 5 StR 577/18 <beck-online.beck.de/> Erişim Tarihi 17.12.2021.

81 Alman Yüksek Federal Mahkemesi, (14.02.2012) 3 StR 392/11; (28.04.2015) 3 StR 48/15 <beck-online.beck.de/> Erişim Tarihi 17.12.2021.

Federal Mahkeme, failin, sadece adli makamlara yakalanmak ve malın sahibine derhal iade edilmesini sağlamak amaçlarıyla hareket ettiği olayda da mal edindirme maksadının bulunmadığı sonucuna varmıştır. Çünkü fail, yakalanmasıyla birlikte telefonun tekrar hak sahibine ulaşacağı varsayımı ile hareket etmiştir. Failin olay yerinde yakalanmadığı takdirde telefonu kendisinde tutmayı veya bundan faydalanmayı sadece düşünmüş olması, hak sahibi pozisyonunu, yani mal üzerinde hâkimiyeti elde etmesi koşulunu sağlamaz. Mahkeme'ye göre, hak sahibinin mal üzerindeki hâkimiyetinin sonlandırılmasından (*die Enteignung*) farklı olarak, mal üzerinde hâkimiyetin elde edilmesi koşulunun (*die Aneignung*) oluşumu için olası kast yeterli değildir. Bunun için, failin kendisi ve bir üçüncü kişi bakımından sahiplik benzeri konumu, yani mal üzerinde hâkimiyeti tesis etmek için kayıtsız şartsız bir isteme iradesiyle hareket etmesi gerekir. Dolayısıyla somut olayda hak sahibinin hâkimiyetinin sonlandırılması anında failin mal edindirme maksadıyla hareket ettiğinin kabulü ancak yakalanmanın kendisi bakımından ikincil derecede bir uzak amaç olması hâlinde söz konusu olabilir<sup>82</sup>.

Avusturya Hukukunda hırsızlık ve yağma suçlarının oluşumu bakımından failin, başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya bir üçüncü kişiye mal edindirerek hukuka aykırı “zenginleşmek” kastıyla alması, kanuni bir koşul olarak aranmaktadır. Böylece, failin, mal edindirme (*die Zueignung*) ve zenginleşme (*die Bereicherung*) kastı dâhilinde, başkasına ait taşınır bir malı rıza olmaksızın aldıktan sonra, satması, rehin vermesi, başka bir malla takas etmesi, tüketmesi, daimî olarak elinde tutması, bir başkasına bırakması veya hak sahibine fidye ya da ödül karşılığında tekrar satması hâlinde suçun oluştuğu kabul edilecektir<sup>83</sup>.

Belirtmek gerekir ki, yağma suçu açısından Avusturya Ceza Kanunu m.142/1'de yer verilen “mal edindirme” (*die Zueignung*) ile “hukuka aykırı zenginleşme” (*Unrechtmäßige Bereicherung*) kavramları birbirleriyle bağlantılı olsalar da aynı anlama gelmemektedir. “Mal edindirme”, kendisine ait olmayan bir mal üzerinde sahiplik benzeri konumun haksız olarak elde edilmesi olarak tanımlanırken; “hukuka aykırı zenginleşme” malvarlığına ilişkin aktarımın hukuka aykırılığı şeklinde ifade edilmektedir<sup>84</sup>. Buna göre; failin mal edindirme amacıyla hareket etmediği durumlarda yağma suçu oluşmayacağı gibi, mal edindirme amacıyla hareket etmekle birlikte hukuka aykırı zenginleşme kastının bulunmadığı durumlarda da suç oluşmayacaktır.

82 Alman Yüksek Federal Mahkemesi, (26.4.2019) 1 STR 37/19 <beck-online.beck.de/> Erişim Tarihi 19.12.2021.

83 Bertel ve Schwaighofer, (n 42) 189.

84 Fuchs ve Reindl-Krauskopf, (n 40) 113.

Bu bakımdan *örneğin*,

- Failin, motorlu taşıtların yetkisiz kullanımını suçunda olduğu gibi (AvCK m.136), kendisine ait olmayan bir malı yalnızca kullanma amacıyla ve geçici olarak aldığı,
- Failin, kendisine ait olmayan bir malı zilyetlikten daimî olarak mahrum bırakma (AvCK m.135) maksadıyla ve mal edindirme kastı bulunmaksızın aldığı,
- Failin, kendisine ait olmayan bir malı atmak veya hak sahibinin tekrar elde edemeyeceği şekilde bırakmak için aldığı veya
- Failin, kendisine ait olmayan bir mala zarar vermek veya yok etmek amacıyla aldığı durumlarda, mal edindirme kastının (*der Zueignungsvorsatz*) bulunmadığı ve dolayısıyla yağma suçunun oluşmadığı kabul edilmektedir.

Yine, somut olayda mal edindirme kastı bulunmakla birlikte, *örneğin*,

- Failin bedelini ödeyerek satın aldığı malı aldığı (ihkak-ı hak),
- Failin, yerine getirdiği bir talebin denkleştirilmesi amacıyla malı aldığı veya
- Failin, denk bir karşılığını bırakarak malı aldığı durumlarda, “hukuka aykırı olarak” zenginleşme kastının (*Unrechtmäßige Bereicherungsvorsatz*) bulunmadığı ve dolayısıyla yağma suçunun oluşmadığı kabul edilmektedir<sup>85</sup>.

Avusturya Hukukunda, yağma suçunun tipikliğinde aranan manevi unsurun oluşumu için, failin başkasına ait taşınır malın temsil ettiği “maddi değeri” malvarlığına katmayı amaçlaması gerekmektedir. Hak sahibinin mal üzerindeki hâkimiyetinin bunun dışında bir faydayı elde etmek amacıyla sonlandırılması hâlinde, zenginleşme kastının varlığından söz edilemeyecektir<sup>86</sup>.

Suçun oluşumu için zenginleşme kastının aranması, suçla bizatihi mülkiyetin değil, yalnızca malın ekonomik varlığının korunduğunu ortaya koymaktadır. Nitekim bu durumun Alman Hukukundan farklı olarak, Avusturya Ceza Hukukunda, mal edindirme suçlarının karakteristik bir özelliğini oluşturduğu ifade edilmektedir<sup>87</sup>. Ayrıca, yağma suçunun konusunun, sadece hırsızlık suçunun konusunu oluşturabilecek şeylerden

85 Ibid 121-122; Bertel ve Schwaighofer, (n 42) 189-191.

86 Bertel ve Schwaighofer, (n 42) 190.

87 Fuchs ve Reindl-Krauskopf, (n 40) 113; Avusturya Federal Yüksek Mahkemesi, hırsızlık suçunun yapısı itibarıyla, mağdurun malvarlığına zarar verme üzerine kurulu bir suç olduğu görüşündedir. Bkz. Avusturya Federal Yüksek Mahkemesi, (16.04.1985) 10 Os 27/85 <ris.bka.gv.at.> Erişim Tarihi 23.12.2021.

ibaret olduğu kabul edilmektedir<sup>88</sup>. Dolayısıyla hem hırsızlık hem de yağma suçlarının oluşumu açısından failin zenginleşme kastı ile hareket etmesi arandığından “ekonomik değeri bulunmayan şeyler” suçun konusunu oluşturmaz<sup>89</sup>. Bu bakımdan *örneğin*, posta kartları, mektuplar, eski bir gazete veya sosyal sigorta kartı hırsızlık veya yağma suçlarının konusunu oluşturmaz<sup>90</sup>. Öğretiye göre, belgeler ve nakit dışı ödeme araçları sadece başlı başına “ekonomik değer taşıma” niteliği bulunduğu, yani bir başka koşul (*örneğin*, banka veya kredi kartı şifresi) aranmaksızın doğrudan parasal bir değeri elde etme hakkı sağladığı takdirde (*örneğin*, *Cash-Chip* kartlar) suçun konusunu oluşturabilir<sup>91</sup>.

Avusturya Yüksek Federal Mahkemesi ise istikrarlı kararlarında başkasına ait banka kartı ile ATM’den yetkisiz olarak para çekilmesini hırsızlık suçu kapsamında değerlendirmektedir<sup>92</sup>. Elbette bu tür olaylarda Mahkeme, suçun konusunu çalınan kartın değil, bu kart ile yetkisiz olarak çekilen paranın oluşturduğunu ve mağdurun da ATM’deki paranın tek başına zilyetlik sahibi olan banka veya kredi kuruluşu olduğunu kabul etmektedir<sup>93</sup>.

Öğretide hâkim görüş ve uygulamaya göre, az da olsa takas değeri olan her şeyin hırsızlık ve yağma suçunun konusu olabileceği kabul edilmelidir<sup>94</sup>. Bununla birlikte, başka bir şeyin aksesuarı olan veya bileşenini oluşturan veya hak sahibinin kişisel kullanımına özgülünen (*örneğin*, protezler) veya ticareti yasak olan şeyler de (*örneğin*, uyuşturucu ve uyarıcı maddeler) niteliği gereği ticari anlamda takas değeri bulunmasa da suçun konusunu oluşturabilir. Çünkü suçun konusu, ticari bir mal olmak zorunda olmadığı gibi bunun ticari takasa uygun olması da gerekmez<sup>95</sup>. Hukuka uygun işlemlerle

88 Bertel ve Schwaighofer, (n 42) 237; Fuchs ve Reindl-Krauskopf, (n 40) 128.

89 Avusturya Federal Yüksek Mahkemesi, (28.05.1980) 11 Os 58/80, (18.11.2010) 13 Os 12/10m <ris.bka.gv.at.> Erişim Tarihi 23.12.2021.

90 Avusturya Federal Yüksek Mahkemesi, (30.11.2000) 12 Os 134/00 <rd.b.manz.at.> Erişim Tarihi 23.12.2021.

91 Bertel ve Schwaighofer, (n 42) 237; Fuchs ve Reindl-Krauskopf, (n 40) 115. Bkz. “Belgeler” açısından, Avusturya Federal Yüksek Mahkemesi, (18.11.2010) 13 Os 12/10m <ris.bka.gv.at.> Erişim Tarihi 23.12.2021. Hırsızlık ve yağma suçlarının konusunu oluşturmayan “belgeler” bakımından, bir hakkın veya hukuki ilişkinin veya olayın ispatını sağlayan belgenin yok edilmesi, bu belgeye zarar verilmesi veya gizlenmesinin yaptırım altına alındığı AvCK m.229; “banka ve kredi kartları” bakımından ise nakit olmayan ödeme araçlarının temin edilmesine yönelik AvCK m.241 hükmü gündeme gelmektedir.

92 Avusturya Federal Yüksek Mahkemesi, (01.06.2006) 12 Os 45/06 <ris.bka.gv.at.> Erişim Tarihi 25.12.2021.

93 Avusturya Federal Yüksek Mahkemesi, (01.06.2006) 12 Os 45/06 <ris.bka.gv.at.> Erişim Tarihi 25.12.2021. Aksi görüşte olan, Fuchs ve Reindl-Krauskopf, söz konusu eylemin, hırsızlık suçunda aranan zilyetliğin ihlali (*Gewahrsamsbruch*) olarak değerlendirilemeyeceği görüşündedir. Bkz. Fuchs ve Reindl-Krauskopf, (n 40) 120.

94 Bertel ve Schwaighofer, (n 42) 184; Avusturya Federal Yüksek Mahkemesi, (30.11.2000) 12 Os 134/00 <rd.b.manz.at.> Erişim Tarihi 28.12.2021.

95 Avusturya Federal Yüksek Mahkemesi, (21.09.1999) 14 Os 106/99 <rd.b.manz.at.> Erişim Tarihi 28.12.2021.

paraya çevrilemeyen veya güçlkle paraya çevrilebilen şeyler de ceza hukuku anlamında suçun konusu olabilir<sup>96</sup>.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Avusturya Hukukunda hem hırsızlık hem de yağma suçlarının oluşumu açısından zenginleşme kastı arandığından, failin kıskançlık, haz alma, şaka, intikam alma, tatmin olma gibi manevi yarar sağlamak amacıyla hareket ettiği hâllerde hırsızlık veya yağma suçu oluşmayacaktır. Aynı nedenle failin, yalnızca arama kaydı, mesaj, resim veya video gibi verilere ulaşmak amacıyla mağdurun telefonunu cebir veya tehdit kullanarak geçici süreyle alması hâlinde kural olarak yağma suçunun varlığından söz etmek mümkün olmayacaktır.

#### D. Görüşümüz

Hukukumuzda “malvarlığı” kavramı; ekonomik değere ve parasal karşılığa sahip hukuki ilişkilerin bütünü şeklinde tanımlanmakta, kişinin mülkiyetinde ya da zilyetliğinde bulunan taşınır ve taşınmaz mal ile alacak, borç ve fikri mülkiyet hakları bu kapsamda değerlendirilmektedir<sup>97</sup>. Buna karşın ekonomik değeri bulunmayan şeyler “şahıs varlığı” olarak nitelendirilmektedir<sup>98</sup>. Hırsızlık ve yağma suçu da 5237 sayılı TCK’nın “Özel Hükümler” başlıklı ikinci kitabının “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı ikinci kısmının “Malvarlığına Karşı Suçlar” bölümünde yer almaktadır. Malvarlığı kavramının kabul edilen tanımı ve kapsamı ile hırsızlık ve yağma suçlarına ilişkin düzenlemelerin kanun sistematığı içerisindeki konumundan hareketle kanun koyucunun bu suçlarla kişilere ait “ekonomik değer taşıyan” malvarlığı değerlerini korumayı amaçladığı söylenebilir. Nitekim hırsızlık ve yağma suçlarının konusunu oluşturan taşınır malın değerinin az olması durumunda faile verilecek cezada indirim yapılabileceği öngörülmüştür (m.145,

96 Avusturya Federal Yüksek Mahkemesi, (16.04.1985) 10 Os 27/85 <ris.bka.gv.at.> Erişim Tarihi 28.12.2021.

97 Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: I* (n 10) 316; Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (n 12) 303; Toroslu, (n 12) 129.

98 O. Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Medeni Hukuk Cilt: I* (4. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 156; Erol Cansel ve Ali Naim İnan, ‘Aynı Hak Kavramı, Taksimi ve Eşya Hukukunun Konusu’ (1964) 21 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 347.

m.150/2). Dolayısıyla bu suçların konusu yalnızca maddi değere sahip (değeri para ile ölçülebilen) bir taşınır malın oluşturabileceği ileri sürülebilir<sup>99</sup>.

Anayasa Mahkemesi de mülkiyet hakkının, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkını kapsadığını belirtmektedir<sup>100</sup>. Bu açıklamadan, ekonomik değeri bulunmayan şeylerin herhangi bir malvarlığı değeri teşkil etmeyeceği ve böylelikle mülkiyet hakkının koruması kapsamında bulunmayacağı sonucu çıkarılabilir. Benzer şekilde Yargıtay'ın da hırsızlık suçunun oluşumu bakımından eylemin konusu taşınır malın ekonomik değere sahip olmasını aradığı birçok kararı mevcuttur<sup>101</sup>.

99 İfade etmek gerekir ki öğretilerde çoğunluk görüşü, maddi bir karşılığı bulunmayan resim veya mektup gibi manevi nitelikte değere sahip olan şeylerin de mal olarak kabul edileceği ve malvarlığına karşı suçların konusunu oluşturabileceği yönündedir. Bkz. Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (n 12) 303; Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, 'Hırsızlık' (2008) XII (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 778; Ertoşun ve Taşkın, (n 10) 791, 801; Taşkın, (n 10) 99-100; Koca ve Üzümler, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 10) 564; Tezcan, Erdem ve Önok, (n 12) 733, 736; Artuç, (n 12) 33; Öztürk ve Balcı, (n 12) 3, 4; Noyan, *Hırsızlık Suçları* (n 12) 23; Noyan, *Hırsızlık ve Yağma Suçları* (n 12) 39; Eker, (n 12) 2; Antolisei, (n 48) 69; Taneri ve Kamışlı, (n 10) 771; Hasan Erman, 'Türk Ceza Kanununda Mal Aleyhinde İşlenen Suçların Yetersizliği' (1975) 41 (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 135; Boyracı, (n 13) 5. Karşı görüş için bkz. Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: 1* (n 10) 332; Gökhan Aslan, *Dolandırıcılık Hırsızlık ve Mala Zarar Verme Suçları* (Seçkin Yayıncılık 2021) 238; Meral Ekici Şahin, *Dolandırıcılık Suçu* (Adalet Yayınevi 2019) 117. Eşya hukukunda ise bir malın varlığı için ekonomik bir değere sahip olma unsuru aranmaktadır. Bkz. M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (20. Baskı, Filiz Kitabevi 2017) 8; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili* (13. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2016) 40-41. Aksi görüş için bkz. O. Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Eşya Hukuku Cilt: IV/1* (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019) 75. Ayrıca dolandırıcılık suçu açısından, Ekici Şahin'e göre de değeri parayla ölçülemeyen, manevi değere sahip resim gibi şeyler malvarlığı kavramı dışında kalıp bunların kişilik haklarının korunması bağlamında değerlendirilmesi gerekmekte olup manevi zararın tek başına malvarlığı zararı olarak kabul edilmesi olanaklı değildir. Bkz. Ekici Şahin, (n 99) 117.

100 "Mülkiyet hakkı, özel hukukta veya idari yargıda kabul edilen mülkiyet hakkı kavramlarından farklı bir anlam ve kapsama sahip olup bu alanlarda kabul edilen mülkiyet hakkı, yasal düzenlemeler ile yargı içtihatlarından bağımsız olarak özerk bir yorum ile ele alınmalıdır... Anayasa'nın 35. maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkını kapsamaktadır... Bu bağlamda mülk olarak değerlendirilmesi gerektiğinde kuşku bulunmayan menkul ve gayrimenkul mallar ile bunların üzerinde tesis edilen sınırlı ayni haklar ve fikri hakların yanı sıra icrası kabil her türlü alacak da mülkiyet hakkının kapsamına dâhildir." *Sema Tomruk*, B. No: 2019/3157, 24.11.2021, § 28 <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>> Erişim Tarihi 05.01.2022. Benzer karar için bkz. *Mahmut Duran ve diğerleri*, B. No: 2014/11441, 01.02.2017, § 60 <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>> Erişim Tarihi 05.01.2022.

101 "Sanığın köy tüzel kişiliğine ait olup kullanılmayan ve yıllar önce yıkılmış bulunan köy çeşmesinin taşlarını alıp evinin bahçe duvarında kullanılmaktan ibaret eyleminin, kullanılan taşların ekonomik değere sahip olması halinde hırsızlık suçunu oluşturacağı gözetilmeden ... karar verilmesi kanuna aykırı olup, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmesi olduğundan, hükmün bu sebepten dolayı bozulması..." Yargıtay 9. Ceza Dairesi, (02.04.2012) E 2010/18367, K 2012/4289 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 08.01.2022. Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin kararına konu bir olayda da sanık, hurdacı olarak çalışan mağdura ait hurda dükkânı önünde bulunan eşyaları (gizlice) almıştır. Bu olayda ilk derece mahkemesi sanık hakkında hırsızlık suçundan beraat kararı vermiştir. Yargıtay 2. Ceza Dairesi ise "Yakınan hurdacı olması nedeniyle kendisine ait hurdaların ekonomik değerinin bulunması karşısında; sanığın yakınının N...A...'e yönelik hırsızlık suçunun sabit olduğu gözetilmeksizin, mahkûmiyeti yerine yasal ve yeterli olmayan gerekçe ile beraat kararı verilmesi(ni)..." hukuka aykırı bularak ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Bkz. Yargıtay 2. Ceza Dairesi, (29.09.2014) E 2013/31977, K 2014/22239 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 08.01.2022. Yargıtay 6. Ceza Dairesi de yakın tarihli bir kararında "Hırsızlığa teşebbüs suçuna konu eşyanın ne olduğu ve ekonomik değerinin bulunup bulunmadığını araştırılması, sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının takdir ve tayini gerekirken, eksik araştırmayla yazılı biçimde hükümler kurulması(ni)" bozma nedeni olarak kabul etmiştir. Bkz. Yargıtay 6. Ceza Dairesi, (05.07.2021) E 2020/10876, K 2021/13017 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 08.01.2022.

Bununla birlikte, tıpkı Alman Hukukunda olduğu gibi hırsızlık suçuna ilişkin yönüyle yağma suçunda, bir başkasının mülkiyet veya zilyetlik hakkına ilişkin salt şekli hukuki pozisyonunun korunduğu ve dolayısıyla suçun konusunun ekonomik değerinin azlığı veya değersizliğinin önem arz etmediği; hakeza mülkiyet ve zilyetlik haklarına ilişkin geniş bir yorumla, ekonomik değeri bulunmayan malın da bu haklar kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülebilir. Buna göre, başkasına ait olup ekonomik değeri bulunmayan taşınır mal da hırsızlık ve yağma suçlarının konusunu oluşturabilecektir.

Kanaatimizce, yağma suçunun Kanunun “*Malvarlığına Karşı Suçlar*” bölümünde düzenlenmesi, hırsızlık suçunu oluşturan yönüyle korunan hukuki değeri mülkiyet ve/veya zilyetlik haklarının oluşturması, öğretisi ve Anayasa Mahkemesince “*malvarlığı*” kavramına ilişkin benimsenen tanım ve ölçütlerde maddi değer esas alınması, ayrıca hırsızlık suçunda malın değerinin azlığı durumunda takdiri olarak cezasızlığın söz konusu olabilmesi nazara alındığında, yağma suçunun –hırsızlık suçu yönünden– konusunun, maddi (ekonomik) değere sahip taşınır bir mal veya bu malın bizzat kendisinden elde edilen maddi değerden ibaret olduğunun kabulü gerekir.

Öte yandan, yağma suçunun konusu ile bu suçun manevi unsurunu oluşturan maksada konu yarar birbirinden ayırt edilmelidir. Çünkü suçun konusunun maddi değere sahip olup olmaması ile suçun manevi unsuru olan maksada konu yararın maddi nitelikte olup olmaması suçun oluşumu bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken hususlardır.

Bu bakımdan, hırsızlık ve yağma suçlarının konusunu oluşturan taşınır malın maddi değere sahip olması gerektiğini, ancak failin maddi nitelikte bir yarar sağlama maksadına sahip olmasının zorunlu olmadığını düşünmekteyiz. Nitekim kanun koyucu hırsızlık suçuna ilişkin madde gerekçesinde failin elde etmeyi amaçladığı yararın “*maddi veya manevi*” nitelikte olabileceğini açıklamıştır. O halde fail, başkasının zilyetliğindeki ekonomik değere sahip taşınır bir malı, maddi yarar sağlama maksadıyla alabileceği gibi; tatmin olma, haz duyma veya mağdurun kullanmasını engelleme gibi manevi nitelikteki bir yararı elde etmek maksadıyla da alabilir. Dolayısıyla yağma suçunda maksat unsuruna konu yararın yalnızca maddi bir yarar olarak anlaşılması gerekmektedir. Önemli olan, hırsızlık veya yağma suçu dolayısıyla failin, hak sahibinin malvarlığında bir eksilmeye veya (zilyetlik yönünden) maddi bir zarara yol açması, ayrıca kendisi veya başkasına bir maddi veya manevi yarar elde etmeyi amaçlamasıdır.



Yağma suçunun manevi unsuruna ilişkin görüşlerimizin sonuçlarını, tartışmalı bazı olay türleri çerçevesinde aşağıdaki şekilde ortaya koymak mümkündür:

**I. Maddi değere sahip olmayan taşınır bir malın cebir veya tehdit kullanmak suretiyle zilyetliğinden alınması halinde yağma suçu oluşmaz.** Örneğin, kız arkadaşı (A)'dan ayrılan (B), yazdığı aşk mektuplarını geri ister ve bu talebinin reddedilmesi üzerine cebinden çıkardığı tabancayı (A)'ya doğrultarak, “*Mektupları vermezsen kafana sıkırım!*” der. Korkan (A) mektupları (B)'ye teslim eder.

Kanaatimizce, bu olayda (B), mektupların maddi bir değeri bulunmadığı için yağma suçundan değil, TCK m.106/2-a gereğince tehdit suçunun nitelikli hâminden (silahlı tehdit) sorumlu tutulacaktır<sup>102</sup>.

Alman modeli benimsendiği takdirde, hırsızlık suçuna karşılık gelen yönüyle yağma suçunda bir başkasının mülkiyet veya zilyetlik hakkına ilişkin şekli hukuki pozisyonu korunduğundan, suçun konusunun ekonomik değerinin azlığı veya değersizliği önem arz etmeyecek ve yukarıdaki örnekte yağma suçu oluşacaktır.

Avusturya modeli benimsendiği takdirde, yağma suçunun oluşumu için zenginleşme kastı arandığından, ekonomik değeri bulunmayan mal yağma suçunun konusunu oluşturmayacak ve yukarıdaki örnekte yağma suçu oluşmayacaktır.

**II. Yarar sağlama maksadıyla hareket eden failin bu maksada ulaşamaması, suçun oluşumunu engellemez.** Örneğin, esrar satın almak için paraya ihtiyacı olan uyuşturucu bağımlısı (A), yolda yürürken telefonla konuştuğunu gördüğü (B)'nin yanına gider ve cebinden çıkardığı bıçağı ona doğrultarak “*O telefonu hemen bana ver yoksa seni keserim!*” der. Bunun üzerine (B), telefonu (A)'ya verir. Olay yerinden ayrılan (A), (B)'den aldığı telefonu satmak için yolda giderken bir anda dengesini kaybeder ve telefon yere düşerek parçalanır.

Kanaatimizce, bu olayda (A)'nın cebir ve tehdit kullanmak suretiyle mağdurun telefon üzerindeki fiili hâkimiyetini (zilyetliğini) yarar sağlamak maksadıyla sonlandırmasıyla birlikte yağma suçu tamamlanmıştır. Yağma suçunun oluşumu için failin yarar sağlama maksadıyla hareket etmesi yeterlidir. Ayrıca, bu maksada ulaşmış olması gerekmez.

Alman ve Avusturya modeli benimsendiği takdirde, “mal edindirme maksadı” ve “zenginleşme kastı” yağma suçunun manevi unsurunu oluşturduğundan, failin bu maksat veya maksatlarla hareket etmesi yukarıdaki örnekte yağma suçunu oluşturacaktır.

102 (B), mektupları vermesi için (A)'ya karşı cebir uygularsa, söz gelimi (A)'ya tokat atarsa, bu durumda TCK m.108 gereğince cebir suçundan dolayı cezalandırılır.



**III. Yağma suçunun oluşabilmesi için failin kastı, hak sahibinin suça konu mal üzerindeki hâkimiyetinin “nihai olarak” sonlandırılmasını da kapsamalıdır. Örneğin,** tarlasını sürerken traktörü arızalanan ve şehre uzak bir köyde bulunduğu için tamirci bulma imkânı da olmayan (A), komşu köydeki (B)’ye giderek traktörünü bir günlüğüne ödünç ister. (B) ise bu ricayı reddeder. Duruma sinirlenen (A), (B)’yi döverek traktörünü zorla alır ve tarlasının kalan kısmını sürdükten sonra ertesi gün iade eder.

Bu olayda (A), geçici süreyle yararlanma maksadıyla (B)’nin traktörü üzerindeki zilyetliğini cebir kullanarak sonlandırmış ve traktör üzerinde kendi hâkimiyetini kurarak geçici süre tarlasında kullanmak suretiyle yarar sağlamıştır.

Yağma suçunun hırsızlık ve cebir veya tehdit suçlarından oluşan bir bileşik suç olarak tanımlanması ve TCK m.146 uyarınca yetkisiz kullanımın da hırsızlık suçu kapsamında değerlendirilmesi karşısında, hak sahibinin taşınır mal üzerindeki zilyetliğinin, yararlanma maksadıyla geçici süreyle ve zorla sona erdirilmesi durumunda da yağma suçunun oluştuğunun kabul edilmesi gerekecektir.

Bununla birlikte, kanaatimizce, yağma suçunun oluşabilmesi için failin kastı, hak sahibinin suça konu mal üzerindeki hâkimiyetini daimî olarak sonlandırmayı da kapsamalıdır. Bu açıdan, kullanma hırsızlığına ilişkin TCK m.146’da yer verilen düzenlemenin isabetli olmadığı söylenebilir. Zira söz konusu düzenlemede, failde mağdurun suça konu mal üzerindeki hâkimiyetini daimî olarak sonlandırma (*die Enteignung*) kastının varlığı aranmaksızın taşınır bir malın zilyedinin rızası olmaksızın geçici süreyle kullanılmak amacıyla alınması, doğrudan hırsızlık suçu kapsamında değerlendirilmiştir. Hâlbuki geçici suretle kullanmada, suçun haksızlık muhteviyatındaki bir azalmanın değil, suçun yapısal unsurundaki bir eksikliğin söz konusu olduğunu düşünmekteyiz. Zira fail, aldığı malı yalnızca ölçülü ve kısa bir süre için elinde tutmak ve akabinde hak sahibine tekrar iadesini sağlama kastıyla hareket etmektedir.

Nitekim Alman modeli benimsendiği takdirde, kullanma amacıyla malın alınması hâlinde failde, her ne kadar hırsızlık ve yağma suçunun oluşumu bakımından aranan, mal üzerindeki hâkimiyeti en azından geçici süreyle elde etme (*die Aneignung*) unsuru mevcut olsa da, hak sahibinin mal üzerindeki hâkimiyetinin sürekli olarak sonlandırılması (*die Enteignung*) unsuru eksik olduğundan, yani failde planlanan kullanımdan sonra malın tekrar iadesi amacı bulunduğundan yağma suçu oluşmayacaktır. Bunun için, hak sahibinin geçici süre sonunda mal üzerindeki hâkimiyetini tekrar tesis etmesinin artık anlamsız hale gelmemesi ve malın kullanım yoğunluğunun alışlagelmiş bir ödünç vermeyi aşmaması aranmaktadır<sup>103</sup>.

103 Kindhäuser, (n 73) 57-58.

Aynı şekilde Avusturya modeli benimsendiği takdirde, failin, kendisine ait olmayan taşınır bir malı geçici süreyle yararlanma ve tekrar iade etme amacıyla aldığı hâllerde yağma suçu oluşmayacaktır<sup>104</sup>. Bu gibi durumlarda somut olayın özelliklerine göre, motorlu taşıtların yetkisiz kullanımı suçu (AvCK m.136) veya kendisine ait olmayan bir malı zilyetlikten daimî olarak mahrum bırakma (AvCK m.135) suçları gündeme gelebilecektir.

**IV. Failin salt mala zarar verme amacıyla hareket ettiği hâllerde yağma suçu oluşmaz.** Örneğin, kızı (A)'yı, oğlu (B)'den daha çok seven baba (C), ona pahalı bir dizüstü bilgisayar alır. Duruma sinirlenen (B), (A)'ya “*O bilgisayarını hemen bana ver, yok edeceğim onu!*” der. (A)'nın karşı çıkması üzerine ona bir yumruk atan (B), bilgisayarı alır ve kırarak çöpe atar.

Bu olayda (B), yağma suçunun oluşumu için aranan yarar sağlama değil, salt mala zarar verme amacıyla hareket ettiği için, yağma suçundan dolayı cezalandırılmaz. (B), cebir (m.108) ve mala zarar verme (m.151) suçlarından dolayı ayrı ayrı sorumlu olur.

Yağma suçlarının oluşumu için, failin, hak sahibinin mal üzerindeki hâkimiyetini daimî olarak sona erdirmesi ve o maldan bir yarar sağlama maksadıyla hareket etmesi gerekir. Mala zarar vermede ise failin kastı yarar sağlamaya değil, mala zarar vermeye yöneliktir.

Alman modeli benimsendiği takdirde de aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Alman Hukukunda mal edindirme maksadının varlığı için failin, malı kendisi veya üçüncü bir kişi için maddesel veya ekonomik olarak elde etmeyi ve böylece malı veya ekonomik değerini kendisinin veya bir üçüncü kişinin malvarlığına katmayı istemesi gerekmektedir. Failin, yalnızca bozmak, yok etmek veya zarar vermek amacıyla hak sahibinin mal üzerindeki hâkimiyetini sonlandırması halinde mal edindirme maksadından söz edilemez. Bu gibi durumlarda, failin malı kısa süreliğine elde etmesi ve sahipliğini üstlenmesi de mal edindirme maksadının varlığının kabulü için yeterli değildir<sup>105</sup>.

Avusturya modeli benimsendiği takdirde, yağma suçunun oluşumu için zenginleşme kastı arandığından failin, bu kast bulunmaksızın salt zarar verme amacıyla başkasına ait taşınır bir malı zorla alması hâlinde yağma suçu oluşmayacaktır.

**V. Failin kıskançlık, tatmin olma, zevk, haz, intikam, mağduru maldan mahrum bırakma**

104 Mal edindirme kastından (*der Zueignungsvorsatz*) farklı olarak, “yetkisiz kullanımda” fail, kullanım vasıtasıyla zenginleşmeyi amaçlasa da, malı sadece ölçülü ve kısa bir süre için elinde tutmak ve akabinde hak sahibinin mala tekrar iadesini sağlamak istemektedir. Aksinin kabulü ise “kullanım yoluyla tüketilebilen” mal bakımından söz konusu olabilecektir. Fuchs ve Reindl-Krauskopf, (n 40) 117.

105 Alman Yüksek Federal Mahkemesi, (12.01.2021) 4 StR 501/20 <beck-online.beck.de/> Erişim Tarihi 12.01.2022.

*gibi manevi yarar sağlama amacıyla hareket ettiği hâllerde yağma suçu oluşur. Yağma suçu, bünyesinde hırsızlık suçunu barındıran bir bileşik suç olduğundan ve hırsızlık suçuna ilişkin madde gerekçesinde failin elde etmeyi amaçladığı yararın maddi veya manevi nitelikte olabileceği açıklandığından, failin salt manevi yarar sağlama amacıyla hareket etmesi kural olarak suçun oluşumunu engellemeyecektir.*

Alman modeli benimsendiği takdirde ise mal edindirme maksadının varlığı için failin, malı kendisi veya üçüncü bir kişi için maddesel veya ekonomik olarak elde etmeyi ve böylece malı veya malın ekonomik değerini kendisinin veya bir üçüncü kişinin malvarlığına katmayı istemesi gerektiğinden hak sahibinin mal üzerindeki hâkimiyetinin, *örneğin*, öfkelenendirme veya intikam gibi manevi fayda sağlama amacıyla sonlandırılması hâllerinde mal edindirme maksadının mevcut olmadığı kabul edilmektedir<sup>106</sup>. Dolayısıyla yukarıdaki örnekte yağma suçu oluşmayacaktır.

Avusturya modeli benimsendiği takdirde, yağma suçunun oluşumu için zenginleşme kastı arandığından failin, bu kast bulunmaksızın salt manevi yarar sağlamak amacıyla başkasına ait taşınır bir malı zorla alması hâlinde yağma suçu oluşmayacaktır.

**VI.** *Failin, arama kaydı, mesaj, fotoğraf, video vb. gibi verilere bakmak, bunları elde etmek veya yok etmek veya iletişim kurulmasını engellemek gibi geçici süreli amaçlarla mağdurdan cep telefonunu veya diğer bir bilişim cihazını cebir veya tehdit kullanarak aldığı olaylarda yağma suçunun oluşup oluşmayacağı somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir.*

Kanaatimizce bu tür olaylarda değerlendirmede bulunabilmek için öncelikle suçun konusunun ne olduğunun ortaya konulması önem arz etmektedir.

İlk olarak, suçun konusunun ulaşılmak istenen veri olduğu düşünülebilir. Bu durumda da akla verinin taşınır bir mal olup olmadığı sorusu gelmektedir, zira yalnızca taşınır bir mal yağma suçunun konusunu oluşturabilir. Öğretide genel olarak taşınır bir mal olmadığı için verinin hırsızlık ve dolayısıyla yağma suçunun konusunu oluşturamayacağı

106 Alman Yüksek Federal Mahkemesi, (26.09.1984) 3 StR 367/84; (28.04.2015) 3 StR 48/15 <beck-online.beck.de/> Erişim Tarihi 12.01.2022.

kabul edilmektedir<sup>107</sup>. Benzer şekilde Yargıtay da verinin taşınır bir mal olmadığı görüşündedir<sup>108</sup>. Ayrıca fotoğraf, mesaj, arama kayıtları gibi verilerin ekonomik bir değer taşımadığı da ifade edilmelidir. Dolayısıyla bu tür olaylarda suçun konusunu bilişim cihazındaki verinin oluşturduğunun kabul edilmesi hâlinde, söz konusu veriler taşınır bir mal olmadığı ve verilen örnek açısından maddi değere de sahip bulunmadıkları için yağma suçunun oluşmayacağı kanaatindeyiz.

İkinci olarak, suçun konusunun maddi değeri bulunan bilgisayar, telefon gibi bir bilişim cihazı olduğu düşünülebilir. Bu noktada da benimsediğimiz görüşe göre, failde mağdurun bilişim cihazı üzerindeki zilyetliğini daimî olarak sona erdirme ve geçici süreyle de olsa yararlanma kastının bulunup bulunmadığından hareketle ikili bir ayırım yapılması mümkündür.

Buna göre, failin, hak sahibinin cihaz üzerindeki hâkimiyetini (zilyetliğini) daimî olarak sona erdirme ve geçici de olsa yararlanma amacıyla hareket ettiği hâllerde yağma suçunun oluştuğu söylenebilir. Buna karşın, failin, hak sahibinin bilişim cihazı üzerindeki hâkimiyetini (zilyetliğini) daimî olarak sona erdirme kastı bulunmaksızın bu cihazdan geçici olarak yararlanma amacı söz konusuysa, yani başlangıçtan itibaren verilere baktıktan, verileri elde ettikten veya sildikten sonra bilişim cihazını mağdura

107 İsa Başbüyük, 'Hırsızlık ve Dolandırıcılık Suçlarının Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle İşlenmesi' (2010) 5 (14) Ceza Hukuku Dergisi 159; Veli Özer Özbek, 'Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu', içinde Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan (2007) 9 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1058; Fatih Selami Mahmutoğlu, 'Türk Ceza Kanununda Yer Alan Bilişim Alanındaki Suçlar ve Karşılaşılan Sorunların Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi' (2013) LXXI (1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 881-882; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 10) 621-622; Tezcan, Erdem ve Önok, (n 12) 769-770. Aksi görüş için bkz. Murat Volkan Dülger, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku* (8. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 495-496.

108 İfade etmek gerekir ki Yargıtay failin bilgisayar veya cep telefonu gibi bilişim araçlarıyla mağdurun banka hesabında bulunan parayı onun rızası hilafına alması hâlinde TCK m.142/2-e' de düzenlenen hırsızlık suçunun nitelikli hâlinin oluştuğunu kabul etmektedir. Yargıtay bu olaylarda suçunun konusunun "veri değil, verinin temsil ettiği para" olduğunu belirtmektedir. "Sanık V... 'nın; firari S... ile birlikte hareket ederek, daha önceden haksız bir şekilde ele geçirdikleri katılan firmanın internet bankacılık şifresini kullanmak suretiyle, katılanın Ş bank A...K...Şubesindeki hesabından 10.750 YTL'yi Ş...bank-İ...Z...Şubesinde sanık V...adına açtırdıkları hesaba havale edip, aynı gün banka şubesinde çekmek şeklinde gerçekleştirdiği eylemdeki kastı, katılan firmanın banka hesabında bulunan, taşınır nitelikteki parayı bilişim sistemini kullanmak suretiyle kendi banka hesaplarına geçirmeye, katılanın rızasına aykırı olarak malvarlığında azalmaya neden olmaya; başka bir anlatımla var olan veriyi başka bir yere göndermekten ziyade, bu verinin temsil ettiği parayı alarak mal edinmeye yöneliktir. Kaldı ki sanığın katılanın internet bankacılık hesabında bulunan parasına ulaşmak için bilişim sistemlerini araç olarak kullanmaktan başka alternatifi de yoktur. Dolayısıyla olayımızda, 5237 sayılı TCY'nin 142/2-e maddesinde düzenlenmiş bulunan 'bilişim sistemi kullanılmak suretiyle hırsızlık' suçunun gerçekleştiği kabul edilmelidir." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, (17.11.2009) E 2009/11-193, K 2009/268 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 20.01.2022. Benzer yönde kararlar için bkz. Yargıtay 8. Ceza Dairesi, (21.06.2016) E 2016/3218, K 2016/8261; Yargıtay 13. Ceza Dairesi, (13.03.2014) E 2013/8784, K 2014/9032 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 20.01.2022.

tekrar iade etmek kastıyla hareket ediyorsa yağma suçunun oluşmayacağı kabul edilmelidir.

Failin, hak sahibinin bilişim cihazı üzerindeki zilyetliğini kalıcı olarak sona erdirmeye kastı ile hareket edip etmediğinin tespitinde, Alman Hukukunda olduğu gibi cihazın, amaçladığı eylemleri gerçekleştirebilmesi bakımından gerekli olan süreyi aşacak kadar failin hâkimiyetinde kalıp kalmadığı bir ölçüt olarak uygulanabilir. Bu bakımdan özellikle, cihazın, hak sahibinin hâkimiyet alanında bulundurulmaya devam edildiği veya zilyedinin tekrar rahatlıkla ulaşabileceği alanlarda bulunduğu ve failin, verilere bakmak, verileri ele geçirmek veya silmek için gerekli olan makul süre içerisinde cihazı tekrar teslim ettiği veya teslim etmek amacıyla hareket ettiği olaylarda, somut olayın özellikleri de dikkate alınarak failde zilyetliği daimî olarak sona erdirmeye kastının bulunmadığı ve yağma suçunun manevi tipikliğinin oluşmadığı kabul edilebilir.

Hakeza, hırsızlık veya yağma suçu dolayısıyla failin, hak sahibinin malvarlığında bir eksilmeye veya (zilyetlik yönünden) maddi bir zarara yol açması, ayrıca kendisi veya başkasına maddi veya manevi yarar elde etmeyi amaçlaması gerekmektedir. Bahsi geçen olaylarda ise fail bakımından manevi yararı elde etme amacının varlığı söz konusu olsa da mağdur açısından herhangi bir ekonomik zararın oluştuğu söylenemez.

Esasen bu olaylarda failin eylemi mağdurun haberleşme ve özel hayatının gizliliğini ihlâl ve/veya kişisel verilerini hukuka aykırı olarak ele geçirmeye yönelmektedir. Söz konusu hukuki değerleri koruyan suç tipleri ise 5237 sayılı TCK'nın "*Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*" bölümünde düzenlenmiştir (m.132-137). Dolayısıyla bu tür olaylarda özel hayatın gizliliğini ihlâl (m.134) veya verileri hukuka aykırı olarak ele geçirme veya verme (m.136) suçlarının oluşacağı düşünülebilir<sup>109</sup>. Nitekim Yargıtay bir kararında, görüştüğü kişileri öğrenmek için kız arkadaşının cep telefonunu (cebir veya tehdit kullanmaksızın) alarak arama kayıtlarına bakan failin, TCK m.134/1-1.cümlesi gereğince özel hayatın gizliliğini ihlâl suçundan dolayı sorumlu

---

109 Aynı yönde görüş için bkz. Birtek, (n 12) 704.

olmasına<sup>110</sup>; benzer bir olayda mağdurun telefonunu gizlice arama kayıtlarına bakan failin ise TCK m.136 uyarınca verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan cezalandırılmasına karar vermiştir<sup>111</sup>. O hâlde mağdurun telefonunu gizlice değil, cebir veya tehditle arama kayıtlarına bakan failin de cebir (m.108) veya tehdit (m.106) suçları ile özel hayatın gizliliğini ihlal (m.134) veya verileri hukuka aykırı olarak ele geçirme veya verme (m.136) suçlarından dolayı cezalandırılması gerektiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Yargıtay'ın benzer olaylarda yağma suçuna ilişkin benimsemiş olduğu uygulamadan yola çıkıldığı takdirde ise *örneğin*, failin, gizlice çekilen fotoğrafının silinmesi isteğinin reddedilmesi üzerine mağdurun cep telefonunu cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kısa süreliğine alması ve fotoğrafını silerek telefonu iade etmesi ile sokakta gördüğü mağdurun cebinden cebir veya tehditle parasını alması eylemleri arasında hukuki nitelendirme bakımından bir fark olmayacaktır. Oysa işlenen failin ve kusurun ağırlığıyla orantılı cezalandırma prensibine aykırı olan bu uygulama, hukuken izahı mümkün olmayan sonuçlara yol açmaktadır.

Öte yandan, Yargıtay'ın hırsızlık suçundan farklı olarak yağma suçunda failin, hak sahibinin mal üzerinde hâkimiyetini sona erdirdiği anı suçun tamamlanma anı olarak

110 “Sanığın, kız arkadaşı olan katılanın kimlerle görüştüğünü öğrenmek için rıza olmaksızın cep telefonunu alarak içeriğine baktığı olayda; TCK'nın 132/1. maddesindeki suçun konusunun, haberleşme içeriği olup söz konusu suçun, belirli kişiler arasındaki haberleşme içeriğinin hukuka aykırı biçimde öğrenilmesiyle oluşacağı haberleşmenin gizliliğinden söz edebilmek için, kişiler arasında haberleşme olarak isimlendirilebilecek bir iletişimin olması, en az iki kişi arasında bir haberleşme vasıtası olması (telefon, mektup, e-posta vb.) ve tarafların bu haberleşmeyi gizlilik önlemlerini alarak yapması gerektiği, katılanın, kim ile, ne zaman, hangi sıklıkla, hangi süreyle görüştüğüne ilişkin bilgiler kişisel veri kapsamında olup haberleşme olarak nitelendirilemeyeceği; TCK'nın 136. maddesindeki verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu yönünden değerlendirme yapıldığında, bu suçun oluşabilmesi için de kişisel verilerin kaydedilmiş halde bulunması, kaydedilmiş haliyle başkalarına verilmesi, yayılması ya da ele geçirilmesi gerektiğinden, kişisel verileri kaydetmeden duyu organları aracılığıyla öğrenen sanığın eyleminin, TCK'nın 134/1-1.cümlesine uyan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğu ve sanığın bu suçtan sorumlu tutularak cezalandırılması gerektiği gözetilmeden...” Yargıtay 12. Ceza Dairesi, (20.10.2014) E 2014/4022, K 2014/20289 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 25.01.2022.

111 “Katılan ile bir dönem duygusal birliktelik yaşayan sanığın, katılanın hazırlandığı sırada katılanın rızası dışında cep telefonunu alarak arama kayıtlarına baktığı iddiasına konu olayda; TCK'nın 132/1.madde ve fıkrasındaki suçun konusunun, haberleşme içeriği olup söz konusu suçun, belirli kişiler arasındaki haberleşme içeriğinin hukuka aykırı biçimde öğrenilmesiyle oluşacağı, haberleşmenin gizliliğinden söz edebilmek için, kişiler arasında haberleşme olarak isimlendirilebilecek bir iletişimin olması, en az iki kişi arasında bir haberleşme vasıtası olması (telefon, mektup, e-posta vb.) ve tarafların bu haberleşmeyi gizlilik önlemlerini alarak yapması gerektiği, katılanın, kim ile, ne zaman, hangi sıklıkla, hangi süreyle görüştüğüne ilişkin bilgiler kişisel veri kapsamında olup haberleşme olarak nitelendirilemeyeceği anlaşıldığından, katılana ait kişisel veri kapsamındaki arama kayıtlarına katılanın rızası dışında bakarak içeriğine vakıf olan sanık hakkında TCK'nın 136/1.madde ve fıkrasındaki verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan mahkumiyet kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden...” Yargıtay 12. Ceza Dairesi, (10.04.2019) E 2018/8152, K 2019/4886 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 25.01.2022.

kabul etmesinin ve böylelikle mal üzerinde geçici süreyle de olsa hâkimiyetini oluşturmamasını aramamasının<sup>112</sup> benimsediğimiz görüş açısından bir sakınca oluşturmadığını düşünmekteyiz. Zira Yargıtay'ın yağma suçunun oluşumu bakımından getirmiş olduğu bu ölçüt, suçun manevi tipikliğine ilişkin değildir. Nitekim hak sahibinin mal üzerindeki hâkimiyetini fiziki olarak sona erdiren failin, bu hâkimiyeti daimî olarak ortadan kaldırma kastıyla hareket etmemesi de mümkündür.

Alman modeli benimsendiği takdirde, hak sahibinin mal üzerindeki hâkimiyetinin, *örneğin*, yalnızca cep telefonundaki fotoğraf, mesaj, arama kayıtları gibi verilere ulaşma, verileri silme veya bu verileri elde etme gibi manevi fayda sağlama amacıyla geçici süreyle sonlandırılması hâllerinde yağma suçunun oluşmayacağı kabul edilmektedir<sup>113</sup>. Nitekim Federal Mahkeme'ye göre bu tür olaylarda fail, en azından geçici süreyle mal üzerinde hâkimiyeti elde ederek (*die Aneignung*) kendisi veya bir üçüncü kişinin malvarlığında değişiklik yaratmaya yönelik kastla hareket etmemekte, malı veya ekonomik değerini sahiplenmediği gibi, geçici olarak kullanarak malın ekonomik değerini de azaltmamaktadır. Telefon belleğinde amaçlanan aramanın ve bu arama esnasında bulunan görüntü dosyalarının *örneğin*, kopyalamasının malın belirlenen kullanım amacı kapsamında olması ise sonucu değiştirmemektedir, zira failin eylemi bunların tüketimine yol açmamıştır.

Avusturya modeli benimsendiği takdirde, yağma suçunun oluşumu için zenginleşme kastı arandığından, failin, fotoğraf, mesaj, arama kaydı gibi maddi değeri bulunmayan verileri elde etmek veya silmek şeklinde salt manevi yarar sağlamak için başkasına ait bilişim cihazını geçici süreyle ve zorla alması hâlinde yağma suçunun oluşmayacağı kabul edilmelidir.

## 2. Sonuç

Kanuni tanımında maksat unsuruna yer verilen suçlarda, failde bu maksadın bulunmaması hâlinde manevi unsur yokluğu nedeniyle suç oluşmaz. 5237 sayılı TCK'nın yağma suçunu düzenleyen 148. maddesinde ise hırsızlık suçunu oluşturan yönüyle “yarar

112 “07/06/2014 tarihinde saat 21.00 sıralarında, ikamet ettiği apartmana girmek üzere olan katılan ...'un ağzını kapatıp, elinde bulunan çantasını zorla aldıktan sonra kaçan ve kaçış esnasında yakalanmamak amacıyla katılana ait çantayı yere bırakan sanığın eyleminin, tamamlanmış yağma suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde uygulama yapılması...” Yargıtay 6. Ceza Dairesi, (17.04.2019) E 2016/5394, K 2019/2519; “Sanığın, müştekiye omuz atıp sendeleyeni müştekinin omzunda asılı duran çantayı alıp kaçtığı sırada peşine düşen tanıklar tarafından yakalanacağını anlayarak çantayı yere attığı olayda, sanığın çantayı almasıyla eylemin tamamlandığı gözetilmeden teşebbüsten hüküm kurularak eksik ceza tayin edilmesi...” Yargıtay 6. Ceza Dairesi, (23.01.2018) E 2014/13416, K 2018/248 <https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi 28.01.2022.

113 Alman Yüksek Federal Mahkemesi, (26.09.1984) 3 StR 367/84; (28.04.2015) 3 StR 48/15 <beck-online.beck.de/> Erişim Tarihi 28.01.2022.



sağlama maksadına” açıkça yer verilmemiştir. Bu nedenle öğretide bir görüş, yağma suçunun genel kastla işlenebileceğini kabul etmektedir.

Kanaatimizce, bir suçun manevi unsurlarının tespitinde, kanuni tanım öncelikli dayanak noktasını oluşturmakla birlikte, tek başına ölçüt değildir. Bu tespit yapılırken ilgili suç tipinin tüm özellikleri göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim yağma suçunun hırsızlık suçunu yapısında barındıran bir bileşik suç olduğu dikkate alındığında, yağma suçunun oluşabilmesi için failin hırsızlık suçunda olduğu gibi yarar sağlama maksadıyla hareket etmesi gerektiği kabul edilmelidir. Diğer bir ifadeyle, hırsızlık suçu, yağma suçunun bir unsuru olduğundan, bu suç oluşmaksızın yağma suçunun varlığından söz etmek de mümkün olmayacaktır. Ancak, yarar sağlama maksadıyla hareket eden failin bu maksada ulaşamaması yağma suçunun oluşumunu engellemeyecektir.

Elbette, Alman ve Avusturya Ceza Kanunu örneklerinde olduğu gibi, suçun manevi unsurunu oluşturan maksada madde lafzında açıkça yer verilmesi isabetli olacaktır. Bu şekilde, hem söz konusu eksikliğin kanunilik ilkesi bakımından doğurduğu sakıncalar giderilmiş, hem de suçun konu ve manevi unsur itibarıyla unsurları daha net bir şekilde ortaya koyulmuş olacaktır.

Öte yandan, suçun konusu ile suçun manevi unsuru kapsamında değerlendirilen maksada konu yarar birbirinden farklıdır. Bu bakımdan, yağma suçunun konusunun maddi değere sahip olup olmaması ile manevi unsuru olan maksadın konusunu oluşturan yararın maddi nitelikte olup olmaması ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken tartışmalı hususlardır.

Yağma suçunun Kanunun “Malvarlığına Karşı Suçlar” bölümünde düzenlenmesi, hırsızlık suçunu oluşturan yönüyle korunan hukuki değeri mülkiyet ve/veya zilyetlik haklarının oluşturması, öğretisi ve Anayasa Mahkemesince “malvarlığı” kavramına ilişkin benimsenen tanım ve ölçütlerde maddi değerlerin esas alınması, ayrıca hırsızlık suçunda malın değerinin azlığı durumunda takdiri olarak cezasızlığın söz konusu olabilmesi nazara alındığında, yağma suçunun –hırsızlık suçu yönünden– konusunun, maddi (ekonomik) değere sahip taşınır bir mal veya bu malın bizzat kendisinden elde edilen maddi değerden ibaret olduğunun kabulü gerekir. Dolayısıyla, maddi değeri bulunmayan taşınır bir malın cebir veya tehdit kullanılarak alınması durumunda yağma suçunun oluşmayacağı düşüncesindeyiz.

Hırsızlık ve yağma suçlarının konusunu oluşturan taşınır malın maddi bir değere sahip olması gerekli olmakla birlikte, failin maddi nitelikte bir yarar sağlama maksadına



sahip olması aranmaz. Nitekim kanun koyucu, hırsızlık suçuna ilişkin madde gerekçesinde failin elde etmeyi amaçladığı yararın “maddi veya manevi” nitelikte olabileceğini açıklamıştır. Buna göre fail, başkasına ait veya başkasının zilyetliğinde bulunan ekonomik değere sahip taşınır bir malı, maddi yarar sağlama maksadıyla alabileceği gibi tatmin olma, haz duyma veya mağdurun kullanmasını engelleme gibi manevi nitelikteki yararları sağlamak maksadıyla da alabilir. Bu bakımdan önemli olan, hırsızlık veya yağma suçu dolayısıyla failin, hak sahibinin malvarlığında bir eksilmeye veya (zilyetlik yönünden) maddi bir zarara yol açması, ayrıca kendisi veya başkasına bir maddi veya manevi yarar elde etmeyi amaçlamasıdır.

Ayrıca, hırsızlık ve yağma suçlarının oluşumu için, failde, mağdurun suça konu mal üzerindeki hâkimiyetini “nihai olarak” sonlandırmaya (*die Enteignung*) yönelik kastın da bulunması gerektiği düşüncesindeyiz. Bu açıdan, TCK m.146’da yer alan düzenlemenin isabetli olmadığı söylenebilir. Söz konusu düzenlemede başkasına ait taşınır bir malın zilyedinin rızası olmaksızın geçici suretle kullanılmak amacıyla alınması, failde mağdurun suça konu mal üzerindeki hâkimiyetini nihai olarak sonlandırma kastı aranmaksızın doğrudan hırsızlık suçu kapsamında değerlendirilmiş ve yalnızca ceza indirimi öngörülmüştür. Kanaatimizce, yetkisiz kullanımda, suçun haksızlık içeriğindeki bir azalma değil, suçun yapısal unsurundaki bir eksiklik söz konusudur. Zira fail aldığı malı yalnızca ölçülü ve makul bir süre için elinde tutmak ve akabinde tekrar iadesini sağlama kastıyla hareket etmektedir.

Bu eksiklik nedeniyle, başkasına ait taşınır bir malın, hak sahibinin mal üzerindeki hâkimiyetini daimî olarak sonlandırma kastı bulunmaksızın geçici süreyle yararlanmak maksadıyla alındığı hâllerde hırsızlık ve yağma suçları oluşmayacağından, ortaya çıkacak kanuni boşlukların karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi özel düzenlemelerle giderilmesi gerekmektedir.

Failin salt mala zarar verme amacıyla hareket ettiği hâllerde de yağma suçundan bahsedilemez. Zira yağma suçunun oluşumu için, failin, hak sahibinin mal üzerindeki hâkimiyetini daimî olarak sona erdirmesi ve o maldan yarar sağlama maksadıyla hareket etmesi gerekir. Mala zarar verme suçunda ise failin kastı, mala zarar vermeye yöneliktir.

Bununla birlikte, failin kıskançlık, tatmin olma, zevk, haz, intikam veya mağduru maldan mahrum bırakma gibi manevi yarar sağlama amacıyla hareket ettiği hâllerde yağma suçunun oluşması mümkündür. Yağma suçu bünyesinde hırsızlık suçunu barındıran bir bileşik suç olduğundan ve hırsızlık suçuna ilişkin madde gerekçesinde

failin elde etmeyi amaçladığı yararın maddi veya manevi nitelikte olabileceği açıklandığından, yağma suçunda failin yalnızca manevi yarar sağlama amacıyla hareket etmesi kural olarak suçun oluşumunu engellemez.

Son olarak, failin, arama kaydı, mesaj, fotoğraf, video vb. gibi verilere bakmak, bunları elde etmek veya yok etmek veya iletişim kurulmasını engellemek gibi geçici süreli amaçlarla mağdurdan cep telefonunu veya diğer bir bilişim cihazını cebir veya tehdit kullanarak aldığı olaylarda yağma suçunun oluşup oluşmayacağı somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindedir.

Bu tür olaylarda, bilişim cihazında bulunan veri taşınır bir mal olmadığı için hırsızlık ve dolayısıyla yağma suçunun konusunu oluşturmaz. Ayrıca fotoğraf, mesaj, arama kayıtları gibi verilerin ekonomik bir değer taşımadığı da ifade edilmelidir.

Suçun konusunun maddi değeri bulunan bilgisayar veya telefon gibi bir bilişim cihazı olduğu kabul edildiği takdirde ise benimsediğimiz görüşe göre, failde mağdurun bilişim cihazı üzerindeki zilyetliğini daimî olarak sona erdirmeye ve geçici süreyle de olsa yararlanma kastının bulunup bulunmadığından hareketle ikili bir ayırım yapılması mümkündür.

Buna göre, failin, hak sahibinin cihaz üzerindeki hâkimiyetini (zilyetliğini) daimî olarak sona erdirmeye ve geçici de olsa yararlanma amacıyla hareket ettiği hâllerde yağma suçunun oluştuğu söylenebilir. Buna karşın, failin, hak sahibinin bilişim cihazı üzerindeki hâkimiyetini (zilyetliğini) daimî olarak sona erdirmeye kastı bulunmaksızın bu cihazdan geçici olarak yararlanması söz konusuysa, yani başlangıçtan itibaren verilere baktıktan, verileri elde ettikten veya sildikten sonra bilişim cihazını mağdura tekrar iade etmek kastıyla hareket ediyorsa yağma suçunun oluşmayacağı kabul edilmelidir.

Özellikle failin, cihazı zilyedinin hâkimiyet alanında tutmaya devam ettiği veya özel bir çaba sarf etmeksizin kolaylıkla ulaşabileceği alanlarda bulundurduğu ve verilere bakmak, verileri ele geçirmek veya silmek için gerekli olan olağan süre içerisinde tekrar teslim ettiği veya teslim etmek amacıyla hareket ettiği olaylarda, somut olayın özellikleri de dikkate alınarak failde zilyetliği daimî olarak sona erdirmeye kastının bulunmadığı ve yağma suçunun manevi tipikliğinin oluşmadığı söylenebilir. Zira fail aldığı malı yalnızca makul bir süre için ve kullanım amacına uygun olarak elinde tutmakta ve akabinde hak sahibine malı tekrar iade etme kastıyla hareket etmektedir.

Hakeza, hırsızlık veya yağma suçu dolayısıyla failin, hak sahibinin malvarlığında bir

eksilmeye veya (zilyetlik yönünden) maddi bir zarara yol açması, ayrıca kendisi veya başkasına bir maddi veya manevi yarar elde etmeyi amaçlaması gerekmektedir. Bahsi geçen olaylarda ise fail bakımından manevi bir yararı elde etme amacının varlığı söz konusu olsa da mağdur açısından herhangi bir ekonomik zararın oluştuğu söylenemez.

Nitekim Yargıtay çeşitli kararlarında, verilere ulaşmak için mağduru cep telefonunu cebir veya tehdit kullanmaksızın alan failleri, TCK m.134/1-1.cümlesi gereğince özel hayatın gizliliğini ihlâl veya TCK m.136 gereğince verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçlarından sorumlu tutmuştur. Bu noktada, yağma suçu açısından hırsızlık suçunu oluşturan yönüyle farklı bir uygulamaya gidilmesinin isabetli olmadığı düşüncesindeyiz.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Yazar Katkıları:** Çalışma Konsepti/Tasarım- H.S.E., A.B.; Veri Toplama- H.S.E., A.B.; Veri Analizi/Yorumlama- H.S.E., A.B.; Yazı Taslağı- H.S.E., A.B.; İçeriğin Eleştirel İncelemesi- H.S.E., A.B.; Son Onay ve Sorumluluk- H.S.E., A.B.

**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- H.S.E., A.B.; Data Acquisition- H.S.E., A.B.; Data Analysis/Interpretation- H.S.E., A.B.; Drafting Manuscript- A H.S.E., A.B.; Critical Revision of Manuscript- H.S.E., A.B.; Final Approval and Accountability- H.S.E., A.B.

**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

- Antalya O. Gökhan ve Topuz Murat, *Eşya Hukuku Cilt: IV/1* (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019)
- Antalya O. Gökhan ve Topuz Murat, *Medeni Hukuk Cilt: I* (4. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021)
- Antolisei Francesco, 'Genel Olarak Mameleke Karşı İşlenen Suçlar' (çeviren: Uğur Alacakaptan), (1962) 19 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 65-94
- Arslantürk Mustafa, *İcrasından İnfazına Bütün Yönleriyle Yağma Suçu Uygulamalı Örnekli-Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu-Gerekçeli* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2018)
- Artuç Mustafa, *Malvarlığına Karşı Suçlar* (4. Baskı, Adalet Yayınevi 2020)
- Artuk, M. Emin, Gökçen Ahmet, Alşahin Mehmet Emin ve Çakır Kerim, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Baskı, Adalet Yayınevi 2020)
- Artuk, M. Emin, Gökçen Ahmet, Alşahin Mehmet Emin ve Çakır Kerim, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (19. Baskı, Adalet Yayınevi 2021)
- Aslan Gökhan, *Dolandırıcılık Hırsızlık ve Mala Zarar Verme Suçları* (Seçkin Yayıncılık 2021)
- Ayan Mehmet, *Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili* (13. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2016)
- Bayraktar Köksal, Yıldız Ali Kemal, Aksoy Retornaz Eylem, Akyürek Güçlü, Evik Ali Hakan, Kangal Zeynel T, Memiş Kartal Pınar, Sınar Hasan, Sonay Evik Vesile, Altunç Sinan, Aytekin İnceoğlu Asuman, Bostancı Bozbayındır Gülşah ve Erman Barış, *Özel Ceza Hukuku Cilt IV Malvarlığına Karşı Suçlar* (On İki Levha Yayıncılık 2018)
- Başbüyük İsa, 'Hırsızlık ve Dolandırıcılık Suçlarının Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle İşlenmesi' (2010) 5 (14) Ceza Hukuku Dergisi 151-192

- Boyracı Ali, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Düzenlenen Senedin Yağması Suçu* (On İki Levha Yayıncılık 2020)
- Bertel Christian ve Schwaighofer Klaus, *Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil I* (11. Baskı, Springer Verlag 2010)
- Birtek Fatih, 'Yağma Suçu Bakımından Yarar Sağlama Amacı' [2020] 44 Ceza Hukuku Dergisi 673-709
- Cankurt Ezgi, 'Yağma Suçu ve Cebir Kavramı' (2015) 1 (2) Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 99-135
- Cansel Erol ve İnan Ali Naim, 'Ayni Hak Kavramı, Taksimi ve Eşya Hukukunun Konusu' (1964) 21 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 345-367
- Centel Nur, Zafer Hamide ve Çakmut Özlem, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: I* (5. Baskı, Beta Yayıncılık 2021)
- Centel Nur, Zafer Hamide ve Çakmut Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (11. Bası, Beta Yayıncılık 2020)
- Demirbaş Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021)
- Dönmezer Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (16. Bası, Beta Yayıncılık 2001)
- Duran Mustafa, '5237 Sayılı Yasada Düzenlenen Yağma Suçu, Basit Yağma Suçu' [2005] (23) Adalet Dergisi 117-126
- Dülger Murat Volkan, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku* (8. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020)
- Eker Hüseyin, *Hırsızlık Suçları* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2014)
- Ekici Şahin Meral, *Dolandırıcılık Suçu* (Adalet Yayınevi 2019)
- Ekinci Mustafa ve Esen Sinan, *Anlatımlı ve Gereğçeli Yeni Türk Ceza Kanununda Yer Alan Hırsızlık, Yağma, Güveni Kötüye Kullanma Dolandırıcılık Hileli ve Taksirli İflas Karşılıksız Yararlanma Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar* (Adalet Yayınevi 2005)
- Erem Faruk, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler C.IV* (3. Baskı, Seçkin Kitabevi 1985)
- Erem Faruk ve Toroslu Nevzat, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (9. Baskı, Savaş Yayınevi 2003)
- Erman Hasan, 'Türk Ceza Kanununda Mal Aleyhinde İşlenen Suçların Yetersizliği' (1975) 41 (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 133-149
- Ertosun Ali Suat ve Taşkın Ahmet, 'Yağma Suçu' içinde *Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, C: II* (Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları 2008) 779-810
- Eser Albin ve Bosch Nikolaus, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, Editör: Adolf Schönke ve Horst Schröder, (29. Baskı, Verlag C.H.Beck 2014)
- Fischer Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze* (55. Baskı, Verlag C. H. Beck 2008)
- Fuchs Helmut ve Reindl-Krauskopf Susanne, *Strafrecht Besonderer Teil I, Delikte gegen den Einzelnen* (3.Baskı, 2009)
- Gökçen Ahmet ve Şenerdoğan Büşra, 'Yağma Suçu ve Nitelikli Halleri' içinde *Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan* (Seçkin Yayıncılık 2020) 399-468.
- Hafizoğulları Zeki ve Özen Muharrem, 'Hırsızlık' (2008) XII (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 773-796
- Hafizoğulları Zeki ve Özen Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12. Baskı, US-A Yayıncılık 2019)
- Hafizoğulları Zeki ve Özen Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (5. Baskı, US-A Yayıncılık 2016)
- İçel Kayıhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (5. Baskı, Beta Yayıncılık 2020)
- Karakehya Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler I* (Nisan Kitabevi 2018)
- Karakehya Hakan, 'Ceza Hukukunda Doğrudan Kast' (2007) 15 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 117-138

- Kanbur Mehmet Nihat, 'Bir Hukuki İlişkiye Dayanan Alacağın Tahsil Edilmesi Amacıyla Yağma Niteliğindeki Fiillerin İşlenmesi (5237 s. TCK m.150/1)' [2007] (70) E-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi 41-47
- Kaylan Keskin, 'Yargıtay Kararları Işığında Yağma Suçları', (2013) 1 (1) Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 39-49
- Kindhäuser Urs, *Strafrecht Besonderer Teil*, Straftaten gegen Vermögensrechte (5. Baskı, Nomos Verlag 2008)
- Koca Mahmut, '5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu' [2005] (2) Legal Hukuk Dergisi 2799-2817
- Koca Mahmut, 'Hırsızlığın Bir İşleniş Şekli Olarak "Kapkaççılık"' (2002) IV (1-4) Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 167-196
- Koca Mahmut, 'Yağma Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı' içinde Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C: II (Beta Yayıncılık 2002) 1479-1502
- Koca, Mahmut, *Yağma Cürümleri* (Seçkin Yayıncılık 2003)
- Koca Mahmut ve Üzülmüş İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021)
- Koca Mahmut ve Üzülmüş İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (6. Baskı, Adalet Yayınevi 2019)
- Kudlich Hans, *StGB, Strafgesetzbuch, Kommentar*, Editör: Satzger Helmut, Schluckebier Wilhelm ve Widmaier Gunter, (2. Baskı, Carl Heymanns Verlag 2014)
- Maier Stefan, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, Editör: Holger Matt ve Joachim Renzikowski, (Verlag Franz Vahlen 2013)
- Mahmutoğlu Fatih Selami, 'Türk Ceza Kanununda Yer Alan Bilişim Alanındaki Suçlar ve Karşılaşılan Sorunların Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi' (2013) LXXI (1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 855-889
- Maraşlı Dinç Yasemin ve Ruhi Muhammet Emin, 'Türk Ceza Kanununda Yağma Suçu' (2018) 11 (2) Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 86-100
- Meran Necati, *Hırsızlık, Yağma ve Malvarlığına Karşı Suçlar* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2013)
- Noyan Erdal, *Hırsızlık Suçları* (Adalet Yayınevi 2007)
- Noyan Erdal, *Hırsızlık ve Yağma Suçları* (Bilge Yayınevi 2005)
- Oğuzman M. Kemal, Seliçi Özer ve Oktay Özdemir Saibe, *Eşya Hukuku* (20. Bası, Filiz Kitabevi 2017)
- Önder Ayhan, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar* (Filiz Kitabevi 1994)
- Özbek Veli Özer, 'Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu', içinde Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan (2007) 9 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1019-1063
- Özbek Veli Özer, Doğan Koray ve Bacaksız Pınar, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021)
- Özbek Veli Özer, Doğan Koray ve Bacaksız Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (16. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021)
- Özen Mustafa, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri* (4. Baskı, Adalet Yayınevi 2019)
- Özgenç İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021)
- Öztürk Seyithan ve Balcı Fidan, *Hırsızlık Karşılıksız Yararlanma (Kaçak Elektrik, Su ve Doğalgaz Kullanımı) ve Yağma Suçları* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2020)
- Parlar Ali ve Hatipoğlu Muzaffer, *Türk Ceza Kanunu Yorumu C.3* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2008)
- Rudolphi Hans – Joachim ve Wolter Jürgen, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch Cilt V*, Editör: Hans-Joachim Rudolphi ve Jürgen Wolter, (8. Baskı, Carl Heymanns Verlag 2013)
- Şare Ersin, 'Bileşik Suç Niteliğindeki Yağma Düzenlemesinin Suçta Kanunilik İlkesi Yönünden Değerlendirilmesi' (2021) 3 (2) Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 613-674
- Taneri Gökhan ve Kamışlı Gani, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* (Seçkin Yayıncılık 2018)
- Taşkın Ahmet, 'Yağma Suçunda Mal Kavramı' [2008] (20) Terazi Aylık Hukuk Dergisi 95-101

- Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan ve Önok R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (19. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021)
- Toroslu Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (9. Baskı, Savaş Yayınevi 2018)
- Töngür Ali Rıza ve Çetintürk Ekrem, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Adalet Yayınevi 2020)
- Yaşar Osman, Gökcan Hasan Tahsin ve Artuç Mustafa, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 4. Cilt* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2014)
- Yazıcıoğlu R. Yılmaz, 'Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İşlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayrımı' (2013) 19 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 757-795
- Wessels Johannes ve Hillenkamp Thomas, *Strafrecht Besonderer Teil 2*, Straftaten gegen Vermögenwerte (31. Baskı, C.F. Müller Verlag 2008)

## Web Siteleri

<[beck-online.beck.de/](http://beck-online.beck.de/)>

<<http://www.e-akademi.org>>

<<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>

<<https://sozluk.gov.tr/>>

<<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>>

<<https://www.kazanci.com.tr/>>

<[rdb.manz.at](http://rdb.manz.at)>

<[ris.bka.gv.at](http://ris.bka.gv.at)>



# Suç Aktarımı: Ceza İnfaz Kurumları Suç Üniversiteleri mi?

## *Crime Transference: Are Prisons Universities of Crime?*

Efe Can KARABULAT<sup>1</sup> , Hüseyin NERGİZ<sup>2</sup> 

<sup>1</sup>Ar. Gör., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye

<sup>2</sup>Dr. Öğr. Üyesi, Hacettepe Üniversitesi, Edebiyat Fakültesi Psikoloji Bölümü, Ankara, Türkiye

ORCID: E.C.K. 0000-0002-2181-1692; H.N. 0000-0003-3134-6322

### ÖZ

Günümüzde en yaygın cezalandırma aracı olarak kullanılan hapis cezasının, cezalandırmanın amaçlarıyla çelişen birtakım sonuçları da bulunmaktadır. Hükümlünün ceza infaz kurumunda yeni suçlar ve suç yöntemleri öğrenmesi, başka hükümlülerle tanışıp birlikte suç eyleminde bulunma kararı alması, suç örgütlerine katılması veya kurumda yeni suçlar gerçekleştirmesi yaygın ve iyi bilinen olumsuz sonuçlardır. Bu durumun fiziksel yakınlık, ceza infaz kurumu alt kültürünü benimseme ve mahkumlaşma, damgalama gibi nedenleri bulunmaktadır. Bu nedenlerin hükümlü üzerindeki etkisi ise infaz kurumunun türü, kurumda geçirilen süre, diğer hükümlüler ve hükümlünün sosyal çevresi ile ilişkileri gibi etkenlere göre değişmektedir. Ayırıcı Birliktelikler Kuramı, bireylerin neden suçta yöneldiğini açıklayan kuramlardan biri olup, hükümlülerin ceza infaz kurumunda yeni suçlara neden yöneldiklerini de açıklar. Ayırıcı Birliktelikler Kuramı'na göre, kişinin zihninde yasaya uygun ve aykırı düşünceler sürekli bir çatışma halindedir ve bu düşünceler kişinin çevresiyle kurduğu ilişkilere göre şekillenmektedir. Bu nedenle hükümlüler arası suç aktarımını olabildiğince azaltmak için hükümlü cezasını infaz ederken olumlu toplumsal ilişkiler kurması, var olan olumlu ilişkilerini koruyup geliştirmesi, olumsuz ilişkililerden ve suç düşüncesinden uzak tutulması temel alınmalıdır. Bunu sağlamak için ise hem ceza infaz kurumlarının yapısında hem de kurumlarda uygulanan iyileştirme programlarında çeşitli değişiklikler yapılması gerekmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Suç aktarımı, Ayırıcı Birliktelikler Kuramı, cezalandırma

### ABSTRACT

Prison sentences are utilized as one of the most common punishment tools, but they also have a number of negative consequences that contradict the goals of punishment. Some common and well-known negative consequences of being in a penal institution is that convicts learn new crimes and criminal methods, meet other convicts and commit crimes together, join criminal organizations, or commit new crimes in the institution. Reasons for these situations exist, such as physical proximity, adopting the penal institution subculture, prisonization, and stigmatization. Differential association is one theory that explains why individuals turn to crime and also explains why convicts tend to commit new crimes in the penal institution. According to the theory of differential association, lawful and unlawful thoughts in a person's mind are in constant conflict, and these thoughts are shaped according to the relationship they establish with their environment. Having the convict establish positive social relations while keeping existing ones and avoid negative relations and criminal thoughts is essential in order to protect convicts from the harmful effects of crime transference. To achieve this, various changes are needed in both the structure of penal institutions as well as the rehabilitation programs implemented in penal institutions.

**Keywords:** Crime transference, differential association, punishment

**Submitted:** 25.03.2022 • **Revision Requested:** 28.06.2022 • **Last Revision Received:** 04.10.2022 • **Accepted:** 19.10.2022 •

**Published Online:** 26.10.2022

**Corresponding author:** Efe Can Karabulat, E-mail: efe.karabulat@hbv.edu.tr

**Citation:** Karabulat, E.C., & Nergiz, H, 'Suç Aktarımı: Ceza İnfaz Kurumları Suç Üniversiteleri mi?' (2022) 10(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 459.

<https://doi.org/10.26650/JPLC2022-1093123>



## EXTENDED ABSTRACT

The attempt is being made these days to design and manage penal institutions as institutions that function to deter, rehabilitate, and prevent criminal behavior. Crime is a natural part of everyday life, especially for repeat offenders, and changing this pattern can be difficult for various reasons. Individuals adopt the social rules that are presented to them in the social environment in which they live; they behave similarly to the behaviors they see.

A prisoner joins a new social circle in prison, one that has a significant impact on their future behavior. From this point of view, this study will revise the theories and findings regarding the social causes of crime in terms of prison and will discuss what characteristics an institute should have that will not result in the convict learning new criminal behaviors or methods. Crime transference is the main subject of the study and refers to how a convict with no intention, knowledge, or opportunity to commit a crime is directed toward criminal behavior due to their criminal experiences. Regardless of what crime was committed to get sent to prison, convicts may also conduct various criminal behaviors within the institution. Due to a prison's structural features, convicts are likely to learn new crimes in order to gain power, status, and money; they may even start and continue to commit these crimes after being released.

The first reason for crime transfer is physical proximity. After a convict enters prison, they meet prisoners who were convicted for many different crimes, and these convicts find the opportunity to meet and share their criminal experiences. Having individuals who've been convicted of different crimes stay together in crowded wards is a risk factor. In addition to physical proximity, how people spend their time at prison also becomes an important issue. As the time spent with other convicts during the day increases, so does crime transference among these convicts. Being away from emotionally important people (e.g., family, close friends) decreases positive social support factors that help prevent one from committing a crime and increases the likelihood of becoming close with criminals in jail. Society also needs to step in and take responsibility in addition to one's family and friends. The type of prison is also another factor associated with crime transference. In open prisons, convicts have more opportunities to interact with different people and participate in events (e.g., trainings, workshops). Because of the greater security measures, these opportunities are quite limited in closed prisons, though sometimes convicts may have to contact more serious criminals. As the length of time in prison increases, the likelihood and severity of crime transference also

increases. Day by day, prisoners lose their everyday skills (finding a job, avoiding criminals), and the likelihood of becoming a repeat offender also increases.

Completely eliminating crime transfer in penitentiary institutions is not a realistic goal. However, measures can be taken to minimize it. Which measures to take and which legal regulations and possible changes in the physical and administrative structures of penitentiary institutions undoubtedly are in conflict in terms of priority. Although the existence of crime transfer is a real thing, the majority of convicts in prisons do not commit these crimes, do not join a crime organization, and do not establish crime partnerships. Therefore, having individuals stay in non-crowded units housing 4-6 people at maximum and having them avoid individuals guilty of other crimes may reduce crime transfer that is a result of physical proximity. Employing detainees and convicts in a workshop for regular, 8-hour work periods while taking into account security measures will not only reduce the possibility of crime transfer in their free time but also ensure that the individual does not wander away from their normal life responsibilities and order. Expanding measures to maintain relations external to a prison (e.g., e-meetings, e-mail opportunities) will protect convicts from crime transference and prepare them for life after release. Improving reliable assessment tools for measuring recidivism risks and suitability for release will help isolate high- and low-risk prisoners from each other. Proper and successful isolation procedures prevent crime transference in institutions.

While convicts are imprisoned, non-governmental organizations can support and become models in a variety of ways such as through correspondence, financial support, and role-playing projects. Carrying out projects in institutions can help rescue convicts from a passive and assisted position. Having prisoners adopt an effective attitude where they are responsible and a direct part of change, applying an approach that protects prisoners from crime transference, and preparing them for post-release are all very important.

*“Bu cehennem köşesinin eğitici, öğretici hiçbir yanı olmadı kardeşlerim. (...) Cezaevi yalnızca yağcılığı, gönüli istemese de tatlı tatlı gülmeyi, ikiyezlülüğü öğretmişti. Bunların yanı sıra türlü türlü kötülükler de öğrendi küçük dostumuz.”*

Anthony Burgess- Otomatik Portakal

## 1. Giriş

Hapis cezası, uygulama biçiminde farklılıklar bulunmakla birlikte, tüm dünyada başvurulan bir cezalandırma ve rehabilitasyon aracıdır. Bununla birlikte hapis cezası, hükümlünün ruh sağlığının zarar görmesi; ailesinden, arkadaşlarından ve toplumdan uzaklaşması, kopması; yaşantısının önemli bölümünü kendisine verilen emirlerle sürdürmesi dolayısıyla, deyim yerindeyse çocuk konumuna indirgenmesi (Şahin, 2002: 29) ve bu durumun salıverilme sonrası topluma uyumu zorlaştırması gibi pek çok olumsuz sonuca yol açabilmektedir. Özellikle mükerrer (yineleyen) suç davranışında<sup>1</sup> bulunan hükümlüler için suç, olağan yaşamın bir parçası olmakta ve farklı nedenlerle bu örüntünün değiştirilmesi güç olabilmektedir. Günümüzde ceza infaz kurumları (CİK) suç davranışının önlenmesinde caydırma ve iyileştirme (rehabilitate etme) işlevlerini yerine getiren kurumlar olarak tasarlanmaya ve yönetilmeye çalışılmaktadır.

Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılmak istenilen temel amaç, öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamak, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamla ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmaktır (CGTİHK m. 3). Buna karşılık hapis cezaları ile bu amaca ulaşılamadığı ve Dünya genelinde tekerrür oranlarının yüksek olduğu bilinmektedir (Albrecht, 2014).

Her ne kadar, farklı devletlerde “tekerrür” kavramının tanımında işlenen suçların özellikleri, mahkemece verilen hükmün türü ve iki suç arasındaki süreler gibi farklılıklar nedeniyle ortak bir istatistiğin kesin olarak ortaya konulabilmesi güç olsa da güncel çalışmalardaki sistematik analizler incelendiğinde bu oranın %40-50 civarında olduğu

1 Dilimize yerleşmiş olan “suç işlemek” kavramı suçu bir iş, görev olarak nitelendirme tehlikesi taşıdığı düşünüldüğünden makale içerisinde, kanun hükümlerinin aynen alıntılandığı yerler dışında, bu kavram yerine “suç davranışı/eylemi; suç gerçekleştirme” kavramları kullanılmıştır. Bununla birlikte doğrudan alıntılarda veya içinde suç işlemek ibaresinin yer aldığı teknik kavramlarda (birlikte suç işleme, ekonomik çıkar amacıyla işlenen suçlar vb.) orijinal kavramlara sadık kalınmıştır.

söylenbilir (Fazel ve Wolf, 2015: 4; Leipold, 2006: 546, Yukhnenko, Sridar ve Fazel, 2019) (Tablo-1). Bu oldukça yüksek oranların, çok sayıda nedeni mevcut olmakla birlikte, bu çalışmada tutuklu veya hükümlü bireyin CİK’te bulunması dolayısıyla yaşadığı psikososyal sürecin, yeni suçların işlenmesindeki etkisi tartışma konusu yapılacaktır.

Tutuklu/hükümlü birey CİK’te yeni bir toplumsal çevreye katılmakta ve bu çevre onun gelecekteki davranışları üzerinde önemli bir etkiye sahip olabilmektedir. CİK’te zaman zaman hükümlülerin birbirlerinden yeni suç türleri ve yöntemlerini öğrendiği araştırmacılar ve uygulamacılar tarafından uzun süredir bilinen ve engellenmeye çalışılan bir olgudur (Nguyen, Loughran, Paternoster, Fagan ve Piquero, 2017: 227; Schubert ve ark., 2012: 88). CİK’teki bu tür kriminojenik etkiler, ceza infaz kurumlarının birçok yazarca hükümlüleri daha yetkin, bilgili ve uzman “suçlu”lara dönüştüren; üstelik kendisi gibi kişilerle bir arada bulunmasını ve onlarla bağ kurmasını sağlayan birer “suç okulu” (Damm ve Gorinas, 2016: 1; Ouss, 2011: 2), “suç üniversitesi” (Cheater, 2009: 6, Kropotkin, 1913: 1) veya “kötülük okulu” (Lombroso, 2006: 93) gibi isimlerle anılmasına neden olmuştur.

Bireyler içinde buldukları toplumsal çevrede kendisine sunulan kuralları benimser ve gördüğü davranışlara benzer davranışlarda bulunur. Bu durum “Sosyal Öğrenme Kuramı” ve “Ayrımcı Birliktelikler Kuramı” gibi psikolojik ve sosyolojik kuramlarla açıklanmış ve alan yazında bu kuramların getirdiği açıklamalar suçun toplumsal nedenleri arasında yerini almıştır (Akers, 2002: 135). Çalışmamızda Sutherland’in “Ayrımcı Birliktelikler Kuramı”, CİK’te meydana gelen suç aktarımının açıklanmasında kullanılacak ve teorinin bulguları doğrultusunda suç aktarımının belirleyici olan unsurlar tespit edilecektir. Böylelikle hem suç aktarımının kuramsal altyapısı kurulmuş olacak hem de politika üretkenlerin, CİK yönetici ve çalışanlarının bu mekanizmalara müdahale edebilmesi için gerekli bilgiler sağlanacaktır.

Bu çalışmada, esasen bütün sosyal çevrelerdeki öğrenmelere dair kapsayıcı bir kuram olan Ayrımcı Birliktelikler Kuramı’nın öngörülleri, ceza infaz kurumları bakımından irdelenecek ve CİK’lerin gösterdikleri özellikler dolayısıyla ne gibi bir eğitim ve kültür aktarımına yatkın olabileceği ve bu durumun ne gibi sonuçlara yol açabileceği tartışılacaktır. Tespit edebildiğimiz kadarıyla Türk alan yazınında kuramın CİK bağlamında tartışıldığı başkaca bir çalışma olmadığı gibi, bu konuda yabancı alan yazını da (Harris, Nakamura ve Bucklen, 2018) oldukça sınırlıdır.

Suç eylemi ve yöntemlerinin nasıl yayıldığı; suç ortaklıkları ve örgütlerinin nasıl kurulduğu konularında daha ayrıntılı bilgiler edinmek, suç önleme politikası kararlarının alınması ve uygulanmasında yarar sağlayacağı gibi, özellikle hükümlülerin CİK’te en uygun biçimde sınıflandırılabilmesini de sağlayacaktır (Bayer, Hjalmarsson ve Pozen, 2007: 18). Çalışmamız suç aktarımı olgusunun olası psikolojik ve sosyolojik nedenlerini kuramsal düzeyde tartışmayı, araştırmalar ve önlemler için çözüm önerileri sunmayı hedeflemektedir.

Çalışmamızda suçun toplumsal nedenlerine ilişkin kuramlar ve bulgular CİK özelinde yeniden gözden geçirilerek, CİK’lerin gerçekten de hükümlüleri suç konusunda eğiten ve cesaretlendiren bir “suç üniversitesi” olup olmadığı güncel bulgular ışığında tartışılıp, hükümlünün yeni suç eylemi ve yöntemleri öğrenmesine yol açmayacak bir CİK’in hangi özellikleri taşıması gerektiği ifade edilmiştir. Elde edilen temel prensipler ise Türkiye’deki mevcut ceza infaz sisteminin eksikleri de hesaba katılarak, politika önerilerine dönüştürülmüştür.

## 2. “Suç Aktarımı” Kavramı

Çalışmanın temel konusu olan “suç aktarımı” kavramından anlaşılması gereken, bir suçun gerçekleştirilmeye yönelik herhangi bir niyeti, bilgisi ve/veya olanağı olmayan bir hükümlünün, sırf CİK’te bulunması dolayısıyla bu suç davranışına yönelmesine neden olan bütün etkiler ve bu etkiler dolayısıyla ortaya çıkan yeni suçlardır. Suç aktarımının en yaygın görünümü ve bu çalışmada en kapsamlı olarak ele alınacak olanı hükümlülerin birbirlerinden yeni suçlar ve suç yöntemleri öğrenmesi olmakla birlikte; hükümlülerin CİK’te yeni bir suç davranışında bulunması, örgütlere katılması, suç ortakları edinmesi ve tasarlanan suçu salıverildikten sonra birlikte gerçekleştirmesi gibi farklı türleri de vardır.

Hükümlüler arası suç aktarımı, ilk bakışta oldukça ironik görünmektedir. Bireylerin gerçekleştirdikleri suçtan dolayı içinde buldukları kusurluluk durumundan arınmalarını sağlamayı hedefleyen infaz kurumları (Özgenç, 2020: 711), tam tersine birer “suç okulu” haline mi gelmektedir? ABD’de uzun yıllar ceza hakimliği yapmış olan Nygaard (1996: 18) bu durumu veciz bir anlatımla, “*Ceza infaz kurumları ters çalışan bir eritme ocağına benzer, burada kişi kötü özelliklerinden arınacağına iyi özelliklerinden arınır.*” şeklinde özetlemiştir. Erem’in (1987: 420) değerlendirmesine göre ise “*Cemiyet, cezalandırdığını zannederken müstakbel suçların tohumlarını yetiştirmektedir.*”

Bu değerlendirmelerin ne ölçüde doğru olduğunun tespit edilebilmesi için öncelikle hükümlüler arasında ne düzeyde suç aktarımı olduğunun ortaya konulması gerekmektedir. Bu konuyla ilgili yapılan çalışmalar CİK’te suç aktarımının en az bir görünüm şeklinin gerçekleştiğini

göstermektedir (Bayer ve ark., 2007; Damm ve Gorinas, 2016; Demirbaş, 2021; Erem, 1987; Işıktaç, 2013; Karakaş-Doğan, 2010; Kızmaz, 2007; Song ve Lieb, 1993; Walker, 1983).

Türkiye’de 240 tutuklu ve hükümlü bireyle yürütülmüş bir çalışmada “Sizce mahkûmlar cezaevinde suç işlemek için yeni teknikler öğreniyorlar mı?” sorusuna hükümlülerin %47.9’u “Evet, öğreniyorlar”, %21’i “Kısmen öğreniyorlar” yanıtı vermiştir (Bilgiç, 2014: 16). Türkiye’de yapılan başka bir çalışmada da kadın hükümlülere CİK’te neler öğrendikleri sorulmuş ve çok sayıda katılımcı “Cezaevinde hayatında hiç duymadığı, haberinin bile olmadığı suçları ve nasıl işlendiğini cezaevinde bulunan diğer hükümlülerden dinleyerek öğrendiğini” belirtmiştir (Saruç, 2013: 135). Zikredilen çalışmalarda sorulan sorular ve verilen yanıtlardan da anlaşılacağı üzere, bu bağlamda “öğrenme” iki farklı hususu ifade etmektedir. Birincisi, tutuklu veya hükümlünün ceza infaz kurumunda varlığından hiç haberdar olmadığı suç tiplerinin varlığını ve bu suçların nasıl işlenebileceğini öğrenmektedir. İkincisi, tutuklu veya hükümlü, varlığını ve/veya bazı tekniklerini bilmekle birlikte, bu suçları gerçekleştirmeye yönelik yeni, daha pratik veya gelişkin yöntemler de öğrenebilmektedir.

Suç aktarımının, hükümlülerin birbirlerinden yeni suçlar ve yöntemler öğrenmesi dışındaki bir diğer görünümü de CİK’te tanışan hükümlülerin daha sonra birlikte suç işlemesidir (Damm ve Gorinas, 2016: 14; Erem, 1987: 420; Roxell, 2011: 381). Hatta Erem’e (1987: 420) göre “salıverildikten sonra dürüst bir yaşam sürmek isteyen eski hükümlüye beraber buldukları kişilerin musallat olması ve ona şantaj yapmaları riski” de mevcuttur.

Bu iki durumun yanında, CİK’te hangi suçtan dolayı bulunursa bulunsun hükümlüler kurumda da çeşitli suç davranışlarında bulunabilmektedir. Bu suçlardan bir kısmı herhangi bir bilgi aktarımı veya fırsat gerektirmez, sözgelimi hükümlüler arasında çıkan bir kavgada gerçekleşen yaralama ve öldürme suçları bu kapsamda düşünülebilir. Aynı şekilde heteroseksüel ilişkilerden yoksunluk dolayısıyla hükümlüler arasında zaman zaman rastlanan cinsel saldırı ve cinsel istismar suçları da bu kapsamdadır (Demirbaş, 2020: 400; Erem, 1987: 420; Yarsuvat, 2011: 459).

Buna karşılık, CİK’in yapısal özellikleri dolayısıyla hükümlülerin burada güç, konum ve/veya para kazanmak amacıyla yeni suçlar öğrenmeleri, bu suçları gerçekleştirmeye başlamaları ve cezalarının infazı tamamlandıktan sonra da bu suç davranışlarını sürdürmeleri olasıdır. CİK’te gerçekleşen infaz kurumuna yasak eşya sokma, uyuşturucu madde ticareti, suç işlemek için örgüt kurma, kumar oynatma, hükümlülere dağıtılan eşyaya el koyma ve diğer hükümlülere satma gibi suçlar da yine bu kapsamdadır (Irwin

ve Cressey, 1962: 149; Sirisutthidacha ve Tititampruk, 2014: 104). Türkiye’de CİK’te disiplin suçlarının sıklığı ve niteliğine ilişkin resmi bir veriye ulaşılamamakla birlikte, çalışmalar disiplin cezası alan tutuklu ve hükümlü birey oranının %21,9 ile %37,4 aralığında olduğunu göstermektedir (Çıvgın, 2015: 34; Nergiz, 2020: 69).

Bir toplumda en fazla suç eyleminin CİK’lerde gerçekleştiği söylenir (Samenow, 2014: 139) ve bu durum aslında hiç de şaşırtıcı değildir. Bir insanın CİK’ten daha fazla suç türü ve yöntemini gördüğü, kendisine bu konuda rehberler bulduğu ve bu suçları gerçekleştirme olanağına sahip olduğu başka bir yer düşünmek güçtür. CİK’lerin sahip olduğu bu içkin kriminojenik etkiler, özel önleme ve rehabilitasyondaki başarısızlığının temel nedenleri arasında gösterilmektedir (Nagin, Cullen ve Jonson, 2009).

Eğer infaz kurumlarında hükümlüler yeni suçlar ve suç yöntemleri öğreniyorlar, infaz kurumunda iken veya salıverildikten sonra bu suçları gerçekleştiriyorlar, suç ortaklıkları kuruyor veya suç örgütlerine katılıyorlarsa bu durumun önüne nasıl geçilebilir? Bu sorunun yanıtlanabilmesi için suç aktarımına hangi etkenlerin sebep olduğunun belirlenmesi ve bu sebepleri doğuran psikolojik mekanizmaların açıklanması gerekir. Suç aktarımının yalnızca belli biçimlerini açıklayan Sosyal Değişim Kuramı (Weerman, 2003: 404) gibi farklı kuramlar da bulunmakla birlikte, bu çalışmada temel alınacak kuram daha kapsayıcı nitelikte olan ve suç aktarımının bütün görünüş biçimlerini bünyesinde toplayabilecek nitelikteki Ayırıcı Birliktelikler Kuramı’dır (Sutherland ve Cressey, 1978).

### 3. Ayırıcı Birliktelikler Kuramı

Hükümlülerin CİK’te bireyler arası suç aktarımına nasıl maruz kalabileceğini, bu durumun ortaya hangi nedenlerle çıkabileceğini ve suç aktarımının ortaya çıkma olasılığını ve gücünü belirleyen etkenleri başlıklar şeklinde açıklamadan önce bu sürecin hangi sosyolojik ve psikolojik mekanizmalar aracılığıyla gerçekleştiğinin tartışılması uygun olacaktır.

Suç davranışının ve suç aktarımının açıklanmasında kullanılan en yaygın açıklamalardan biri Sutherland’in Ayırıcı Birliktelikler Kuramı<sup>2</sup>’dir (Sutherland ve Cressey, 1978). İlk olarak Sutherland’in *Principles of Criminology* (1939) eseri ile ortaya koyduğu kuram,

2 Orijinal ismi *Differential Association* olan kuram, Türk literatüründe çeşitli isimlendirmelerle anılmaktadır. Bu çalışmada, günümüzde yaygın olan Ayırıcı Birliktelikler Kuramı (Dolu, 2014: 238) kullanılmış ise de, Ayırıcı Birleşenler Kuramı (Kızmaz, 2005: 162), Ayırıcı Birleşimler Teorisi (Demirel, 2017: 43) gibi farklı isimlendirmeler de mevcuttur. Dolu (2012: 238) çok sayıda başka örnek de vererek “hemen her yazarın farklı bir isim kullanmayı tercih ettiğini” belirtmektedir. Bu isimlerden birinin diğerine üstünlüğü olmadığı kanaatinde olmakla birlikte, okuyucuya kolaylık sağlamak açısından yaygın olan kullanıma iştirak edilmiştir.

ilk olarak yalnızca “sistemik suç davranışı”nı açıklamakta kullanılmış, suç davranışını açıklayan genel bir kuram olma potansiyeli yazar tarafından bile sonradan anlaşılabilmiştir (Cressey, 1960: 2). Eserin ilk baskısında suç davranışında ve suça neden olan ayırıcı birlikteliklerin kurulmasında “tutarlılık” ögesine yer veren ve kuramı bu şekilde tasarlayan Sutherland, sonraki baskılarda bu ögeyi çıkardığı gibi, “sistemik” ifadesinden de vazgeçmiştir (Cressey 1960: 2). Çalışmamızda, bu nedenle kuramın mezkûr gelişim sürecinden sonra son şeklini aldığı ve *Principles of Criminology* eserinin devamı niteliğinde olan *Criminology* (Sutherland ve Cressey, 1978) eserindeki açıklamalara başvurulacaktır<sup>3</sup>.

Sutherland’in, Ayırıcı Birliktelikler Kuramı’nı oluştururken Shaw ve McKay’in suçun kültürel aktarımı görüşünden etkilendiği gibi (Demirel, 2017: 43), Tarde’nin taklit kuramından da etkilendiği, hatta bu kuramın uzantısı olduğu ifade edilmektedir (Dolu, 2012: 238). Bu bağlamda suç, öğrenme ve aktarımın konusudur. Suç davranışı, bireyin bir iletişim örüntüsü içinde olduğu kişilerle etkileşimlerinde öğrendiği bir fenomendir (Cressey, 1960: 2).

Ayrıcı Birliktelikler Kuramı’na göre suç davranışı, toplumsal açıdan şu ilkelere göre açıklanabilir:

Suç davranışı insanın doğasında yoktur, bu davranışlar sonradan öğrenilir. Bu nedenle, suç davranışını çevresinden öğrenmeyen bir kişi onları bulup gerçekleştiremez (Sutherland ve Cressey, 1978: 80). Suç davranışı gibi, suçu mantıksallaştıracak nedenler ve suç yöntemleri de aynı mekanizmalarla bireyden bireye aktarılır (Sutherland ve Cressey, 1978: 81). Bir başka deyişle, suç davranışı, onun gerçekleştirilmesini sağlayan nedenler, amaç ve saikler, o suçu gerçekleştirmeyi sağlayacak yöntemler ile birlikte bir bütündür ve bütünlük içinde öğrenilir.

İnsanlar suç davranışını çevrelerindeki insanlarla iletişim kurarak öğrenirler ve bu iletişim sözel veya sözel olmayan iletişim yollarıyla gerçekleştirilebilir (Sutherland ve Cressey, 1978: 80). Öğrenme, küçük ve samimi gruplar arasında ve genellikle yüz yüze konuşma sırasında gerçekleşir. Bu nedenle suç davranışı genellikle aile, akran ve arkadaş gruplarından öğrenilir. Buna karşılık samimi olmayan ilişkilerin (televizyonda veya gazetede bir suç davranışına tanık olmak gibi) öğrenme üzerinde önemli bir etkisi yoktur (Sutherland ve Cressey, 1978: 80-81).

3 Eserin her baskısındaki değişiklikler hakkında ayrı ayrı bilgi edinmek için bkz. Bruinsma (1992).



Suç davranışını öğrenme, diğer öğrenmelere benzemekte ve aynı süreçleri izlemektedir. Dolayısıyla suç davranışının öğrenilmesi ve uygulanmasına neden olan zihinsel süreçler aslında diğer bütün (yasaya uygun veya toplumsal açıdan kabul edilir) davranışlarla aynıdır. Bir suç davranışını öğrenmek hem o davranışın nasıl gerçekleştirileceğini öğrenmeyi hem de kişiyi o davranışa sürükleyen güdü, gerekçelendirme araçları ve düşünce tarzını öğrenmeyi kapsar. Hangi davranışın suç olduğu yasadan öğrenilir ve bu noktada kişinin çevresindeki diğer insanların yasalara bakışı önemlidir. Eğer kişinin çevresindekiler yasaları uyulması gereken bir norm olarak görüyorsa bu tutum kişinin suç davranışını benimsemesini engeller.

Gerek suç davranışı gerekse suç olmayan davranışlar temelde aynı gereksinimlerin ve güdülerin dışavurumudur. Sözelimi bir arabaya sahip olmak isteyen kişi bu arabayı çalışıp kazandığı parayla alabileceği gibi, çalmayı da seçebilir. İnsan zihninde sürekli olarak yasalara uyma ve yasaya aykırı davranma konusunda öğrenmeye dayalı bu tür ilişkiler kurulur. Kişinin zihninde kanuna aykırı davranmayı benimseyen düşünceler, yasaya uygun düşüncelere baskın geldiğinde kişi psikolojik açıdan suçlu haline gelir. Zihinde her iki düşünce tarzı birbiriyle çatışma halindedir ve Ayırıcı Birliktelikler Kuramı bu çatışmaya dayanır (Sutherland ve Cressey, 1978: 80-82).

Kurama “ayırıcı birliktelikler” adının verilmesine neden olan da bu temel ilkedir. Suç davranışı ile ilişkili öğrenme örüntüleri, bir başka deyişle birliktelikler, suç teşkil etmeyen davranışlar ile ilişkili öğrenme örüntüleri ile birbirinden ayrılmaktadır. Bu bağlamda suç davranışı, suçla ilişkili öğrenmeler ve suç teşkil etmeyen davranışlara ilişkin öğrenmelerin eksikliği ile açıklanmış olur (Cressey, 1960: 2). Suç davranışında bulunan kişiler ile etkileşim kurulan, suça tanık olunan, suçların ya da suç ile iç içe bir yaşam tarzının yüceltiği bir çevrede suçla ilişkili öğrenmeler daha yoğun olacaktır. Aynı şekilde suç teşkil etmeyen davranışlara ilişkin öğrenmelerin gerçekleşebileceği çevresel etkenlerden yoksunluk (aileden ayrılmak, okula devam edememek, toplumdan kopmak ve yalnızlaşmak vb.) da suç teşkil etmeyen davranışlara yönelik öğrenmenin gerçekleşmesini engelleyerek suçluluğa giden yolu açmış olacaktır (Glaser, 1960: 7-8).

Ayırıcı birlikteliklerin etkisi; güç, sıklık, süre ve öncelik değişkenlerinden etkilenir. Buna göre yasaya uygun veya aykırı bir davranışa yönelik öğrenme kişinin yaşamında ne kadar erken kurulmuş, uzun sürmüş, sık yinelenmiş ve önemli ise davranışın gerçekleşme olasılığı o kadar artar (Sutherland ve Cressey, 1978: 81-82). Ayırıcı birliktelikte “güç”ten ne anlaşılması gerektiği konusu Sutherland tarafından açıkça tanımlanmamış olmakla birlikte, daha sonra Cressey, gücün suç teşkil eden veya

etmeyen davranışa dair öğrenmenin kaynağının, öğrenen için saygınlığı ile yakından ilişkili olduğunu ifade etmiştir (Sutherland ve Cressey, 1978: 81-82). Bu değişkenlerin etkisi daha sonra araştırmaların da konusu olmuş ve suç davranışı ile suçlular ile kurulan yakın ilişkiler değerlendirilmiştir (Alam, 2021; Bruinsma, 1992; Reiss ve Rhodes, 1964; Short Jr., 1957). Short Jr. tarafından yürütülen çalışmada dört değişkenin de suçluluk ölçeğinden alınan puanlar ile pozitif korelasyon içinde olduğu belirlenmiştir. Güç<sup>4</sup> ve sıklık değişkenleri hem kadınlarda hem erkeklerde en güçlü pozitif korelasyona sahiptir (Short Jr., 1957: 236). Reiss ve Rhodes, her ne kadar dört değişkeni ayrı ayrı incelememişlerse de yakın arkadaşlar arasında aynı suçu işleme olasılığının yükseldiğini tespit etmişlerdir. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, yazarlar, elde ettikleri sonuçların Ayırıcı Birliktelikler Kuramı'nın öngörülerıyla uyumlu olmakla birlikte, kuramın suç davranışını açıklayan diğer kuramlara bir üstünlüğü bulunduğunu gösterecek bir özellik göstermediğini de not etmektedirler (Reiss ve Rhodes, 1964: 18).

Her ne kadar Ayırıcı Birliktelikler Kuramı, son hali itibarıyla suç davranışını açıklayan genel bir kuram niteliğinde olsa da, Sutherland'in de kabul ettiği üzere her suç tipi bakımından ayırıcı birliktelikler mekanizması aynı şekilde işlememektedir (aktaran Matsueda, 1988: 281). Dolayısıyla hem kuramsal açıdan hem de politika geliştirme süreçleri bakımından kuramın işlevselliği belli suç tipleri bakımından daha yüksektir (Matsueda, 1988: 281). Aşağıda tartışılacağı üzere bu düşünce, suç aktarımının yalnızca belli suç tiplerinde görülmesi ya da her suç tipinde suç aktarımının düzeyinin değişmesi ile tutarlıdır.

Kısaca ifade etmek gerekirse Sutherland ve Cressey'e (1978) göre her insan gereksinimlerini gidermenin yollarını arar ve bu yolların bilgisine doğuştan sahip değildir. Bu yolları yakın çevresini gözlemleyerek öğrenir. Öğrendikçe o yolu seçmeye yönelik düşünce tarzı ve tutumları da benimser. Bu yolun kanunlarda suç olarak tanımlanıp tanımlanmamış olmasının öğrenme üzerinde bir etkisi yoktur.

Birey düzeyindeki bu psikolojik açıklamalar, sosyal gruplara genişletilerek suç davranışının nedenlerinden birini açıklayan bir sosyolojik kuram elde edilmiş olur. Her toplumda birbirinden düşünce, görüş ve bakış açıları bakımından farklılaşan; sosyoekonomik açıdan birbirinden farklı gruplar yer almaktadır. Bu gruplardan birinde yetişen birey, diğer grupların bireylerine göre farklı bir öğrenmeye maruz kalır. Söz

4 Short Jr., güç değişkenini Cressey gibi ilişkinin saygınlığı ile bağdaştırmıştır. Güç değişkenine ilişkin bilgi, katılımcılara sorulan "En iyi arkadaşlarınız arasında suça sürüklenen çocuk var mıydı?" sorusuna verilen cevaplardan edinilmiştir (Short Jr., 1957: 234-235).

gelimi eğitimli ve sosyoekonomik düzeyi yüksek bir grupta refah ve başarıya hukuka uygun yollardan erişme düşüncesi öğretilirken, bir gecekondu mahallesinde aynı sonuca suç davranışı ile erişme kültürü benimsetilebilir. Bir başka grup ise bu başarı düşüncesini tümüyle yadsıyor olabilir. Sutherland bu açıklamayı, aynı toplumun farklı gruplarında farklı suç oranlarının izahında kullanmıştır (Cressey, 1960: 3; Sutherland ve Cressey, 1978: 82).

Ayırıcı Birliktelikler Kuramı günümüzde suçun sosyolojik açıklamaları arasında varlığını korumaktadır (Dolu, 2012: 238). Kuram, kendisinden sonra gelen pek çok kuramı da çeşitli şekillerde etkilediği gibi (Demirel, 2017: 43, 46, 127) çeşitli gerekçelerle kuramın farklı varyantları da ortaya atılmıştır (Bruinsma, 1992: 30; Matsueda, 1988: 287 vd.). Bu itibarla, Ayırıcı Birliktelikler Kuramı'nın 20. yüzyıla damgasını vuran kriminolojik kuramlar arasında yer aldığı söylenebilir (Liska, 1969: 485). Hatta öncülleri ve ortaya koyduğu mekanizmalar itibarıyla yeni suç davranışlarını öngörmekte diğer kuramlara göre üstün olduğu da savunulmuştur (Glaser, 1960: 14). Araştırmalarla elde edilen veriler de kuramın suç davranışını açıklamakta kullanılabileceğini göstermektedir (Alam, 2021; Bosiakoh ve Andoh, 2010; Short Jr., 1957). Bütün bu açıklamalar, Ayırıcı Birliktelikler Kuramı'nı, CİK'lerde suç aktarımı mekanizmalarını izah etmek için güçlü bir aday haline getirmektedir.

## 4. Suç Aktarımında Etkili Olan Faktörler

### 4.1. Mekân ve Zamanla İlişkili Etkenler

Hükümlüler arası suç aktarımı nedenlerinden ilki fiziksel/mekansal yakınlıktır. Hükümlüler CİK'e girince pek çok farklı suçtan ceza almış hükümlüyle bir araya gelir ve bu hükümlüler birbirleriyle tanışma ve deneyimlerini paylaşma olanağı bulurlar. Bu tanışıklık tarafların birbirine yeni suçlar öğretmesine neden olabileceği gibi, çeteler için üye toplama, örgüt propagandası, CİK'te yasa dışı yapılar oluşturma gibi süreçlere de olanak tanıyabilir (Bayer ve ark., 2007; Irwin ve Cressey, 1962; Samenow, 2014; Roxell, 2011).

Fiziksel yakınlığın yanı sıra bireylerin CİK'te buldukları zamanın nasıl geçirildiği de önemli bir konudur. Hükümlünün gün içinde diğer hükümlülerle birlikte geçirdiği zaman arttıkça hükümlüler arası suç aktarımının da arttığı belirlenmiştir (Damm ve Gorinas, 2016: 28). Hem hükümlünün diğer hükümlülerle suç aktarımına yol açacak şekilde birlikte zaman geçirmesinin ve "suç" üzerine sohbet veya planlamalar yapmasının önlenmesi hem de hükümlünün infaz sonrası hayatına hazırlanabilmesi için temel

unsur, zamanının önemli bir bölümünün eğitim ve çalışma faaliyetleri ile doldurulabilmesidir.

Örneğin, Graffan ve ark. (2014: 355) tarafından Avustralya’da yürütülen bir çalışmada; iş başvurusu ve görüşmesi yapma, zararlı maddelerden uzak durma, salıverilme sonrası uyum vb. içeriklere sahip uygulanan programın 2 yıl sonraki mükerrerlik oranını ve gerçekleşen suçun şiddetini (öldürme eyleminden bulunmak yerine yaralama eyleminde bulunmak gibi) anlamlı ölçüde azalttığı gözlenmiştir. Bir başka çalışmada da spor odaklı çalışmaların öz saygı, güven, toplum yanlısı (prososyal) davranışlar gibi suç eylemini önleyici yapılar üzerinde olumlu etkisi olduğu ortaya konulmuştur (Woods ve ark., 2017: 160).

Türkiye’de infaz uygulamalarında hükümlünün zamanını olumlu ve işlevsel biçimde geçirebilmesini sağlamaya yönelik çeşitli yasal düzenlemeler (CGTİHK m. 29-31) olmakla birlikte uygulamada bu düzenlemenin yeterince iyi işletilemediği görülmektedir. İdeal bir sistemde istekli hükümlülerin tamamının çalıştırılabilmesi ve hükümlülerin çalışmaya istekli olabilmesini sağlayacak teşviklerin sağlanabilmesi gerekir. Bununla birlikte Türkiye’de mevcut durum, bu ideali karşılamaktan uzaktır. Türkiye’de CİK’lerdeki işyurtlarına ilişkin istatistikler incelendiğinde 2018 yılında 264.842 bireyden sadece 59.150’sinin (%22,3) (Ceza İnfaz Kurumları İle Tutukevleri İşyurtları Kurumu, 2018: 70; Türkiye İstatistik Kurumu, 2019). 2019 yılında ise 291.546 bireyden sadece 60.767’sinin (%20,8) bir iş atölyesinde çalıştığı görülmektedir<sup>5</sup> (Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İşyurtları Kurumu, 2020: 63; Türkiye İstatistik Kurumu, 2020). Görüldüğü gibi, Türkiye’deki CİK’lerde zaten oldukça düşük olan çalışma oranı CİK nüfusundaki hızlı artışın, iş atölyesi kapasitesindeki artışın çok üzerinde olması nedeniyle, giderek daha da düşmektedir.

Eğitim faaliyetleri bakımından da benzer bir durum söz konusudur. Nitekim Türkiye’de yapılmış olan çeşitli çalışmalarda tutuklu/hükümlü bireylerin %34 (Şen, 2016: 49) ila %70’i (Balaban ve Özen, 2015: 48) CİK’lerde yürütülen eğitim faaliyetlerini yetersiz olduğunu bildirmektedir.

Bir iş veya görevi olmayan hükümlüler zamanlarının önemli bir kısmını birbirleriyle konuşarak geçirirler ve bu konuşmaların konusu çoğu kez “suç”tur (Samenow, 2014: 227). Bu da, ayırıcı birlikteliklerin tanımı gereği yeni suç davranışları için yeni öğrenme

5 2020 ve 2021 yıllarına ait istatistikler, COVID-19 salgınının gerek tutuklu ve hükümlü sayısı gerekse hükümlülerin barınması ve çalıştırılmasına ilişkin koşullar bakımından geçici fakat önemli değişikliklere neden olması nedeniyle çalışmaya dahil edilmemiştir.

olanakları anlamına gelebilecektir. Hükümlüler bu esnada yalnızca yeni suçlar ya da suç yöntemleri öğrenmekle kalmayacak, aynı zamanda bu suçları mantıksallaştırma gerekçeleri de edinebilecek ve içselleştirebileceklerdir. Diğer ortamlara kıyasla, CİK'lerde, suç teşkil eden davranışlara ilişkin ayırıcı birlikteliklerin sıklığının bu nedenle daha yüksek olabileceği düşünülmektedir.

#### **4.2. Yakın İlişkiler**

Unutulmamalıdır ki kişinin yakın çevresinde suç geçmişi olan kişilerin varlığı suç davranışının en önemli yordayıcılarından (Jensen, 1972; Glaeser ve ark., 1996) ve hem ilk suç davranışını hem de tekrür olasılığını artırır (Roxell, 2011). Türkiye'de kapalı CİK'te bulunan 388 hükümlü bireyle gerçekleştirilen bir çalışmada tekrür bakımından, yakın arkadaşlar arasında suç geçmişi olan bir kişinin bulunmasının, ailede suç geçmişi olan bir kişinin bulunmasından daha önemli olduğu bulunmuştur (Topses, 2013: 285).

Bu sonuçlar Ayırıcı Birliktelikler Kuramı'nın öngörülleri ile tutarlıdır. Kurama göre bireyin çevresinde bulunan kişiler, onun suç teşkil eden ya da etmeyen davranışlarına dair öğrenmelerinde doğrudan etkilidir. Üstelik yukarıda da ifade edildiği üzere sosyal ilişkinin birey için saygınlığı, yani ayırıcı birlikteliğin gücü, bireyin davranışlarını belirlemede en önemli etkidir. Ne yazık ki bu yönüyle CİK'ler bireyler için en tehlikeli yerlerden biridir. Zira CİK'e giren hükümlü bir anda daha önce olmadığı kadar çok suç geçmişi olan kişiyle yaşamaya başlamakta ve bu yeni çevreden kendine yeni yakın arkadaşlar, "mahpushane dostları" ve "kader ortakları" edinebilmektedir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, kişinin yakın çevresi ve ilişkileri gelecekteki davranışlarını etkileyebildiğinden, bu ilişkilerin suç eğilimi olmayan kişilerle kurulması önemlidir. Bu noktada kişinin ailesi ve arkadaşları dışında, toplumun da devreye girerek sorumluluk üstlenmesi gerekmektedir.

#### **4.3. Ceza infaz kurumu alt kültürünü benimseme ve mahkumlaşma**

Hükümlülerin birbirlerinden suç türü ve yöntemleri öğrenmelerinin diğer bir nedeni de "ceza infaz kurumu alt kültürü" olgusudur. Alt kültür, toplumun bir kesiminin toplum genelinden kullanılan dil, değerler, din, beslenme ve yaşam biçimi gibi özellikleri açısından farklılaşmasını ifade eder (Yinger, 1960: 626). CİK alt kültürü, kurumun yapısal özellikleri nedeniyle özellikle hükümlülerin CİK koşullarına uyum sağlamak için harcadıkları çabanın ve yaşadıkları zorlukların bir sonucu olarak ortaya çıkar (Sirisutthidacha ve Tititampruk, 2014: 95).

CİK'e giren bir hükümlü öncelikle mahkumlaşma (prisonization) sürecinden geçer. CİK'in yapısını tanır, kurallarını öğrenir ve kendisinden beklenenlerin neler olduğunu çözümler (aktaran Irwin ve Cressey, 1962: 143-144). Ayrıcı Birliktelikler Kuramı'nı CİK ortamına uyarlayarak mahkumlaşma kavramını ortaya atan (Harris ve ark., 2018: 88) Clemmer bu süreci şöyle özetler: Hükümlü bir alt grubun anonim bir üyesi haline gelir; diğer grup üyeleriyle aynı giysileri giymeye başlar; kısa sürede görevliler arasındaki ast-üst ilişkilerini, konumları ve unvanları çözümler; kurumunun argosunu öğrenir; kurum kuralları gereğince yeme-içme, uyku ve diğer alışkanlıkları değişir. Hükümlü o kadar büyük bir değişimden geçer ki Clemmer'e göre *"Bir daha başka bir topluluğa sorunsuzca uyum sağlayabilmesi neredeyse imkansızdır."* (aktaran Haynes, 1949: 439). Bu alt kültür, kurumlar ve hükümlüler tarafından sürekli beslenir, geliştirilir ve CİK'e giren kişilerin kurumla mücadele edebilme rehberi haline gelir (Irwin ve Cressey, 1962: 151). Sonuçta CİK alt kültürü hükümlünün diğer hükümlülere ve kurum çalışanlarına karşı davranışlarının ne yönde (olumlu/olumsuz) gerçekleşeceğini etkileyebilir.

CİK alt kültürünün öğeleri kısaca şöyle özetlenebilir: Hükümlüler sürekli emirlere göre hareket etmeleri ve denetim altında olmaları nedeniyle içsel denetimlerini yitirir, toplumsal normlardan uzaklaşarak suç düşüncesiyle daha çok bütünleşirler (Roxell, 2011). Hükümlüler kendilerine ait bir dil geliştirirler, bu dil hem CİK kurallarını ortadan kaldırmak hem de bir grup kimliği geliştirmek açısından işlevseldir (Wittenberg, 1996: 50). Kendi kurallarını oluştururlar, toplumsal hiyerarşi ve otorite geliştirirler (Haynes, 1949, Roxell, 2011). Otorite figürü genellikle diğerlerine göre daha ağır bir suç eyleminde bulunmuş kişidir (Irwin ve Cressey, 1962: 144). Serinkanlı, ağzı sıkı hükümlüler sevilir ve özellikle CİK'te gerçekleşen olayların idareye bildirilmesi doğru bulunmaz (Yarsuvat, 2011: 463).

CİK'lerin kendine özgü bir mitolojisi vardır ve eski hükümlülerden yeni hükümlülere aktararak süregider. Eski ayaklanmalar abartılarak anlatılır, büyük suç eylemleri olan "eski zaman mahpusları" efsaneleştirilir (Haynes, 1949: 437). CİK mitolojisi yeni hükümlüler için güçlü bir eğitim aracı işlevi görür.

Görüldüğü üzere hükümlünün bir anda kendini içinde bulunduğu bu yeni alt kültür, tamamen hükümlülerin oluşturduğu, suç düşüncesi etrafında şekillenen, suça olumlu bir gözle bakılan ve hatta gerçekleştirdiği suçun büyüklüğünün hükümlünün ne kadar önemli biri olduğunu belirlediği bir alt kültürdür (Erem, 1987: 420). Dolayısıyla infaz kurumu alt kültürü kişiyi daha fazla suç eyleminde bulunmaya özendirir (Song ve Lieb, 1993).

Mahkumlaşma süreci her birey için değişkendir ve birey üzerindeki etkisini belirleyen birkaç öge barındırır. Hükümlünün CİK’te kalma süresi ne kadar uzunsa mahkumlaşmanın etkisi o kadar büyük olur (Thomas, 1977: 135; Walker, 1983: 67; Wooldredge, 1997). Bunun yanı sıra tutuklanma öncesi herhangi bir işte çalışma durumu, bireyin CİK’e ve şiddete yönelik tutumları, CİK öncesi kimliğine verdiği önem gibi değişkenler de bireyin mahkumlaşma düzeyinin anlamlı yordayıcılarıdır (Paterline ve Petersen, 1999: 437). Mahkumlaşmaya karşı koruyucu etkenler ise hükümlünün CİK’e girmeden önce olumlu toplumsal ilişkiler tarafından belirlenen düzenli ve dengeli bir kişiliğe sahip olması, CİK dışındaki olumlu ilişkilerini sürdürmesi ve CİK’teki diğer bireylerle asgari ilişkiyi sürdürürken onlarla bütünleşmeyi reddetmesidir (aktaran Kızmaz, 2007: 10). Bu üç etken aslında birbiriyle bağlantılı olup hükümlünün çevre algısının önemine vurgu yapmaktadır. Hükümlü infaz kurumu dışında ne kadar iyi ilişkilere sahipse ve bu ilişkileri ne kadar koruyabilirse mahkumlaşmadan da o kadar az etkilenir.

#### 4.4. Damgalama

Her toplumda suça ve suçlulara karşı tepkiler ortaya çıkar. Suç ve suçun faili hakkında kaçınılmaz olarak genel bir olumsuz kanaat belirir. Suçun faili, bir “suçlu” olarak etiketlenir ve diğer bütün özellikleri gölgede kalır. İlk damgalama kuramcılarında olan Tannenbaum, aslında başkalarından çok da farklı bir insan olmayan failin, toplumun bütün dikkatinin suçluluğa yönelmiş olması nedeniyle farklı bir gözle görülmeye başlanmasını *kötülüğün dramatize edilmesi* olarak anmaktadır (Tannenbaum, 1938: 19). Tannenbaum’a göre aslında sorun tam da burada yatmaktadır: Kötülüğü büyüten şey, onun üzerine eğilmek, onu düzeltmeye çabalamaktır. Yapılması gereken, bilakis kötülüğün konuşulmaması, onun dramatize edilmesinden vazgeçilmesidir (Tannenbaum, 1938: 20). Çünkü işlediği suçla tanımlanan “suçlu” birey, artık bir suçlu hayatı sürmek ve suçlularla birlikte olmak dışında bir çıkar yol bulamayacaktır. Tannenbaum’dan sonra Lemert’in “birincil ve ikincil sapma” yaklaşımı ve Becker’in “hariciler” düşüncesi (Becker, 2013) damgalama kuramlarına yeni açılımlar getirmiştir (Demirbaş, 2020: 165 vd.; Dolu, 2012: 388 vd.). Bütün bu düşüncelerin ortak noktası, suçlu damgasının toplumla fail arasındaki mesafeyi artırdığı ve onu yeni suçlara ittiğidir.

Braithwaite (2006) bu düşüncelere karşı çıkmış ve birleştirici ayıplama düşüncesini ortaya atmıştır. Yazara göre utandırma, suçluluğun önlenmesinde ve bastırılmasında psikolojik önemi haiz bir ögedir, buna karşılık utandırmanın olumlu etki uyandırabilmesi için belli özellikler taşınması gerekir. Eğer faile, kötü bir eylemde bulunmuş iyi bir insan gözüyle bakılır ve saygıyla muamele edilirse, ona yeniden suça karışmasını



önleyecek olan *birleştirici ayıplama* yöneltilmiş olur. Buna karşılık fail, kötü bir insan olduğu düşüncesiyle saygısızca ve aşağılayıcı bir muameleye maruz bırakılırsa, onu suçlu alt kültürüyle bütünleşmeye itecek olan *damgalama* ortaya çıkar (Braithwaite, 2006: 12). Birleştirici ayıplama şeklinde beliren tepkiyi damgalamadan ayıran temel unsur, toplumun dikkatinin yöneldiği noktadır. Suça yönelen tepki birleştirici ayıplamayı, suçluya yönelen tepki damgalamayı doğuracaktır. Yazar bu nedenle “kötülüğün mümkün olduğunca konuşulmaması” düşüncesinin, en şiddetle karşı çıkılması gereken düşünce olduğunu kabul etmekte ve kötülüğü dramatize eden toplumların düşük suç oranlarına sahip olduğunu savunmaktadır (Braithwaite, 2006: 17).

Damgalamanın suç aktarımı bakımından önemi, hapis cezasının infazı sırasında ve sonrasında toplumun faile olumsuz bakış açısının onu yeni suçlara neden ve nasıl sevk edebileceği noktasında ortaya çıkmaktadır. CİK’te bulunan bazı kişiler suçu meslek edinmiş, yaşamın merkezine almış kişilerdir ve geçimlerini bu yolla sağlarlar. Buna karşılık CİK’te bulunan kişilerin önemli bir bölümü böyle bir özellik taşımaz. Bu hükümlülerden bazıları ekonomik çıkar amacıyla suç eyleminde bulunmamıştır, geri kalanları ise sürekli olarak suçla geçimlerini sağlama niyetinde değildirlir. CİK’e girdiğinde yeni suçlar ve suç yöntemleri öğrenmek için bir nedeni olmayan bu kişiler, salıverilme sonrasında ilgili kaygı duymaya başlarlar. Zira “suçlu” olarak damgalandıklarına ve toplum tarafından eskisi gibi kabullenilmeyeceklerine inanırlar (Koçak ve Altun, 2010: 114; Yarsuvat, 2011: 458). Hükümlüler için “suçlu” damgası, cezaları tamamlandıktan sonra da sürüp gidecek bir kader haline gelmiştir (Işıқтаç, 2013: 625). Özellikle iş bulmakta zorluk çekeceklerinden korkarlar ki, bu korkuları yersiz de değildir. CİK’ten salıverilen çok sayıda eski hükümlü toplum tarafından dışlandığını ve iş bulamadığını bildirmektedir (Karakartal, 2018: 79).

Damgalanma düşüncesi bu şekilde hükümlüleri dolaylı yoldan yeni suç eylem ve yöntemleri öğrenmeye iter. CİK’ten salıverildikten sonra da toplumsal destek ve parasal yoksunluk nedeniyle yeniden suça yönelebilirler. Ekonomik çıkar amacıyla suç işleyen hükümlülere kıyasla, diğer hükümlülerin suç aktarımından daha az etkilendikleri görülmektedir (Damm ve Gorinas, 2016: 45).

Damgalama, aynı zamanda kişiyi yalnızlaşmaya, toplumdaki ve çevresinden uzaklaşmaya itecektir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, suçluluğa neden olan yalnızca suç davranışına ilişkin öğrenmeler değildir. Aynı zamanda suç teşkil etmeyen davranışlara ilişkin öğrenmelerin de yokluğudur. Yalnızlaşma ve toplumdaki kopuş, kişiyi sağlıklı ilişkiler kurmaktan da alıkoymaya için, suç teşkil etmeyen davranışlara ilişkin aktarımın da



önüne geçecektir (Glaser, 1960). Bir başka deyişle damgalama kişiyi hem doğrudan hem de dolaylı olarak yeni suçlara itmektir.

Bu noktada sorulması gereken önemli bir soru, damgalamanın hapis cezasıyla bir ilişkisinin bulunup bulunmadığıdır. Zira yukarıda yapılan açıklamalar itibarıyla damgalama, daha ziyade gerçekleştirilen suçun ve fail hakkında verilen mahkûmiyet hükmünün bir sonucu gibi görünmektedir. Gerçekten de damgalamanın asıl kaynağı ceza değil, suçtur. Bununla birlikte, hapis cezası şeklinde beliren bir ceza damgalamayı ve toplumdaki dışlanmayı bizatihi artırmakta ve hükümlünün “suçlu” kimliğini daha çok benimsemesini sağlamaktadır (Nagin, ve ark., 2009). Dolayısıyla damgalama sorunu, hapis cezaları bakımından özel bir önem de kazanmaktadır.

Bu durumu açıklamak için çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. *Genel Gerilim Kuramı*'na göre, hapis cezası, hükümlünün hapis cezasının infazı sırasında veya sonrasında toplum tarafından çok sayıda olanaktan yoksun bırakılmasına ve hükümlü ile toplum arasındaki gerilimin artmasına neden olur (Monteiro, 2015, Özbay, 2011). *Sosyal Bağ Kuramı*'na göre ise, hapis cezası hükümlünün ailesinden ve üyesi olduğu toplum düzeninden uzaklaşmasına, onlarla aralarındaki bağın zedelenmesine neden olur (Rocque, Bierie ve MacKenzie, 2011).

#### 4.5. CİK'te Geçirilen Süre

CİK'te geçen süre arttıkça hükümlülerin yeni suçlar öğrenme ve CİK'te tanıştığı bir hükümlüyle salıverilme sonrasında birlikte suç eyleminde bulunma olasılığının arttığı gözlenmiştir (Damm ve Gorinas, 2016: 28). Bu bulgu, sağduyuya uygundur, zira infaz kurumunda daha uzun süre kalan bir hükümlü muhtemelen daha fazla hükümlü ile tanışacak, onlarla yakınlık kurmak ve bilgi paylaşmak için daha çok fırsata sahip olacaktır (Damm ve Gorinas, 2016). Bununla birlikte CİK'te geçirilen sürenin artması mahkumlaşma düzeyini ve buna bağlı olarak yeniden suç davranışı olasılığını da artıracaktır (Kızmaz, 2007). Unutulmamalıdır ki CİK'te geçirilen süre ne kadar artarsa salıverilme sonrası kişinin topluma uyumu ve iş bulabilmesi o kadar zorlaşacaktır. Bu zorluk CİK'te hükümlünün zihninde filizlenen suç düşüncesini eyleme dökmesine yol açabilecektir.

Salıvermeye uygunluk değerlendirmesinin etkin ve başarılı bir şekilde yapılarak yeniden suç davranışında bulunma olasılığı düşük olan bireyler daha erken salıverilerek suç aktarımı olasılığı azaltılabilir. Mevcut durumda hükümlüler tehlikeliliklerine ilişkin gerçekçi bir değerlendirme yapıl(a)madan ve çoğunlukla yalnızca gerekli süreyi doldurduklarında koşullu salıverilmeden yararlandırılmaktadır. Böyle bir yaklaşım

yüksek tehlikelilik düzeyi süren hükümlülerin yeniden topluma karışmasına neden olmakta ve toplumun eski hükümlülere karşı olumsuz bakış açısını güçlendirmektedir.

Ayrıca ceza sürelerini arttırmanın tekerrürü azaltmadığı (Mears, Cochran, Bales ve Bhati, 2016: 120; Orsagh ve Chen, 1988: 165 vd.); hatta artmasına neden olabileceği de ortaya konulmuştur (Song ve Lieb, 1993: 8). Bu noktada TCK'da belirtilen ceza miktarları UYAP'taki büyük verinin (big data) bilimsel yaklaşım ve yöntemlerle değerlendirilmesiyle ceza sürelerinin güncellenmesi yararlı olacaktır.

#### **4.6. Ceza İnfaz Kurumunun Türü**

Sağduyuyla öngörülebileceği üzere bireyin barındığı CİK türü bireyler arası etkileşim, kurum denetiminin yoğunluğu vb. farklılıklar nedeniyle suç aktarımında etkili olabilecek bir diğer etkidir. Örneğin, Danimarka'da yürütülmüş olan bir çalışmada kapalı CİK'lerde hükümlüler arası suç aktarımının anlamlı biçimde daha yüksek olduğu belirlenmiştir (Damm ve Gorinas, 2016: 29). Yazarlar bu durumu açık CİK'teki hükümlülerin aileleri ve yakınlarıyla daha rahat ve sık görüşebilmesiyle açıklamıştır. Açık CİK'teki kişilerin daha düşük mahkumlaşma düzeyi göstermesi, zamanlarını daha verimli kullanabilmeleri gibi nedenler de hükümlü suç düşüncesinden uzaklaşabilmektedir.

Aynı şekilde, İsveç'te yürütülmüş olan bir çalışmada CİK'te tanışıp daha sonra birlikte suç işleyen bireylerin %60'ının kapalı CİK'te, %38'inin açık CİK'te birlikte bulunduğu belirlenmiştir (Roxell, 2011). Açık CİK'te hükümlülerin birbiriyle daha kolay ilişki kurabildiği göz önüne alındığında bu bulgu ilk bakışta şaşırtıcı görünse de Roxell (2011: 380-384) bu durumu açık CİK'te hükümlülerin daha düşük düzeyde mahkumlaşmasıyla ve kapalı CİK'teki hükümlülerin geçmişlerinde genellikle daha fazla ve daha ciddi suçlar işlemiş olması ile açıklamaktadır.

İlk kez suç davranışında bulunan ve düşük tehlikeli olarak sınıflandırılacak hükümlülerin kapalı kurumlara hiç alınmaması veya kısa süre barındırılması suç aktarımını önleyecektir. Açık CİK'ler hükümlünün ailesi ve kurum dışındaki çevresiyle daha fazla iletişim kurabilmesine olanak sağlamakta, onları sadece hükümlülerden oluşan bir çevreden korumaktadır. Bu bakış açısıyla gerekli yasal ve teknik düzenlemeler yapılarak hükümlülerin kurum dışı toplumsal ilişkilerini sürdürmeleri kolaylaştırılabilir.

#### **4.7. Hükümlünün Gerçekleştirdiği İlk Suçun Türü**

Yukarıda ifade edildiği üzere Ayırıcı Birliktelikler Kuramı, bütün suç davranışlarını açıklamak bakımından aynı güce sahip değildir. Ayırıcı birliktelikler mekanizmasının

her suç tipi bakımından az ya da çok farklı çalışması ile izah edilen bu durum, gerek kuramsal gerekse politika geliştirme süreçleri bakımından kuramın öneminin yalnızca belli suç tiplerinde ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

Eğer ayırıcı birliktelikler mekanizması farklı özellikler gösteren suç tipleri bakımından farklı işlemekteyse, suç aktarımının düzeyinin de suç tipinden etkileniyor olması beklenir. Nitekim yapılan çalışmalar hükümlünün CİK’te bulunmasına neden olan suçun türünün, suç aktarımı üzerinde etkili olduğunu göstermektedir. Danimarka’da yapılan bir çalışmada uyuşturucu madde suçları, tehdit, kundakçılık ve hırsızlık suçlarında suç aktarımının olduğu, buna karşılık silahlı suçlar ve cinsel saldırı suçlarında suç aktarımının olmadığı, hatta aynı suçtan ceza alanlarla birlikte bulunmanın cinsel saldırı suçunda tekerrür olasılığını azalttığı belirlenmiştir (Damm ve Gorinas, 2016: 33).

Birleşik Krallık’ta yapılan bir çalışmanın bulguları da bu sonuçlarla tutarlıdır: Suça sürüklenmiş çocuklarda hırsızlık ve uyuşturucu madde suçlarında suç aktarımının olduğu ve akran etkisinin hükümlünün tekerrür olasılığını artırdığı bulgusuna ulaşılmıştır (Bayer ve ark., 2007). Görüldüğü üzere suç aktarımı daha ziyade ekonomik çıkar amacıyla işlenen suçlarda gözlenmektedir. Suç aktarımının olduğu suçlar genellikle kaynak ve özel bilgi gerektirdiğinden çoğu kez iştirak halinde veya örgütlü olarak gerçekleştirilmeye daha yatkındır.

Türk hukukunda bu husus gözetilerek, hükümlülerin sınıflandırılması ve gruplandırılması konusunda hükümler tahsis edilmiş durumdadır. Hükümlüler, işledikleri suç tiplerine, gösterdikleri eğilimlere, tutum ve davranışları nedeniyle sıkı gözetim ve denetim altında bulundurulmaları gerekip gerekmediğine göre yüksek güvenli ceza infaz kurumlarına veya normal güvenli ceza infaz kurumlarına veya açık ceza infaz kurumlarına gönderilirler (CGTİHK m. 23, f. 1). Bu sınıflandırmanın ardından hükümlülerin gruplandırılması söz konusu olur. Hükümlüler, ilk defa suç işleyenler, mükerrirler, itiyadî suçlular veya suç işlemeyi meslek edinenler, aklî ve bedensel durumları nedeniyle veya yaşları itibarıyla özel bir infaz rejimine tâbi tutulması gerekenler, tehlike hâli taşıyanlar, terör suçluları, suç örgütlerine veya çıkar amaçlı suç örgütlerine mensup olan suçlular gibi gruplara ayrılırlar (CGTİHK m. 24, f. 1). Hükümlüler ayrıca yaşları, hükümlülük süreleri ve suç türleri itibarıyla da gruplandırılırlar (CGTİHK m. 24, f. 2).

Bu tür yasal düzenlemelerin yukarıda yapılan açıklamalar ile paralel ve isabetli hükümler olduğu kanısındayız. Bununla birlikte, uygulamada özellikle hükümlülerin gruplandırılmasında önemli sorunlar olduğu da bilinen bir gerçektir. 2019 yılı verilerine

göre CİK'lerin doluluk oranının %133 olduğu (Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü, 2019), bazı CİK'lerin doluluk oranının %200'ün üzerinde olduğu (CPT, 2019: 19) bir sistemde hükümlülerin sağlıklı bir biçimde gruplandırılması, hatta tutuklular ile hükümlülerin ayrılması bile mümkün olamamaktadır. Öyle ki, kadın hükümlülerin bir kısmının bile, yer bulunamaması nedeniyle erkeklerin kaldığı CİK'lerde ayrı koşullarda tutulduğu bildirilmektedir (Duman, 2016: 69). Bu sorunlar ne yazık ki sınıflandırma ve gruplandırmaya ilişkin hükümlerin doğru ve uygun şekilde yerine getirilmesini olanaksız kılmaktadır.

#### 4.8. Hükümlünün Sonradan Gerçekleştirdiği Suçun Türü

Pek çok suç, niteliği nedeniyle suç aktarımına uygun değildir. Bu tür suçların gerçekleşmesi için gerekli bilgi ve olanak toplumu oluşturan bireylerin genelinde vardır ve CİK'e özgü yeni bir "eğitim" söz konusu değildir. Aynı şekilde çoğu kez bu tür suçların gerçekleştirilebilmesi için bir suç ortağına da ihtiyaç duyulmaz. Sözelimi kişilere karşı gerçekleştirilen suçların tamamına yakını bu kapsamdadır. İsveç'te yapılan bir çalışmada CİK'te tanıştıktan sonra birlikte suç işleyen bireylerin suçları incelenmiş; sırasıyla en çok hırsızlık ve yağma (%38), daha sonra kaçakçılık ve uyuşturucu madde ticareti suçlarının (%31) gerçekleştirildiği bulgusuna ulaşılmıştır. Bu iki suç grubundan sonra en çok gerçekleştirilen suçlar ise silah suçlarıdır (%11) (Roxell, 2011: 378).

Hem ilk suç türü hem de cezası infaz edilen suç türü için hırsızlık, yağma, uyuşturucu madde kaçakçılığı ve silah kaçakçılığı suçlarını gerçekleştiren hükümlüler suç aktarımı bakımından özel bir tehlikelilik arz etmektedir. Bu durum, yukarıda açıklandığı üzere, bu suçların çoğu kez hükümlünün geçim kaynağı olması, özel bilgi, ortaklık, sermaye veya bağlantı gerektirmesinden kaynaklanmasyla açıklanabilir.

### 5. Sonuç ve Öneriler

Ayrı Birliktelikler Kuramı ışığında ele alınan suç aktarımının yukarıda tartışılan nedenlerine ve suç aktarımını etkileyen değişkenlere ilişkin öğeler açıklığa kavuşmaktadır. CİK'ler genel olarak kanuna aykırı davranışların ve özelde suçlara ilişkin öğrenmeye dayalı ilişkilerin sık kurulduğu, yasaya uygun davranışlara yönelik öğrenmenin ise aynı sıklıkta gerçekleşmediği ortamlardır. Sürekli olarak suç yöntemleri, suç hikayeleri ve anılarına maruz kalan bireyin suç davranışına yönelik yeni ilişkiler geliştireceği savunulabilir (Kızmaz, 2007).

CİK'lerde suç aktarımının tümüyle ortadan kaldırılması şüphesiz gerçekçi bir hedef değildir. Bununla birlikte en aza indirilmesi için alınabilecek önlemler bulunmaktadır.

Alınacak önlemler, yasal düzenlemeler ve CİK'lerin fiziksel ve yönetsel yapılarında gerçekleştirilecek değişiklikler şüphesiz politika üretendenin tercihine bağlı olduğu gibi, pek çok farklı sorunun aynı anda çözülmeye çalışıldığı göz önüne alındığında çoğu kez bir öncelikler çatışması meselesidir. Bu bağlamda CİK'lerin sadece suç aktarımını önlemeye yönelik kurgulanması söz konusu olamaz. Dolayısıyla bu tür uygulama önerileri geliştirilip uygulanırken kurumun yönetim, güvenlik gibi diğer gereksinim ve önceliklerini de dikkate almak gerekir.

Ayrımcı Birliktelikler Kuramı, aynı şekilde özellikle suça sürüklenen çocuklar bakımından suç aktarımının ne kadar tehlikeli olabileceğini de ortaya koymaktadır. Suç davranışını öğrenme bakımından erken yaşta kurulan ilişkilerin ne kadar önemli olabileceği ortadadır. Bu anlamda suça sürüklenen çocukların olabildiğince CİK'lerden uzak tutulması pek çok açıdan olduğu gibi suç aktarımını önleme noktasında da faydalı olacaktır. Nitekim yasalarımızda bu amaca yönelik çeşitli hükümler bulunmaktadır (TCK m. 31, 56; ÇKK m. 5 vd.).

CİK'ler gerçekten de hükümlüler için bir "suç üniversitesi" midir? Hükümlüler CİK'te rehabilite olmak yerine daha tehlikeli ve yetkin suçlulara mı dönüşmektedir? Çalışma boyunca aktarılan araştırmaların sonuçları bu soruya genel bir evet yanıtı vermeyi gerektirecek düzeyde değildir. Şüphesiz tehlikeli gruplar olmakla birlikte, bütün hükümlülerin CİK'lerde rehabilite olmak yerine daha tehlikeli bireylere dönüşmediği de aşıkardır. Suç aktarımının varlığı bir gerçek olarak karşımızda durmakla birlikte, CİK'te yeni suçlar ve suç yöntemleri öğrenmesine karşın bu suçları gerçekleştirilmeyen, CİK'te bir suç örgütüne katılmayan veya suç ortaklıkları kurmayan hükümlüler çoğunluktadır.

ABD'de bulunan bir hükümlünün "*İnfaz kurumu ne öğrenmek istiyorsanız onun okuludur. Meslek, akademik beceriler, ikinci bir dil veya suç.*" (Samenow, 2014: 228) şeklindeki ifadesi daha gerçekçi bir yaklaşıma işaret etmektedir. Önemli olan hükümlünün ne öğrenmek istediği ve bu isteğin nasıl biçimlendirilmesi gerektiğidir. Yukarıda da belirtildiği gibi, hukuka uygun veya aykırı davranışlar aslında aynı gereksinimlerin giderilmesine yöneliktir. Rehabilitasyon ise hükümlünün izlemeye karar verdiği yolu değiştirmektir. Hükümlü, izlemeye karar verdiği yolu nerede ve kiminle olduğuna göre seçecektir. Bu noktada kişinin bulunduğu yer ve birlikte bulunduğu kişiler değiştirilemeyeceğinden, hükümlünün yaşamında olumlu tutum ve davranışlar gösteren başka insanların da varlığının baskın hale getirilmesi ve tehlikeli hükümlülerin diğerleri üzerindeki etkisinin kırılması önemlidir.

Ayrırcı Birliktelikler Kuramı'nın getirdiği izahlar ve yapılan araştırmalardan elde edilen bulgular ışığında suç aktarımında etkili olabilecek faktörler yukarıda ortaya konulmuş durumdadır. Bu faktörleri de dikkate alarak, Türk ceza infaz sisteminde bu sorunun asgariye indirilmesi bakımından önerilerimizi şöyle sıralayabiliriz:

Her şeyden önce belirtilmelidir ki, ceza infaz sistemine ilişkin herhangi bir tespit yapılabilmesi için öncelikle bu konuda bilimsel verilerin mevcut olması gerekir. CİK'lerin kriminojenik etkilerine ve bu etkilerin ne surette ortaya çıktığına dair bir çalışmada, belki de en önemli veri olarak kabul edilebilecek tekerrür oranları hususundaki bilgi dahi, Türkiye örneğinde ne yazık ki mevcut değildir. TÜİK ve T.C. Adalet Bakanlığı'ı kamuya açık resmi istatistiklerinde mükerrerlik oranları paylaşılmamaktadır. Özgenç'in (2022) de isabetle belirttiği üzere, sağlıklı bir infaz sisteminin inşa edilebilmesi için bu verilere ihtiyaç bulunmaktadır. Aksi halde ne sorunu tespit edebilmek ne de ortaya konulan çözümlerin etkinliğini tespit etmek mümkün olur. Nitekim, Dünya genelinde ceza infaz kurumu nüfusu en kalabalık olan 20 ülke arasında yalnızca 2 tanesinin tekerrür istatistiği ürettiyor olması (Fazel ve Wolf, 2015: 6) tesadüf değildir. Bu itibarla öncelikle bu eksiğin giderilmesi için gerekli adımların ivedilikle atılması şarttır.

Hatırlanacağı gibi, hükümlünün diğer hükümlülerle fiziki yakınlığı ve birlikte geçirdiği zaman suç aktarımında belirleyici olabilmektedir. Bilindiği üzere, altyapı yetersizliği ve parasal sorunlar nedeniyle Türkiye'de halen CİK'ler amaçlarına uygun bir şekilde düzenlenemediği gibi, koğuş sistemi uygulaması sürdürülmektedir (Işıқтаç, 2013: 631). Avrupa Konseyi'nin 2021 yılı raporuna göre Türkiye CİK nüfusu/CİK kapasitesi oranı en yüksek ülkeler arasındadır (Aebi, Cocco, Molnar ve Tiago, 2022), bir başka deyişle CİK'lerde aşırı kalabalıklaşma (overcrowding) söz konusudur. Şüphesiz bu durum sosyal politikaların; eğitim, sağlık ve suç önleme politikalarının yeterince etkili olmamasının bir sonucudur. Ancak bu çalışmanın konusunu oluşturmaması nedeniyle daha kapsamlı bir incelemeye girişmeksizin koğuş sisteminin ortadan kaldırılmasının zorunluluk olduğunun belirtilmesiyle yetinilecektir. Bu nedenle bireylerin kalabalık olmayan, en fazla 4-6 kişilik barınma birimlerinde kalmaları ve farklı suç geçmişi olan bireylerin ayrı kalması fiziksel yakınlığa bağlı suç aktarımını azaltabilecektir. Böylelikle ayrıca, ceza infaz kurumu içinde çeteleşmelerin ve suç örgütlerinin üye devşirmesinin de önüne geçilmesi kolaylaşacaktır.

Hükümlülerin bir arada tutulmasının uygulamada zorunlu olduğu hallerde, suç aktarımı bakımından yüksek tehlike arz eden suçlardan ceza almış hükümlülerin bir arada tutulması, diğer hükümlüleri bu kişilerin etkisinden korumak için faydalı olabilir

(Bayer ve ark., 2007: 18). Zira bu hükümlülerin bir arada tutulması, düşük tehlikeli suç eyleminde bulunmuş hükümlülerin tekerrür olasılığını arttırmaktadır (Demirbaş, 2021: 563). Öyle ki bu etki hükümlüler yalnızca iyileştirme çalışmalarında bir araya geldiklerinde bile gözlenmektedir (Latessa ve Lowenkamp, 2006: 528). Dolayısıyla hükümlülerin yalnızca odalarında değil, havalandırma ve çalışma alanlarında da olabildiğince küçük gruplar halinde tutulması yararlı olacaktır (Demirbaş, 2020: 400).

Tutuklu ve hükümlü bireylerin güvenlik önlemleri de göz önünde bulundurularak bir atölyede günlük 8 saat çalışması; beden ve/veya ruhsal nedenlerle atölyede çalışmayan bireylerin ise yine günlük 8 saat zamanlarını dolduracak şekilde kurs, eğitim, uğraşı etkinliklerine düzenli katılımının sağlanması hem boş zamanlarda suç aktarımı olasılığını azaltacak hem de bireyin olağan yaşam sorumluluk ve düzeninden uzaklaşmamasını sağlayacaktır. Bu noktada hapis cezalarının infazında gözetilecek ilkelerinde vurguladığı gibi (CGTİHK m. 6) CİK'lerdeki atölye ve eğitim faaliyetleri kapasitelerinin gerekli yatırımlar yapılarak artırılması yararlı olacaktır.

Bu noktada belirtilmelidir ki, 2022 yılında, 7417 sayılı Kanun'un 45. Maddesi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 30. Maddesinde yer alan kurum dışında çalıştırma hükümlerinde değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler ile hem kurum dışında çalıştırmanın *"hükümlülerin saltıverilmelerinden sonra yaşamlarını sürdüreceği meslek ve sanatları öğrenmelerini sağlamak, çalışma ve üretime isteklerini geliştirmek veya güçlendirmek, yeniden topluma kazandırmak ve iyileştirilmelerini temin etmek amacı"* vurgulanmış hem de kamu kurum ve kuruluşlarında çalıştırılan hükümlüler bakımından 5. Fıkra *"Bu hükümlülerin gündeliği, işyurtları bünyesinde çalıştırılan usta hükümlülere ödenen gündelikten az olamaz. Bu şekilde çalıştırılan süre, azami süre sınırına bakılmaksızın 105/A maddesi uyarınca denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infaz edilecek süreye ilave edilir."* Cümleleri eklenerek çalışmanın daha cazip hale getirilmesi amaçlanmıştır. Her iki düzenleme de hem tekerrürün önlenmesi hem cezaların insani koşullarda infaz edilmesi hem de cezanın resosyalizasyon amacının gerçekleştirilmesi bakımından önemli adımlardır.

Damgalama, hükümlü ile toplum arasındaki mesafeyi artırmakta, hükümlüyü geleceğe dair endişelere sevk etmektedir. Bu durum da, yukarıda zikredildiği üzere hükümlünün yeniden suç işlemesini kolaylaştırabileceği gibi, onu suç aktarımına daha açık hale de getirme riski taşımaktadır. Bu bağlamda, toplumdaki "suçlu" damgalamasını azaltmak ve hükümlülere yönelik algıyı doğru yönlendirmek gerekir. Şüphesiz ki suç geçmişli olan kişilerin toplum tarafından tehlikeli olarak algılanması doğaldır ve gerçekten

yüksek tehlikelilik düzeyi gösteren bireylere karşı dikkatli olunması işlevsel olabilir. Ancak burada tehlikenin düzeyi ve uzak durmanın ne kadar yararlı olduğu, üzerinde çalışılması gereken bir noktadır. Bunun için yargılama, infaz sürecinde iyileştirme ve koşullu salıverme değerlendirme aşamalarının gerçekten etkin ve bilimsel temellerle işletilerek toplumun adli sisteme güveni sağlanmalıdır. Ancak bu şekilde toplumda salıverilen bir kişinin artık gerçekten de tehlikeli olmadığı algısı gelişebilir ve damgalama önlenir. Aynı şekilde, özellikle kısa süreli hapis cezalarına başvurmaktan kaçınılması ve seçenek yaptırımların uygulama alanının genişletilmesi de damgalamanın önlenmesinde yarar sağlayacak unsurlar arasındadır.

Bireyin CİK’te bulunduğu süreçte ve salıverilme sonrasında kaçınılmaz olarak yalnızlaşacağı ve toplumdan kısmen de olsa uzaklaşacağı göz önünde tutularak, gerek cezanın infazı sürecinde gerekse infazın tamamlanmasından sonra bu boşluğun doldurulması gerekir. Unutulmamalıdır ki, bireyin zihninde kurulan ilişkiler, suça yönelik olabileceği gibi suç teşkil etmeyen davranışlara yönelik de olabilir. Bu iki farklı neviden düşünce, daha önce suç işlemiş olsun ya da olmasın, her bireyin zihninde bir tür rekabet halindedir. Bu itibarla, suça yönelik ilişkilerin kurulmasını engellemek kadar, suç teşkil etmeyen davranışlara yönelik ilişkilerin kurulmasını desteklemek de gerekmektedir. Bireyin zihninde kanuna uygun davranışlara dair öğrenmeleri sağlamak bakımından ise bireyin sağlıklı yakın ilişkiler kurabilmesinin temini büyük önem taşımaktadır. Bunun için hem hükümlünün cezanın infazı sürecinde CİK personeli, sonrasında denetimli serbestlik müdürlükleri tarafından doğrudan ve bire bir ilişkilerle desteklenmeleri, hem de infaz sürecinde hem de tahliye sonrasında aile ve arkadaşlık ilişkilerinin korunabilmesi gerekir.

Bu amaçla CİK’te uygulanan iyileştirme programlarında bireylerin şu anki ve salıverilme sonrası toplumsal ilişkilerini nasıl koruyup iyileştirebileceği, ortak alan ve zaman paylaştığı hükümlülerin olumsuz duygu ve düşüncelerine karşı kendini nasıl koruyabileceği konularında psikoeğitim çalışmaları gerçekleştirilmelidir.

Tutuklu ve hükümlülerin CİK’te bulunduğu süreçte sivil toplum kuruluşları mektuplaşma, maddi destek ve projelerde rol verme gibi çok çeşitli biçimlerde bu bireyleri destekleyebilir ve model olabilir. CİK’lerde yürütülecek projelerde hükümlülerin edilgen, yardım alan konumdan kurtarılarak; etkin, sorumluluk alan, değişimin doğrudan bir parçası olduğu bir yaklaşımın benimsenmesi çok önemlidir.

Örneğin, Birleşik Krallık’ta öz kıyımı (intihar) önlemeye yönelik gönüllülerle çalışmalar yürüten bir sivil toplum kuruluşu 30 yıldır sürdürdükleri çalışmayla CİK’teki gönüllü



hükümlüleri eğiterek, kendini zarar verme eğilimi olan akranlarına güvenli duygusal destek vermelerini sağlamaktadır (Samaritans, 2022). Dhaliwal ve Harrower (2009: 37-38) projedeki gönüllü bireylerle yaptığı nitel çalışmada katılımcılar olumlu duygular ve başarı hissi deneyimlediklerini, becerilerini geliştirdiklerini, düşünce ve tutumlarının değiştiğini ve zorluklara başa çıkma becerileri kazandıklarını bildirmiştir. Bazı katılımcılar bu projede gönüllü olmanın hükümlü değil de, bir görevi yerine getiren birey olarak farklı bir konuma taşıdığını ve daha özgüvenli olduklarını ifade etmiştir (Jaffe, 2012: 273-274).

T.C. Adalet Bakanlığı'nın 2020 yılında kurmaya başladığı e-görüş uygulamasıyla bireyler ziyaretine gelemeyen yakınlarıyla görüntülü görüşme altyapısı tutuklu ve hükümlülerin olağan yaşam ve çevreyle bağını daha güçlü sürdürmesine yardımcı olacaktır (Cezaevlerinde e-görüş, 2020). Anılan yeni uygulamada olduğu gibi, gerekli güvenlik önlemleri alınarak internet, akıllı telefon gibi teknolojik araç ve yöntemlerden yararlanılarak hükümlünün toplumsal ilişkilerini koruması ve geliştirmesi için adımlar atılabilir.

Bu kapsamda 7328 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirleri Kanunu'nun 68. maddesinin 1. fıkrasına eklenen ikinci cümle ile e-posta yoluyla mektuplaşma yolunun açılmasının yararlı bir gelişme olduğu kanaatindeyiz. Aynı şekilde 7328 sayılı Kanun'un 8. maddesi ile görüş sürelerinin uzatılması da bu anlamda olumlu bir adımdır. İlke olarak hükümlünün CİK dışındaki çevresiyle sağlıklı ilişki kurmasını kolaylaştıracak her adım hem cezanın insaniliği bakımından önemlidir hem de hükümlüyü çalışma boyunca zikrettiğimiz olumsuz etkilerden korumaya yardımcı olacaktır.

CİK'te kalmaya bağlı olarak karşılaşılan olumsuz etkenlerin yanı sıra bireylerin CİK öncesi sahip olduğu veya ol(a)madığı çeşitli kriminojenik değişkenler de suç davranışının ortaya çıkmasında etkilidir. Gerçekleşen suç eyleminde CİK'in ve bireyin kriminojenik özelliklerinin ne oranda etkisi olduğunu belirlemek için ileriki çalışmalarda boylamsal çalışmalar, büyük veri (big data) ile çalışmak ve aracı/düzenleyici değişken analizi gibi istatistiksel değerlendirme yöntemlerinin kullanılması daha geçerli ve güvenilir sonuçlara ulaşılmasını sağlayacaktır.

Hükümlünün salıverilme sonrası davranışlarını belirleyecek olan tek şey CİK'te diğer hükümlülerle kurduğu ilişki değildir. Salıverilme sonrası topluma uyum sağlayabilme, dışlanmama, geçimini sağlayabilme ve sağlıklı ilişkiler kurabilme umudu hükümlünün

CİK'teki davranışını da belirler. Bu anlamda suç aktarımı ancak CİK'te alınacak önlemlerle birlikte hükümlüyü topluma kazandıracak sosyal politikaların varlığı ile engellenebilir.

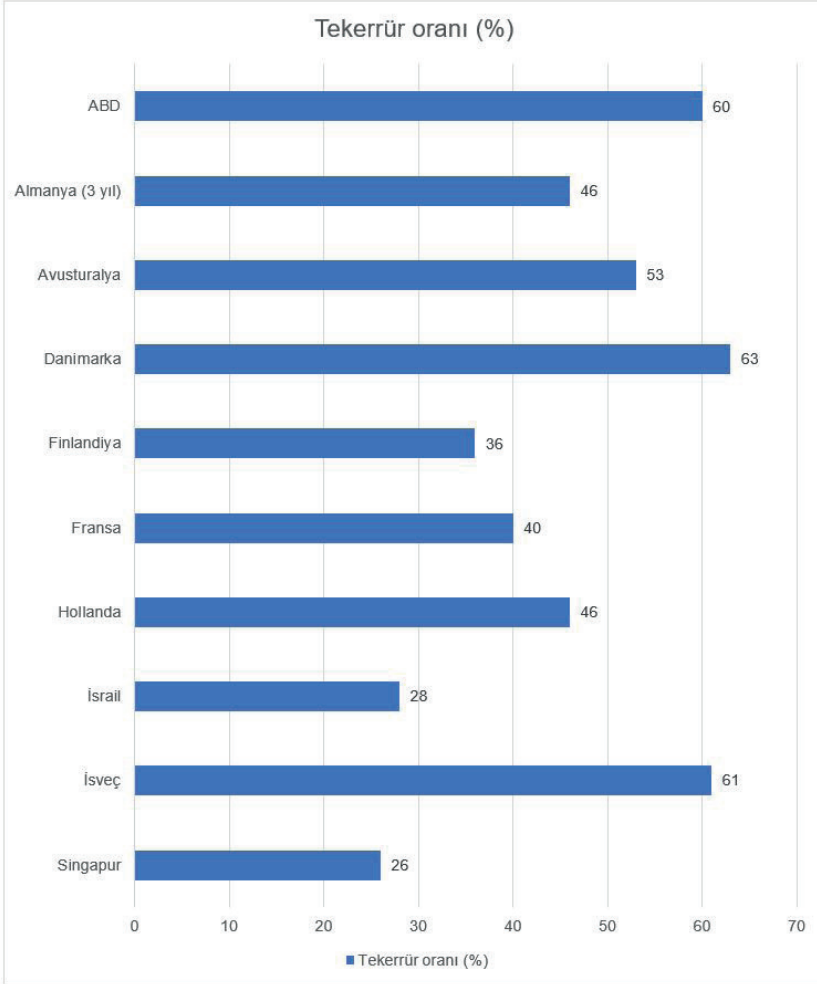
Türkiye'de CİK'lerle ilgili istatistikler yeterli ayrıntıda paylaşılmadığı gibi, bu alanda yapılmış bilimsel araştırmalar da sayıca çok azdır. Bu durum, bu çalışmada yer verilen bilgilerin neredeyse tamamının yabancı ülkelerde yapılan araştırmalardan derlenmesini zorunlu kılmıştır. Unutulmamalıdır ki, kriminolojik araştırmaların sonuçları toplumdan topluma değişkenlik gösterebilmektedir. Bu nedenle yabancı kriminolojik araştırmaların sonuçlarının Türkiye bakımından tümüyle doğru olmasını beklemek de hata olur. Makalede sunulan önerilerin bilimsel yaklaşım ve araştırma yöntemleriyle çağın gereksinimleri gözetilerek sınanması ve etkililik değerlendirilmesinin yapılması gerekmektedir.

Çalışma boyunca ortaya koyulan önerilerin en azından bir kısmının, mevcut ceza infaz siyaseti ile gerçekleştirilebilmesinin mümkün olmadığı gözden kaçırılmamalıdır. Zaten bu nedenle yukarıda, mevcut infaz siyaseti; istatistik eksikliği, ceza infaz kurumlarında aşırı doluluk gibi birçok noktada eleştirilmiştir. İfade edilen öneriler, bu sorunları çözme amacına matuf yeni ve geniş kapsamlı bir infaz siyasetinin parçası olarak düşünülmeli ve bu kapsamda uygulamaya konulmalıdır. Unutulmamalıdır ki, hiçbir bilimsel öneri, doluluk oranı %117 olan, bazı ceza infaz kurumlarında bu oranın %200'ün üzerine çıktığı, CİK veya denetimli serbestlikte bulunan yaklaşık 600 kişiye bir sosyal çalışmacı veya psikoloğun düştüğü bir ceza infaz sisteminde önemli bir fark yaratamaz<sup>6</sup>. Şu halde insani bir infaz siyasetine geçilmesi, bütün sistemin yeniden ele alınmasını gerektirmektedir. Bu çalışmanın da böyle bir yenilenme çabasına katkı sağlamasını dileriz.

---

6 CİK'lerde çalışan toplam psikolog, sosyal çalışmacı sayısına ulaşamadığından, CİK ve DS'lerden hizmet alan toplam birey sayısı ve bu kurumlarda çalışan toplam psikolog ve sosyal çalışmacı sayısı kullanılarak hesaplama yapılabilmektedir.

**Tablo I:** Hükümlülerin Ceza İnfaz Kurumundan Çıktıktan Sonra 2 Yıl İçinde Haklarında Yeniden Mahkumiyete Hükmedilme Oranları<sup>7</sup>



<sup>7</sup> Bu tablo Yukhnenko, Sridar ve Fazel'in *A Systematic Review of Criminal Recidivism Rates Worldwide: 3-year Update* çalışmasındaki veriler derlenerek oluşturulmuştur (Yukhnenko, Sridar, Fazel, 2019: 7 vd.). Çalışmada 18 ülkeye ait farklı veriler bir araya getirilmişse de bütün ülkelere ait 2 yıl verisi bulunmadığından ve bu tablonun amacı genel bir fikir edinilmesini sağlamak olduğundan 10 ülkenin verisi gösterilmekle yetinilmiştir.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Yazar Katkıları:** Çalışma Konsepti/Tasarım- E.C.K., H.N.; Veri Toplama- E.C.K., H.N.; Veri Analizi/Yorumlama- E.C.K., H.N.; Yazı Taslağı- E.C.K., H.N.; İçeriğin Eleştirel İncelemesi- E.C.K., H.N.; Son Onay ve Sorumluluk- E.C.K., H.N.

**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- E.C.K., H.N.; Data Acquisition- E.C.K., H.N.; Data Analysis/Interpretation- E.C.K., H.N.; Drafting Manuscript- E.C.K., H.N.; Critical Revision of Manuscript- E.C.K., H.N.; Final Approval and Accountability- E.C.K., H.N.

**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

- Aebi, M. F., Cocco, E., Molnar, L. ve Tiago, M. M. (2022). *Prisons and Prisoners in Europe 2021: Key Findings of the SPACE I Report*. Series UNILCRIM 2022/3. Council of Europe and University of Lausanne.
- Akers, R. L. (2002). A Social Learning Theory of Crime. In Ed. Suzette Cote, *Criminological Theories: Bridging the Past to the Future* (135-143), Sage Publications.
- Alam, S. (2021). Adult Delinquency and Victimization: A Test of Differential Association Theory with New Data. *Graduate Theses, Dissertations, and Problem Reports*. 8030, West Virginia University.
- Albrecht, H. (2014). Concepts and Potentials of Recidivism Statistics: An International Comparison, in: National Reconviction Statistics and Studies in Europe. *Göttingen Studies in Criminal Law and Justice*, 25, 13-25.
- Balaban, Ö., Özen, S. (2015). Ceza İnfaz Kurumlarındaki Tutuklu ve Hükümlülerin Eğitim Faaliyetlerine İlişkin Algıları: T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Örneği. *Çalışma İlişkileri Dergisi*, 6(1), 37-52.
- Bayer, P., Hjalmarsson R., & Pozen, D. (2007). Building Criminal Capital Behind Bars: Peer Effects in Juvenile Corrections, *NBER Working Paper Series No. 12932*, Cambridge: National Bureau of Economic Research.
- Becker, H. S. (2013). *Hariciler (Outsiders) Bir Sapkınlık Sosyolojisi Çalışması* (çev. Şerife Geniş ve Levent Ünsaldı), Ankara: Heretik Yayıncılık.
- Bilgiç, Ş. (2014). Mahkumların Suç Algısı, *KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, 16(1), 8-17.
- Braithwaite, J. (2006). *Crime, Shame and Reintegration* (16. Baskı), Cambridge: Cambridge University Press.
- Bruinsma, G. J. (1992). Differential Association Theory Reconsidered: An Extension and its Empirical Test. *Journal of Quantitative Criminology*, 8(1), 29-50.
- Bosiakoh, T. A., & Andoh, P. K. (2010). Differential Association Theory and Juvenile Delinquency in Ghana's Capital City - Accra: The Case of Ghana Borstal Institute. *International Journal of Sociology and Anthropology*, 2(9), 198-205.
- Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü. (2019). *2019 Genel Bilgi*, <https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/cik-genel-bilgi> adresinden 07 Temmuz 2022 tarihinde alınmıştır.
- Cheater, D. (2009). *Universities of Crime Young Adults, the Criminal Justice System and Social Policy, A Report by the Transition to Adulthood Alliance*, Cadbury: Transition to Adulthood.
- Cressey, D. R. (1960). The Theory of Differential Association: An Introduction. *Social Problems*, 8(1), 2-6.
- Çıvgın, U. (2015). *Hükümlülerin Suç ve Kaldıkları Cezaevleri Türlerine Göre Ruh Sağlıklarının, Psikolojik Başetme ve Psikolojik Dayanıklılıklarının İncelenmesi* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul: Gediz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Damm, A. P., & Gorinas, C. (2016). Prison as a Criminal School: Peer Effects and Criminal Learning Behind Bars. *The Journal of Law and Economics*, 63(1), 149-180.
- Demirbaş, T. (2021). *İnfaz Hukuku* (8. Baskı), Ankara: Seçkin Yayınları.

- Demirbaş, T. (2020). *Kriminoloji* (7. Baskı), Ankara: Seçkin Yayınları.
- Demirel, P. (2017). *Yetişkin Suçluluğuna Neden Olan Sosyoekonomik Faktörler*. (Yayınlanmamış doktora tezi), Ankara: Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Dolu, O. (2012). *Suç Teorileri* (4. Baskı), Ankara: Seçkin Yayınları.
- Duman, E. (2016). Türkiye’de Kadın Mahpuslar, In Ed. Ayşegül Algan, *Türkiye’de Mahpus Olmak* (69-80), İstanbul: TCPS Kitaplığı.
- Erem, F. (1987). *Adalet Psikolojisi* (8. Baskı), Ankara: Sevinç Matbaası.
- European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT). (2019). Report to the Turkish Government on the Visit to Turkey Carried Out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Strazburg: European Committee.
- Fazel, S., Wolf, A. (2015). Systematic Review of Criminal Recidivism Rates Worldwide: Current Difficulties and Recommendations for Best Practice, *Plos One*, 10(6), 1-8.
- Glaeser, E. L., Sacerdote, B., & Scheinkman, J. A. (1996). Crime and Social Interactions. *The Quarterly Journal of Economics*, 111(2), 507-548.
- Glaser, D. (1960). Differential Association and Criminological Prediction. *Social Problems*, 8(1), 6-14.
- Graffam, J., Shinkfield, A. J. ve Lavelle, B. (2014). Recidivism Among Participants of an Employment Assistance Program for Prisoners and Offenders. *International Journal Offender Therapy*, 58(3). 348-63.
- Harris, H. M., Nakamura, K., & Bucklen, K. (2018). Do Cellmates Matter: Causal Test of the Schools of Crime Hypothesis with Implications for Differential Association and Deterrence Theories. *Criminology*, 56(1), 87-122.
- Haynes, F. E. (1949). The Sociological Study of the Prison Community. *Journal of Criminal Law & Criminology*, 39, 432-440.
- Jaffe, M. (2012). *Peer Support and Seeking Help in Prison: A Study of the Listener Scheme in Four Prisons in England* (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Keele: Keele University.
- Jensen, G. F. (1972). Parents, Peers, and Delinquent Action: A Test of the Differential Association Perspective. *American Journal of Sociology*, 78(3), 562-575.
- Irwin, J., & Cressey, D. (1962). Thieves, Convicts and The Inmate Culture. *Social Problems*, 10, 142-155.
- İşıқтаç, Y. (2013). Ceza Adaleti Açısından Hapis Cezası ve Rehabilitasyon İlişkisi. *Journal of Istanbul University Law Faculty*, 71(1), 625-638.
- Karakaş-Doğan, F. (2010). *Cezanın Amacı ve Hapis Cezası*, İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Karakartal, D. (2018). Cezaevinden Çıkan Eski Hükümlülerin Yaşadıkları Sorunların İncelenmesi. *Uluslararası Beşeri Bilimler ve Eğitim Dergisi*, 4(9), 72-85.
- Kızmaz, Z. (2007). Cezaevinin ve Hapsetmenin Suçu Engellemedeki Etkisi. *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 17, 44-68.
- Koçak, O., & Altun, S. (2010). Ceza Infaz Kurumundaki Mesleki Eğitim Faaliyetlerinin Hükümlü İstihdamına Katkıları. *Çalışma İlişkileri Dergisi*, 1(1), 95-117.
- Kropotkin, P. (1913). Prisons: Universities of Crime. *Mother Earth*, 8(8), 1-3.
- Latessa E. J., & Lowenkamp, C. (2006). What Works in Reducing Recidivism? *University of St. Thomas Law Journal*, 3(3), 521-535.
- Leipold, A. (2006). Recidivism, Incapacitation, and Criminal Sentencing Policy, *University of St. Thomas Law Journal*, 3(3), 536-558.
- Liska, A. E. (1969). Interpreting the Causal Structure of Differential Association Theory. *Social Problems*, 16(4), 485-492.
- Lombroso, C. (2006). *Criminal Man* (çev. Nicole Hahn Rafter ve Mary Gibson), Londra: Duke University Press.

- Matsueda, R. L. (1988). The Current State of Differential Association Theory. *Crime and Delinquency*, 34(1), 277-306.
- Mears, D. P., Cochran, J. C., Bales, W. D., & Bhati, A. S. (2016). Recidivism and Time Served in Prison. *The Journal of Law and Criminology*, 106(1), 83-124.
- Monteiro, C. (2015). *Understanding Persistent Offending Among Incarcerated Offenders Through General Strain Theory* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Boston.
- Nagin, D.S., Cullen, F. T., Jonson, C. L. (2009). Imprisonment and Reoffending. *Crime and Justice*, 38(1), 115-200.
- Nergiz, H. (2020). *Ceza İnfaz Kurumlarındaki Yetişkin Hükümlülerde Yineleyen Fiziksel Şiddet Suçu Davranışını Yordayan Psikolojik Değişkenler* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara: Hacettepe Üniversitesi.
- Nguyen, H., Loughran, T. A., Paternoster, R., Fagan, J., & Piquero, A. R. (2017). Institutional Placement and Illegal Earnings: Examining the Crime School Hypothesis. *Journal of Quantitative Criminology*, 33(2), 207-235.
- Nygaard, R. (1996). Is Prison an Appropriate Response to Crime?. *Saint Louis University Law Journal*, 40(3), 677-698.
- Orsagh, T., & Chen, J. (1988). The Effect of Time Served on Recidivism: An Interdisciplinary Theory. *Journal of Quantitative Criminology*, 4(2), 155-171.
- Ouss, A. (2011). Prison as a School of Crime: Evidence from Cell-Level Interactions, *SSRN Online*, 1-23.
- Özbay, Ö. (2011). Does General Strain Theory Account for Youth Deviance in Turkey?. *Nevşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 1, 107-129.
- Özgenç, İ. (2020). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12. Baskı). Ankara: Seçkin Yayınları.
- Özgenç, İ. (2022). *Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'nün Aktüel Hükümlü İstatistikleri Üzerine Tespit ve Değerlendirmeler*. <https://izzetozgenc.com/makale/ceza-ve-tevkifevleri-genel-mudurlugunun-aktuel-hukumli-istatistikleri-uzerine-tespit-ve-degerlendirmeler> adresinden 07 Temmuz 2022 tarihinde alınmıştır.
- Paterline, B. A., & Petersen, D. M. (1999). Structural and Social Psychological Determinants of Prisonization. *Journal of Criminal Justice*, 27(5), 427-441.
- Reiss, A. J., & Rhodes, A. L. (1964). An Empirical Test of Differential Association Theory. *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 1, 5-18.
- Rocque, M., Bierie, D., MacKenzie, D. (2011). Social Bonds and Change During Incarceration: Testing a Missing Link in the Reentry Research, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 20(10), 1-23.
- Roxell, L. (2011). Co-Offending Among Prison Inmates. *The Prison Journal*, 91(3), 366-389.
- Samaritans, (2022). *The Listener Scheme*. <https://www.samaritans.org/how-we-can-help/prisons/listener-scheme/> adresinden 07 Temmuz 2022 tarihinde alınmıştır.
- Samenow, S. E. (2014). *Inside The Criminal Mind* (3. Baskı), New York: Broadway Books.
- Saruç, S. (2013). *Kadın Hükümlüler: Cezaevi Yaşantısı ve Tahliye Sonrası Gereksinimler* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara: Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Schubert, C. A., Mulvey, E. P., Loughran, T. A., & Losoya, S. H. (2012). Perceptions of Institutional Experience and Community Outcomes for Serious Adolescent Offenders. *Criminal Justice and Behavior*, 39(1), 71-93.
- Sirisuthidacha, W., & Tititampuk, D. (2014). Patterns of Inmate Subculture: A Qualitative Study of Thai Inmates. *International Journal of Criminal Justice Sciences*, 9(1), 94-109.
- Song, L., & Lieb, R. (1993). *Recidivism: The Effect of Incarceration and Length of Time Served*, Washington State Institute for Public Policy Report, [https://www.wsipp.wa.gov/ReportFile/1152/Wsipp\\_Recidivism-The-Effect-of-Incarceration-and-Length-of-Time-Served\\_Full-Report.pdf](https://www.wsipp.wa.gov/ReportFile/1152/Wsipp_Recidivism-The-Effect-of-Incarceration-and-Length-of-Time-Served_Full-Report.pdf). adresinden 15.05.2020 tarihinde alınmıştır.
- Sutherland E. H., & Cressey, D. R. (1978). *Criminology* (10th ed.), Philadelphia: J. B. Lippincott Company.
- Şahin, C. (2002). Tahliye Öncesi ve Sonrası Hükümlüye ve Eski Hükümlüye Yardım. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), 1-32.

- Şen, Ş. (2016). *Ceza İnfaz Kurumlarında Verilen Eğitim Faaliyetlerinin Yaşam Boyu Öğrenme Açısından Değerlendirilmesi (Zonguldak İli Örneği)* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). Bartın: Bartın Üniversitesi.
- Short, J. (1957). Differential Association and Delinquency. *Social Problems*, 4(3), 233-239.
- Tannenbaum, F. (1938). *Crime and the Community*. New York: Columbia University Press.
- T. C. Adalet Bakanlığı, Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukluların İşyurtları Kurumu. (2019). 2018 Faaliyet Raporu. [https://iydb.adalet.gov.tr/Resimler/BilgiBankasi/2822019181508faaliyet\\_raporu\\_2018.pdf](https://iydb.adalet.gov.tr/Resimler/BilgiBankasi/2822019181508faaliyet_raporu_2018.pdf). adresinden 13 Temmuz 2022 tarihinde alınmıştır.
- T. C. Adalet Bakanlığı, Ceza İnfaz Kurumları İle Tutukluların İşyurtları Kurumu (2020). 2019 Faaliyet Raporu. <https://iydb.adalet.gov.tr/Resimler/BilgiBankasi/2822020202750Faaliyet%20Raporu%202019.pdf> adresinden 13 Temmuz 2022 tarihinde alınmıştır.
- T. C. Adalet Bakanlığı, Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü. (2022). Ceza İnfaz Kurumlarımız Genel Bilgi, <https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/cik-gene-bilgi> adresinden 13 Temmuz 2022 tarihinde alınmıştır.
- T. C. Adalet Bakanlığı, Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü. (2022). Cinsiyete ve İnfaz Durumuna Göre Ceza İnfaz Kurumları Mevcutları. <https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/6072022143955istatistik-1.pdf> adresinden 13 Temmuz 2022 tarihinde alınmıştır.
- T. C. Adalet Bakanlığı, Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü. (2022). Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı İstatistikleri. <https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/581/dosya/mayis-2022-istatistikleri06-06-202211-47-am.pdf> adresinden 13 Temmuz 2022 tarihinde alınmıştır.
- T. C. Adalet Bakanlığı, Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü. (2022). Personel Durumu. <https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/personel-durumu> adresinden 13 Temmuz 2022 tarihinde alınmıştır.
- T.C. Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığı (2020). Cezaevlerinde e-görüş dönemi başlıyor, (23 Ekim 2020). [https://www.iletisim.gov.tr/turkce/yerel\\_basin/detay/cezaevlerinde-e-gorus-donemi-basliyor](https://www.iletisim.gov.tr/turkce/yerel_basin/detay/cezaevlerinde-e-gorus-donemi-basliyor) adresinden 13 Temmuz 2022 tarihinde alınmıştır.
- Thomas, C. W. (1977). Theoretical Perspectives on Prisonization: A Comparison of the Importation and Deprivation Models. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 68(1), 135-145.
- Topses, M. (2013). Mükerrer Suçluların Sosyo-Kültürel Özellikleri: Çanakkale E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Örneği. *Hacettepe Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi*, 18(18), 257-287.
- Türkiye İstatistik Kurumu. (2019). 2018 Yılı Hükümlü ve Tutuklu Sayısı. Erişim adresi: [http://tuik.gov.tr/PrelstatistikTablo.do?istab\\_id=1621](http://tuik.gov.tr/PrelstatistikTablo.do?istab_id=1621).
- Türkiye İstatistik Kurumu. (2020). Ceza İnfaz Kurumu İstatistikleri, 2019. Erişim adresi: <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Ceza-Infaz-Kurumu-Istatistikleri-2019-33625>.
- Walker, N. (1983). Side-Effects of Incarceration. *Britain Journal of Criminology*, 23(1), 61-71.
- Weerman, F. M. (2003). Co-offending as Social Exchange: Explaining Characteristics of Co-offending. *British Journal of Criminology*, 43, 398-416.
- Wittenberg, P. M. (1996). Language and Communication In Prison, *Federal Probation*, 60(4), 45-50.
- Woods, D., Hassan, D., Breslin, G. (2017). Positive Collateral Damage or Purposeful Design: How Sport-based Interventions Impact the Psychological Well-being of People in Prison. *Mental Health and Physical Activity*, 13, 152-162.
- Wooldredge, J. D. (1997). Explaining Variation in Perceptions of Inmate Crowding, *The Prison Journal*, 77(1), 27-40.
- Yarsuvat, D. (1992). Bir Sosyolojik ve Kültürel Alt Grup Olarak Cezaevi Toplumunu. *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 2(2).
- Yinger, M. (1960). Contraculture and Subculture. *American Sociological Review*, 25(5), 625-635.
- Yukhnenko, D., Sridhar, S., Fazel, S. (2019). A Systematic Review of Criminal Recidivism Rates Worldwide: 3-Year Update, *Wellcome Open Research*, 4, 1-10.



## II. Meşrutiyet'in İlk Günlerinde Uygulanan Afların Mahiyet ve Etkileri (1908-1909)

### *The Nature, Scope, and Effects of the Amnesty Laws That Were Applied in the Early Days of the Second Constitutional Revolution (1908-1909)*

Aydın YETKİN<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Doktora Öğrencisi, Ankara Üniversitesi, Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü, Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi, Ankara, Türkiye

ORCID: A.Y. 0000-0002-0579-6920

#### ÖZ

"Suç, ceza, infaz ve af"; insanlık tarihi kadar eski olan bu kavramlar, birbirlerine neden-sonuç ilişkileriyle bağlı toplumsal ve hukuki olgulardır. Lügatte suçu bağışlamak manasına gelen ve bir hukuk terimi olarak kesinlik kazanmış olan cezaların, devletin yetkili organlarıncı hafifletilmesi ya da tamamen kaldırılması anlamına gelen af, insanlık tarihi süresince her toplum tarafından farklı dönemlerde, çeşitli nedenlerden dolayı tatbik edilmiştir. Bilhassa sosyal ve siyasal dönüşümlerin meydana geldiği, isyan ve savaşların yaşandığı zamanlarda affa başvurulmuştur. Osmanlı Devleti açısından bu uygulamaların kapsam ve amaçları değişmekle birlikte, özellikle olağanüstü zamanlarda müracaat edilen affın kullanımına dair yakın tarihteki en dikkat çekici örnekler II. Meşrutiyet'in ilanı sonrasında çıkarılanlardır. Bu çalışmada başta Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, Milli Kütüphane Süreli Yayınlar Arşivi olmak üzere önemli arşiv ve kütüphanelerden istifade edilmiş, döneme ve konuya ilişkin çok sayıda belge incelenmiştir. Bunun yanı sıra çok sayıda Osmanlıca gazete/mecmua ile düsturlar ve meclis zabıtları detaylı bir şekilde taranmış, konunun kuramsal çerçevesini oluşturacak telif eserlerden istifade edilmiştir. II. Meşrutiyet'in ilandan sonraki bir yıl içerisinde çıkarılan afları, nitelikleri ve yarattığı etkileri bakımından hukuki, siyasal ve sosyal açıdan incelemeyi amaçlayan bu çalışma ile bu dönem zarfında çıkarılan afların arzu edilen hedeflere ulaşmadığı sonucuna varılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Af, Asayiş, Hapishane İsyancıları

#### ABSTRACT

Crime, punishment, execution, and amnesty are terms as old as human history and represent social and legal phenomena that are causally related. According to the dictionary, amnesty means the forgiveness of crimes. As a legal term, it refers to the mitigation or complete cancellation of certain punishments by the relevant governmental authorities. Amnesty has been used throughout human history by every society at different times and for different reasons. Amnesty laws were specifically enacted after social and political revolutions, rebellions, and wars with the aims of securing peace between the state and society, reintegrating criminals into society, restoring state authority, and, if necessary, eliminating the need for soldiers. As in many other states, amnesty laws were applied in the Ottoman Empire for different reasons and purposes at various times. The amnesty laws enacted after the proclamation of the Second Constitutional Revolution are the most striking examples in Turkish history. This study examines the amnesty laws enacted within one year of the proclamation of the Second Constitutional Revolution in terms of their content and effects.

**Keywords:** Amnesty, Public order, Prison riots

Submitted: 13.09.2021 • Revision Requested: 17.12.2021 • Last Revision Received: 03.11.2022 • Accepted: 08.11.2022 •  
Published Online: 18.11.2022

Corresponding author: Aydın Yetkin, E-mail: aydin\_yetkin@hotmail.com

Citation: Yetkin, A, 'II. Meşrutiyet'in İlk Günlerinde Uygulanan Afların Mahiyet ve Etkileri (1908-1909)' (2022) 10(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 491.  
<https://doi.org/10.26650/JPLC2021-994870>





## EXTENDED ABSTRACT

The changes in the scope of the concepts of crime, punishment, and execution throughout history have brought the issue of amnesty to the agenda when the necessary situations arise. Amnesty means the forgiveness of a crime and, as a legal concept, is the mitigation or complete cancelation of punishments that have been or are being lawfully imposed by the competent authority. This practice has a history as old as crime, punishment, and execution, is now found in many legal systems, and mainly concerns constitutional and criminal law.

Amnesty laws were usually enacted during or after revolutions, wars, and revolts. The aim is to reintegrate into society those who have violated public order, restore state authority, and eliminate the need for soldiers. As with other laws, amnesty laws have explanations of the reasons for which they were legislated. However, sometimes these are not the main reasons for passing laws. Amnesty laws may also be promulgated on grounds where no benefit is seen to exist in continuing to punish a crime, where it is seen as a solution for closing loopholes in the law and remedying injustice, or where a particular group of crimes or criminals will be pardoned. These reasons also include state interests and the decimation of a repressive regime.

Terms such as *Afv-ı Âli*, *Afv-ı Umumi*, and *Afv-ı Şahane* were used for the pardons declared in the Ottoman Empire. Amnesty laws with these words in their titles were often promulgated for the following reasons:

- Pardoning prisoners with chronic illness,
- Celebrating a Sultan's accession to the throne,
- Celebrating a Sultan's birthday,
- Forgiving some criminals as a result of a Sultan's visit to a city,
- Celebrating national/holy days,

In addition, amnesty laws were declared before, during, or after wars and riots. The first of the most regulated periods of amnesty laws in Turkish history was during the reign of Abdul Hamid II. The main purposes of the pardons promulgated during this period were to use them as a political argument in foreign policy, to prevent seditious activities caused by many internal and external factors, and to restore public order and the state authority that had been damaged by riots and revolutionary movements.

After the Second Constitutional Revolution in 1908, the government proclaimed a general amnesty for those who had committed acts referred to as political crimes. Thus, the rights of all victims who had been harmed by Abdul Hamid's repressive rule were restored. In addition, people who had been arrested or convicted for political or serious crimes in Istanbul and other regions were evacuated by the government due to fear of a public uprising.

As far as can be ascertained for this period covering 1908-1918, 34 laws are found in which the question of amnesty was regulated. Only six of these laws belonged to the first year of the Second Constitutional Revolution. The impact of the amnesty laws legislated between 1908-1909 regarding prisons, society, and public order were the most controversial issues of the Second Constitutional Revolution.

During this period, amnesty laws that had been enacted for political crimes began to be implemented rapidly, but the amnesty was not easy to enforce because those excluded from the amnesty began to cause riots in the prisons. As a result, the government lost control over some prisons, and uncontrolled riots occurred.

If the scope of the amnesty law had not been expanded after the government lost control, it would have obviously occurred by itself, and the state would have been humiliated. For this reason, amnesty was expanded to include serious crimes, and many people were freed from prison. However, the amnesty for serious crimes made people nervous, and the public organized protests against this type of amnesty.

Between 1908-1918, numerous amnesty laws were enacted for various reasons. In particular, the release of people who had committed serious crimes led to an increase in the crime rate, because many of the old criminals who'd been released started committing crimes again. For this reason, repressive laws and practices were used to ensure public order, even if it meant limiting human rights.

The ideas of liberty, equality, and fraternity as promised by the Second Constitutional Revolution thus remained as the slogans. For the Ottoman Empire and the Ottoman people, the period from 1908-1918 was one of utter chaos due to wars, riots, aimless political disputes, and economic crises.

## Giriş

“Af” kelimesi sözcük kökü olarak Arapçadan gelmekte olup, anlamı itibariyle cezanın aksidir. Diğer bir ifadeyle cezasının bağışlanması, bırakılması, silinmesi veya ceza vermektен vazgeçilmesi anlamlarına gelmektedir.<sup>1</sup> Suçu bağışlamak anlamına gelen af, hukuki bir kavram olarak ise kesinleşecek yahut kesinleşmiş cezaların yetkili erk tarafından adalet veya genel menfaat düşüncesiyle hafifletilmesi ya da tamamen ortadan kaldırılmasıdır.<sup>2</sup> Geçmiş suç, ceza ve infaz kadar eski olan bu uygulama, günümüzde neredeyse her hukuk sisteminde bulunmakta olup esasen anayasa ve ceza hukukunun ilgi alanına girmektedir.<sup>3</sup>

Çağdaş hukuk sistemlerinde kaynağı anayasalar olan af kanunları, yöntem olarak özel bir kanunla hazırlanır.<sup>4</sup> Af, mahiyeti itibariyle kimi zaman yalnızca kesinleşmiş cezaları değiştiren, hafifleten veya tamamen ortadan kaldıran; kimi zaman da kamu davasını düşüren veya mahkûmiyeti bütün neticeleri ile vaki olmamış sayan bir kamu hukuku tasarrufudur. Bu genel tanım, affin iki farklı biçimde tezahür edebilen bir lütuf muamelesi olduğunu göstermektedir. Bunu sağlayan yöntemlerden ilki, bir kamu davasını veya herhangi bir mahkûmiyeti tüm yönleri ile ortadan kaldıran genel aftır. Diğeri ise yalnızca cezaya etki edebilen özel aftır. Genel ve özel af kavramları, kendi içlerinde de “toplu” ve “bireysel” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bireysel genel af, belirlenmiş bir ya da birden fazla kişiyi kapsar. Toplu genel af ise, belirli suçları işlemiş herkesi içermektedir. Bireysel özel af, isim olarak belirlenmiş bir ya da birden fazla mahkûmun cezasını kısmen hafifleten ya da cezayı başka bir cezaya dönüştüren veya tamamen ortadan kaldıran aftır. Toplu özel af ise, belirli suçlardan mahkûm olanların tamamının cezasını tamamen ya da kısmen kaldıran veya cezasını başka bir cezaya dönüştüren aftır.<sup>5</sup>

Tarihsel olarak bakıldığında aflar genellikle devrimler, ihtilaller, savaş ve isyanlar esnasında ya da bunların sonlanmasının ardından çıkarılmışlardır. Bunda toplumsal barışın yeniden ihdas edilmesi, kaybolan veya zarar görmüş olan devlet otoritesinin tekrar tesis edilmesi, kamu düzenine aykırı hareket edenlerin yeniden topluma

1 Yüksel Salman, *İslam Ceza Hukukunda Af* (Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2005) 41-42.; İ Hakkı Seydioğulları, ‘Türkiye’de Ceza Afları ve Afların Toplum Üzerindeki Etkileri: Ankara’da Af Konulu Anket Çalışması ve Analizi’ (2004) 8(3-4) Polis Bilimleri Dergisi 1 vd.

2 *Türk Hukuk Lügatı* (Başbakanlık Basımevi 1991) 6.

3 İlhan Akbulut, ‘Türk Hukukunda Af’ (1995) 21(4) Yargıtay Dergisi 446, 447.

4 Çetin Özek, ‘Umumi Af’ (1959) 24(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 118, 119.

5 Detaylı bilgi için bk Kemal Gözler, ‘Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Af Yetkisi’ *Anayasa Yargısı Cilt 18* (Anayasa Mahkemesi Yayını 2001) 298-299; Selahattin Keyman, *Türk Hukukunda Af: Genel Af-Özel Af* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1965) 44.

kazandırılması ve savaş zamanı açığa çıkan asker ihtiyacını gidermek gibi amaçlar bulunmaktadır. Ayrıca af düzenlemesini içeren kanunlarda diğer kanunlarda olduğu gibi hangi gerekçe ile çıkarıldığını izah eden ifadeler de mevcuttur. Ancak bunlar bazen kanunların hazırlanmasındaki asıl gerekçeler olmayabilir. Kanun gerekçesinde öne sürülen sebeplerin haricinde; bir suçun cezalandırılmasına devamda faydanın kalmaması, affin yasalar karşısında boşluk doldurucu ve adaletsizlikleri giderici bir çözüm olarak algılanması, toplumsal barış ya da devlet çıkarları gerekçesiyle belirli bir suç veya mahkûm grubunun affedilmesinin gerekli görülmesi, bir istibdat rejiminin yıkılması gibi nedenlerle de af kanunları çıkarılabilir.<sup>6</sup>

Af uygulamaları toplumlar nezdinde, siyasî iktidarlarca çoğu zaman toplumsal talep veya kabul pek fazla dikkate alınmaksızın kullanılan terk taraflı bir lütuf olarak değerlendirilmiştir. Bu nedenle af tasarrufunda bulunma yetkisi her ne maksatla olursa olsun dikkatli kullanılmalıdır. Bilhassa silah, uyuşturucu ve insan kaçakçılığı, bireye karşı işlenmiş suçlar ile cinsel suçları etkili bir takip sistemi kurulmadan affetmek, asayiş ve kamu düzeni bakımından sakıncalı sonuçlar doğurabilir.<sup>7</sup> Geçmişte yaşanan hadiseler de bu önermeyi doğrular niteliktedir. Bu nedendir ki; toplumlar genel olarak af ilanlarına, sebep olabileceği olumsuz sonuçlar nedeniyle şüpheyle yaklaşmıştır. Bu şüphelerin temelinde ise affa layık olmayanların aftan yararlanabileceği, bu şahısların tahliye olunduktan sonra tekrar suç işleyebilecekleri, devlet otoritesinin zayıflayarak kamu düzen ve huzurunun yara alabileceği gibi endişeler yer almaktadır.<sup>8</sup> Nitekim affi çıkaran gücün esas vazifesi de bu noktadan itibaren başlamaktadır. Bu noktada, af kanununu gerekli kılan zaruretleri doğru bir şekilde belirleyebilmek için kamuoyunun o esnada yaşamakta olduğu ekonomik, sosyal ve siyasî şartların iyi bir şekilde incelenmesi ve toplumda tedirginliğe neden olan etmenlerin giderilmesi gerekmektedir.<sup>9</sup> Çünkü af ilanı sonrası salıverilenlerin toplumsal hayata yeniden dâhil olma süreçleri çeşitli ekonomik, sosyal, hukukî ve siyasî tedbirlerle desteklenmezse arzu edilen neticenin elde edilmesi oldukça güç bir hal alabilmektedir.

Çalışma kapsamında yapılan literatür taraması neticesinde daha evvel yapılan akademik yayınların konun daha çok hukuki boyutu ile ilgilendikleri görülmüştür. Bu çalışmada, II. Meşrutiyet'in ilk senesinde ilan olunan afların hukuki boyutu dışında; toplum,

6 Özek (n 3) 118, 121.

7 Seha L Meray, *Ceza Hukukunda Af Konusu Üzerine Bir Deneme* (Türk Hukuk Kurumu Neşriyatı 1944) 8, 9.

8 Kâmil Ateşoğulları, 'Af' (2000) 57(2) Ankara Barosu Dergisi 77, 78.

9 Keyman (n 4) 13.

mahkumlar ve asayiş üzerine olan etkilerinin de inceleniyor olması çalışmaya özgün bir nitelik katmaktadır. Bu araştırmada, II. Meşrutiyet'in ilanı takip eden 1 yıl içerisinde çıkarılan afların mahiyet ve etkileri; afların hangi sebeplerle ilan olunduğu, affa uğrayanların kimler olduğu, aflara karşı toplumun tepkisi, af kapsamının dışında bırakılan mahkumların hapisane isyanlarındaki rolü ve ıslah olduğuna kanaat getirilmeden salıverilen suçluların tahliye olduktan sonra toplumsal düzen ve asayiş üzerinde ne gibi tesirler meydana getirdiklerinin detaylı bir şekilde incelenmesi amaçlanmaktadır. Bu maksatla başta Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, Milli Kütüphane Süreli Yayınlar Arşivi olmak üzere önemli arşiv ve kütüphanelerden istifade edilmiş, döneme ve konuya ilişkin çok sayıda belge incelenmiştir. Bunun yanı sıra çok sayıda Osmanlıca gazete/mecmua ile düsturlar ve meclis zabıtları detaylı bir şekilde taranmış, konunun kuramsal çerçevesini oluşturacak telif eserlerden de istifade edilmiştir.

## 1. Affin Tarihsel Gelişimi ve Osmanlı Hukukunda Af

Hukukun en eski uygulamalarından biri olan af, toplumsal yaşamının oluşmaya başladığı ilk günlerden itibaren her gündeme geldiğinde dini, felsefi, psikolojik, sosyolojik, hukuki ve siyasi açılardan daima tartışma yaratan bir kavram olmuştur. Devlet kavramının oluşmadığı dönemlerde, işlenen suçlara karşı yaptırım uygulayan otorite ya suçun mağduru ya da mağdurun yakınları, kabilesi, klanı olmaktaydı.<sup>10</sup> Kişisel öç alma hakkına sahip olduğu dönemde, mağdurlar veya yakınları, suçlu ile aralarında uzlaşma ve anlaşma yapabiliyorlardı. Dolayısıyla af yetkisi mağdura aitti. Siyasal otorite olarak devletin teşekkül etmesiyle, devlet otoritesini şahsında temsil eden hükümdar da sahip olduğu sınırsız gücün doğal bir sonucu olarak, affetme yetkisini kullanmıştır. Bu dönemdeki ceza hukuku düzenlemelerinde; Manu, Hammurabi ve Cengiz Yasalarında, Asur ve Eti hukuklarında olduğu gibi bugünkü anlamını taşımasa da af hükümlerine yer verilmiştir.<sup>11</sup>

Eski Yunanda ise af yetkisi bizzat halk tarafından ve özellikle savaş tehlikesinin var olduğu hallerde, daha çok asker tedariki amacıyla sürgüne gönderilenlerin cezalarının affedilip geri çağrılmaları ve bunların daha önceden müsadere edilen mallarının kendilerine iade edilmesi şeklinde kullanılmıştır. Ayrıca M.Ö. 404 tarihli ve affa dair yazılı ilk kayıtlardan biri olan düzenlemeye de Atina'da rastlanılmaktadır. Roma Hukukunda ise "Indulgetia Principis" adıyla af kurumu benimsenerek, af yetkisi prence

10 Tarihsel süreç içerisinde bu ihtiyaca cevap verecek çeşitli yaptırımlar ortaya çıkmıştır. Bunlar klan dışı etme, kısas (öç alma) ve uzlaşmadır. Detaylı bilgi için bk Nur Centel, Hamide Zafer, ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukuku'na Giriş* (Beta 2006) 14, 16.

11 Kayıhan İnel, *Yaptırım Teorisi* (Beta 2000) 303, 304.

ve senatoya devredilmiştir. Zamanla Roma Hukukunun diğer kurallarıyla birlikte af da tüm Avrupa ülkelerinin hukuk sistemlerine yerleşmiş ve sık sık uygulanmıştır.<sup>12</sup>

Af kurumunun kaynağı, yalnızca dünyevi normlar üzerine temellenerek gelişmemiştir. Nitekim gerek semavi gerek beşerî dinlerde af kavramı bulunmakta ve bütün dinlerde af; lütuf, ihsan ve iyi bir davranış olarak kabul edilmektedir. Af kurumu özelinde, birey ve devlet ile tek tanrılı dinlerin doktrinleri arasında ilişkisel bir bağ bulunmaktadır. Bu noktada affın kişilerin ve devletin eliyle uygulanmakta olduğu kabul edilmekte, affetmenin ise teolojik olarak bir ödül vaat ettiğine inanılmaktadır. Çünkü insanlar, Tanrı tarafından affedildiklerine ve bu nedenle de diğerlerini affetmekle yükümlü olduklarına inanırlar.<sup>13</sup> Nitekim Yahudilik ve Hristiyanlıkta olduğu gibi İslam dininde de af, önemli bir unsurdur. Af, İslam'ın ana kaynağı olan Kur'an-ı Kerim başta olmak üzere hadislerde ve diğer kaynaklarda övülmüş ve tavsiye edilmiştir.<sup>14</sup>

İslam Ceza Hukukunda ceza yargılamasını beraat ve mahkûmiyet haricinde sona erdiren, cezayı ağırlaştıran ve hafifleten sebeplerden başka bir de düşüren sebepler bulunmaktadır. Bunlar ceza mahallinin yok olması (sopa, hapis gibi uygulanması suçlunun hayatta olmasına bağlı cezalarda suç failinin ölümü nedeniyle düşer), sulh (sulh sadece kısas veya diyet cezası için düşürücü bir sebep olup, kısastan mal karşılığı vazgeçilmesi ya da maktulün velisinin cezadan diyetin tamamı, daha azı veya fazlası karşılığında vazgeçmesi ile sulh olunmaktadır), tövbe ve nedamet ile afır.<sup>15</sup>

İslam Ceza Hukukunda suçlar üç gruba ayrılmakta olup bu suçları işleyenlerin affı konusu da kendi içinde farklılaşmaktadır. Bu ayrıma tabi olan suçlardan ilki kişi haklarına karşı işlenen suçlardır. Bu suçlara öngörülen ceza ise kısas ve diyettir. Kısas, işlenen suç karşılığında suçluya aynı fiil ile ceza verilmesi; diyet ise ceza olarak kısas istenmediği ya da kısasın mümkün olmadığı durumlarda mağdura ya da yakınına maddi bir bedel ödenmesidir. Kısas ve diyet, mağdur veya onun velisi için bir hak niteliğindedir. Ancak mağdur ya da mağdurun yakını her ikisinden de vazgeçebilmektir;

12 Sevgi Korkut, 'Af' *TBMM Kütüphane Müdürlüğü Araştırma Servisi Raporları* (TBMM Yayınları 1987) 1 vd.; Halil Demircioğlu, *Roma Tarihi Cilt 1* (Türk Tarih Kurumu Yayınları Basımevi 1998) 178, 179.

13 Ayşe Şentepe, *Ruh Sağlığı Belirtilerinin Yordayıcısı Olarak Affetme ve Dindarlık İlişkisi* (Doktora Tezi, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2016) 13, 14.; Judith Anderson, 'Affedicilik İlişkisel Bir Süreç: Araştırma ve Yansımalar' (2013) 18(30) Harran Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 211, 213.

14 Detaylı bilgi için bk Sahip Beroje, *Günümüz ve İslam Ceza Hukukunda Af* (Fecr 2013) 85 vd.; Yüksel Salman, *İslam Ceza Hukukunda Af* (Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2005) 41, 42.

15 Detaylı bilgi için bk Yüksel Salman, *İslam Ceza Hukukunda Hafifletici Sebepler* (Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1999) 137 vd.

diğer bir ifadeyle failin tümüyle affa uğraması mümkündür. Burada kısasa, diyete ya da affa karar verecek tek yetkili kişi mağdur, mağdur öldürülmüş ise onun velisi, velinin bulunmadığı hallerde de varislerdir. Devlet başkanı veya hüküm verecek olan makamın bu konuda herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır. Fakat suçlu affedilmiş dahi olsa yetkili otorite suçluya taziren<sup>16</sup> ceza verebilmektedir.<sup>17</sup>

İkinci grupta ise hırsızlık, yol kesme (eşkıyalık), zina, zina iftirası, içki içme, dinden dönme ve devlete karşı isyan gibi Kuran’da belirtilen ve değişmez hadd cezaları ile karşılanan Allah’a karşı işlenen suçlar bulunmaktadır. Hadd cezaları çok ağır olduklarından, uygulanmaları için suçun şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispatlanmış olması gerekmektedir. Aksi halde bu ceza türü uygulanmaz. İslam Hukukunda bu tür suçların affı caiz görülmemekle birlikte; hırsızlıkta ihbardan önce çalınan şeyi iade etme, yol kesicilikte yakalanmadan önce nedamet ve tövbe, haddi düşürür.<sup>18</sup>

Üçüncü gruba dahil olan suçlar, ayet ya da hadis gibi herhangi bir İslam Hukuku kaynağında suç olarak gösterilmemiş ve cezası öngörülmemiş ancak devlet, toplum ve kişilerin aleyhine olduğuna kanaat getirilmiş suçlardır. Bu tür suçların karşılığı tazir cezasıdır. Tazirle cezalandırılacak suçlarda devlet başkanına veya ona vekalet eden hâkime büyük bir takdir yetkisi bırakılmıştır. Yetkili otorite isterse suçluya sadece öğüt verir veya onu azarlar isterse de suçluyu teşhir ettirir, sopa attırır, sürgüne yollar ya da hapsedirir.<sup>19</sup>

İslamiyet’in kabulünden önceki dönemde kurulan Türk devletlerinde suçun sadece kişiyi ilgilendirdiği kabul edilmiş, kişisel ölç, uzlaşma ve kefaret usulleri uygulanmıştır. Ancak cezaların her alanda kişiselleşmemiş olduğunu gösteren bazı uygulamalara da rastlanmıştır. Bu noktada bazen ceza suçluya değil, suçlunun yakınlarına da uygulanmıştır. Bunun yanı sıra ceza hukuku Göktürkler örneğinde olduğu gibi zamanla kişisel ölç alanından çıkmış ve kamusal ölç alanına girmiştir. Diğer bir ifadeyle cezayı verecek olan suçtan zarar gören kişi değil, devlet olmuştur.<sup>20</sup>

16 “Tazir” kelime anlamı itibariyle engellemek, yasaklamak, zorlamak, azarlamak, terbiye etmek gibi anlamlara gelmektedir. Bu cezanın verilmesinde gerek suçun tespiti gerekse verilecek cezanın türü ve miktarı bakımından yetkili otoritenin geniş bir takdir alanı bulunmaktadır. Detaylı bilgi için bk Tuncay Başoğlu, ‘Ta’zîr’ TDV İslâm Ansiklopedisi Cilt 40 (İSAM 2011) 198 vd.

17 İlhan Akbulut, ‘İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar’ (2003) 52(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 167 vd.; Mehmet Akman, Osmanlı Devleti’nde Ceza Yargılaması (Eren Yayıncılık 2004) 24.

18 Muhamad Alzuhili, ‘İslam Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi’ *İslam Ceza Hukuku Tebliğler Kitabı Cilt 1* (Lale Yayıncılık 2017) 403, 405.; Akman (n 14) 24,25.

19 Mustafa Avcı, ‘İslam Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi’ *İslam Ceza Hukuku Tebliğler Kitabı Cilt 1* (Lale Yayıncılık 2017) 445 vd.; Akman (n 14) 24,25.

20 Göktürklerde isyan, cana kast, insan öldürme ve evli kadının ırzına geçme gibi suçlar ölümle cezalandırılmakta, müessir fiil suçlarına ise aynı bir bedel olarak hayvan verme şeklinde tazminat cezası verilmekteydi. Bk Centel, Zafer ve Çakmut (n 9) 26, 28.

İslam inancının Türk devletleri tarafından resmi olarak benimsendiği, yani hukukun İslam Hukukuna dayandırıldığı devletlerde ise eski uygulamaların yerini İslam Ceza Hukuku almıştır. Her ne kadar kaynak kısıtlı olsa da Türklerin İslamlaşması sonrası ilk af örneklerine Türkiye Selçuklularında rastlanılmaktadır. Bu afların ekseriya tahta çıkışlar, siyasi ve askeri büyük hadiseler dolayısıyla uygulandıkları görülmektedir.<sup>21</sup>

Osmanlı Devleti'nin kuruluşuyla birlikte ise orijinal bir hukuk sistemi gelişmeye başlamıştır. Osmanlı Devleti'ni kuranlar, daha önce kurulmuş Türk-İslam devletlerinden siyasi, idari, iktisadi ve toplumsal yapılar da dahil olmak üzere o zaman kadar yürürlükte olan ve büyük ölçüde birlik arz eden hukuki yapıyı da devralmıştır.<sup>22</sup> Ancak Osmanlı Devleti'nin almış olduğu bu hukuki mirası hiç değişikliğe uğratmadan uyguladığını düşünmek mümkün değildir. Altı asırlık bir süreç içerisinde, ihtiyaç duyuldukça bu hukuki yapıda gerekli değişiklikler ve ilaveler yapılmıştır. Bu değişiklikler sonrasında bile Osmanlı Hukukuyla daha önce tarih sahnesinde yer alan veya çağdaşı olan Türk-İslam devletlerinin hukukları arasındaki benzerlik büyük ölçüde devam etmiştir.<sup>23</sup> Fakat her devletin İslam Hukuku uygulamasında gerek mezhep ayrılığına gerekse sosyal, siyasi ve kültürel farklılıklara bağlı olarak birtakım benzer olmayan noktalar da bulunmaktadır. Bu farklılıkları bir İslam devleti olan Osmanlı Devleti nezdinde de görmek mümkündür. Nitekim İslam Hukukunun ayrıntılı olarak düzenlemediği veya düzenlemesini devlet başkanlarına bıraktığı alanlarda, Osmanlı hükümdarları tarafından dönemin ihtiyaçları ve anlayışları dâhilinde geliştirilen normlar bu farklılıkları

21 Bu af tasarruflarının uygulanışı şu şekildedir: Af, bir fermanla (kanun) düzenlenir ve ilan edilirdi. İlgili af düzenlemeleri gayri şahsi olur ve umumi bir mahiyet taşırlardı. Diğer bir ifadeyle çeşitli suçlar arasından düzenlemeye konu olan bütün mahkûmları kapsarlardı. Sultan tarafından af ilanı kararı alınınca, bunun biran evvel yayımlanarak tebaanın bilgisine sunulması ve fermanın gereklerinin ilgililer tarafından yerine getirilmesi gerekirdi. Böylece Selçuklu Türkiye'sinin çeşitli yerlerindeki hapisanelerde bulunan mahkûmlar serbest bırakılarak af kararının gerekleri yerine getirilmiş olur ve amacı gerçekleşirdi. Bk F Şamil Arık, 'Selçuklular Zamanında Türkiye'de Çıkarılan Kolektif Af'lar (1075-1243)' Selçuk Dergisi: I. Alâeddin Keykubat Özel Sayısı (Selçuklu Araştırmaları Merkezi 1988) 19 vd.

22 Osmanlı Devleti'nin hukuki yapısını oluşturan iki ana kaynak bulunmaktadır. Bunlardan ilki İslam Hukuku, diğeri ise eski Türk-Moğol geleneğine dayanan töredir. Detaylı bilgi için bk Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (Beta 2005) 69.; Mehmet Akif Aydın, 'Osmanlı Hukuku'nun Genel Yapısı ve İşleyişi' *Türkler Cilt 10* (Yeni Türkiye Yayınları 2002) 15.; Erol Özbilgen, *Osmanlı Hukuku'nun Yapısı* (Nihal Kitabevi 1985) 89.; Halil İnalçık, 'Osmanlı Hukukuna Giriş: Örfi-Sultani Hukuk ve Fatih'in Kanunları' (1958) 13(2) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 104 vd.

23 9. yüzyılın sonlarına doğru büyük İslam uleması, Şeriatın son şeklini aldığı ve içtihat kapısının kapandığını, diğer bir ifadeyle İslam Hukukunda yeni kurallar koyma imkânının kapanmış olduğunu ilan etmişlerdi. İslamiyet gerek kamu hayatını gerek fertler arası ilişkileri düzenleyen ve dini emirlere dayanan bir tek kanun tanyordu, o da şeriattı. Bir Müslüman hükümdarı ister halife olsun ister sultan, kanun koyucu sıfatını takinamazdı. O, ancak İslam kanunun, yani şeriatin nazırı ve muhafızı idi. Şeriat üzerinde herhangi bir yorumda bulunmak ancak yetkili ulemaya aitti. Bk Halil İnalçık, *Devlet-i Aliyye Cilt I* (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2009) 227; İnalçık, 'Osmanlı Hukukuna Giriş' (n 20) 102-107.; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (n 20) 69.



doğurmuştur.<sup>24</sup> Bütün bunlar birlikte değerlendirildiğinde, Osmanlı Hukuk sisteminin zamanla kendine özgü bir yapı ortaya koyduğu anlaşılmaktadır.<sup>25</sup>

İslam Hukuku, Osmanlı Devleti'nin temel taşı olmakla birlikte, hukuki yapısı şer'i ve örfi normlardan oluşan Osmanlı Devleti açısından İslam Hukuku ve İslam Ceza Hukuku; suç, ceza ve infaz konularında önemli bir kaynak teşkil etmiştir.<sup>26</sup> Nitekim İslam Hukukunda olduğu gibi Osmanlı'da da ceza yargılamasının beraat ve mahkûmiyet dışında sona erdiren sebepler bulunmaktadır. Bunlar sulh, ikrar, ibra, yemin, nükûl (yeminden kaçınma) ve aftır.<sup>27</sup>

Osmanlı Devleti'nin ilk dönemlerinde af kurumu ile ilgili belli prensiplere bağlı herhangi bir kanunnameye rastlanılmamakla birlikte,<sup>28</sup> afa ilgili düzenlemeler temelde İslam Hukukuna uygun olarak şekillenmiş, bütün çeşitleri herhangi bir fark gözetilmeksizin tek bir anlamda ifade edilmiş ve af yetkisi padişah tarafından bireysel ve toplu aflara yönelik olarak fermanlar vasıtasıyla kullanılmıştır.<sup>29</sup>

Osmanlı Devleti'nde padişah tarafından ilan edilen bu aflar için "afv-ı âli, afv-ı umumi, afv-ı şahane" gibi tabirler kullanılmıştır. Bu aflar; yaşlılık, kronik hastalık, padişahın tahta çıktığı gün veya doğum günü, bir vilayetin padişah tarafından ziyareti, dini günler

24 Osmanlı Hukukunu oluşturan iki unsurdan İslam Hukukuna "şer'i veya ahkâm-ı şer'iyye", Osmanlı hükümdarları tarafından konan hukuk kurallarına da "örfi, kanun, kavanin-i örfiye" gibi isimler verilmiştir. Ferman, berat, hüküm, kanunname, siyasetname, adaletname, yasakname tarzındaki Osmanlı Hukuk belgelerinde, Osmanlı Hukukunun bu ikili yapısı "şer ve örf" şeklinde sürekli birlikte anılmıştır. Şer'i hukuk temelde ibadetler, muameleler ve cezalardan ibarettir. Örf/kanun ise devlet teşkilâtı, idare, toprak, vergi ve ceza gibi kamusal alanlara yoğunlaşmıştır. Ancak, burada dikkat edilmesi gereken husus, örfi hukukun, şer'i veya gayri şer'i olabileceğidir. Bu durum belli ölçüde bir ikiliğin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Meydana gelen bu düalist yapının en belirgin olduğu alan ise özellikle ceza hukukunda kendini göstermiştir. Fakat İslam devleti söz konusu olunca, şer'i hükümlere aykırı olmayan kavanin-i örfiye söz konusudur. Bu kural, Şeyhülislâm Ebüssuûd Efendi tarafından, "Nâ meşrû' nesneye emr-i sultânî olmaz" şeklindeki ifadeleri ile kayıt altına alınmıştır. Bk. Muharrem Midilli, *Osmanlı Bağlamında Şeriat-Kanun Ayırımının Hanefî Kamu Hukuk Fikri Açısından Değerlendirilmesi: Ceza Hukuku Örneği* (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2017) 1, 2, 26, 28, 29.; Coşkun Üçok, 'Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler I' (1946) 3(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 125, 126.; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (n 20) 15; Aydın, 'Osmanlı Hukuku'nun Genel Yapısı' (n 20) 70, 78.; Özbilgen (n 20) 43, 45.; Ahmed Akgündüz, 'Osmanlı Kanunnameleri' *Türkler Cilt 10* (Yeni Türkiye Yayınları 2002) 21.

25 Yusuf Koç, 'Erken Dönem Osmanlı Hukuku: Yaklaşımlar, Temel Sorunlar' (1999) 16(Özel Sayı) Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi 124, 125.

26 Yılmaz Yurtseven, 'Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi Çerçevesinde İslam Ceza Hukuku'nda Örfi Hukukun Yeri ve Osmanlı Uygulaması' *İslam Ceza Hukuku Tebliğler Kitabı Cilt 2* (Lale Yayıncılık 2017) 333.

27 İbrahim Orkun Atalay, 'Osmanlı Ceza Yargılaması Usulü Hukuku Üzerine Bir Deneme' (2007) 10(3-4) Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 255, 256.

28 Bu bağlamda, Ahmed Akgündüz'ün *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri* isimli 11 ciltlik çalışması incelenmiştir.

29 Duygu Çağlar Doğan, *Ceza Hukukunda Af* (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2012) 19, 20.

olan bayram ve mevlit geceleri gibi vesilelerle ilan edilmiştir. Bunların dışında savaş ve isyan öncesinde, esnasında veya sonrasında da aflar çıkarılmıştır.<sup>30</sup> Padişahın af yetkisinin dışında İslam Hukukunun gereği olarak kişi haklarına karşı işlenen suçlarda mağdur, mağdurun velisi veya mirasçıları tarafından da af yetkisi kullanılmıştır.<sup>31</sup> Ancak had suçlarında padişahın, mağdurun, mağdurun velisinin ya da mirasçıların faili affetmeleri mümkün değildi. Kısas suçlarında ise mağdur veya yakınlarının suçluyu affetmeleri halinde ise ceza ya tamamen düşmekte ya da şekli değişebilmekteydi. Bu durumun gerçekleşmesi halinde devletin cezalandırma yetkisi devreye girebilmekte ve suçlu, kamu hakkını ihlal veya toplum düzenini muhafaza gibi sebeplerle taziren uygun bir cezaya çarptırılabilirdi.<sup>32</sup>

Osmanlı İmparatorluğu'nda hukuki, siyasi, toplumsal ve ekonomik alanlarda yeniden düzenlemelerin yapıldığı Tanzimat Döneminde gerçekleştirilen kanunlaştırma hareketleri ve adli teşkilatta yapılan değişiklikler ile Osmanlı Devleti'nde hukuk alanında reform süreci başlamıştır.<sup>33</sup> Bu dönem zarfında muhtelif kanunların ve özel olarak bir ceza kanununun tanzimi öncelik verilen işlerden sayılmıştır. Nitekim 1840, 1851 ve 1858 senelerinde ceza kanunları çıkarılmıştır.<sup>34</sup> Ancak Osmanlı Hukukunda affa ilişkin modern anlamda ilk yazılı düzenleme ise 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanununda cezaların dönüştürülmesi ile ilgili olarak kayda geçmiştir. 1858 Ceza Kanununun 47. maddesine<sup>35</sup> göre; idam cezasını küreğe, kürek cezasını kalebentliğe, müebbet kalebentliği muvakkat kalebentliğe dönüştürme ve bu cezaları bağışlama yetkisi padişahın uhdesine verilmiştir. Ancak af konusunda özel bir padişah iradesi veya kanunda açık bir hüküm olmadıkça cezaların değiştirilmesi ve affı ise mümkün kılınmamıştır.<sup>36</sup>

30 Osman Nuri, 'Mesail-i Cezaiyyede Afv' (12 Mart 1325/25 Mart 1909) 1(1) İlm-i Hukuk ve Mukayese-i Kavanin Mecmuası 135 vd.

31 Doğan, (n 27) 19, 20.

32 Mehmet Akman, *Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması* (Eren Yayıncılık 2004) 25.; Mustafa Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar* (Gökkubbe Yayınları 2004) 123.

33 Hıfzı Velled Velidedeoğlu, 'Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat' *Tanzimat I* (Maarif Matbaası 1940) 173 vd.

34 Gülnihal Bozkurt, *Batı Hukuku'nun Türkiye'de Benimsenmesi* (Türk Tarih Kurumu Yayınları 1996) 97 vd.

35 "47 Madde: İ' dām cezāsının kürege ve kürek cezāsının kal'a-bendliğe ve mü'ebbed kal'a-bendliğinin nefy-i ebede ve muvakkat kal'a-bendlik ile habsin nefy-i muvakkata tebdili muṭlakā irāde-i maḥṣūsa-i pādīshāhiye menūtdur. Ve ber-vech-i muḥarrer irāde-i seniyye-i maḥṣūsa olmadıkça ve kânün-nāmede şarāhat bulunmadıkça bir vech-ile bir cezānın 'afvı veyāhūd tebdil ve tahfifi cā'iz değildir." 1958 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunu'nun tam metni için bk Senem Öner, *Çeviri Yoluyla Kanun Yapmak: 1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunu'nun 1810 Tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan Çevrilmesi* (Doktora Tezi, Yıldız Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2013) 242.

36 Osman Nuri (n 26) 135 vd.

Özellikle 19'uncu yüzyılın ikinci yarısından itibaren girilen bu reform süreci Osmanlı yargı sisteminde önemli değişikliklere sebep olmuş şer'iyye, cemaat ve konsolosluk mahkemelerinin görev alanı dışında kalan, bütün ceza ve hukuk davalarına bakmakla görevli olan nizamiye mahkemeleri hem ilk derece mahkemesi hem de istinaf mahkemesi olarak görev yapmaya başlamıştır.<sup>37</sup> Bu durum Osmanlı hukuk sisteminde dūalist bir yapının ortaya çıkmasına neden olmuş, 1858 tarihli Ceza Kanun yürürlüğe girmesiyle daha da belirgin bir hal almıştır. Nitekim bir suç işlendiğinde uygulanacak hukukun şer'i hukuk mu yoksa yeni ceza kanunu mu olacağı, başvurulacak yargı merciinin neresi olacağı gibi sorular zaman zaman karışıklıklara neden olmuştur. Bu ikili yapının sebebiyet verdiği karmaşa, özellikle şahsa karşı işlenen suçlar bakımından 1858 Ceza Kanununun şer'i hukuk ve müesseselerine atıf yaptığı tasarlayarak adam öldürme, taksirle adam öldürme, kasten yaralama, taksirle yaralama ve ıskat-ı cenin suçlarında daha fazla görünür olmuştur. Örneğin tasarlayarak adam öldürme suçunun işlenmesi halinde şer'iyye mahkemesi kısasa, nizamiye mahkemesi de idama hükmetmiş ise kısas cezası infaz edilmiş, şer'iyye mahkemesinde sulh veya af olmaksızın kısas cezası dışında bir ceza verildiği ancak nizamiye mahkemesince idam cezası verildiğinde ise idam cezası infaz edilmiştir. Şer'iyye mahkemesinin kısasa, nizamiye mahkemesinin ise idam cezası dışında bir cezaya hükmetmesi halinde ise kısas cezası uygulanmıştır. Bunun yanı sıra nizamiye mahkemesinin idam hükmünde bulunduğu ancak şer'iyye mahkemesinde sulh ya da af yolu ile davanın nihayete erdiği durumlarda ise fail 1858 Ceza Kanunu gereğince kürek cezasına çarptırılmıştır. Dualitenin neden olduğu bu gibi karmaşıklıklara ve usuli sorunlara 1861, 1869, 1887, 1909, 1911, 1913, ve 1917 yıllarında yapılan düzenlemeler ile nizam getirilmeye çalışılmıştır. Bu süreç 1924 senesinde çıkarılan "Mehâkim-i Şer'iyyenin İlgası ve Mehâkimin Teşkilatına Ait Ahkâmı Muadil Kanun" ile son bulmuştur.<sup>38</sup>

Türk hukuk tarihinde affa ilişkin bir diğer modern düzenleme 1876 tarihli Kânûn-ı Esâsî ile hayat bulmuştur. Öyle ki 1876 senesinde ilan edilen Kânûn-ı Esâsî'nin 7. maddesindeki "...mücazat-ı kanuniyenin tahfîfi ve affi... hukuk-u mukaddese-i padişahi cümlesindedir"<sup>39</sup> ibaresi ile hem genel affi hem de özel affi kapsamakta olan padişaha

37 Müge Vatansver Öztürk, 'Nizamiye Mahkemeleri Üzerine Bir Değerlendirme' (2018) 13(171-172) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 155 vd.

38 Ahmet Kılınç ve Davut Yıldırım, 'Tanzimat Dönemi Dualist Yapısının Şahsa İşlenen Suçlara Yansıması' Nizamiye Mahkemeleri Üzerine Bir Değerlendirme' *Necmettin Erbakan Hukuk Araştırmaları: Kamu Hukuku* (Necmettin Erbakan Üniversitesi Kültür Yayınlar 2021) 171 vd.

39 Suna Kili ve A Şeref Gözübüyük, *Türk Anayasa Metinleri: Senedi İttifaktan Günümüze* (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 1985) 31, 32.

ait af çıkarma yetkisi, anayasal bir nitelik kazanmıştır.<sup>40</sup> Fakat 1909 senesinde yapılan anayasa değişikliği neticesinde Kânûn-ı Esâsî'nin 7. maddesi "...mücazat-ı kanuniyenin tahfif veya affı, Meclis-i Umumi'nin tasvibi ile afv-ı umumi ilanı... hukuk-u mukaddese-i padişahi cümlesindedir"<sup>41</sup> şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişiklik ile padişahın özel af çıkarma yetkisi muhafaza edilirken, genel af ilanı yetkisine ise ilk defa meclis de ortak edilmiştir. TBMM'nin açılması ve 1921 Anayasasının kabulünün ardından hem genel hem de özel af çıkarma yetkisi tam anlamıyla meclise geçmiş, 1924 Anayasasının kabulünden sonra ise kronik hastalık ve yaşlılık gibi nedenlerle özel af çıkartma yetkisi Cumhurbaşkanına da tanınmıştır.<sup>42</sup>

Tanzimat'tan Cumhuriyet'in ilanına kadar af kurumuna en sık başvurulduğu dönemlerden ilki II. Abdülhamit dönemidir. Bu dönemde ilan olunan aflardaki ana maksat; dış politikada siyasi bir argüman olarak afları kullanmak, iç ve dış faktörlerin neden olduğu eşkıyalık faaliyetlerinin önünü almak, isyan ve ihtilal hareketleri sebebiyle zarar gören kamu düzenini sağlamak ve kaybolan devlet otoritesini yeniden tesis ederek devletin aczini giderebilmek olmuştur.<sup>43</sup> Af kurumuna en sık başvuru olan diğer bir dönem ise II. Meşrutiyet Dönemi olmuş, meşrutiyetin ilanı sonrasında da çeşitli sebeplerle birçok kez af ilan edilmiştir.

## 2. 1908 İhtilalinin İlk Günlerinde İlan Olunan Aflar ve Etkileri

Osmanlı Devleti, 19. yüzyıla gelindiğinde bir modernleşme süreci ve serüvenine girmiştir. Bu dönem Osmanlı İmparatorluğu'nun artık Batı'nın siyasi, askeri, ekonomik ve teknolojik üstünlüğünü kabul ettiği bir dönemdir. Bu bağlamda asker ve bürokrat kökenli Osmanlı aydınları Osmanlı İmparatorluğu'nu yıkımdan kurtaracak çarenin ülkede bir takım köklü değişikliklere gitmek olduğunu düşünmüşlerdir.

III. Selim ve II. Mahmut ile başlayan köklü değişiklikler ise meyvesini 1839 Tanzimat Fermanı ile vermiştir. Bu belge ile Osmanlı İmparatorluğu'nun parçalanma süreci durdurulmaya çalışılmış, Osmanlılık kavramı ilk kez ortaya atılmıştır. 1856 İslahat Fermanı

40 Keyman (n 4) 86.

41 Kili ve Gözübüyük (n 29) 75.

42 Doğan Soyaslan, 'Af' (2001) 18(1) Anayasa Yargısı Dergisi 412 vd.; Ayhan Döner, 'Cezai ve İdari Yaptırımların Farklılığı Bağlamında TBMM'nin Af Yetkisi' (2008) 12(3-4) Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 40,41.

43 Ahmet Halaçoğlu, 'II. Abdülhamit Döneminde Yapılan Genel Aflar ve Bunun Ermeni İşyanları Açısından Bir Değerlendirmesi' *XV. Türk Tarih Kongresi, Kongreye Sunulan Bildiriler (Birinci Dünya Savaşı)* (Türk Tarih Kurumu Yayınları Basımevi 2010) 2513, 2515.; Sabri Yetkin, *Ege'de Eşkıyalar* (Tarih Vakfı Yurt Yayınları 1997) 94, 119.

ise adeta Hristiyanlar için yayınlanmış bir belge olarak ortaya konmuştur. Osmanlı İmparatorluğu'nun yıkılışının önlenmesi ve Batılı devletlerin ülkenin iç işlerine karışmalarının engellenmesi için yapılan ıslahatların istenilen sonuçları vermemesi üzerine, Tanzimat Döneminin yetiştirdiği Yeni Osmanlı aydınları, bu kez de kurtuluşu tüm etnik kimlikler üzerine inşa edilmiş bir Osmanlı kimliği oluşturarak, devlet yönetimini anayasal temellere dayandırmakta bulmuşlardır. Genç Osmanlılar olarak da adlandırılan hareketin öncüleri olan; Şinasi, Namık Kemal ve Ziya Paşa gibi aydınlar, padişahın yetkilerinin sınırlandırılması ve anayasal bir yönetimin kurulması için 1860 yılından itibaren siyasi bir mücadele içine girmişlerdir. Bu aydınlar hedeflerine, II. Abdülhamid'in 23 Aralık 1876'da Türk devlet tarihinin ilk anayasası olan Kânûn-ı Esâsî'yi ilanı ile ulaşmışlardır. Böylece Osmanlı Devleti, mutlak monarşi yerine anayasal monarşiye yönelmiştir.<sup>44</sup>

Anayasanın ilanından hemen sonra bir parlamento oluşturulması için seçimlere gidilmiş, ardından da ilk Meclis-i Mebusan toplanmıştır (19 Mart 1877). Ancak kısa bir süre sonra II. Abdülhamid tarafından anayasa askıya alınarak Mebusan Meclisi tatil edilmiş, anayasanın ilanı ile elde edilen haklar da geri alınmıştır. II. Abdülhamid'in padişahlığının ilk yıllarında anayasal yönetimi tekrar geri getirmek için birtakım hareketler olsa da bu çabalar başarılı olmamıştır.<sup>45</sup>

II. Abdülhamid'in gittikçe yönetimi sertleştirmesi ve imparatorluğun hızla yıkılışa doğru gitmesi, rejime karşı bir hoşnutsuzluk ortamı oluştururken, bu ortam zamanla örgütlü bir muhalefet hareketini doğurmuştur. Bu muhalefet, 1889 yılında kurulan "İttihad-ı Osmani Cemiyeti" ile ete kemiğe bürünmüştür. İbrahim Temo, İshak Sukuti, Abdullah Cevdet ve Mehmed Reşid'in girişimleriyle Askeri Tıbbiye'de başlayan muhalif hareket, daha sonra Harbiye, Tıbbiye ve Mülkiye gibi okullarda da kendisine süratle taraftar bulmayı başarmıştır. Jön Türk hareketi olarak adlandırılan ve ülke içinde hızla örgütlenen bu muhalif hareket, 1890'lı yıllarda Ahmed Rıza ve Murat Bey'in kaçmasıyla yurt dışına da taşınmıştır. Yurt dışındaki Jön Türk hareketi, Damat Mahmut Celâleddin Paşa'nın<sup>46</sup> Ahmed Lütfullah ve Mehmed Sabahaddin isimli öğrencilerini de yanına alarak, 1899 yılında ülkeden kaçmasıyla daha da güçlenmiştir. Şehzade olmamasına rağmen prens namıyla anılan Sabahaddin Bey daha sonra Jön

44 Halil İncalcık ve Mehmet Seyitdanlıoğlu, *Tanzimat: Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu* (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2019) 29 vd., 371 vd.; Niyazi Berkes, *Türkiye'de Çağdaşlaşma* (Yapı Kredi Yayınları 2002) 214 vd., 309 vd.; Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri* (Yapı Kredi Yayınları 1998) 132 vd.; Kili ve Gözübüyük (n 29) 39 vd.

45 Ahmet Oğuz, *Birinci Meşrutiyet: Kânûn-ı Esâsî ve Meclis-i Mebusan* (Grafiker Yayınları 2010) 103 vd.; Kili ve Gözübüyük (n 29) 56 vd.; Tanör (n 34) 152 vd.

46 Damad Mahmud Celâleddin Paşa (1853-1903) Sultan Abdülmecid'in kızı Seniha Sultan (1851-1931) ile evlidir. Dolayısıyla Sultan Abdülmecid'in damadı ve II. Abdülhamid'in de eniştesidir.

Türk hareketinin yeni lideri olarak ortaya çıkmıştır.<sup>47</sup>

II. Abdülhamid yönetimine karşı olan muhalefetin tüm güçlerinin birleştirilmesi gerektiğini düşünen Sabahaddin Bey, 1902'de Paris'te bir araya gelen ilk Jön Türk Kongresinin toplanmasında önemli rol oynamıştır. 1902 tarihli Jön Türk Kongresinde tartışılan en önemli konu; Abdülhamid'e karşı propaganda veya basın yayın yolu ile mi, yoksa askeri kuvvetlerin kullanılmasıyla mı muhalefet edileceği ve bu süreç zarfında yabancı müdahalesinin gerekip gerekmediği olmuştur. Kongre sonucunda Jön Türkler, yabancı müdahalesini destekleyen Sebahaddin Bey ve taraftarları ile desteklemeyen Ahmed Rıza Bey ve taraftarları olarak ikiye ayrılmıştır. Kongre'den sonra Ahmed Rıza Bey'in başkanlığını yaptığı grup "Terakki ve İttihat Cemiyeti", Sabahaddin Bey'in grubu da "Teşebbüs-i Şahsi ve Âdem-i Merkezîyet Cemiyeti" adını almıştır.<sup>48</sup>

Diğer yandan, meşrutiyete giden süreci hızlandıracak olan en önemli gelişme, 1906 yılında Selanik'te meydana gelmiş, burada Talat, Bursalı Mehmed Tahir, Rahmi, Mithat Şükrü ve Kazım Nami beyler tarafından "Osmanlı Hürriyet Cemiyeti" kurulmuştur. Kısa bir süre sonra Ahmed Rıza Bey'in dikkatini çeken bu cemiyet, Dr. Nazım Bey aracılığıyla, 1907 yılında Terakki ve İttihat Cemiyeti ile birleşmiştir. Cemiyet daha sonra adını "İttihat ve Terakki Cemiyeti (İTC)" olarak değiştirmiştir. Bu birleşmeyle muhalif hareketin içinde asker kökenli Jön Türklerin sayısı da artmıştır.<sup>49</sup>

İmparatorluğun Makedonya topraklarında başlayan bu örgütlü muhalefet hareketleri yavaş yavaş Anadolu'da da kendisini hissettirmeye başlamıştır. Ülke içinde ve dışında gelişmeye başlayan bu muhalif hareketler, birlikte hareket etmenin daha doğru olduğuna karar vermişler ve 1907 tarihinde Paris'te II. Jön Türk Kongresini toplamışlardır. Kongreye katılan muhalif örgütler, aralarındaki anlaşmazlıkları bir tarafa bırakarak, II. Abdülhamid yönetiminin bir an önce nasıl devrileceği ile ilgili anlaşmaya varmaya çalışmışlardır. Kongre sonucunda, Abdülhamid yönetimine karşı silahlı direnme, vergi ödememe, genel ayaklanma, ordu içi propaganda gibi yöntemlere başvurulacağı duyurulmuştur.<sup>50</sup>

47 M Şükrü Hanioglu, *Bir Siyasal Örgüt Olarak İttihat ve Terakki Cemiyeti ve Jön Türklük (1889-1902) Cilt 1* (İletişim Yayınları 1989) 105, 170 vd.; Sina Akşin, *Jön Türkler ve İttihat ve Terakki* (İmge Kitabevi 2017) 45 vd.; Ernest E Ramsaur, *Jön Türkler ve 1908 İhtilali* (Pozitif Yayınları 2007) 31 vd.

48 Ahmet Bedevi Kuran, *İnkılap Tarihimiz ve Jön Türkler* (Kaynak Yayınları 2000) 85, 88.

49 Mithat Şükrü Bleda, *İmparatorluğun Çöküşü* (Remzi Kitabevi 1979) 21.; Suavi Aydın, 'İki İttihat-Terakki: İki Ayrı Zihniyet, İki Ayrı Siyaset' *Tanzimat ve Meşrutiyet'in Birikimi, Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce Cilt 1* (İletişim Yayınları 2001) 117 vd.

50 Tarık Zafer Tunaya, 'Türkiye'nin Siyasi Gelişme Seyri İçinde İkinci "Jön Türk" Hareketinin Fikri Esasları' *Tahir Taner'e Armağan* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1956) 167-187.; Kuran (n 37) 287, 288.

II. Meşrutiyetin ilanından önce yaşanan bazı olaylar ihtilal sürecini hızlandırmıştır. Bu olayların başında “Makedonya Meselesi” gelir. Makedonya Meselesinin yeniden alevlenmesi, devrimin yakın nedeni olmakla birlikte temel neden daha farklıdır. Özellikle Rumeli’de bulunan ordudaki huzursuzluklar en önemli nedenlerden birisini oluşturmuştur.<sup>51</sup> Ayrıca İngiltere Kralı ve Rus Çarı arasında 9-10 Haziran 1908 tarihlerinde Reval’de (Estonya) yapılan ve Makedonya’nın geleceğinin belirlendiği görüşmede; Osmanlı’nın paylaşılmasına karar verildiği yönündeki haberler, İTC’ye mutlakiyetçi yönetimi yıkmak için yeni bir neden vermiştir.<sup>52</sup> Böylelikle ihtilal sürecinin başlatılması için tüm şartlar oluşmuştur. Nitekim İTC tarafından 23 Haziran 1908 tarihinde bir beyanname yayınlanarak, hükümetin meşru bir hükümet olmadığı, İTC’nin tek amacının millet ile padişahın doğrudan temasını sağlamak olduğu belirtilmiştir.<sup>53</sup> Bu beyanname, Manastır’da şehrin sokaklarına asılmış ve bazı ülkelerin konsolosluklarına da gönderilmiştir.<sup>54</sup>

II. Meşrutiyeti hazırlayan diğer nedenler ise halktan alınan adaletsiz vergiler, devlet yönetiminde bulunan yozlaşmış idareciler, 1908 yazı başlarında başlayan ağır iktisadi kriz ve bunların halk üzerinde yarattığı yaygın huzursuzluklardır.<sup>55</sup> Nitekim 1908 yılının ilk aylarına gelindiğinde, düzene karşı memnuniyetsizlik imparatorluğun her köşesinde görülmeye başlamıştır. Bu huzursuzluklar sadece halkın içinde değil, aynı zamanda ordunun içinde de kendini göstermiştir. Bu gelişmeler yaşanırken İTC’nin Selanik merkezinin en önemli hedefi, III. Ordu’yu da hareketleri içine çekmek olmuştur. 1908 yılının haziran ayı başlarından itibaren ise sadece III. Ordu’dan değil, Makedonya’daki diğer ordulardan da hoşnutsuzluk ve isyan haberleri gelmeye başlamıştır.<sup>56</sup>

İhtilal fiilen, 3 Temmuz 1908 günü, Resne’de Kolağası Niyazi Beyin 200 kadar asker ve 200 kadar sivilden oluşan kalabalık bir grupla dağa çıkması ile başlamıştır. İhtilal sürecini hızlandıran diğer önemli olay ise Firzovik Toplantısı’dır. 30 bin kadar Arnavut,

51 II. Meşrutiyet’in ilan nedenleri için bk Yusuf Hikmet Bayur, *Türk İnkılabı Tarihi Cilt 1 Kısım 1* (Türk Tarih Kurumu Yayınları 1991) 429 vd.; Feroz Ahmad, *İttihat ve Terakki 1908-1914*. (Kaynak Yayınları 2016) 13 vd.; Akşin (n 36) 97.

52 Zekeriya Türkmen, *Osmanlı Meşrutiyetinde Ordu-Siyaset Çatışması* (İrfan Yayınevi 1993) 15.; Ramsaur (n 36) 151-153.; Ahmad (n 41) 17.

53 Orhan Koloğlu, ‘Mayıs-Eylül 1908 Belgelerine Göre İttihatçılarda Osmanlı Birliği Anlayışı I’ (1998) 9(55) *Toplumsal Tarih* 16 vd.; Orhan Koloğlu, ‘Mayıs-Eylül 1908 Belgelerine Göre İttihatçılarda Osmanlı Birliği Anlayışı II’ (1998) 9(56) *Toplumsal Tarih* 30 vd.

54 Bayur (n 40) 448.

55 Aykut Kansu, *1908 Devrimi* (İletişim Yayınları 2001) 35 vd.; Kuran (n 37) 273.; Ramsaur (n 36) 149.

56 Kuran (n 37) 274-286.; Ramsaur (n 36) 150.



20 Temmuz 1908'de Firzovik'te toplanarak bir gösteri düzenlemişler ve taleplerini bir telgrafla II. Abdülhamid'e bildirmişlerdir.<sup>57</sup>

Bu telgrafla, Kânûn-ı Esâsî'nin maddelerine uygun olarak meşruti sistemin yeniden kurulması ve İstanbul'da bir millet meclisin toplanması istenilmiş, aksi halde ise harekete geçileceği bildirilmiştir. Bu telgrafi, Kosova, Selanik, Serez ve Priştine'den çekilen aynı minvaldeki telgraflar izlemiştir. İttihatçıların gerek yurt içinde ve gerekse yurt dışında verdiği özgürlük mücadelesi; 1908 yılının temmuz ayında amacına ulaşmış, yaklaşık 30 yıllık istibdat dönemi sona ermiştir. 23/24 Temmuz 1908 (10 Temmuz 1324) tarihinden itibaren II. Meşrutiyet Dönemi başlamıştır.<sup>58</sup>



**Resim 1: İstibdadın Patlaması<sup>59</sup>**

57 Akşin (n 36) 103.; Ahmad (n 41) 26, 29.

58 Tanık Zafer Tunaya, *Hürriyetin İlanı* (Arba Yayınları 1996) 7.; Tefvik Çavdar, *Özgürlük Kavgasında Yaşanan Geçmiş 1860-1918* (Ayba Yayınları 1982).; Bayur (n 40) 469 vd.; Kansu (n 44) 35.

59 Karikatürde istibdat rejimi patlamış, eski düzenin parçaları olarak görülen paşa, vali ve idarecilerin ve görevden alınmasıyla birlikte; irtikâb, hafiyelik, cinayet, alçaklık gibi kötülüklerin dağıldığı resmedilmiştir. Bk Ali Fuad, 'İstibdat' *Karagöz Gazetesi* (İstanbul, 10 Ağustos 1908) 4.



Meşrutiyetin ilanından hemen sonra ilk olarak anayasa tekrar yürürlüğe konulmuş akabinde ise siyasi suç olarak adlandırılan fiilleri işleyenler hakkında genel af mahiyetinde düzenlemeler yapılarak istibdat mağdurlarına bütün hakları iade edilmeye başlanmıştır. Ayrıca halkın ayaklanmasından çekinen hükümetin telaşı ve tereddüdü üzerine İstanbul ve diğer bazı mahallerdeki siyasi ve adi suçlardan dolayı tutuklanmış ya da mahkûm edilmiş kişiler de tahliye olunmuştur.<sup>60</sup> Meşrutiyetin ilanından sonra gerçekleştirilen afların sayısı ve kapsamı zamanla artmış ve genişlemiştir.

1908-1918 tarihleri arasında çıkarılmış olan hukuki metinlerin yer aldığı Düsturlardan tespit olunabildiği kadarıyla af konusunun işlendiği kanun ve irade-i seniyyelerin sayısı 34'tür. 1909 tarihinde Kânûn-ı Esâsî'de yapılan değişiklikle özel af yetkisi padişahın elinde bırakılıp, genel af ilanı meclisin onayı şartına bağlanmış olduğu için padişahın özel olarak tasdik ettiği ve meclis onayı gerektirmeyen kronik hastalık veya yaşlılık gibi nedenlerle uygulanan özel aflar bu sayıya dâhil edilmemiştir. Yapılan inceleme neticesinde 1908-1918 tarihleri arasında af konusunun düzenlendiği irade-i seniyye ile kanunlardan sadece 6 tanesinin II. Meşrutiyetin ilk senesine ait olduğu belirlenmiştir.<sup>61</sup> Bunlar;

1. Rumeli-i şahânedede tarîk-i şekâvete sülûk edenlerin affı hakkında irâde-i seniye (14 Temmuz 1324/28 Cemâziye'l-âhir 1326/28 Temmuz 1908).
2. İkamet-i memuriyet suretiyle taşraya teb'id edilenlerle divan-ı harb mahkûmlarının dahi affı hakkında irâde-i seniye (14 Temmuz 1324/28 Cemâziye'l-âhir 1326/28 Temmuz 1908).
3. Rumeli Vilâyetinde sülûsân müddetlerini ikmâl eden cerâim-i adiyeye mahkûmlarının dahi affı hakkında irâde-i seniye (29 Cemâziye'l-âhir 1326/29 Temmuz 1908).
4. Cerâim-i siyâsiye ile müretteb vukua getirilmiş olan cerâim-i adiyeye mahkûmlarının dahi afvı hakkında irâde-i seniye (16 Receb 1326/14 Ağustos 1908)
5. Sülûsân müddetlerini ikmâl eden bi'l-umûm cerâim-i adiyeye mahkûmlarıyla on beş seneden beri mahbûs bulunan müebbed kalabend ve kürek mahkûmlarının dahi afvı hakkında irâde-i seniye (16 Receb 1326/14 Ağustos 1908).
6. 10 Temmuz 1324 tarihinden evvel irtikâb edilmiş olan cerâim-i adiyeye mahkûmîn ve maznûnini hakkında af kânunu (5 Şaban 1327/22 Ağustos 1909).

60 Osman Nuri (n 26) 135 vd.

61 *Düstur: Tertib-i Sâni Cilt I* (Matbaa-i Osmaniye, 1329/1913).

Temmuz 1908 ila Ağustos 1909 tarihleri arasında ilan olunan bu aflar mahiyetleri, hapisanelerde yarattığı etki, neden olduğu toplumsal tepki ve asayiş hadiselerinde meydana getirdiği tesirler bakımından II. Meşrutiyet döneminin en tartışmalı konuları arasında yer almıştır.

## 2.1. Afların Mahiyeti

23/24 Temmuz 1908'de meşrutiyetin ilanını müteakip Kânûn-ı Esâsî'nin yeniden yürürlüğe girmesi ve akabinde Meclis'in açılmasıyla birlikte, İttihat ve Terakki'nin ilk icraatı af ilan olmuştur. Nitekim "...Rumeli-i Şahânedede bulunan anâsır-ı muhtelifeden senelerden beri tarik-i şekâvete sülûk etmiş olanların silahlarını hükümete teslim ile me'villerine gitmek üzere aff-ı âli istirhâmında buldukları..."<sup>62</sup> belirtilerek bir af çıkarılması istenilmiştir. Bunun üzerine "Rumeli Bölgesinde Eşkîyalık Yapmış Olanların Bazı Şartlar ile Afları Hakkında Padişah Hükümü"<sup>63</sup> ile 27 Temmuz 1908 tarihinde "...silahlarını hükümete teslim etmek ve minba'd meslek-i şekâvete münselik olmamak şartıyla müsted'ilerin istirhâmâtı rehn-i müsaade-i seniyye-i hazret-i tâcidârî olduğunun mahallerinde ve Dersa'adet gazetelerinin tebligât-ı resmiye kısmında i'lân ve tebşîri ve mahall-i hükümetlerince ol vecih ile icâbâtının icrâsı zımında Rumeli Vilâyet-i Şahânesi Müffetiş-i Umûmiliğine ve Rumeli kıt'asında bulunan vilâyâtın cümlesine icrâ-yı tebligât olunması..."<sup>64</sup> gerekliliği bildirilerek,<sup>64</sup> bir daha olaylara karışmamak üzere isyancıların silahlarını hükümete teslim ederek evlerine dönmeleri şartıyla bir af ilan edilmiştir.<sup>65</sup>

İttihat Terakki Cemiyeti, meşrutiyetin ilan olunması üzerine Payitaht'a bir teşekkür telgrafi göndererek, meclisin açılmasından memnuniyet duyulduğunu bildirmiştir. Ancak meşrutiyetin ilanının hemen sonrası duyurulan affın bütün Osmanlı vatandaşlarını kapsamaması ve sadece Makedonya bölgesinde yaşanan kalkışma hareketlerine karışmış İttihatçılar için geçerli olması yetersiz bulunmuş, bu nedenle Payitaht'dan affın kapsamının genişletilmesi talep edilmiştir.<sup>66</sup>

İttihatçılarca Selanik, Manastır ve Kosova bölgelerinde meydana gelen cinayet suçluları dışında kalan politik suçluların, Divan-ı Harb mahkûmlarının ve sürgün edilmiş memurların da affedilmesi istenmiştir. Cemiyetin bu talebini de dikkate almak zorunda

62 Rumeli-i Şahânedede Tarik-ı Şekâvete Sülûk Edenlerin Bazı Şerâ'it ile Afları Hakkında İrâde-i Seniyye' *Düstur: Tertib-i Sâni Cilt I* (n 50) 3, 4.

63 Rumeli-i Şahânedede Tarik-ı Şekâvete Sülûk Edenlerin Bazı Şerâ'it ile Afları Hakkında İrâde-i Seniyye" bk İbid 3, 4.

64 İbid 3, 4.

65 İbid 3, 4.

66 Taner Aslan, 'II. Meşrutiyet Dönemi Genel Af Uygulamaları' (2009) 3(5) Akademik Bakış 41, 42.

kalan II. Abdülhamid ise ülke genelinde uygulanmak üzere bu tür suçluların affedildiğine dair aynı gün yani 27 Temmuz 1908’de bir irâde-i seniyye yayınlamıştır.<sup>67</sup>

İlan olunan bu genel af “üç dört gündür en yoğun bir gerginlik ve heyecanla beklenen genel af ilanı işte artık istenilen şekilde gerçekleşti” denilerek halka duyurulmuştur. Ayrıca anasır-ı muhtelifeden<sup>68</sup> olup uzun yıllardır eşkıyalık yapanlar da Üçüncü Ordu-yı Hümayun’a başvurmuşlar ve silahlarını yetkili mercilere teslim edip evlerine geri dönmek istediklerini bildirerek aff-ı umumiden yararlanmayı arzu ettiklerini beyan etmişlerdir. Bir daha eşkıyalık yapmamaları ve padişaha samimi bir şekilde bağlı olmaları şartıyla bu eşkıyaların da af kapsamına girmesi uygun görülmüştür. İlan edilen aff-ı umuminin yürürlüğe girmesi tüm tebaa tarafından büyük bir sevinçle karşılanmış, telgraflar ve gazeteler aracılığı ile halka duyurulan affın herhangi bir suiistimale uğratılmaması ve bütün vatandaşların kanun dairesinde davranması konusunda hükümet halkı uyarmış ve üç gündür devam eden gösterilerin hemen sona erdirilmesi tavsiyesinde bulunmuştur.<sup>69</sup>

Bu af başlangıçta Rumeli’deki isyancıları kapsayan bir uygulama iken daha sonra gelen tepkiler üzerine ülke genelini ve geçmiş dönemin siyasi suçlularının tümünün serbest bırakılması amacını taşıyan bir affa dönüşmüştür. Ancak affa ilgili yürütülen işler neredeyse tamamen kontrolden çıkmıştır. Çünkü ihtilalle birlikte özellikle Rumeli’de tam bir anarşi ortamı hüküm sürmeye başlamış ve devlet otoritesini bu bölgede kaybetmiştir. Bölgede bulunan pek çok hapisanede olaylar çıkmış, Serfice Sancağıyla Kozana, Radovişte, Zihne ve Langaza kazalarında adi suçlardan dolayı hüküm giymiş olan mahkûmların da salıverildiği haberleri alınmaya başlanmıştır.<sup>70</sup> Bunun üzerine ülke genelinde hem mahkûmların hem de mahkûm yakınlarının kapsamlı bir genel af ilan olunacağına dair umutları artmıştır. Nitekim bu kişiler kısa bir süre içerisinde isteklerini hükümete bildirmeye başlamış, matbuat da bu taleplerin dile getirilmesi ve kamuoyu oluşturulması konusunda yardımcı olmuştur.<sup>71</sup>

Örneğin 27 Ağustos 1908 tarihli bir gazete haberinde Kânûn-ı Esâsî’nin yeniden yürürlüğe konulmasının halk nezdinde oldukça önemli bir etki yaratarak herkesi sevindirdiği dile getirilmiştir. Bunun yanı sıra ilgili haberin devamında bir genel af

67 ‘Politika Mücrimini Hakkındaki Aff-ı Umûminin Birer Hizmette İstihdâm Olunmak Kaydıyla veya İkâmete Memuriyet Suretiyle Taşraya Teb’id Edilenlerle Divân-ı Harb Mahkûmlarına da Teşmîli Hakkındaki İrâde-i Seniyye’ *Düstur: Tertib-i Sâni Cilt 1 (n 50)* 5, 6.

68 Zimmi ve müstemenler.

69 İmzasız, ‘Afv-ı Umumi İlanı’ *Sabah Gazetesi* (İstanbul, 28 Temmuz 1908) 1 vd.; İmzasız, ‘İlan-ı Resmî’ *Sabah Gazetesi* (İstanbul, 28 Temmuz 1908) 1 vd.; İmzasız, ‘Eşkıyanın İstimanı’ *Sabah Gazetesi* (İstanbul, 28 Temmuz 1908) 1 vd.

70 “*Düstur: Tertib-i Sâni Cilt 1 (n 50)* 7.

71 İmzasız, ‘Afv-ı Umumi ve Matbuat’ *İkdam Gazetesi* (İstanbul, 28 Temmuz 1908) 1.

ilan edileceğinin duyulduğu, ancak bu gelişmeye dair herhangi bir resmi açıklamanın yapılmadığına değinilmiştir. Bu söylentilerin halk arasında hızla yayıldığına işaret edilen gazete haberinde, bu yolda mücadele verenlerin hapisane ve sürgünde bulunmalarının hak olmadığı ve milletin yaralarını saracak ilk teselli merheminin bir genel af ilanı olduğuna değinilerek bunun da hızlıca yapılması gerektiğine dikkat çekilmiştir. İlgili haberde halkın, devletin affına muhtaç olduğu, genel bir af ilan olunması halinde babaların ve anaların evladına, kadınların ise kocalarına kavuşacakları, böylece sönmüş ailelerin de tekrar canlanacağı belirtilerek, istibdat yönetiminin izlerinin ancak bu surette silinebileceğine vurgu yapılmıştır.<sup>72</sup>

Af her ne kadar Makedonya'da bulunan siyasi suçluları kapsayacak şekilde genişletilmiş olsa bile Rumeli hapisanelerinde bulunan bütün suçlular zorla hapisanelerden çıkmaya başlamışlardır. Aynı vaziyet Anadolu'da da yaşanmış olmakla birlikte burada güç kullanılarak kısmen de olsa kontrol sağlanabilmiş, fakat Harbiye ve Bahriye nazırları bu iş için daha fazla kuvvet ayıramayacaklarını söylemişlerdir.<sup>73</sup> Devlet ise daha fazla kontrolü kaybetmemek ve küçük düşmemek adına Rumeli'de uygulanmak üzere 28 Temmuz 1908'de bir irâde-i seniyye yayınlayarak cezalarının üçte ikisini ikmal etmiş olan tüm mahkûmların tahliye edilmelerine onay verilmiştir.<sup>74</sup> Fakat Tanin Gazetesi başyazarı Hüseyin Cahit genel af kararının alınması ve halka ilanında geç kalındığını, bu yüzden sabırsızlanan halkın Bab-ı Âli önünde toplanarak sabırsızlıkla aff-ı umumi kararının ilan olunmasını beklemelerine sebebiyet verildiğini, "...heva-ı hürriyetle mest olmuş halkın sabır ve tahammülüyle, ateşle..." oynandığını belirtmiştir.<sup>75</sup>

Vilâyet-i Selâse'de (Selanik, Kosova, Manastır) Umum Müfettişi olarak bulunan Hüseyin Hilmi Paşa tarafından merkeze gönderilen telgraflarda da 2 Ağustos 1908'de Kânûn-ı Esâsî'nin tekrar yürürlüğe girmesi, milletvekili seçimlerinin yapılacağını bildirilmesi ve genel af çıkarılması gibi birçok iradenin Rumeli bölgesinde genel bir memnuniyet oluşturduğu belirtilmiş ve bu olumlu gelişmeler neticesinde bölge halkının silah bırakarak evlerine döndüğü ifade edilmiştir. Her şey İttihat ve Terakki Cemiyeti'nin talepleri doğrultusunda ve hızla gerçekleşmeye başlamıştır.<sup>76</sup>

72 İmzasız, 'Hükümetin Vazifesi' *İkdam Gazetesi* (İstanbul, 27 Temmuz 1908) 1.

73 Bayur (n 40) 241.

74 'Rumeli Vilayatinde Cerâim-i Âdiye Mahkûmlarından Sülûsân Müddetlerini İkmâl Edenlerin Dahi Affı Hakkında İrâde-i Seniyye' *Düstur: Tertib-i Sâni Cilt 1* (n 50) 7.

75 Hüseyin Cahit, 'Bab-ı Âlinin Mesleği' *Tanin Gazetesi* (İstanbul, 1 Ağustos 1908) 1.

76 'Hafiyeliğin İlgâsı Hakkında İrâde-i Seniyye' *Düstur: Tertib-i Sâni Cilt 1* (n 29) 9, 10.; 'Kânûn-ı Esâsinin Mer'iyeti Hakkında Sâdır Olub Bâb-ı Âliden Kırâ'at Edilen Hatt-ı Hümâyûn' *Düstur: Tertib-i Sâni Cilt 1* (n 50) 11 vd.

## 2.2. Af ilanı Sonrası Hapishane İsyanları

İlan edilen affın sadece Rumeli'yi kapsıyor olması çok kısa bir süre içerisinde başta İstanbul olmak üzere pek çok vilayet hapishanesinde adi suçlar nedeniyle hapsolan mahkûmlarının tepkisini çekmiş, hapishanelerde meydana gelecek olayların fitilini ateşlemiştir.

Siyasi suçlar ile bunlara bağlı olarak işlenmiş adi suçlardan dolayı mahkûm edilmiş olanların affedildiğine dair padişah iradesi onaylandıktan sonra Zaptiye Nezaretince, Nezaret Muavini Ragıp ve Mektupçu Mehmet Kadri beyler padişah iradesi ile verilen emirlerin uygulanması ve hapsedilmiş kişilerin tahliyesine memur edilerek İstanbul'da Sultanahmet'te bulunan Hapishane-i Umumiye (Genel Cezaevi) gönderilmişlerdir. Ancak "adi suçlardan dolayı tevkif edilen ve mahkûm olanlar, Baba Tahir ve Ali Rıza gibi bazı alçakların teşvik etmesiyle, tahliye edilecek olan kişilerin önlerine geçerek, bu genel affın kendilerini de kapsadığı iddiasında bulunmuşlar ve bu iddiaları kabul olunmadıkça siyasi suçlardan dolayı mahpus olanların tahliyelerine engel olacaklarını ısrar ve inatla ifade etmeleri üzerine" Ragıp Bey durumu Zaptiye Nezareti'ne bildirmiştir. Bunun üzerine Zaptiye Nazırı bizzat Hapishane-i Umumiye giderek mahkûmlarla konuşmuş, fakat Baba Tahir ve Ali Rıza gibi işlemiş oldukları adi suçlar nedeniyle hapsedilmiş olan zevat iddialarından geri durmamışlardır.<sup>77</sup> Nitekim hapishane-i umumide mevkuf bulunanlar tarafından tanzim olunan ve mahkûmların taleplerini belirten bir bildiri Giridi Hüsnü Efendi tarafından okunmuştur. Bu nutukta "Üç gündür hürriyet ilan olundu. Üç gündür dışarıda herkes bahtiyar, herkes sevincini ilan ediyor. Hürriyet meydana çıktı diye herkesin gözlerinden zevk ve sevinç yaşları akıyor. Bu ne? Hürriyet için değil mi? Siz dışarıda hürriyet eğlencelerinde kendinizden geçesiniz de biz ne için eşitlik kaidesine aykırı olarak esaret altında hapis ve zindan köşelerinde kalalım. Bugün bütün millet eşitlik muradına erdi. Dışarıda siz bayram yapıyorsunuz. Biz burada esaret içindeyiz. İstiraplar çekiyoruz. Eşitlik yok mu? Kutsal vazifeleriniz arasında bizim tahliyemizi de düşünmeniz gerektiği yok mu? Gayretiniz, hamiyetiniz bunu icap eder. Vatan namına, hürriyet namına, namus namına bu feryadımızı cihana duyurmalısınız." denildikten sonra mahkûmlar "yaşasın padişahımız, yaşasın millet" sloganları atmaya başlamışlardır.<sup>78</sup> Hadiseler bunlarla sınırlı kalmayarak, o esnada Hapishane-i Umumi'de bazı mahkûm yakınlarının rehin alınmasıyla daha da büyümüştür.<sup>79</sup>

77 İmzasız, 'Afv-ı Umumi ve Matbuat' *İkdam Gazetesi* (İstanbul, 28 Temmuz 1908) 2.

78 İbid 2.

79 İmzasız, 'Mahkûm Malumatçı Tahir ve Millet'in Fikri Adaleti' *Sabah Gazetesi* (İstanbul, 30 Temmuz 1908) 4.

Özellikle Malumatçı Baba Tahir ismi etrafında gelişen bu kalkışma hareketi oldukça ilginçtir. Halk Baba Tahir gibi bazı suçluların bu aftan yararlanmasını istememiştir. Sultanahmet Meydanı'nda bir araya gelerek hapisanede meydana gelen olayları protesto eden bir grup, bu hapisanede mahkûm bulunanların tamamının siyasi suçlular olmayıp birçoğunun halkın ırzına, malına, canına saldıran; cinayet, hırsızlık ve tecavüz gibi kötü fiillerde bulunmuş adamlar olduklarını dile getirerek, bunların hiçbir şekilde tahliye edilmemesini talep etmiştir. Aksinin ise adalet ve hakkaniyete uygun olamayacağını ifade etmiştir. Ayrıca protestoya katılanlar, bu gibi kötü kişilerin mahkûmiyet sürelerini tamamlamadan aftan istifade etmesine milletin de rıza göstermeyeceğini belirterek tepki göstermiştir.<sup>80</sup> Fakat halkın hapisaneden çıkmasını istemediği Baba Tahir de genel aftan faydalanarak, tekrar suç işlemeyeceğine dair yemin ettirilerek serbest bırakılmıştır.<sup>81</sup> Ancak olaylar durulmamıştır.

İstanbul Hapishane-i Umumisi'nde hapis bulunanların bir gün önce tahliye edilmeleri üzerine tutuklu olarak tevkifhanede kalanlar da tahliyelerini istemişlerdir. Zaptiye Nazırı Hamdi Bey tevkifhaneye giderek onların da tahliye edileceklerini ve durumu sadaret makamına arz edeceğini söylemiş ve Bâb-ı Âli'ye gitmiştir. Ancak Hamdi Bey'in bu sözüne inanmayan tutuklular onun ayrılmasından beş on dakika sonra parmaklıklara hücum ederek, önce parmaklıkları ardından da kapıları kırarak, tevkifhaneden kaçmışlardır. Bu olay dâhil hapisanelerde yaşanan pek çok hadise ve af sürecinin iyi idare edilememesinden Zaptiye Nezareti mesul tutulmuş ve Zaptiye Nazırı Hamdi Bey görevinden azledilmiştir.<sup>82</sup> Ayrıca her geçen gün artmakta olan huzursuzluk ve memnuniyetsizliklerin de etkisiyle 4 Ağustos 1908'de Mehmed Said Paşa (Küçük Said Paşa olarak da anılır) sadrazamlık makamından istifa etmiş,<sup>83</sup> yerine ise 7 Ağustos 1908 tarihinde Kıbrıslı Mehmed Kâmil Paşa getirilmiştir.<sup>84</sup>

Genel af ilan edilmesine, Rumeli ve İstanbul'da tahliyelere başlanılmış olmasına ve genel aftan tüm vilayetlerdeki suçluların faydalanmasına karar verilmesine rağmen taşrada henüz uygulamaya geçilmemiştir. Çünkü Rumeli ve İstanbul hapisanelerinde yaşanan olumsuz örneklerin taşrada da yaşanmaması için kontrollü bir surette, öncelikle merkezlerde bulunan hapisanelerdeki siyasi suçluların tahliyesinin bitirilmesi

80 İbid 4.

81 İnzasız, 'Baba Tahir Hapisten Çıkmış' *Sabah Gazetesi* (İstanbul, 31 Temmuz 1908) 1 vd.

82 İnzasız, 'Afv ve Tahliye' *İkdam Gazetesi* (İstanbul, 31 Temmuz 1908) 3.

83 Zekeriya Kurşun, 'Said Paşa, Küçük' *TDV İslâm Ansiklopedisi Cilt 35* (İSAM 2008) 576-578.

84 Atilla Çetin, 'Kıbrıslı Kâmil Paşa' *TDV İslâm Ansiklopedisi Cilt 25* (İSAM 2002) 392-394.

düşünülmüş, bu süre zarfında da taşra hapishanelerinin sıkı bir şekilde askerlerin muhafazası altında bulundurulması kararlaştırılmıştır.<sup>85</sup>

Vuku bulan hadiselerin ve tepkilerin önünü kesmek isteyen yetkililerin aldığı kararlar ile giderek affin kapsamı genişler hale gelmiş, bu da devlet otoritesine zarar vermiştir. Çünkü Rumeli ve İstanbul'daki hapishanelerde meydana gelen kalkışma hareketlerinin benzerleri, diğer bölgelerde bulunan hapishanelerde de yayılmaya başlamıştır. Nitekim hem Rumeli hem de Anadolu hapishanelerinde, siyasi suçluların ve cezalarının üçte ikisini tamamlamış bulunanların affedilerek tahliye olmaları üzerine, adi suçlardan hüküm giymiş olan mahkûmlar boş durmayarak olay çıkartmaya başlamışlar, yapılan müdahalelere rağmen bu hadiseler durulmamış, hatta gittikçe şiddeti artmaya başlamıştır.<sup>86</sup>

Bu dönem zarfında hapishanelerde pek çok isyan veya firar olay ve girişimi de yaşanmış olmakla birlikte, en büyük hadiselerden biri Konya Merkez Hapishanesinde meydana gelmiştir. 1908 senesi Ağustos ayının başlarında, işlemiş oldukları adi suçlardan dolayı bu hapishanede mahkûm edilmiş olan 1080'den fazla hükümlü, kendilerinin de genel af kapsamında olduklarını iddia etmişler ve bu gerekçeyle hapishane kapılarını kırarak firara kalkışmışlardır. Hadisenin firar girişiminden çıkarak isyan boyutuna varması üzerine hapishane memurları olayları kontrol altına almak amacıyla silahlarına davranmış, sonuç olarak mahkûmlardan 12'si yaralanmış 2 mahkûm ise ölmüştür. Aynı tarihlerde Konya Merkez Hapishanesinde vuku bulun olayların benzeri İzmit ve Çatalca'daki hapishaneler ile İstanbul'da Kartal ve Üsküdar tevkifhanelerinde de meydana gelmiştir.<sup>87</sup>

12 Ağustos 1908 tarihli ve Sadrazam Kâmil Paşa'nın imzasının bulunduğu bir Meclis-i Mahsus-ı Vükelâ mazbatasında hapishanelerde yaşanan hadiselerin nedeni aktarılmıştır. Mazbataya göre Bulgar eşkıyasından olup; cinayete kalkışmış, cinayet işlemiş, patlayıcı madde ve silah saklamış, baskınlara katılarak yakıp yıkmış, eşkıyaya yardım ve yataklık etmiş, bu nedenle de Rumeli Olağanüstü Mahkemesince mahkûm edilerek Rodos Hapishanesinde cezasını çekmekte olan 70 civarında mahkûm bulunmaktadır. Bu mahkûmlarının affedileceğini duyan Rodos Hapishanesindeki diğer 280 adi suçlu, eğer kendileri de salıverilmezler ise Bulgar mahkûmları öldüreceklerini yönetime bildirerek isyan çıkarmışlardır. Rodos Hapishanesinde meydana gelen ayaklanma

85 DH. MKT., 1274/30, 1 Ağustos 1908.

86 Osman Nuri (n 26) 135 vd.

87 DH. MKT., 1274/30, 1 Ağustos 1908.

neticesinde Erzurum Olayları sebebiyle tutuklu bulunan 19 siyasi suçlu ve diğer suçlar nedeniyle mahkûm edilmiş olan 41 kişi Sinop'a gönderilmiş, kimileri ise affedilmiştir. Erzincan Hapishanesinde ise suç örgütü kurmak, cinayet işlemek ve halkın malını gasp etmekten idama mahkûm 11 Ermeni ve birçoğu Dersim eşkıyasından olan mahkûmlar da af kanunundan faydalanmak istemişlerdir. Ayrıca mazbataya göre hapishanelerde kalkışma ve firar hadiselerinin daha fazla yayılmaması için lazım gelen tedbirlerin alınması gerektiği, icap eden tüm mercilere bildirilmiştir.<sup>88</sup>

Hapishanelerde vuku bulunan hadiselerle dair dikkat çekici bir diğer örnek Antalya Hapishanesi hakkındadır. Bu hapishanede meydana gelen olaylarla ilgili bilgilere göre hapishanede bulunan 35 mahkûmun, çıkarılan af neticesinde tahliye edilmeleri gerekmektedir. Fakat hapishanede kalmakta olan diğer mahkûmlar, affedilen şahıslarla birlikte kendilerinin de salıverilmelerini talep etmişlerdir. Bu talepleri kabul olunmayınca da tahliye olunması gerekenlerin dışarı çıkmalarına müsaade etmemişler, ancak zor bir şekilde de olsa affa uğrayanlar hapishaneden çıkarılmışlardır. Fakat hadiseler durulmamış, içeride kalan diğer mahkûmlar af kapsamına girmedikleri halde kendilerinin de çıkarılmalarını isteyerek taşkınlığa başlamışlardır. Bu sırada yaşanan hadiselerde hapishane pencerelerinin demir parmakları kırılarak firar teşebbüsü de yaşanmıştır. Bunun üzerine jandarma silah kullanarak müdahalede bulunmak zorunda kalmıştır. Antalya Hapishanesinde çıkan olaylar, 1 mahkûmun ölümü 8 mahkûmun ve 1 jandarma erinin de yaralanmasıyla sonuçlanmıştır.<sup>89</sup>

Buna benzer durumlarla karşı karşıya kalınan yerlerden bir diğeri de Trabzon'dur. Genel af ilan edildikten sonra 5 Ağustos 1908 tarihinde Trabzon Vilayeti dâhilindeki hapishanelerde adi suçlardan dolayı mahkûm olan suçlular, aftan yararlanmak için hapishanelerin kapılarını kırarak çıkmaya çalışmışlardır. Hapishanelerde bulunan görevlilerin olayları önlemek noktasında sayı bakımından yetersiz kaldıkları ifade edilerek bölgeye asker takviye edilmesi istenmiştir.<sup>90</sup> Yine aftan istifade etmek isteyen mahkûmların Sinop Hapishanesi'nde başlatmış oldukları isyan ise bastırılmış ve hapishanede asayiş sağlanmıştır.<sup>91</sup>

88 'Cerâ'im-i Siyâsiye ile Mürettibîn Vukû'a Getirilmiş Olan Cerâ'im-i Âdiye Mahkûminin Dahi Aff-ı Âliden İstifâde Etmeleri Hakkında İrâde-i Seniyye' *Düstur: Tertib-i Sâni Cilt 1* (n 29) 40 vd.

89 DH. MKT., 1283/26, 14 Ağustos 1908.

90 DH. ŞFR., 403/101, 6 Ağustos 1908.

91 DH. MKT., 1280/32, 14 Ağustos 1908; HR. TH., 366/109, 14 Ağustos 1908.



İzmir, Selanik, Manastır ve Kosova hapishanelerinde tutulmakta olan siyasi ve adi suçluların affedildiklerine dair haberler ülke geneline süratle yayılmış, neredeyse tüm hapishanelerde duyulmuştur. Bunun üzerine Tokat, Isparta ve Rize hapishanelerindeki mahkûmların yaptığı gibi diğer hapishanelerdeki mahkûmlar da Rumeli’de bazı suçluların affedildiğini işittiklerini, kendilerinin de affedilmesi halinde bir daha padişahın rızası hilafına hareket etmeyeceklerini dile getirerek af talebinde bulunmuş, bağışlanma isteklerini kaleme aldıkları dilekçeler ile hükümete iletmışlerdir.<sup>92</sup>

Nihayetinde ise hükümet, hapishanelerde meydana gelen kalkışma ve firar olaylarının önüne geçmek ve tepkileri dindirmek için affı, 13 Ağustos 1908’de daha da genişletmek zorunda kalmıştır. İlk başlarda sadece siyasi suçlardan dolayı mahkûm olanların affedilmesini amaçlayan “Afv-ı Âli” kararı adi suçları da içine alacak şekilde genişlemiş, böylece bütün hapishanelerde siyasi, adi ve idari suçlardan hükümlü mahkûmlara yönelik bir “Afv-ı Umumi” kararı halini almıştır. Daha önce alınan kararlar yeniden gözden geçirilerek tashih olunmuş, Meclis-i Vükela’da müzakere edilmiş ve padişahın onaylamasıyla yürürlüğe girerek, tüm vilayetlere tebliğ olunmuştur. Fakat bu tür aflar neticesinde pek çok kişi mağdur olabileceğinden ve zaten karışık vaziyette bulunan birçok bölgede de asayiş sorunlarında artış yaşanacağından söz edilerek; diğer bölgelerde adi suçluların tamamının bağışlanması yerine, cezalarının üçte ikilik kısmını tamlamış bulunanlar ile müebbet ve kalebent cezası olarak on beş yıldan beridir bu cezalarını çekmekte olan mahkûmların affedilmesi kararlaştırılmıştır.<sup>93</sup>

### 2.3. Aflar Sonrası Asayişin Durumu ve Yeniden Af İlanları

Genel af, mahkûmlar ve mahkûm yakınlarının memnuniyetle karşılanmıştır. Nitekim af ilanını ve bu ilanın mahkûmlar arasında yarattığı memnuniyet manzarasını Mustafa Turan 31 Mart Faciası adlı eserinde şu şekilde aktarmıştır: “İstanbul, hürriyetin coşkun tezahüratlarıyla başı dönmüş bir halde çalkalanırken, Sultanahmet’te bulunan Hapishane-i Umumideki mahkûmlar bir taraftan koğuşların damlarına çıkıp, hep bir ağızdan ‘Padişahım Çok Yaşa’ diye bağıyorlar, bir taraftan da kapılara hücum ediyorlardı.”<sup>94</sup>

Turan eserinde ayrıca mahkûmların hapishanelerden nasıl ve halde tahliye olduklarını da “Sabahın erken saatlerinde Hapishane-i Umumiye gelen heyetin beraberinde, bir

92 Y. PRK. AZJ., 54/43, 9 Ağustos 1908.

93 ‘Sülüsân Müddetlerini İkmâl Eden Cerâ’im-i Âdiye Mahkûmini ile On Beş Seneden Beri Mahbûs Bulunan Müebbet Kalebent ve Kürek Mahkûminin Dahi Affı Hakkında İrade-i Seniyye’ *Düstur: Tertib-i Sâni Cilt I* (n 50) 43 vd.

94 Mustafa Turan, *31 Mart Faciası* (Üçdal Neşriyat 1966) 33.

sarıklı hoca, bir Rum bir de Ermeni papazı, yeşil sarıklı cübbeli bir de Yahudi hahamından ibaret dini bir heyet de gelmişti. Hapishanenin dış kapısı önüne konulan üzerine yeşil çuha ile örtülü bir masa üzerinde Kur'an-ı Kerim, iki İncil, bir Tevrat'tan ibaret dört kitap vardı. Masanın etrafında, heyet azalarının hepsi ayakta idi. Önce Savcı tarafından genel af kararnamesi okundu, hoca efendi tarafından yapılan bir dua ile padişahımız efendimiz hazretlerinin saltanatına uzun ömürle sürekli devam etmesini ve Hürriyet ve Meşrutiyetin, Osmanlılar için hayırlı olması temenni edildikten sonra, üç defa 'Padişahım Çok Yaşa' diye bağırıldı. Gardiyanlar kargaşaya meydan verilmemesi için mahkûmları sıraya dizdiler, tahliye başlanılmıştı. Görünen manzara hem acıklı hem de düşündürücü bir olaydı. Pırtıları (giysi türünden, eski püskü, işe yaramaz, değersiz eşya) sırtlarında, saç sakal birbirine karışmış pejmürde (dağınık, perişan), bet benizlerinde kan kalmamış sefil insanlar çokluğu teşkil ediyordu. İçlerinde kabadayivâri, boyunlarında gümüş saat köstekleri asılı, bellerinde ipekli Sakız ve Tarabulus kuşak, fesler kaşların üzerine eğilmiş, efvârî çalmlı olanları da vardı. Sıra ile masa başına gelen mahkûmlara, savcı evvela ismini soruyor, hangi din ve mezhebe sahip ise ona göre masa üzerindeki kitaba el bastırılıp 'bir daha suç işlemeyeceğine dair namusu ve şerefi üzerine yemin ettiriliyor ve ardından kapıdan serbest bırakılıyorlardı. Bu hal akşamın geç saatlerine kadar devam etti. Mehtherhane ve Tersane denilen her iki hapishane de bomboş kalmıştı.'<sup>95</sup> diyerek, yaşananları ayrıntılı biçimde tasvir etmiştir.

Genel aftan mahkûm ve mahkûm yakınları oldukça hoşnuttu. Ancak bu durumdan memnun olmayanlar da bulunmaktaydı. Zira siyasi suçlu olmayan, cezasının üçte ikilik kısmını tamamlamamış, yani aftan yararlanamamakta olan mahkûmlar ise neredeyse her Osmanlı hapishanesinde protesto eylemleri gerçekleştirmeye ve isyanlar çıkarmaya başlamışlardır. Bu durum gittikçe toplumun huzurunu kaçırmaya başlamış; adam öldürme, tecavüz, darp, hırsızlık, dolandırıcılık gibi fiiller neticesinde mağdur olanlar ve bunların yakınları, suç işleyenlerin mahkûmiyet süresi dolmadan hapisten çıkacak olmasına yani suçları ne olursa olsun cezalarının üçte birini tamamlayanların salıverilmelerine tepki göstermişlerdir. Genel affın toplumsal düzen ve asayiş açısından sakıncalar doğuracağını düşünenler ile mağdurlardan oluşan bir grup, hükümetin bu tutumunu protesto etmek ve bu tehlikeli girişimin yaratabileceği düzensizlik ortamının vahametini hükümete anlatmak maksadıyla Bâb-ı Âli önüne yürümüş ve düzenlemeye karşı çıkmıştır.<sup>96</sup>

95 İbid 34, 35.

96 DH. MKT., 2613/106, 28 Temmuz 1908.



**Resim 2: II. Meşrutiyet Döneminde Bir Miting Esnasında Sultanahmet Meydanı ve Hapishane-i Umumi (\* ile işaretli yapı Hapishane-i Umumi)<sup>97</sup>**

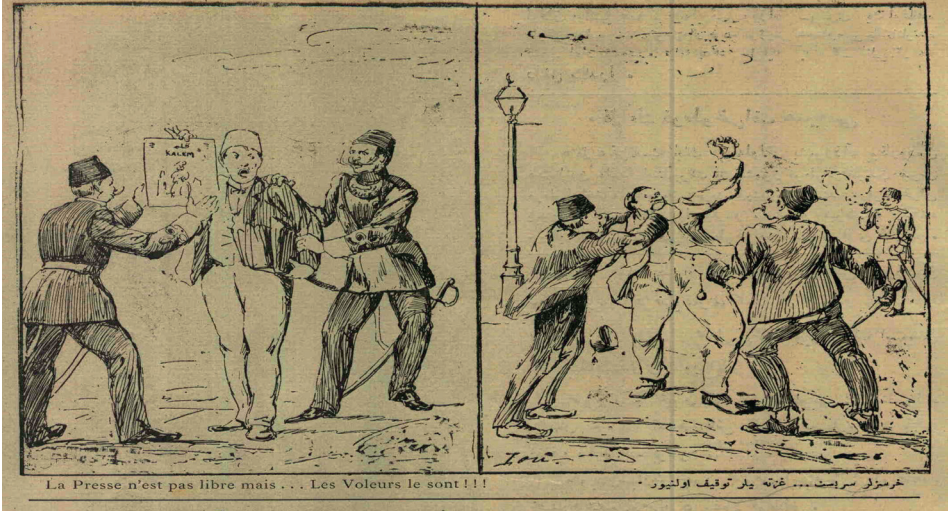
Bu protesto eylemleri The Times Gazetesi'ne de konu olmuştur. 31 Temmuz 1908 tarihli The Times Gazetesi'nin "Suçluların Serbest Bırakılması" başlıklı haberinde meşrutiyetin ilanı sonrası ilan edilen genel affın akabinde yaşanan hadiseler şu şekilde aktarılmıştır: İlan olunan affla beraber suçları ne olursa olsun cezalarının 2/3'ünü tamamlayan bütün mahkûmların serbest bırakılmasını emreden bir irade yayınlanmış, ancak bu hüküm dışımda kalan diğer mahkûmlar genel afftan yararlanamadıkları için durumu protesto etmeye başlamışlardır. Bunun üzerine affın kapsamı genişletilmiş ve kısa sürede bütün hapishaneler boşalmıştır. Mahkûmların bu zamansız tahliyesi hem toplum nezdinde hem de toplumun ileri gelen çevrelerinde huzursuzluk meydana getirmiş ve 2000 kişiden oluşan bir grup ilan olunan affı protesto etmek için Bâb-ı Âli'ye giderek sadrazam ile görüşmek istemişlerdir. Ancak sadrazam tarafından kendilerine 'padişah iradesine karşı hiçbir şey yapılamayacağı' yanıtı verilmiştir.<sup>98</sup>

Yine aynı gazetenin 1 Ağustos 1908 tarihli nüshasında, genel afftan rahatsızlık duydukları için protesto eylemi yapmak amacıyla bir araya gelen 2000 kişilik grubun sadece

97 Gültekin Yıldız, *Mapûsâne Osmanlı Hapishanelerinin Kuruluş Serüveni: 1839-1908* (Kitabevi 2012) 283.

98 İlay İleri, 'Batı Gözüyle Meşrutiyet Kutlamaları ve Genel Af' (2005) 1(17) OTAM 1 vd.

eşraftan oluşmadığı, gazeteci ve Genç Türklerden de eyleme katılanların olduğu bildirilmiştir. Ayrıca yaşanan gelişmelerden dolayı sadrazama karşı öfkeli olan protestocular, Sadrazam Mehmed Said Paşa'yı ziyaret ederek affın asıl amacının karışıklık çıkarmak ve henüz ilan edilmiş olan anayasal düzenin küçük düşürülmesi olduğunu ileri sürmüşlerdir.<sup>99</sup>



Resim 3: Hırsızlar Serbest<sup>100</sup>

Bütün vilayetlerde mahpuslar hızla tahliye edilmeye ve hapisaneler boşalmaya başlamıştır. Ülke genelinde kanunun uygulanması neticesinde affa uğrayanların net rakamları tam olarak bilinmemekle birlikte, örneğin 28 Temmuz 1908'de İstanbul'da bulunan Zaptiye Nezareti Hapishanesi'nden politika ve adi suçlar nedeniyle tutuklu bulunan 120 kişi salıverilmiştir.<sup>101</sup> 31 Temmuz 1908 tarihli başka bir habere göre bir günde ve sadece İstanbul'da ne suç işlediğine bakılmaksızın tahliye edilenlerin sayısı 989 kişi olarak gerçekleşmiştir.<sup>102</sup> 9 Ağustos 1908'de Priştine Mutasarrıfının bildirdiğine göre ise ilan olunan afla birlikte 260 tutuklu tahliye edilmiş ve firari 795 kişi ise aftan yararlanmak için müracaatta bulunmuştur.<sup>103</sup>

99 İleri (n 86) 1, 7, 8.

100 İon, 'Hırsızlar Serbest... Gazeteciler Tevkif Olunuyor' Kalem Mecmuası (İstanbul, 29 Ekim 1908) 9.

101 İmzasız, 'Tahliye-i Sebil' *Sabah Gazetesi* (İstanbul, 29 Temmuz 1908) 3.

102 İmzasız, 'Afv ve Tahliye' *İkdam Gazetesi* (İstanbul, 31 Temmuz 1908) 3.

103 TFR. I. KV., 207/2063, 9 Ağustos 1908.

Bundan yaklaşık bir yıl sonra yani 18 Ağustos 1909 tarihinde dönemin Adliye Nazırı Necmeddin Molla Bey,<sup>104</sup> Meclis-i Mebusan'da yaptığı bir konuşma sırasında meşrutiyetin ilanı sonrası çıkarılan afların mahiyet ve etkilerinden bahsetmiştir. Necmeddin Molla Bey'e göre 1908 inkılabının gerçekleşmesinin ardından, siyasi suçlardan dolayı mahkûm olanlar hakkında ilan edilen genel af sonrasında her yerde siyasi suçlular tahliye edilmiş, fakat İstanbul'da siyasi suçluların tahliyesi yapılacağı sırada hakikaten Zaptiye Nezareti tarafından gösterilen acz ve kusur nedeniyle birtakım adi suçlular bir isyan hareketi başlatmışlardır. Bunun üzerine hükümet, Zaptiye Nezareti'nin isteği üzerine İstanbul'da ayaklanma çıkmasına meydan vermemek için bu adi suçlular hakkında bir özel af çıkararak bunları da tahliye etmiştir. Bu haberlerin hızla yayılması üzerine neticesinde pek çok vilayette adi suçlular hapishanelerden çıkma arzularını dile getirmeye başlamışlardır. İşlerin emniyet güçlerinin kontrolünden çıkması neticesinde bazı hapishanelerde mahkûmlar zor ve şiddet kullanarak hapishanelerden firar etmişlerdir. Bu suretle adi suçlular tarafından kanuna aykırı olarak gerçekleştirilen hareketlere karşı şiddetle müdahalede bulunulmuş, ancak bu gibi kimseler yine de hapishanelerden çıkmış ve bazen de çıkarılmıştır. Necmeddin Molla Bey'e göre bu olaylar neticesinde adi suçlar nedeniyle mahkûm edilmiş ve sayısı 15.000'i bulan şahıs serbest kalmıştır.<sup>105</sup> Dönemin tanıklarından biri olan Mustafa Turan'a göre bu şahıslar içerisinde öyle suçlular vardı ki tekrar suç işlemek için serbest kalmayı beklemişlerdir.<sup>106</sup>

104 İlgili kaynakta Adliye Nazırı olarak Abdurrahman Nureddin Paşa'nın (Kasım 1895-Ağustos 1908) ismi geçmekle birlikte, ilgili dönem zarfında Adliye Nazırlığı vazifesini Necmeddin Molla Bey'in (14 Mayıs 1909- Ekim 1911) yürüttüğü tespit olunmuştur. Bk Sinan Kunalalp, *Son Dönem Osmanlı Erkân ve Ricali: 1839-1922* (İsis Yayınları 1999) 2.

105 *Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi Cilt 6*, (TBMM Basımevi 1982) 530.

106 Mustafa Turan bizzat şahit olduğu bir olayı şu şekilde aktarmıştır: "Tahliye edilen mahkûmlardan, birkaç kişiyi birden öldürdüğü için evvelce idama mahkûm olup, o devirde idam cezası infaz edilmediği için cezası müebbet hapse çevrilen ve hapishanedeki mahkûmları bile haraca kesmiş olan Kasap Ahmed ismindeki iri yarı, insan kılıklı bir canavar; hapishane kapısında yemin edip Divanyolu'na çıkar çıkmaz aklını oynattı, yoksa insanlara karşı içinde beslediği bir intikam garezi mi vardı, ne olduğu anlaşılmayan bir çılgınlıkla, yarım metre uzunluğunda o devirde saldıрма denilen büyük bir bıçakla, sağında solunda rast geldiğinin karnına, kafasına saplamak ve vurmak suretiyle tam dokuz kişinin canına kıydı. Divanyolu Caddesini kana boyadıktan sonra, yere serdiği cesetlerin üzerinden atlayıp, Sultan Mahmut Türbesinin Bâb-ı Âli'ye giden caddesinin sağ tarafındaki sokağa kaçıp kayıplara karışmıştı. Katil ele geçirilememişti, sonradan işitildiğine göre Yunanistan'a firar ettiği anlaşılmıştı." Turan (n 83) 35.; Bahsi geçen kişi Amasyalı Kasap Ahmed bin Ömer olmalıdır. Bu şahsa cerh ve sirkat suçlarından dolayı ilk başta idam hükmü verilmiş, daha sonra bu hüküm hafifletilerek idama bedel küreğe çevrilmiştir. İdam cezasının hafifletilme sebebi ise büyük olasılıkla Osmanlı hukukunun düalist yapısından kaynaklanmaktadır. Daha evvel de bahsi geçtiği üzere nizamiye mahkemesinin idam hükmünde bulunduğu ancak şer'iyye mahkemesinde sulh ya da af yolu ile davanın nihayete erdiği durumlarda idam cezası, kürek cezasına dönüşmekteydi. Osmanlı Arşivlerinde şimdilik bunun dışında herhangi bir bilgi bulunmamakla birlikte, bu şahsın meşrutiyetin ilanı sonrası çıkarılmış olan aflardan yararlanarak serbest kalmış olması muhtemeldir. Ayrıca Mustafa Turan'ın iddia ettiği hadise ile ilgili de herhangi bir arşiv belgesi bulunamamıştır. Bk İ. AZN., 73/7, 26 Ağustos 1907.; BEO., 3672/275360, 5 Aralık 1909.



Meşrutiyetin iadesinin hemen akabinde ilan olunan genel aftan sonra her türlü suçlu serbest kalmış ve İstanbul'da hürriyet kutlamaları yapılırken, ilan olunan aflar nedeniyle başta İstanbul olmak üzere memleketin her yerinde asayişin ve kamu düzenin sağlanması konusunda zorluklar yaşanılacağı daha affin ilk günlerinde hissedilmeye başlanmıştır. Örneğin, daha evvel cinayetten hapsedilmiş ve aftan yararlanarak tahliye olmuş bir şahsın kundaklama yaparken yakalanması, bir gazetenin vukuat köşesine şu şekilde yansımıştır:

“Dün saat dokuz civarlarında bir şahsın elinde saldırma (büyük bıçak) olduğu halde kaçmakta olduğu ve halktan birçok kişinin de ‘kundakçıyı tutun’ diye bağırarak bu şahsı kovalamakta buldukları esnada, hadise Şehzadebaşı mevki başkomiseri tarafından görülerek şahıs yakalanmıştır. Yapılan tahkikat üzerine şahsın Balat'ta Sultan Hamamı mahallesinde Kariye Yokuşunda ikamet eden Camcı Cemal'in oğlu Tespihçi Halil olduğu anlaşılmıştır. Bu şahıs, üç sene evvel adam öldürmekten dolayı on beş sene kürek cezasına mahkûm olarak hapsedilmiş. Ancak geçenlerde Hapishane-i Umumiden tahliye edilerek salıverilmiş. Bu alçak, Halil İbrahim ve Erzurumlu Bekir namında iki arkadaşıyla Kemeraltı civarında Cankurtaran mahallesindeki bir haneyi kundakladıkları sırada görülmüş. Arkadaşları yakalanmış, fakat kendisi bir şekilde firar etmiş.”<sup>107</sup>

1908 senesinin Ağustos ayının ikinci ve üçüncü haftaları arasında İstanbul'da kundaklama olaylarında artış yaşanması üzerine Zaptiye Nezaretince; “Şu günlerde İstanbul'da bazı haneler kundaklanarak yangın çıkarılmaya teşebbüs edilmekte ve faillerden bazılarının halk tarafından yakalanarak ve hükümete teslim kılınmakta olduğu ve bunların daha önce hırsızlık, yaralama, yangın çıkartma ve adam öldürme fiillerinden dolayı mahkûm olarak hapsedilmiş ve genel aftan faydalanarak nasılsa tahliye olunmuş kişilerden olduğu haber verilmiştir. Emniyet güçlerince bir kat daha dikkatli davranılarak ve askeriyece de devriye kolları oluşturulmak suretiyle bu gibi kimselerin bu tarz yersiz harekâtına katiyen meydan verilmemesi, emniyet ve asayişini korumaya son derece dikkat ve itina gösterilmesi gerektiği ilgili makam ve mercilere emir ve tebliğ olunmuştur.”<sup>108</sup> denilerek, son zamanlarda İstanbul'da meydana gelen kundaklama olaylarının faillerinin genel aftan yararlanarak hapishanelerden çıkan suçlular olduğunun haber alındığı, bunun üzerine Zaptiye Nezareti tarafından incelenme başlatıldığı ve ilgili birimlere, emniyeti ve asayişini muhafaza etmeleri için emir verildiği bildirilmiştir. Zaptiye Nezaretince yapılan araştırmalar neticesinde, aftan sonra geçen süreç zarfında İstanbul'un çeşitli mevkilerinde meydana gelen kundaklama eylemlerinin sayısı 17 olarak tespit olunmuştur.<sup>109</sup>

107 İmzasız, ‘Garip Bir Tesadüf’ *İkdam Gazetesi* (İstanbul, 29 Ağustos 1908) 3.

108 İmzasız, ‘Kundakçıların Tevkifi’ *İkdam Gazetesi* (İstanbul, 31 Ağustos 1908) 3.

109 İmzasız, ‘Zaptiye Nezâret-i Aliyyesinden’ *Tanin Gazetesi* (İstanbul, 31 Ağustos 1908) 3, 4.



Resim 4: Eski Zabita<sup>110</sup>

Genel aftan faydalanarak çıkmış ve memleketin her tarafına dağılmış olan hırsızlar, yankesiciler arı gibi işlemeye başlamış, özellikle de İstanbul'da asayiş sorunu ortaya çıkmıştır. Hata bu problemin çözümü için Selanik'ten polis getirilmesi dahi gündeme gelmiştir.<sup>111</sup> Fakat "...bizim tutup içeriye tıktıklarımızdan pek çoğu yakın zaman önce ilan olunan genel af gereği salıverildi... genel aftan yararlanarak çıkarlar, şimdi karşımıza geçip bacak bacak üstüne oturuyorlar..."<sup>112</sup> ve "...bugün memleketimiz her zamankinden ziyade asayişin sağlanmasına muhtaçtır..."<sup>113</sup> gibi yorumlarının yapıldığı II. Meşrutiyetin ilk zamanlarında, sadece İstanbul'da değil tüm Osmanlı topraklarında ciddi anlamda asayiş sorunları yaşanmıştır.<sup>114</sup> Nitekim gazetelerin vukuat sütunları genel af sonrası yaşanan adi suç hadiseleriyle dolup taşmaya başlamış ve bu olayların müsebbibi olarak ise kontrolsüz bir şekilde icra edilmiş olan genel af gösterilmiştir. Bu nedenle "Bir cemiyetin saadet ve selameti için sadece hürriyet yeterli olur mu?"

110 Karikatürün altında yer alan konuşma şöyledir: "-Efendim, rica ederim yolda bir polise rasgeldiniz mi? -Hayır! -Öyleyse uçlan mangizleri bakalım!!!" bk d'Ostoya, 'Eski Zabita' Kalem Mecmuası (İstanbul, 15 Temmuz 1909) 1.

111 İmzasız, 'İstanbul'da Zabita' *İkdam Gazetesi* (İstanbul, 26 Ekim 1908) 2, 3.

112 Ahmed Rasim, 'Kasa Hırsızları' *Sabah Gazetesi* (İstanbul, 9 Kasım 1908) 1, 2.

113 Ebu-el Ziya, 'Polis' *Yeni Tasvir-i Efkâr Gazetesi* (İstanbul, 29 Mayıs 1909) 1, 2.

114 İbrahim Feridun, *Polis Efendilere Mahsus Terbiye ve Mahumat-ı Meslekiye* (Polis Akademisi Yayınları 2010) 175-176; İmzasız, 'Bizde ve Başka Yerlerde Serserilik' *Polis Mecmuası* (İstanbul, 1 Nisan 1920) 421.

Asayiş, her türlü manasıyla asayiş de gerekli değil mi? Asayiş olmayınca bolluk, rahatlık olur mu?”<sup>115</sup> tarzı eleştiri ve sorular sıkça akıllara gelir olmuştur.

İstanbul polis mektebi muallimlerinden İbrahim Feridun da “Hürriyetin ilanından on beş yirmi gün sonra İstanbul’un asayışı günden güne bozulmaya başladı. Bunun en birinci sebebi ise gerek İstanbul’daki gerek taşradaki bütün hapisanelerin kapılarının açılıp hapsolünmüş kimselerin salıverilmesi gibi büyük bir hatanın vukua gelmesiydi. Vaktiyle taşralara sürgün edilmiş ne kadar serseri ve şüpheli şahıs varsa, hepsi hapisanelerden kurtulan suçlu kimselerle İstanbul’a gelerek başkentte bulunan bu gibi şahıslara katılmışlardı. Mürur tezkerelerinin (bir nevi ülke içi pasaport) hükmü artık kalmadığı için gelen gidenin kimler olduğunu zabıta bilemiyordu. İlk günlerde, yaşanan olayların tesiriyle sersemlemiş olan istibdat taraftarı yavaş yavaş ayılmaya ve memlekette asayışı bozan davranışlar sergilemeye başlamışlar, hatta hapisane kaçınlarını kendileri için en münasip melamet vasıtası olarak seçmişlerdi. Bu sebeple geceleri evler kundaklanıyor, sokak başlarında insanlar soyuluyor, evlere hırsızlar giriyordu.”<sup>116</sup> diyerek, meşrutiyetin ilanından sonrası artış kaydeden asayiş sorununun neden ve sonuçlarına değinmiştir.

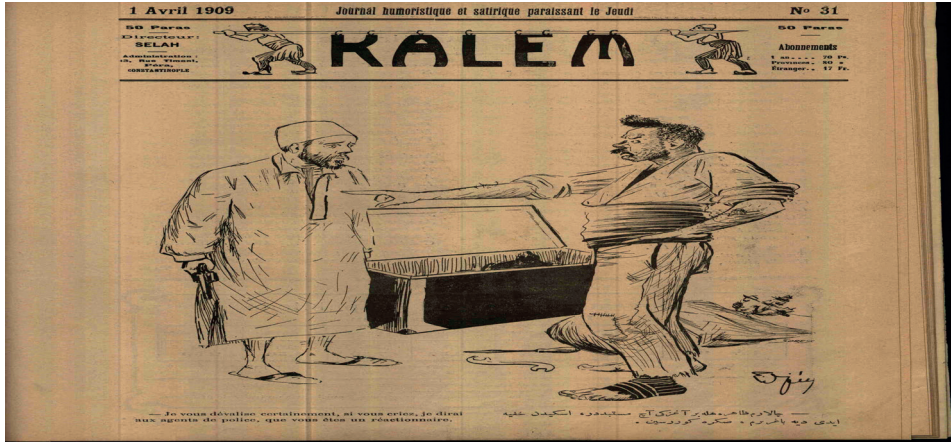
Görüldüğü üzere asayiş olayları, çıkarılan aflardan sonra çeşitli suçlardan mahkûm olanlar ile başıboş ve sabıkalı takımından olup hapisanelerden salıverilenler ve bunun yanı sıra hürriyetten yararlanarak memleketin her yanından İstanbul’a doluşan serseri ve mazanne-i su’i (kendisinden ancak kötülük beklenen, şüpheli kimse) güruhu tarafından meydana getirilmiştir. Nitekim asayiş problemi, Meclis-i Mebusan açıldıktan kısa bir süre sonra meclis gündemindeki en önemli konuların başını çekmiş ve bu sorunun müsebbibi olarak da sayıları on bini bulan serseriler görülmüştür.<sup>117</sup>

115 Ali Kemal, ‘Hürriyet, Fakat Asayiş, Fakat Refahiyet’ *İkdam Gazetesi* (İstanbul, 21 Ağustos 1908) 1.

116 Feridun (n 102) 175, 176.

117 *Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi Cilt 1* (TBMM Basımevi 1982) 684, 685.





Resim 5: Çalarım Elbette<sup>118</sup>

Bu dönem zarfında hırsız, dolandırıcı, kalpazan, yankesici, dilenci ve serserilerden kaynaklanan sorunlar daha da artmış, yani marjinal grupların toplum huzurunu ve asayiş bozan fiillerinin sayısında ciddi bir yükseliş meydana gelmiş ve güvenlik güçleri onlarla baş edemez olmuştur.<sup>119</sup> Memleketin asayişinde yaşanan bu sıkıntı herkesi etkilemesi nedeniyle bazen istibdat dönemi ile meşrutiyet sonrası yaşanan olaylar arasında kıyaslama yapılmasına sebebiyet vermiştir:

“İstibdat devrinde şehrimizde meydana gelen suçlarla, meşrutiyet devrinde gerçekleşen suçların karşılaştırılması neticesinde, meşrutiyette meydana gelen suçların sayısı bir sene zarfında on bir bini aşmış olduğu halde, istibdatta bu sayının en yüksek ancak yedi bin beş yüzü geçmemekte olduğu anlaşılmaktadır. Bu önceki duruma göre bu bir tezat gibi görünürse de gerçekleşen suçların şahidinin olmayıp büyük bir kısmının adi suçlardan ibaret bulunması ve suçüstünün geçmiş devirde %85 olduğu halde şu anki devirde %15'e düşmüş olması, belki bir noksanlık demektir. Adi suçlarda görülen bu tersliğin sebebi izin ve tezkerelerin kaldırılmasıyla İstanbul'a serbestçe gelenlerin, İstanbul'da yeterince ticari ve sanayi müessesesi bulunmaması nedeniyle emniyeti suiistimal, hırsızlık ve dolandırıcılığa yönelmelerinden başka bir şey değildir.”<sup>120</sup>

118 Karikatürün altındaki diyalog şöyledir: “-Çalarım elbette, hele ağzını aç, 'İstibdatçıdır, eskiden hafiyeye idi.' diye bağırırım, sonra görürsün.” Bk Cemil Cem, 'Çalarım Elbette' Kalem Mecmuası (İstanbul, 1 Nisan 1909) 16.

119 Uğur Göktaş, 'Külhanbeyleri' *Dünden Bugüne İstanbul Ansiklopedisi Cilt 5* (İletişim 1994) 165.

120 İmzasız, 'Mukayese-i Ceraim' *Tanin Gazetesi* (İstanbul, 8 Mart 1911) 2.

5 Aralık 1908 tarihli bir belgede ise suç işlemeyi adet edilmiş ve bunu geçim kaynağı olarak gören kişilerin af kanunları yoluyla salıverilmeleri nedeniyle toplumun tedirgin olduğu ve bu durumun daha büyük hadiselerle sebep olabileceğine dair bilgiler yer almaktadır.<sup>121</sup> Toplumdaki bu gerginliği dikkate alan yetkililer, af ilanı ile serbest kalacak olan mahkûmların çıkarabilecekleri sorunlar hakkında Sadarete bir yazı gönderip,<sup>122</sup> af ile tahliye edilecek mahkûmların tekrar suç işlemeleri ihtimalini de göz önünde bulundurarak çeşitli tedbirlerin alınmasının lüzumunu gündeme getirmiştir. Mesela bazı tutuklu veya mahkûmların aftan yararlanarak serbest kalmaları halinde mahkûmiyetlerine sebep olan kişilere karşı intikam yollu hareketlerde bulunabilecekleri düşünülmüş farklı bir vilayete yerleştirilmeleri düşünülmüştür.<sup>123</sup> Ayrıca cinayet suçlularının da aftan istifade ederek tahliye olmalarının, bazı vilayetlerde kan gütmeye âdeti olmasından dolayı eski hadiselerin yeniden canlandırıp tekrar cinayetlere sebebiyet verebileceği düşünülmüş, kan davası gütmekte olanların barıştırılması maksadıyla özellikle de Rumeli bölgesinde “Musalaha-i Dem Komisyonları” kurulması kararlaştırılmış<sup>124</sup> ve bu komisyonlarla kan davaları nedeniyle vuku bulan cinayetler kısmen de olsa bastırılabilmiştir.<sup>125</sup>

Meşrutiyet ilan edilmiş olmasına ve tüm gayretlere rağmen ülkedeki tansiyon düşürülemediği, Rumi takvime göre 31 Mart 1325'te (Miladi takvime göre ise 13 Nisan 1909 tarihinde) “31 Mart Vakası” olarak anılmakta olan isyan hadisesi patlak vermiştir. İsyanın bastırılmasından sonra büyük oranda hâkimiyeti ellerine alan İttihatçılar, İstanbul'da süratle kuvvetlenmeye, asayiş ve siyasi konuları başta olmak üzere pek çok alanda hukuki düzenlemeler yapmaya başlamışlardır.<sup>126</sup>

Bu süreçte Meclis-i Mebusan'ın 31 Mart Vakasından sonraki öncelikli işi asayiş ve kamu güvenliğini sağlamak olmuş, bu maksatla da “serseriliği ve dilencililiği” önlemeye yönelik bir takım kanuni düzenlemeler yapılmıştır. Serserilik ve dilencilik Osmanlı idarecileri tarafından tam anlamıyla bir suç olarak değerlendirilmemiş, ancak önu

121 DH. MKT., 2674/24, 5 Aralık 1908.

122 TFR. I. A., 39/3874, 16 Kasım 1908.

123 DH. MKT., 2668/57, 24 Kasım 1908.

124 DH. MKT., 1294/15, 13 Eylül 1908.

125 *Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi Cilt 4* (TBMM Basımevi 1982) 563.

126 9 Haziran 1909 tarihli İçtimaat-ı Umumiye Kanunu, 1 Temmuz 1909 tarihli Tensikat Kanunu, 29 Temmuz 1909 tarihli Matbuat Kanunu ile yine aynı tarihli Matbuatlar Kanunu, 4 Ağustos 1909 tarihli İstanbul Vilayetinde Emniyet-i Umumiye Müdüriyetinin Teşkilatı Hakkında Kanun, 9 Ağustos 1909 tarihli Tatil-i Eşgal Kanunu, 16 Ağustos 1909 tarihli Cemiyetler Kanunu, 22 Ağustos 1909 tarihli İspirtolar Kanunu gibi yasaların çıkarılması bu hukuki düzenlemeler arasındadır. Bk Aydın Yetkin, II. Meşrutiyet Dönemi'nde Suç Unsurları (Yüksek Lisans Tezi, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019) 41, 42.

alınması gereken toplumsal bir sorun olarak algılanmıştır. Bu tür düzenlemeler ile devlet, işsiz güçsüz dolaşarak toplumsal düzen için “potansiyel bir suçlu” olarak görülen şahısların “iş yolu ile terbiye” edilmesi düşüncesi etrafında toplumsal denetim ve kontrol mekanizması güçlendirilmeye çalışılmıştır.<sup>127</sup>

Özellikle 19. yüzyılın sonlarında netleşmeye başlayan “kamu düzeni polisliği ve suçun tanımı” nazariyesinde ve kamuoyunda serserilerin birer “potansiyel suçlu” olarak algılanmaya başlanması üzerine 18 Eylül 1890 tarihinde “Serseri ve Mazanne-i Sû’i Eşhas Hakkında Nizâmname”<sup>128</sup> çıkarılmıştır. Söz konusu nizamnamede öncelik toplumun bu marjinal kesimlerinin ıslah edilmelerine verilmekle birlikte “şerr ve mazarratlarının defi” için cezai yaptırımlar düşünülmüştür.<sup>129</sup>



Resim 6: Serseri Diye Alay Etmeyin!<sup>130</sup>

Özellikle 10 Mayıs 1909 tarihinde çıkarılan “Serseri ve Mazanne-i Sû’i Eşhas Hakkında Kanun” ile Osmanlı polisinin görevleri arasında bulunan ve “serseri ve dilenci” olarak tabir olunan, toplumun marjinal bir kesimini oluşturan ve işsiz güçsüz olarak orada burada başıboş dolaşanları denetim altında alma görevi yinelenmiş, daha önce serseriliğin

127 Nadir Özbek, *Osmanlı İmparatorluğu’nda Sosyal Devlet, Siyaset, İktidar ve Meşruiyet 1876-1914* (İletişim Yayınları 2002) 65 vd.

128 *Düstur: Tertib-i Evvel Cilt 6* (Matbaa-i Osmaniye 1329) 748 vd.

129 C. AS., 70/3309, 31 Ekim 1883.

130 Karikatürün altındaki diyalog şöyledir: “Serseri: Serseri diye alay etmeyin! Türkiye’de en mühim sanatın serserilik olduğunu Meclis-i Mebusan’ın ibtida’ bizimle uğraştığı ispat etmez mi?” Bk Sedat Nuri, ‘Serseri Diye Alay Etmeyin’ Musavver Muhit Mecmuası (İstanbul, 8 Temmuz 1909) 348.

ve dilencililiğin önlenmesi amacıyla çıkarılan ayrı nizamnameler tek bir düzenleme altında birleştirilmiştir.<sup>131</sup> Meclis-i Mebûsan'da konu görüşülürken cezaların ağırlaştırılması hatta caydırıcı olması için gerekirse idam cezalarının yaygınlaştırılması fikri dahi gündeme gelmiştir.<sup>132</sup>

Meşrutiyet'in ilanının hemen akabinde bilhassa Balkanlarda isyana katılan İttihatçılar ve yandaşları ile daha sonra herhangi bir fark gözetilmeksizin siyasi ve adi suçlar nedeniyle ceza almış kimseler, bazı şartlar ile affedilerek hapisanelerden tahliye edilmiş, bazı hapisanelerde ise yaşanan isyanlar esnasında pek çok mahkûm firar etmiştir. 31 Mart Vakası sonrası düzenlemeler yapılırken Meclis-i Mebusan'a 10 Ağustos 1909 tarihinde Sadrazam Hüseyin Hilmi Paşa imzasını taşıyan bir sadaret tezkeresi ile "İnkılap Günlerinde Kanuna Aykırı Olarak Hapishanelerden Çıkan Adi Suçlardan Mahkûm ve Zanlı Olanlar Hakkında Kanun Tasarısı"<sup>133</sup> adıyla bir teklifin sunulması üzerine af mevzusu yeniden gündeme gelmiş ve konu 18 Ağustos 1909 tarihinde mecliste tartışılmaya başlanmıştır.

Adliye Nazırı Necmeddin Molla Bey, "Şimdi Hükümetçe kabul edilmesi lazım gelen muamele, bu gibi adi suçluların mademki hapisaneden çıkmaları esasen bir affa dayanmamaktadır, şu hâlde bunları tekrar yakalamaktan ibarettir. Asli vazife budur. Fakat Hükümetin şu asli vazifeyi ifa etmesi için bunun nasıl olacağını ve sonuçlarını etraflıca düşünmek gerekmektedir. Acaba bugün şu on beş bini aşkın olan adi suçluların aylarca zamandan beri namuslarıyla, iffet ve doğruluk dairesinde hareket etmiş olmalarına karşı, bunları eski suçları sebebiyle tekrar yakalamak ve hapisaneye iade etmek, elbette her birinin ayrı ayrı takiplerine bağlıdır. Ancak bazı yerlerde takibat yapılabilmesi için birkaç tabur asker göndermeye ihtiyaç vardır. Şu muamele ise tabiatıyla pek çok yerlerde birçok ciddi harekâtın yapılmasını gerekli kılar. Zannedirim ki bu mesele, memleketimizce bir iç soruna şekline girer ve on beş bin kişinin büyük bir askeri kuvvetle ile zincire vurulması ve hapisanelere iadesi meselesi mühim bir iç sorun mahiyetini alır..." sözleri ile tekrar bir af ilan edilmesi gerektiğini savunmuş, böylelikle memleketin her tarafında dağınık bir vaziyette bulunan, sayıları 15.000'i geçen ve gıyaben mahkûm edilmiş hükümet karşıtı isyancıların yeni idareye ısındırılmasıyla toplumsal barışın da sağlanabileceğini ileri sürmüştür.<sup>134</sup>

131 Detaylı bilgi için bk Yetkin (n 115) 45 vd.

132 *Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi Cilt 2* (TBMM Basımevi 1982) 427, 434.; Ömer Adil, 'Yaralarımız' İstişare Mecmuası 4 Mart 1909) 1090 vd.

133 "Eyyam-ı İnkılabiyede Hilaf-ı Kanun Hapishanelerden Çıkan Ceraim-i Âdiye Mahkûmin ve Maznunini Hakkında Kanun Layihası" *Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi Cilt 6* (TBMM Basımevi 1982) 548, 549.

134 İbid 530, 531.

Uzun tartışmalar neticesinde 6 maddeden oluşan yeni bir af kanunu 19 Ağustos 1909 tarihinde meclisçe kabul edilmiş ve 22 Ağustos 1909'da ilan olunmuştur.<sup>135</sup> İlan olunan bu af kanununun muhtevasına göre meşrutiyetin ilan edildiği gün olan 10 Temmuz 1324 yani 23/24 Temmuz 1908'den evvel işlenmiş suçlar nedeniyle sanık olan, mahkûm edilmiş, yakalanmış veya hapsedilmiş şahıslar hakkında uygulanması gereken kanun hükümleri artık icra olunmayacak, ayrıca halen firarda bulunanlar hakkında da kanuni takibat yapılmayacaktır. Ancak bu şahıslar kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren herhangi bir suç işleyecek olurlar ise affolundukları fiil de dâhil olmak üzere her iki suç için de cezalandırılacaklardır. Yine aynı tarihten evvel cinayet suçu ile mahkûm olup da mahpustan çıkmamış ya da çıkarılmamış veyahut çıkmış veya çıkarılmış olduğu halde sonradan yakalanmış bulunanlardan müebbet kürek veya idam cezalarıyla mahkûm edilmiş olanların cezaları, o güne değin hapistede tutuldukları müddet düşülmek kaydıyla 15 sene kürek cezasına, müebbet kalebentlik ya da sürgün cezalarıyla mahkûm edilmiş olanların ikmal ettikleri süre o güne değin hapis ve sürgünde buldukları süre hesap edilerek 15 sene kalebentlik veya 15 sene sürgün cezasına dönüştürülecektir. Bu sürenin altında geçirdikleri müddet cezalarından mahsup olunmak şartıyla cezalarının kalan kısmı kısaltılacaktır. Ayrıca kanuna ek olarak ilave bir maddeye göre de 23/24 Temmuz 1908 tarihinden yani meşrutiyetin ilanından 13 Nisan 1909 tarihine yani 31 Mart Vakasına kadar geçen süre zarfında işlenmiş olan suçlardan dolayı haklarında cezai takibat icra edilmesi gereken kişilerin de takibatından vazgeçilmiştir.<sup>136</sup>

II. Meşrutiyet'in ilanı sonrası gerçekleştirilen bu af uygulamalarının, istatistiki veriler göz önüne alındığında, arzu edilen etkiyi yaratmadığı görülebilmektedir. Nitekim 1897 tarihli hapisaneler istatistiğine göre Memaâik-i Mahrûse-i Şâhâne'de yani Osmanlı sınırları dâhilinde bulunan toplam 705 hapisanedeki hükümlü ve tutuklu sayısı 29.413 iken<sup>137</sup> 1912 senesinde tüm vilayet ve kazalarda kayıt altına alınan mahkûm defterlerine göre Osmanlı hapisanelerinde 6.000'i hafif, 14.000'den fazlası ise ağır suçlardan dolayı hüküm giymiş ve 7.700'ü de henüz yargılanmamış tutuklulardan oluşan yaklaşık 28.000 kişi bulunmaktaydı.<sup>138</sup> Bu durum aflar sonrasında kısa bir süre içerisinde

135 İbid 586.

136 '10 Temmuz 1324 Tarihinden Evvel İrtikâb Edilmiş Olan Cerâ'im-i Âdiye Mahkûmin ve Maznunini Haklarında Kanun' *Düstur: Tertib-i Sâni Cilt 1 (n 50)* 650, 651.

137 İstatistik-i Umumi İdaresi, *Devlet-i Âliyye-i Osmaniye'nin 1313 (1897) Senesine Mahsus İstatistiği* (Âlem Matbaası 1316/1900) 49, 50.

138 Ömer Şen, *Osmanlı'da Mahkûm Olmak: Avrupalılaştırma Sürecinde Hapisaneler* (Kapı 2007) 56, 57.; Kent Schull, 'Tutuklu Sayımı: Jön Türklerin Sistematik Bir Şekilde Hapishane İstatistikleri Toplama Çalışmaları ve Bunların 1911-1918 Hapishane Reformu Üzerine Etkileri' iç Noemi Levy ve Alexandre Toumarkine (edr) *Osmanlı'da Asayiş, Suç ve Ceza 18.-20. Yüzyıllar* (Tarih Vakfı Yurt Yayınları 2007) 212, 214.

mahkûm sayısının yeniden meşrutiyet öncesi rakamlara ulaştığını ve aflardan umulan neticenin elde edilemediğini göstermektedir.

II. Meşrutiyet döneminde aflara en sık başvurulduğu diğer bir devre ise özellikle savaşların yaşandığı yıllar olmuştur. Nitekim Osmanlı İmparatorluğu'nun 1914 yılının sonlarına doğru I. Dünya Savaşı'na dâhil olmasıyla birlikte af konusu yeniden gündeme gelmiş ve devlet, savaş başlar başlamaz İmparatorluk genelinde geniş kapsamlı bir af ilan etmiş ve mahkûmiyet sürelerinin 3/4'ünü tamamlamış olan mahpusları serbest bırakmıştır. Seferberlik ilan edilince de özellikle hafif suçlardan dolayı ceza alanlardan askerliğe elverişli olanların sevk işlemleri için tahliyeleri hapisanelere tebliğ edilmiştir.<sup>139</sup>

1915 senesinin ocak ayında ise Dâhiliye Nezareti'nden Edirne, Çatalca, Bolu, İzmit, Kale-i Sultani, Hüdavendigâr, Kastamonu, Aydın, Mentеше, Karasu, Teke, Ankara, Karahisar, Konya, Kayseri, Sivas, Canik, Adana, Diyarbakır, Urfa ve Halep gibi vilayet ve kazalara çekilen telgrafta çeteciliğe uygun olan tutuklu ve mahkûmların tespit edilmesi istenilmiştir.<sup>140</sup> Bu talepten hemen önce yani Aralık 1914'ten itibaren hapisanelerin tamamına yakınında tahliyelere başlanılmıştır. Örneğin Edirne vilayetinde aftan yararlandırılan mahkûm sayısı toplam 1052'dir. Edirne Merkez Hapishanesi'nde bu tahliyelerden sonra 32 tutuklu ve 113 mahkûm kalmıştır.<sup>141</sup>

Savaşın ilerleyen yıllarında da tutuklu ve mahkûmlardan asker ve çeteci olarak yararlanma düşüncesi gündemde kalmıştır. Nitekim Meclis-i Vükela kararıyla 20 Ekim 1917 tarihinde bir af daha ilan edilmiş ve bu afla da memleket genelinde 2649 tutuklu ve mahkûmun tahliyesi yapılmıştır.<sup>142</sup> Bunların yanı sıra 1918 yılının Kasım ayında bütün vilayet ve kazaların çeşitli hapisanelerinde cezalarının 1/3'ünü tamamlamış olan bazı mahkûmlar da affedilmiştir.<sup>143</sup>

Mahkûmlar ve tutuklulardan asker veya çeteci olarak yararlanma düşüncesi esasında biraz da zorunluluktan kaynaklanmıştır. Özellikle de seferberlik ilan edildikten sonra adi suç işleyip mahkûm olanların çoğu bunu, savaştan ve askerlikten kaçmak için yapmışlardır. Bunun farkına varan hükümet bu gibi kişilere karşı tedbir olarak af ilanını

139 DH. MB. HPS., 44/23, 1 Eylül 1914.

140 DH. ŞFR., 49/164, 30 Ocak 1915.

141 DH. MB. HPS., 108/9, 14 Şubat 1915.

142 İlgili afla bütün vilayet ve kaza hapisanelerinden tahliye edilen mahkûmlara ait sayısal bilgiler için bk DH. MB. HPS. M., 31/6, 20 Ekim 1917.

143 DH. MB. HPS. M., 35/93, 18 Kasım 1918.



kullanmış ve savaş sırasında muhtelif tarihlerde ilan ettiği aflarla bunun önüne geçmeye çalışmış, suç işlemeyi alışkanlık edinmiş gedikli yani azılı suçlular ise bu gibi afların dışında bırakılmıştır.<sup>144</sup>

1908-1918 senelerini kapsayan II. Meşrutiyet dönemi boyunca, başta İttihat ve Terakki mensupları ve pek çok mebus tarafından, örneğin Mentеше (Muğla) Mebusu Halil Bey gibi kimselerce “Siyaseten hapis ve sürgün olunmuşların içinde şuna buna ettiği iftiralardan ve dahi hafiyeliği suiistimal etmelerinden dolayı uzaklaştırılmış, kovulmuş alçak insanlardan adamlar vardır.”<sup>145</sup> uyarısı yapılarak af kapsamına dahil edilecek kimselerle ilgili dikkatli olunması gerektiği vurgulanmış, İttihat ve Terakki yanlısı Hüseyin Cahit gibi gazete yazarlarınca da “Genel affın ne dereceye kadar uygulanabilir ve kapsamlı olduğunu anlamak için karşımızda kimler, daha doğrusu ne türlü suçlular, mahkûmlar bulunduğunu ayırt etmeye ve farklarını anlamaya lüzum vardır... Eski devirde kimisi hacıları soyarak, kimisi hükümetten çalarak, kimisi saraya dayanarak servet elde etmiş tertipçileri, itaatkârları, kuduzları, gazeteleri, eli kanlıları bugün Osmanlı ülkesinde rahat rahat dolaşır, eski kazandıklarını rahatça yer, zevk eder bir halde görmeğe tahammül edemeyecek kimseler, memleketimizde elhamdülillah pek çoktur. Ancak eski devrin jurnal ve jurnalcileri yüzünden acı çekenler ise affa mazhar olanlardır...”<sup>146</sup> denilerek afların haklı ve meşru sebeplerle çıkarıldığı, çıkarılması gerektiği ileri sürülmüş ve İhtilalin kendisine mahsus mantığı, hakkı, adaleti olduğu belirtilerek aflar desteklenmiştir. Fakat asayişin temini maksadıyla af ilan edilmesinin hükümetin aczinin bir göstergesi olduğu; cinayet, tecavüz gibi suçlar işlemiş kişilerin salıverilmesi veya bu suçluların takibinin terk edilmesinin mağdurlar nezdinde vicdanları yaraladığı ve bu afların memleketin asayişini kökünden sarstığı<sup>147</sup> gibi eleştiriler de bu dönem ilan olunan aflara yöneltilmiştir. Nitekim 1908-1918 seneleri arasında hem devlet otoritesi hem de kamu düzeni savaşlar, iktisadi krizler, emniyet güçlerinin yetersizliği ve adalet mekanizmasının tam anlamıyla işlememesi gibi sebepler nedeniyle gittikçe kaotik bir hal almış, bu vaziyet karşısında alınan önleyici tedbirler ve gerçekleştirilmek istenilen çalışmalar da yetersiz kalmıştır.

144 BEO., 420/320183, 7 Temmuz 1916.; DH. İ. UM., 20/1, 25 Nisan 1921.

145 *Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi Cilt 1* (n 106) 162.

146 Hüseyin Cahit, ‘Afv Meselesi’ *Tanin Gazetesi* (İstanbul, 17 Nisan 1910) 1.

147 *Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi Cilt 2* (n 121) 424, 425; *Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi Cilt 6* (n 122) 530 vd.

## Sonuç

II. Meşrutiyet'in ilanı sonrası siyasî suçlar için çıkarılan af, başta Makedonya bölgesinde ve daha sonra Anadolu'nun bazı bölgelerinde hızla uygulanmaya başlanmıştır. Ancak affın uygulanışı kolay olmamış, evvela af kapsamı dışında bırakılanlar hapisanelerde isyanlar çıkartmaya başlamışlar ve bazı hapisanelerde ise kontrol kaybedilerek geliş güzel salıvermeler meydana gelmiştir.

Hükümetin kontrolü kaybetmesinin ardından affın kapsamı genişletilmezse işin kendiliğinden olacağı ve devletin küçük düşeceği ortadaydı. Bu nedenle af daha sonra adi suçları da içine alacak şekilde genişletilmiş ve akabinde birçok kişi tahliye edilmiştir. Fakat adi suçların af kapsamına alınması toplumu tedirgin etmiş ve bu durum karşısında halk nümayişler düzenleyip tepki de göstermiştir.

Özellikle adi suçların af kapsamına alınması beraberinde asayiş olaylarında da artışa sebebiyet vermiş, bu durum kamuoyunun affa tepki göstermesine neden olmuştur. Özellikle aflarla beraber tahliye olan birçok kişinin tekrar suça karışması toplumun bu konudaki hassasiyetinde ne kadar haklı olduğunu göstermiştir. Bu netice beraberinde af kanunlarına karşı olumsuz bir hava oluşmasına neden olmuştur. Ancak 1908-1918 seneleri arasında çeşitli sebeplerle aflar çıkarılmaya devam etmiştir.

Meşrutiyetin ilanından sonra sık sık af çıkarılması, üste üste savaflara girilmesi, isyanlar çıkması ve iktisadi krizler yaşanması gibi sebeplerle devlet otoritesinde bir zafiyet meydana gelmiş, toplumsal düzen ve ahlakta bozulmalar yaşanmaya başlamış; cinayet, tecavüz, kız kaçıma, darp, serserilik, dilencilik, dolandırıcılık, hırsızlık, soygunculuk gibi suçlarda artışlar olmuştur. Ayrıca bu tarihten itibaren verilen kişisel hak ve hürriyetlerin “her istediğini yapabilmek” gibi yanlış yorumlarından yola çıkılması da düzensiz bir ortamın oluşmasına menfi anlamda katkı sağlamıştır. Bir yanda Kânûn-ı Esâsî'nin nimetleri, diğer yanda nimetlerin kötü yorumu vardır. Bu durum devlet makamlarınca da fark edilerek birtakım tedbirlere başvurulması gündeme gelmiştir. İşte bu yüzden, toplum düzenini sağlamak amacıyla bazı hakların sınırlandırılması dahi olsa birtakım kanun ve uygulamalara başvurulmuş, meşrutiyetin vadettiği “hürriyet, müsavat ve uhuvvet” idealleri sloganlarda kalmıştır. Osmanlı İmparatorluğu, 1908-1918 yılları arasında gerek savaş ve isyanlar gerekse siyasal çekişme ve ekonomik krizler nedeniyle katastrofik bir dönem yaşamıştır.

II. Meşrutiyet Dönemi tecrübesi göstermektedir ki, af tasarrufunda bulunma yetkisi hangi otorite tarafından her ne maksatla olursa olsun dikkatlice kullanılmalıdır. Af uygulamalarının



siyasî iktidarlarca toplumsal talep veya kabul aranmaksızın hayata geçirilmesi halinde, aftan arzu edilen neticenin elde edilmesi de oldukça güç bir hal alabilmektedir. Ayrıca af ilanı sonrası tahliye edilen şahısların toplumsal hayata tekrar uyum sağlayabilmeleri için bu süreç çeşitli ekonomik ve sosyal tedbirlerle de desteklenmelidir. Bilhassa silah, uyuşturucu ve insan kaçakçılığı, bireye karşı işlenmiş suçlar ile cinsel suçları etkili bir takip sistemi kurulmadan bu gibi suçları işlemiş ve hatta bu tür suçları işlemeyi âdet edinmiş kimseleri affetmek, asayiş ve kamu düzeni bakımından sakıncalı sonuçlar doğurabilmektedir. Bu nedenle affi çıkararak gücün esas vazifesi de bu noktadan itibaren başlamaktadır. Aksi halde kamu düzeni bozularak temel hak ve özgürlüklere zarar veren hadiseler ortaya çıkabilmekte ve kamu vicdanı da yaralanabilmektedir.

**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

### Arşiv Belgeleri

#### Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi (BOA)

Bâb-ı Âli Evrak Odası Belgeleri (BEO.): 420/320183.

Cevdet Askeriye Evrakı (C.AS.): 70/3309.

Dahiliye Nezareti İdâre-i Umumiye Belgeleri (DH. İ. UM.): 20/11921.

Dahiliye Nezareti Mebani-i Emiriye-Hapishaneler Müdüriyeti Evrakı (DH.MB.HPS.): 44/23.

Dahiliye Nezareti Mebani-i Emiriye-Hapishaneler Müdüriyeti Müteferrik Evrakı (DH.MB.HPS.M.): 31/6; 35/93; 108/9.

Dahiliye Nezâreti Mektubî Kalemî (DH.MKT.): 1274/30; 1294/15; 2613/106; 2668/57; 2674/24; 1280/32; 1283/26.

Dahiliye Nezareti Şifre Kalemî Belgeleri (DH.ŞFR.): 49/164; 403/101.

Hariçiyeye Nezareti Tahrirat Kalem (HR.TH.): 366/109.

Rumeli Müfettişliği Kosova Evrakı (TFR.I.KV.): 207/20631908.

Rumeli Müfettişliği Sadaret Evrakı (TFR.I.A.): 39/3874.

Yıldız Parkende Evrakı: Arzuhâller ve Journaller (Y.PRK.AZJ.): 54/43.

### Resmî Yayınlar

*Düstur: Tertib-i Sâni Cilt I* (Matbaa-i Osmaniye 1329/1913).

İstatistik-i Umumi İdaresi, *Devlet-i Âliyye-i Osmaniye'nin 1313 (1897) Senesine Mahsus İstatistiği* (Âlem Matbaası 1316/1900).

*Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi Cilt 1* (TBMM Basımevi 1982).

*Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi Cilt 2* (TBMM Basımevi 1982).

*Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi Cilt 4* (TBMM Basımevi 1982).

*Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi Cilt 6* (TBMM Basımevi 1982).

## Sürelî Yayınlar

*İkdam Gazetesi*

*İlm-i Hukuk ve Mukayese-i Kavanin Mecmuası*

*İstişare Mecmuası*

*Karagöz Gazetesi*

*Kalem Mecmuası*

*Musavver Muhit Mecmuası*

*Polis Mecmuası*

*Sabah Gazetesi*

*Tanin Gazetesi*

*Yeni Tasvir-i Efkâr Gazetesi*

## Kitaplar ve Tezler

Ahmad F, *İttihat ve Terakki 1908-1914* (Kaynak Yayınları 2016).

Akman M, *Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması* (Eren Yayıncılık 2004).

Akşin S, *Jön Türkler ve İttihat ve Terakki* (İmge Kitabevi 2017).

Avcı M, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar* (Gökkubbe Yayınları 2004).

Aydın MA, *Türk Hukuk Tarihi* (Beta 2005).

Bal H, *Hukuk Sosyolojisi* (Süleyman Demirel Üniversitesi 2008).

Bayur YH, *Türk İnkılabı Tarihi Cilt 1 Kısım 1* (Türk Tarih Kurumu Yayınları 1991).

Berkes N, *Türkiye'de Çağdaşlaşma* (Yapı Kredi Yayınları 2002).

Beroje S, *Günümüz ve İslam Ceza Hukukunda Af* (Fecr 2013).

Bleda MŞ, *İmparatorluğun Çöküşü* (Remzi Kitabevi 1979).

Bozkurt G, *Batı Hukuku'nun Türkiye'de Benimsenmesi* (Türk Tarih Kurumu Yayınları 1996).

Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, *Türk Ceza Hukuku'na Giriş* (4. Bası, Beta 2006).

Çavdar T, *Özgürlük Kavgasında Yaşanan Geçmiş 1860-1918* (Ayba Yayınları 1982).

Doğan DÇ, *Ceza Hukukunda Af* (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2012).

Demircioğlu H, *Roma Tarihi Cilt 1* (Türk Tarih Kurumu Yayınları Basımevi 1998).

Feridun İ, *Polis Efendilere Mahsus Terbiye ve Malumat-ı Meslekiye* (Polis Akademisi Yayınları 2010).

Haniçoğlu MŞ, *Bir Siyasal Örgüt Olarak İttihat ve Terakki Cemiyeti ve Jön Türklük (1889-1902) Cilt 1* (İletişim Yayınları 1989).

İnalçık H, *Devlet-i Aliyye Cilt 1* (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2009).

İnalçık H ve Seyitdanlıoğlu M, *Tanzimat: Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu* (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2019).

Kansu A, *1908 Devrimi* (İletişim Yayınları 2001).

- İçel K, *Yaptırım Teorisi* (Beta 2000).
- Keyman S, *Türk Hukukunda Af: Genel Af-Özel Af* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1965).
- Kili S ve Gözübüyük AŞ, *Türk Anayasa Metinleri: Senedi İttifaktan Günümüze* (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 1985).
- Kuran AB, *İnkılap Tarihimiz ve Jön Türkler* (Kaynak Yayınları 2000).
- Meray SL, *Ceza Hukukunda Af Konusu Üzerine Bir Deneme* (Türk Hukuk Kurumu 1944).
- Midilli M, Osmanlı Bağlamında Şeriat-Kanun Ayrımının Hanefi Kamu Hukuk Fikri Açısından Değerlendirilmesi: Ceza Hukuku Örneği (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2017).
- Oğuz A, *Birinci Meşrutiyet: Kânûn-ı Esâsî ve Meclis-i Mebusan* (Grafiker Yayınları 2010).
- Öner S, *Çeviri Yoluyla Kanun Yapmak: 1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunu'nun 1810 Tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan Çevrilmesi* (Doktora Tezi, Yıldız Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2013).
- Özbilgen E, *Osmanlı Hukuku'nun Yapısı* (Nihal Kitabevi 1985).
- Ramsaur EE, *Jön Türkler ve 1908 İhtilali* (Pozitif Yayınları 2007).
- Salman Y, *İslam Ceza Hukukunda Af* (Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2005).
- Şen Ö, *Osmanlı'da Mahkûm Olmak: Avrupalılaşıma Sürecinde Hapishaneler* (Kapı 2007).
- Şentepe A, *Ruh Sağlığı Belirtilerinin Yordayıcısı Olarak Affetme ve Dindarlık İlişkisi* (Doktora Tezi, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2016).
- Tanör B, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri* (Yapı Kredi Yayınları 1998).
- Tunaya TZ, *Hürriyetin İlanı* (Arba Yayınları 1996).
- Turan M, *31 Mart Faciâsı* (Üçdal Neşriyat 1966).
- Türk Hukuk Lûgatı* (Başbakanlık Basımevi 1991).
- Türkmen Z, *Osmanlı Meşrutiyetinde Ordu-Siyaset Çatışması* (İrfan Yayınevi 1993).
- Yetkin A, *II. Meşrutiyet Dönemi'nde Suç Unsurları* (Yüksek Lisans Tezi, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019).
- Yetkin S, *Ege'de Eşkiyalar* (2. Bası, Tarih Vakfı Yurt Yayınları 1997).
- Yıldız G, *Mapusâne: Osmanlı Hapishanelerinin Kuruluş Serüveni (1839-1908)* (Kitabevi 2012).

## Makaleler

- Akbulut İ, 'İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar' (2003) 52(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 167-181.
- Akbulut İ, 'Türk Hukukunda Af' (1995) 21(4) Yargıtay Dergisi 446-465.
- Akgündüz A, 'Osmanlı Kanunnameleri (Doğuştan, Çeşitleri ve Tarihi Seyri)' *Türkler Cilt 10* (Yeni Türkiye Yayınları 2002) 21-42.
- Alzuhili M, 'İslam Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi' *İslam Ceza Hukuku Tebliğler Kitabı Cilt 1* (Lale Yayıncılık 2017) 400-441.
- Anderson J, 'Affedicilik İlişkisel Bir Süreç: Araştırma ve Yansımalar' (2013) 18(30) Harran Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 211-234.
- Arık FŞ, 'Selçuklular Zamanında Türkiye'de Çıkarılan Kolektif Af'lar (1075- 1243)' Selçuk Dergisi: I. Alâeddin Keykubat Özel Sayısı (Selçuklu Araştırmaları Merkezi 1988) 19-30.
- A Ömer, 'Yaralarımız' İstişare Mecmuası (İstanbul, 4 Mart 1909) 1090-1094.
- Aslan T, 'II. Meşrutiyet Dönemi Genel Af Uygulamaları' (2009) 3(5) *Akademik Bakış* 41-60.
- Atalay İO, 'Osmanlı Ceza Yargılaması Usulü Hukuku Üzerine Bir Deneme' (2007) 10(3-4) Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 239-272.
- Ateşoğulları K, 'Af' (2000) 57(2) Ankara Barosu Dergisi 71-80.

- Avcı M, 'İslam Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi' *İslam Ceza Hukuku Tebliğler Kitabı Cilt 1* (Lale Yayıncılık 2017) 442-455.
- Aydın MA, 'Osmanlı Hukuku'nun Genel Yapısı ve İşleyişi' *Türkler Cilt 10* (Yeni Türkiye Yayınları 2002) 15-20.
- Aydın S, 'İki İttihat-Terakki: İki Ayrı Zihniyet, İki Ayrı Siyaset' *Tanzimat ve Meşrutiyet'in Birikimi, Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce Cilt 1* (İletişim Yayınları 2001) 117 vd.
- Başoğlu T, 'Ta'zîr' *TDV İslâm Ansiklopedisi Cilt 40* (İSAM 2011) 198-202.
- C Hüseyin, 'Afv Meselesi' *Tanin Gazetesi* (İstanbul, 17 Nisan 1910) 1.
- C Hüseyin, 'Bab-ı Âlinin Mesleği' *Tanin Gazetesi* (İstanbul, 1 Ağustos 1908) 1.
- Çetin A, 'Kıbrıslı Kâmil Paşa' *TDV İslâm Ansiklopedisi Cilt 25* (İSAM 2002) 392-394.
- Döner A, 'Cezai ve İdari Yaptırımların Farklılığı Bağlamında TBMM'nin Af Yetkisi' (2008) 12(3-4) Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 33-54.
- Ebu-el Ziya, 'Polis' *Yeni Tasvir-i Efkâr Gazetesi* (İstanbul, 29 Mayıs 1909) 1-2.
- Gözler K, 'Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Af Yetkisi' *Anayasa Yargısı Cilt 18* (Anayasa Mahkemesi Yayını 2001) 298-330.
- Göktaş U, 'Külhanbeyleri' *Dünden Bugüne İstanbul Ansiklopedisi Cilt 5* (İletişim 1994).
- Halaçoğlu A, 'II. Abdülhamit Döneminde Yapılan Genel Aflar ve Bunun Ermeni İsyancıları Açısından Bir Değerlendirmesi' iç *XV. Türk Tarih Kongresi, Kongreye Sunulan Bildiriler Cilt 6: Birinci Dünya Savaşı* (Türk Tarih Kurumu Yayınları Basımevi 2010) 2513-2526.
- İleri İ, 'Batı Gözüyle Meşrutiyet Kutlamaları ve Genel Af' (2005) 1(17) OTAM 1-10.
- İnalçık H, 'Osmanlı Hukukuna Giriş: Örfi-Sultani Hukuk ve Fatih'in Kanunları' (1958) 13(2) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 102-126.
- Kemal A, 'Hürriyet, Fakat Asayiş, Fakat Refahiyet' *İkdam Gazetesi* (İstanbul, 21 Ağustos 1908) 1.
- Kılınç A ve Yıldırım D, 'Tanzimat Dönemi Dualist Yapısının Şahsa İşlenen Suçlara Yansımaları' *Necmettin Erbakan Hukuk Araştırmaları: Kamu Hukuku* (Necmettin Erbakan Üniversitesi Kültür Yayınları 2021) 171 vd.
- Koç Y, 'Erken Dönem Osmanlı Hukuku: Yaklaşımlar, Temel Sorunlar' (1999) 16(Özel Sayı) Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi 115, 126.
- Koloğlu O, 'Mayıs-Eylül 1908 Belgelerine Göre İttihatçılarda Osmanlı Birliği Anlayışı I' (1998) 9(55) Toplumsal Tarih Dergisi 12-19.
- Koloğlu O, 'Mayıs-Eylül 1908 Belgelerine Göre İttihatçılarda Osmanlı Birliği Anlayışı II' (1998) 9(56) Toplumsal Tarih Dergisi 30-33.
- Korkut S, 'Af' *TBMM Kütüphane Müdürlüğü Araştırma Servisi Raporları* (TBMM Yayınları 1987), 1-7.
- Kuşun Z, 'Said Paşa, Küçük' *TDV İslâm Ansiklopedisi Cilt 35* (İSAM 2008) 576-578.
- N Osman, 'Mesail-i Cezaiyede Afv' (12 Mart 1325/25 Mart 1909) 1(1) İlm-i Hukuk ve Mukayese-i Kavanin Mecmuası 135-142.
- Özek Ç, 'Umumi Af' (1959) 24(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 118-175.
- Öztürk MV, 'Nizamiye Mahkemeleri Üzerine Bir Değerlendirme' (2018) 13(171-172) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 155-171.
- Rasim A, 'Kasa Hırsızları' *Sabah Gazetesi* (İstanbul, 9 Kasım 1908) 1-2.
- Seydioğulları İH, 'Türkiye'de Ceza Afları ve Afların Toplum Üzerindeki Etkileri: Ankara'da Af Konulu Anket Çalışması ve Analizi' (2004) 8(3-4) Polis Bilimleri Dergisi 1-28.
- Schull K 'Tutuklu Sayımı: Jön Türklerin Sistematik Bir Şekilde Hapishane İstatistikleri Toplama Çalışmaları ve Bunların 1911-1918 Hapishane Reformu Üzerine Etkileri' iç Noemi Levy ve Alexandre Toumarkine (edr) *Osmanlı'da Asayiş, Suç ve Ceza 18.-20. Yüzyıllar* (Tarih Vakfı Yurt Yayınları 2007) 212-238.
- Soyaslan D, 'Af' (2001) 18(1) Anayasa Yargısı Dergisi 412-436.

- Tunaya TZ, 'Türkiye'nin Siyasi Gelişme Seyri İçinde İkinci "Jön Türk" Hareketinin Fikri Esasları' *Tahir Taner'e Armağan* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1956) 167-187.
- Üçok C, 'Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler I' (1946) 3(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 125-146.
- Velidedeoğlu HV, 'Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat' *Tanzimat I* (Maarif Matbaası 1940) 139-209.
- Yetkin A, 'Osmanlı Devleti'nde Hukuk Devletinin Gelişim Süreci' (2013) 6(24) Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi 380-413.
- Yurtseven Y, 'Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi Çerçevesinde İslam Ceza Hukuku'nda Örfi Hukukun Yeri ve Osmanlı Uygulaması' *İslam Ceza Hukuku Tebliğler Kitabı Cilt 2* (Lale Yayıncılık 2017) 332-351.

# Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde İsnadı (Suçlamayı) Öğrenme Hakkı

## *The Right to be Informed of Accusation under the Constitution and the European Convention on Human Rights*

Akif YILDIRIM<sup>1</sup> 

<sup>1</sup>Dr., Anayasa Mahkemesi Raportörü, Ankara, Türkiye

ORCID: A. Y. 0000-0002-8426-9829

### ÖZ

Şüphelinin/sanığın hakkındaki suçlamadan haberdar edilmesi, bir hak olarak Anayasa'da açıkça düzenlenmemiştir. Anayasa Mahkemesine göre suçlamayı öğrenme hakkının anayasal dayanağı Anayasa'nın 36. maddesidir. Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (a) bendinde, şüphelinin/sanığın suçlamadan haberdar edilmesini istemesi bir hak olarak açıkça öngörülmüştür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre (AIHM) Sözleşme'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasında düzenlenen güvenceler, aynı maddenin (1) numaralı fıkrasında güvence altına alınan hakkaniyete uygun yargılanma hakkının birer özel görünüm biçimidir. Bu sebeple şüphelinin/sanığın suçlamadan haberdar edilmediği bir yargılamanın hakkaniyete uygun olduğu söylenemez. Anayasa Mahkemesi suçlamayı öğrenme hakkının anayasal temellerini ve sağladığı anayasal teminatları belirlerken Sözleşme'yi ve ilgili AIHM kararlarını gözlemlemektedir. Bu bağlamda Türk hukukunda anayasal düzeyde bir güvence olarak suçlamayı öğrenme hakkı, adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak Anayasa Mahkemesi içtihatlarıyla ete kemiğe bürünmüştür. Asgari güvenceler sağlayan anayasal düzeyde bu hakkın birer yansıması olarak ilgili usul kanununda daha ileri düzeyde hükümler de mevcuttur. Ancak çalışmada, suçlamayı (isnadı) öğrenme hakkı -Anayasa Mahkemesi ve AIHM kararları ışığında- Anayasa ve Sözleşme'nin sağladığı güvenceler çerçevesinde değerlendirilecektir. Bu değerlendirme, suçlamayı öğrenme hakkının 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki (CMK) yansımaları da gözetilerek yapılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Bireysel başvuru, adil yargılanma hakkı, suçlama, suçlamayı öğrenme hakkı, savunma hakkı

### ABSTRACT

The right to be informed of the accusation is not explicitly stated in the Turkish Constitution. According to the Turkish Constitutional Court, the right to be informed of the accusation derives from Article 36 of the Constitution. However, in Article 6 (3) (a) of the European Convention on Human Rights (Convention), it is clearly regulated as a right for the suspect/accused to be informed of accusation. According to the European Court of Human Rights (ECtHR), the guarantees set out in Article 6 paragraph 3 of the Convention are specific aspects of the right to a fair trial referred to in paragraph 1. For this reason, a trial in which the suspect/defendant is not informed of the accusation cannot be said to be fair. The Turkish Constitutional Court took into consideration the Convention and the relevant ECtHR decisions in determining the constitutional foundations of the right to be informed of the accusation and the constitutional guarantees it provides. In this sense, the right to be informed of the accusation as a constitutional guarantee, and as an element of the right to a fair trial, has been embodied in Turkish law by the jurisprudence of the Constitutional Court. This article will evaluate the right to be informed of the accusation within the framework of the guarantees provided by the Turkish Constitution and the Convention in light of the decisions and judgments of the Constitutional Court and the ECHR. It concludes that the right to be informed of the accusation as a constitutional guarantee provides minimum guarantees, and suggests the implementation of the Turkish Code of Criminal Procedure, which provides far more guarantees in this regard.

**Keywords:** Individual application, right to a fair trial, accusation, right to be informed of accusation, right to defence

Submitted: 25.08.2022 • Revision Requested: 25.11.2022 • Last Revision Received: 20.12.2022 • Accepted: 21.12.2022 • Published Online: 06.01.2023

Corresponding author: Akif Yıldırım, E-mail: [akyildir@gmail.com](mailto:akyildir@gmail.com)

Citation: Yıldırım, A, 'Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde İsnadı (Suçlamayı) Öğrenme Hakkı' (2022) 10(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 537.  
<https://doi.org/10.26650/JPLC2021-1166850>

## EXTENDED ABSTRACT

The right to be informed of the accusation is not explicitly regulated in the Turkish Constitution. According to the Constitutional Court, the right to be informed of the accusation derives from Article 36 of the Constitution. Besides guaranteeing the general right to a fair trial, Article 6 protects specific rights, such the right to be informed of the accusation. Article 6 (3) (a) of the Convention enacts a right for the suspect/accused to be informed of the accusation. Article 6 § 3 (a) of the Convention guarantees the right for everyone charged with criminal offence “to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him.” The scope of Article 6 § 3 (a) of the Convention must be assessed in light of the more general right to a fair hearing guaranteed by Article 6 § 1 of the Convention. The aim of this provision seems clear: the right to defend oneself can only be exercised effectively if the accused knows what he/she is accused of. Furthermore, the right to be informed of the accusation is related to the principle of equality of arms. It is not possible for a defendant who does not know the accusation against them to defend themselves.

Within this article, we analyze the right to be informed of the accusation in the framework of the guarantees provided by the Constitution and the Convention in light of the decisions and judgments of the Constitutional Court and the ECHR. The case law of ECHR is also consistent in holding that information must include both the cause and nature of the accusation. The cause of accusation means the material facts alleged against the accused, while the nature of the accusation refers to the legal qualification of these material facts. While the extent of the “detailed” information depends on the particular circumstances of each case, who the victim is, where, when, how and why the crime was committed should be understood from the accusation.

From the words “in a language which he understands” it follows that if a defendant is not familiar with the language used by the court, the information must be translated for him. The provision does not specify if the relevant information should be given in writing or translated in written form for a foreign defendant. Also, the information must be submitted to the accused in due time to prepare their defense. Whether the required information has been furnished “promptly” has to be assessed in the conditions of each individual case.

During the course of the proceedings, the judge can give a new legal characterization to the acts on which the accusation is based. However, the accused must be duly and

fully informed of any changes in the accusation and must be provided with adequate time and facilities to organize his defense based on any new information or allegations.

The most important problem regarding the right to be informed of the accusation in Turkish law is that, at least, indictments are not prepared in accordance with the standards set by the Constitution. This problem is the main source of many problems related to the basic principles of criminal procedure law. Failure to prepare an indictment with the required standards causes people to be accused arbitrarily. However, The Turkish Code of Criminal Procedure includes provisions regarding this right far beyond the standards set by the Constitution and the Convention. These provisions should be implemented not only to reduce violations of rights, but also as a requirement of being a state that respects human rights.



## Giriş

İsnat, bir fiilin işlendiği iddiasıyla bir kimseye yüklenmesidir.<sup>1</sup> CMK da isnatta bulunmayı şüpheliye/sanığa suç yüklemek olarak adlandırmaktadır (md. 147, 191).

Ceza muhakemesinde temel amaç, maddi gerçeği araştırmak ve suç isnadına ilişkin uyumsuzluğu çözmektir. Bu amaç, bugüne dayanılarak geçmişin öğrenilmesi çabasıdır.<sup>2</sup> Ancak ceza yargılamasının temel amacı olan maddi gerçek ortaya çıkarılırken adil yargılanma hakkına uygun yol ve yöntemlerin kullanılması gerekir. Bu bakımdan adli makamlar ceza yargılamasında maddi gerçeği araştırırken adil yargılanma hakkının şüphelilere/sanıklara tanıdığı güvencelerle sınırlandırılmaktadır. Sözü edilen güvencelerden biri de savunma hakkıdır.

İddiaya karşı savunma hakkı tanınmadığı sürece hakkaniyete uygun (adil) bir yargılama yapılması ve maddi gerçeğe ulaşılması zordur. Anılan hakkın tanınmadığı durumlarda silahların eşitliği sağlanamaz ve çelişmeli bir yargılama yapılamaz. Savunma hakkının şeklen (soyut olarak) değil gerçek anlamda sağlanması için suç isnadı altında bulunan kimseye, savunmasını hazırlaması ve böylelikle yargılamanın sonucunu etkileyebilmesi için hakkındaki isnadın (suçlamanın) bildirilmesi gerekmektedir.<sup>3</sup> Hakkındaki isnadı bilmeyen kişinin mahkemeye taşınan uyumsuzluk hakkında etkili savunma yapması mümkün değildir.<sup>4</sup>

Kişi suçlamadan haberdar edilmediğinde -savunma yapamadığı için- kendisine tanınan diğer güvenceler de anlamsızlaşır. Suçlamadan haberdar edilme, suç isnadı altındaki kişinin adil yargılanma hakkı kapsamındaki diğer hak ve güvencelerden yararlanmasının adeta bir ön şartı niteliğindedir. Bu nedenle yöneltile suçlamayla ilgili şüpheli/sanık bilgilendirilmeden yürütülen bir ceza yargılamasının adil olduğu söylenemez.

İsnadı öğrenme hakkı ceza muhakemesi hukukunun temel ilkelerinden olan “*davasız yargılama olmaz*” ilkesiyle de sıkı bağlantılıdır. Davasız yargılama olmaz ilkesinin doğal sonucu olarak mahkeme, dava edilmeyen bir fiil hakkında kendiliğinden yargılama yapamamaktadır. Hükmün konusunu da iddianamede sınırları belirtilerek dava konusu yapılan fiil (olay) oluşturmaktadır (CMK md 225/1). İddianamede suçlama konusu

1 Metin Feyzioğlu, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6/3-a Uyarınca İsnadın Bildirilmesi ve Türk Hukuku’ [2009] (55) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 102

2 Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku-II* (9. Baskı, Seçkin Yayınları 2017) 27

3 Ali Kemal Tekin, B. No: 2014/875, 2/2/2017, § 42

4 Feyzioğlu (n 1) 103

fiil ve hukuki nitelemesinin açık bir biçimde gösterilmesi durumunda, iddianame bu fonksiyonunu yerine getirebilir.

İsnadın bildirilmesi savunma için bir önkoşul olduğundan, tarihsel süreçte isnadı (suçlamayı) öğrenme bir suçla itham edilen kişiler açısından hak olarak ortaya çıkmıştır. Çalışmada bu hak, Anayasa ve Sözleşme çerçevesinde değerlendirilecektir. Ancak bu konuda tespit ve değerlendirmelerde bulunulurken suçlamayı öğrenme hakkının CMK'daki somut görünüm biçimlerini de gözeten bir inceleme yöntemi benimsenecektir.

## 1. Suçlamayı (İsnadı) Öğrenme Hakkının Anayasal Temelleri

İsnadı (suçlamayı) öğrenme hakkı Anayasa'da açıkça düzenlenmemiştir. Ancak bir hakkın Anayasa'da lafzen geçmemesi onun anayasal düzeyde bir güvence olmadığını göstermez. Anayasa'nın 36. maddesinde herkesin “*iddia*”, “*savunma*” ve “*adil yargılanma*” hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Anayasa'nın bu maddesinde “*adil yargılanma*” ibaresinden ayrı olarak “*iddia*” ve “*savunma*” ifadelerine birlikte yer verilmiştir. Savunma hakkı, hukuk devleti ilkesinin gereklerinden ve adil yargılanma hakkının önemli güvencelerinden biri olması nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesinde ayrıca ifade edilmiştir.<sup>5</sup>

Suçlamayı öğrenme, savunma hakkının temel unsurudur.<sup>6</sup> Kişi suçlamadan haberdar edilmediğinde -savunma yapamadığı için- kendisine tanınan diğer haklar da anlamsızlaşır. Dolayısıyla suçlamadan haberdar edilme, suç isnadı altındaki kişinin adil yargılanma hakkı kapsamındaki diğer hak ve güvencelerden yararlanmasının adeta bir ön şartı niteliğindedir. Şüpheliye/sanığa hakkındaki suçlama bildirilmediği sürece gerçek anlamda bir savunma yapılamayacağından, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen “*savunma hakkının*” isnadı (suçlamayı) öğrenme hakkını da kapsadığı sonucuna varılabilir.

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi isnadı (suçlamayı) öğrenme hakkını, Sözleşme'ye referansla Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan *adil yargılanma hakkı* kapsamında incelemektedir. Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre adil yargılanma hakkının kapsam ve içeriği Sözleşme'nin “*adil yargılanma hakkı*” kenar başlıklı 6. maddesi çerçevesinde belirlenmelidir.<sup>7</sup> Anayasa Mahkemesinin bizim de

5 Ali Kemal Tekin, § 42

6 “... sanığın isnadı öğrenme hakkı .... savunma hakkının temel öğeleridir” (Askeri Yargıtay Daireler Kurulu, 22/11/2001, E.2001/104, K.2001/107)

7 Onurhan Solmaz, 26/3/2013, § 22; Adnan Oktar, B. No: 2012/917, 16/4/2013, §§ 16-21

katıldığımız bu içtihadının hukuksal temelleri de bulunmaktadır. Anayasa'nın 36. maddesine 2001 yılında yapılan değişiklikle eklenen "...ile adil yargılanma" ibaresine ilişkin gerekçede, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerce güvence altına alınan adil yargılanma hakkının madde metnine dâhil edildiği belirtilmiştir.<sup>8</sup> Nitekim Sözleşme'nin "Adil yargılanma hakkı" kenar başlıklı 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (a) bendinde, bir suç ile itham edilen herkesin kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilme hakkı düzenlenmiştir.<sup>9</sup>

AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasında düzenlenen asgari hakların (güvencelerin)<sup>10</sup>, aynı maddenin (1) numaralı fıkrasında yer alan "hakkaniyete uygun yargılanma hakkının" (right to a fair hearing) özel görünüm biçimleri olduğunu kabul etmektedir.<sup>11</sup>

Adil yargılanma hakkı kapsamındaki isnadı (suçlamayı) öğrenme hakkının ikizi olarak nitelenebilecek ve kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamındaki başka bir güvence de Anayasa'nın 19. maddesinin beşinci fıkrasında düzenlenmiştir.<sup>12</sup> Anılan hükümlerle yakalanan veya tutuklanan kişinin, yakalama veya tutuklama sebepleri ve hakkındaki iddialar hakkında derhal bilgilendirilmesi zorunluluğu öngörülmüştür. Bu güvence,

8 Bkz. Yunus Emre Yılmazoğlu ve İsmail Emrah Perdecioğlu, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)* (Anayasa Mahkemesi Yayınları 2021) 211

9 Sözleşme'nin 6. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"3. Kendisine suç yüklenen bir kişi, şu asgari haklara sahiptir:

(a) kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedenleri hakkında anlayabileceği dilde ve ayrıntılı olarak derhal bilgilendirilme;" (Çeviri için bkz. Tolga Şirin 'İnsan Haklarının ve Temel Hakların Korunması İçin Sözleşme'nin Türkçe Çevirisi Sorunu' [2021] 9 (1) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 45)

Sözleşme'deki bu hükme benzer hükümler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinde (md. 14/3-a), Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinde (md. 8/2) yer almaktadır (sırasıyla bkz. <https://insanhaklari Merkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/MedeniVeSiyasiHaklaraIliskinSozlesme.pdf> <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>, Erişim Tarihi: 21/6/2022).

10 Sözleşme'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasında düzenlenen hakların "asgari" olarak adlandırılmasının sebebi bir cezai uyumsuzlukta şüphelinin/sanığın korunmasında asgari garantiler sağlamasından kaynaklanmaktadır. Buna göre şüpheli/sanıklara -en azından- bu hakların sağlanması ve bunların sağladığı teminatların azaltılmaması gerekir (bu konuda bkz. Kristina Petrova 'The Right to Information on the Nature and Cause of the Accusation and the Defendant's Right to Prepare Its Defense under Article 6 of the ECHR' [2020] (11) *Iustinianus Primus Law Review* 1

11 Hakkaniyete uygun olma, en genel anlamıyla yargılamanın adil şekilde yürütülerek sonuçlandırılmasını ifade etmektedir. Sanığın suçlamadan haberdar edilmediği bir yargılamanın adil olduğu söylenemez. Ceza muhakemesinde hakkaniyete uygun yargılanma hakkına ilişkin geniş açıklamalar için bkz. Hakan Karakehya 'Ceza Muhakemesinde Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkına İlişkin Esaslar' [2014] (1) *Ombudsman Akademik Dergisi* 83-94. Ayrıca bkz. Hüseyin Turan, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı* (Adalet Yayınevi, 2016) 312

12 Benzer düzenlemeye Sözleşme'nin 5. maddesinde de yer verilmiştir. Buna göre yakalanan herkes, yakalanma nedenleri ile kendisine yöneltilen suç hakkında, anlayabileceği bir dilde derhâl bilgilendirilir. İlgili metin için bkz. Şirin (n 9) 44

çoğu zaman yargılama sürecinin başında veya delillerin tam olarak toplanmadığı bir evrede gündeme geldiğinden suçlamanın daha detaylı ve daha belirli şekilde şüpheliye bildirilmesini teminat altına almamaktadır. Anılan güvenceyle amaçlanan hürriyeti kısıtlayan işlemin hukukiliğinin etkili şekilde denetlenmesidir. Deliller toplandıkça ve soruşturma devam ettikçe suçlamanın değişmesi gerekebilir. Ancak adil yargılanma hakkı kapsamındaki suçlamayı öğrenme hakkı kişinin hakkındaki suçlamaya karşı savunma yapabilmesi, hakkındaki isnatlara cevap verebilmesi için gerekli bilgileri sağlamaktadır.<sup>13</sup> Ancak her iki güvencenin de kişinin kamu makamlarının hangi sebeple kendisine karşı işlemde bulunduğu bilme meşru talebine dayandığı söylenebilir.<sup>14</sup>

Adil yargılanma hakkı kapsamındaki isnadı (suçlamayı) öğrenme hakkı suçlamaya ilişkin olarak daha detaylı ve belirli nitelikte bilgilendirme yapılmasını öngörmektedir. Anılan hak, suçlamanın içeriğine ilişkin olarak *maddi* ve suçlamanın nasıl bildirileceğine ilgili *şekli* unsurlar içermektedir. Buna göre kendisine bir suç yüklenen herkes, yöneltilen suçlamanın (i) sebebi ve niteliği hakkında (ii) ayrıntılı olarak, (iii) anlayabileceği dilde ve (iv) savunmaya yapmaya imkân tanıyacak bir sürede haberdar edilmelidir. Bu unsurlardan ilk ikisi hakkın maddi, diğerleri ise şekli içeriğiyle ilgilidir. Bu unsurlar kümülatif olarak bulunduğu anda isnadı (suçlamayı) öğrenme hakkı tam anlamıyla varlık kazanır. Anılan unsurlardan biri veya daha fazlasının bulunmaması, -eksikliğin yargılamanın sonraki aşamalarında telafi edilmemesi ve yargılamanın bir bütün olarak hakkaniyetsiz hâle gelmesi durumunda- hak ihlali sonucunu doğurabilir.

## 2. Hakkın Unsurları

### 2.1. Isnadın Sebebinin ve Niteliğinin ‘Ayrıntılı’ Olarak Bildirilmesi

#### 2.1.1. Genel Olarak

İsnadı (suçlamayı) öğrenme hakkının temel amacı şüpheliyi/sanığı suçlamadan haberdar etmek, suçlama hakkında bilgilendirmektir. Ancak suçlamaya karşı savunma yapabilmek için suçlamaya ilişkin bilgilerin belli bir seviyede olması gerekir. Sözleşme’nin (6) maddesinin (3) fıkrasının (a) bendine göre bu konudaki bilgilendirme, öncelikle isnadın niteliğini ve sebebini içermelidir.

13 David Harris, Michael O’Boyle, Ed Bates, Carla Buckley, Paul Harvey, Kresimir Kamber, Michelle Lafferty Peter Cumper ve Heather Green, *Law of the European Convention on Human Rights* (4. Edition, Oxford 2018) 468

14 Süheyl Batum, Feridun Yenisey, Celal Erkut ve Sibel İnceoğlu ‘Sağlığın Asgari Hakları’ Türk Sanayicileri ve İş Adamları Derneği tarafından hazırlanan ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu’ başlıklı rapor içinde (Lebib Yalkın Yayınları 2003) 155

Gerek Anayasa’da gerekse Sözleşme’de isnadın sebebinden ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiştir. AİHM’ye göre *isnadın sebebinden (cause of accusation)* işlendiği iddia olunan suçun temelini oluşturan maddi olaylar kastedilmektedir.<sup>15</sup> Anılan maddi olaylar, şüphelinin/sanığın cezalandırılabilir nitelikteki dışa yansımış fiilleridir. Bunlar, sanığın hayatından bir kesitle ilgili olup basit nitelikte olabileceği gibi çeşitli parçaların bir araya gelmesi sonucu, karmaşık bir yapıda olması da mümkündür.<sup>16</sup> Suçlamamanın temelini oluşturan bu maddi olaylarla ilgili olarak şüphelinin/sanığın tam olarak bilgilendirilmesi, yargılamanın adillığının temini açısından temel bir ön gerekliliktir.<sup>17</sup>

İsnadı öğrenme hakkı sadece isnadın sebebinin değil *hukuki niteliğinin (nature of accusation)* de bildirilmesini zorunlu kılmaktadır.<sup>18</sup> *İsnadın niteliği* ise işlendiği iddia olunan fiilin hukuki vasıflandırılmasıdır.<sup>19</sup> Hukuki vasıflandırma (nitelendirme) ise şüpheliye/sanığa yüklenen suçu oluşturan olayların ceza hukukundaki hangi normları ihlal ettiğinin belirlenmesidir. Dolayısıyla suçlamaya ilişkin bilgilendirmede, işlendiği iddia olunan fiilin hangi ceza hukuku normlarını ihlal ettiği yer almalıdır.<sup>20</sup>

İsnadı (suçlamayı) öğrenme hakkı hem isnadın sebebine hem de niteliğine ilişkin bilgilendirmenin “*ayrıntılı*” yapılmasını da gerektirmektedir.<sup>21</sup> Mahkûmiyet aynı maddi olaya dayandığı (suçlamamanın sebebi aynı kaldığı) sürece, suçun hukuki niteliğinin bir öneminin bulunmadığı iddiası geçerli değildir.<sup>22</sup> Şüpheliye/sanığa suçlamamanın hukuki niteliğinin ve karşılaşılabilecek muhtemel cezanın bildirilmesi, onun savunmasında hangi stratejiyi izleyeceği ve müdafî yardımına ihtiyaç duyup duymayacağı açısından önem taşımaktadır.<sup>23</sup> Suçlamamanın sebebi ve niteliğiyle ilgili yapılacak bilgilendirmenin ayrıntısının derecesi her somut olay bakımından -isnada konu olayın sadeliği veya karmaşıklığına göre- değişebilir. Ancak bu bilgilendirme, şüphelinin/sanığın savunmasını hazırlamasına imkân verecek seviyede olmalıdır.<sup>24</sup> Buna göre isnat (suçlama), her

15 *Mattoccia v İtalya* App no 23969/94 (ECHR, 25 July 2006) § 59

16 Feyzioğlu (n 1) 105

17 *Mattoccia v İtalya*, § 59; *Penev v Bulgaristan* App no 20494/04 (ECHR 7 January 2010) §§ 33, 42

18 *Ali Kemal Tekin*, § 43; *Mehmet Sefa Sirmen*, B. No: 2016/12029, 17/4/2019, § 52; *Erol Aksoy (4)*, B. No: 2017/17496, 16/12/2020, § 41

19 Feyzioğlu (n 1) 105

20 Bu konuda bkz. *Ali Kemal Tekin*, § 43; *Mehmet Sefa Sirmen*, § 52; *Erol Aksoy (4)*, § 41

21 *Pélissier ve Sassi v Fransa* [GC] App no 25444/94 (ECHR, 25 March 1999) § 51; *Penev v Bulgaristan*, § 42; *Alper Elmacı*, B. No: 2014/18954, 4/7/2018, § 40; *Erol Aksoy (4)*, § 41

22 *Penev v Bulgaristan*, § 42

23 Mahmut Koca, *Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı* (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1998) 138

24 *Mattoccia v. Italy*, § 60

halükârda şüphelinin/sanığın savunmasını hazırlayabilmesi için gerekli olan tüm maddi ve hukuki olguları içermelidir.

Şüphelinin/sanığın, üzerine atılı suçu oluşturan maddi olayların ve suçlamanın hukuki niteliğini tam olarak anlamaması, etkili şekilde savunma yapma ve dolayısıyla delillerini sunma imkânından yararlanamama sonucunu doğurur. Dolayısıyla isnadın (suçlamanın), somut olayın koşullarına göre “kim? (mağdur/fail)”, “neyi (hangi fiili)?”, “nerede? (suç yeri)”, “ne zaman? (suç tarihi/suçun işlendiği zaman dilimi)”, “nasıl? (suçun işleniş biçimi)” ve “niçin? (fiilin manevi unsuru)” sorularını -mahiyetine uygun olduğu ölçüde- cevaplaması gerekir.<sup>25</sup> Diğer bir ifadeyle mağdurun kim olduğu, suçun nerede, ne zaman, nasıl ve niçin işlendiği suçlamadan anlaşılmalıdır. Soyut bir iddia ile yetinilmeyip suçlamanın temelini oluşturan eylemler ve bunların hangi normları ihlal ettiğinin somutlaştırılması, fiilin belli edilmesi gerekmektedir.<sup>26</sup> Buna göre sanık, hangi delilleri toplanması gerektiğini öngörebilmelidir. Örneğin lehine olarak tanıkların duruşmaya davetini, kendisini suçlayan kişilerin sorgulanmasını isteyebilmeli veya olay tarihinde suç yerinde bulunmadığı yönünde savunma yapabilmelidir.

İsnadın sebebinin yeterli açıklıkta belirtilmemesi veya fiil yönünden iddianamenin dışına çıkılması (dava konusu edilmeyen eylemlerden yargılama yapılarak karar verilmesi), ceza muhakemesinin temel ilkelerinden olan “*davasız yargılama olmaz*” ilkesinin de ihlaline sebebiyet verebilecektir.<sup>27</sup> Dolayısıyla şüpheliye/sanığa yüklenen suçun temelini oluşturan maddi olayların sadece savunma hakkının sağlanması

25 Bu konuda bkz. *Ali Kemal Tekin*, § 43; *Mehmet Sefa Sirmen*, § 52; *Erol Aksoy (4)*, § 41

26 AİHM’ye göre ayrıntılı bilgilendirme; (i) sanığa isnat edilen suçların yeterince sıralandığı (ii) suç yeri ve tarihinin belirtildiği (iii) ilgili ceza kanunu hükümlerine atıfların bulunduğu (iv) mağdurun isminin yer aldığı durumlarda vardır (*Brozicek v İtalya* (Plenary) App no 10964/84 (ECHR, 19 December 1989) § 42. Anayasa Mahkemesi, bir başvurucunun iddianamede yer almayan eylemler nedeniyle cezalandırıldığını yönündeki şikayetini incelemiştir. Karara göre iddianamenin başlık kısmında başvurucunun sorumlu olduğu fiiller belirtilirken iki mağdura yönelik yağmaya teşebbüs fiilinden bahsedilmemişse de iddianamenin anlatım bölümünde bu fiilin örgüt üyeleri tarafından işlendiği açıkça belirtilmiş ayrıca başvurucunun yönetici sıfatı nedeniyle örgütün faaliyeti kapsamında işlenen bütün suçlardan sorumlu olduğuna da işaret edilmiştir. Yargılamayı bir bütün olarak değerlendiren Anayasa Mahkemesi, -somut olayın özel koşullarında- başvurucunun suçu (isnadın sebebinin) öğrenme hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır (*Alper Elmacı*, §§ 41-45)

27 “İddianamede tanımlanan eyleme göre, sanık hakkında görevliye etkin direnme suçundan dava açıldığı gözetilmeden, dava açılmayan görevliye sövme suçundan hüküm kurularak CYK’nın 225. maddesine aykırı davranılması...” (Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 12/12/2007, E.2006/6564, K.2007/10735)  
“... her ne kadar mahkeme iki farklı eylem olduğu hususunu tespit etmiş ise de iddianamedeki anlatımın diğer olaya ait olduğu, bu durumun ‘sanığın isnadı öğrenme hakkı’ ve ‘davasız yargılama olmaz ilkesi’ hususlarını içeren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesine aykırılık oluşturacağı gibi ‘hükümün ancak iddianamedeki suçla ilişkin fiil ve fail hakkında’ verileceğini düzenleyen 5237 sayılı CMK’nın 225. maddesine aykırı olması...” (Yargıtay 17. Ceza Dairesi, 1/3/2016, E.2015/17691, K.2016/2569)

bakımından değil doğru bir yargılama zemininin oluşması, uyumsuzluğun fiil yönünden sınırlandırılması için de etraflıca açıklanması gerekir.<sup>28</sup>

Bununla birlikte suçlamanın tüm ayrıntılarıyla bildirilmesi gerekmez. Dahası, şüpheliye/sanığa aleyhindeki delillerin bildirilmesi bu hak kapsamında değildir.<sup>29</sup> Suçlamanın temel dayanağı olan delillerden bahsetme zorunluluğu bulunmamaktadır. Burada önemli olan husus, kişinin neyle suçlandığını ve savunma hazırlamak için önemli olguları öğrenebilmesidir. Suçlamaya ilişkin bilgilendirme savunma hazırlamaya imkân verecek düzeyde açıklamalar içermelidir. Suçlama özü itibarıyla ve savunma yapmaya yeterli seviyede belli olduğu sürece suçlamaya ilişkin bazı özel ayrıntıların daha sonra dava dosyasından tespit edilmesi anılan hakkı ihlal etmez.<sup>30</sup> Suçun bazı olgusal detayları yargılama sırasında da açıklığa kavuşturulabilir ve belirlenebilir.<sup>31</sup> Dahası, cinsel suçlar gibi bazı suç tiplerinde isnadın tüm ayrıntıları içermesi de beklenemez. Örgüte üye olma suçunda sanığın üyelik profiliyle ilgili bazı kesitlere yargılama sürecinde de ulaşılabilir.<sup>32</sup> Suça konu olayların üzerinden çok zaman geçtiği için onlarla ilgili detayların mağdur tarafından unutulması da mümkündür. Dolayısıyla isnadın detay seviyesi suçun niteliği ile maddi ve usul hukukunun ilke ve kurallarına bağlı olarak değişebilir. Ancak iddianamede yer verilmeyen bu tür ayrıntılara karşı da sanığa savunma hakkı tanınmalıdır.

28 Mahkemenin önüne taşınan uyumsuzlukta çözülecek iki sorun vardır: maddi sorun ve hukuki sorun. Maddi sorun, suçlamanın temelini oluşturan olayların gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Örneğin bir yaralama olayında; eylemin gerçekleşip gerçekleşmediği, gerçekleşmişse nasıl gerçekleştiği, kim ya da kimler tarafından ve silahla mı gerçekleştirildiği gibi hususlar maddi sorunu teşkil eder. Maddi sorun tespit edildikten sonra isnadın hukuki niteliği ile ilgili sorunun çözümlüne geçilecektir. Isnat edilen suçun hukuki anlamda nitelendirilmesi, olayın ceza normları karşısında suç oluşturup oluşturmadığı veya hangi suçu oluşturduğu ve suçun yaptırımının ne olacağı gibi noktalar hukuki sorunu oluşturur. Dolayısıyla isnadın sebebinin ve niteliğinin doğru şekilde ortaya konulması, ceza davasında çözülecek sorunların doğru şekilde tespit edilmesinde ve sonuca bağlanmasında büyük yarar sağlayacaktır.

29 Feridun Yenisey "Sanığın Isnadı Öğrenme Hakkı" *Askerî Yargıtay'ın 89'uncu Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu* içinde (Genelkurmay Basımevi 2003) 15

30 *Previti v İtalya* (Admissibility) App no 45291/06 (ECHR, 8 December 2009) § 208.

31 *Sampech v İtalya* (Admissibility) App no 55546/09 (ECHR, 19 May 2015 § 110.

32 Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kapsamında verdiği bir kararında, başvuruçunun yargılama sırasında ortaya çıkan yeni eylemlere karşı savunma hakkını "pratik ve etkili" olarak kullanmasını sağlayacak ve dezavantajlı durumunu telafi edecek önlemlerin alınmadığı gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir.

"Daha sonra ortaya çıkan yeni isnatlar, başvuruçuya yazılı olarak bildirilmemiştir ve yargılama boyunca başvuruçuya isnat edilen fiiller sürekli değişmiştir. Başvuruçunun tanık beyanlarında isnat edilen yeni fiiller hakkında savunmasını hazırlamak için gerekli zamana sahip olmadığı söylenemez. Buna karşın başvuruçunun itirazlarına ve taleplerine rağmen, İlk Derece Mahkemesi, sonradan ortaya çıkan tanıklar ve bunların beyanlarında geçen eylemlerin doğruluğu konusunda yeterince araştırma yapmamıştır. (...) / İlk Derece Mahkemesi başvuruçunun itirazlarını araştırmayarak iddianamede yer almayan ve sonradan ortaya çıkan eylemlerin sürekli değişmesi karşısında başvuruçunun savunma hakkını ve tanık sorgulama hakkını "pratik ve etkili" olarak kullanmasını sağlayacak ve sanığın dezavantajlı durumunu telafi edecek önlemleri almamıştır. / ...başvuruçusu tarafından yapılan itirazları yeterince ve makul bir biçimde değerlendirmemesi nedeniyle yargılamanın hakkaniyete uygun gerçekleştiği söylenemez. Anayasa'nın 36. maddesinin ihlal edildiğinin kabul edilmesi gerekir." (Sebahat Tuncel (2), §§ 89, 98, 99)



İsnadı öğrenme hakkı, isnadın sebebine ve niteliğine ilişkin detaylı bilgilendirmenin *fiilen* yapılmasını gerektirmektedir. AİHM, suçlamaya ilgili bilgilendirme görevinin kovuşturma makamlarına ait olduğunu belirtmektedir. Bu görev, suçlamaya ilişkin bilgiler savunmanın dikkatine sunulmadan sadece erişilebilir kılmakla yerine getirilemez.<sup>33</sup> Dolayısıyla şüphelinin/sanığın soruşturma/dava dosyasına erişim imkânına sahip olması suçlamadan haberdar edildiği anlamına gelmemektedir. Dahası, bilgilendirmenin yapıldığına dair bir karine de yeterli değildir.<sup>34</sup> Bütün bunların yanında adil bir ceza muhakemesi için hassas (kırılgan) şüphelilere/sanıklara isnadın ayrıntılı olarak bildirilmesi noktasında yetkililerin ilave adımlar atması da gerekebilir. Buna göre akıl sağlığı sorunları bulunan bir kişinin, hakkındaki suçlamanın niteliğinin ve sebebinin ne olduğunun farkında olması sağlanmalıdır.<sup>35</sup> Dolayısıyla şüphelinin/sanığın suç isnadını anlayabilecek durumda olmadığına ortaya konulması durumunda, talebi aranmaksızın bir müdafî görevlendirilmelidir. Bu durumdaki şüphelinin/sanığın tedavi hizmetlerine erişimi için gerekli yönlendirmeler yapılmalıdır.

Diğer yandan isnattan haberdar olma noktasında şüphelinin/sanığın şikâyet ettiği husus kendi kusurundan kaynaklanıyorsa, savunma ve dolayısıyla isnadı öğrenme hakkının ihlal edildiğinden bahsedilemez.<sup>36</sup>

Anayasa ve Sözleşme’de hangi kişi veya makamın suçlamada bulunmaya yetkili olduğuna dair bir belirleme yapılmamıştır.<sup>37</sup> Aynı şekilde isnatta (suçlamada) bulunma yöntemine ilişkin olarak da herhangi bir özel ve şekli bir şart öngörülmemiştir. Buna göre *belli bir şekle bağlı kalarak* suç isnadında bulunulması zorunlu değildir. Ancak amaç sanığın savunma yapmasına imkân tanımak olduğuna göre bu konuda seçilen yöntemin bu amaca uygun olması gerekir.<sup>38</sup> AİHM, Sözleşme’nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (a) bendinin, “*suçlamanın*” sanığa bildirilmesine özel olarak dikkat gösterilmesi gerektiğine işaret ettiğini vurgulamıştır.<sup>39</sup> Suçlama, işlendiği iddia olunan suçun temelini oluşturan maddi olaylar ve bunların hukuksal karşılığının belirtilmesiyle

33 *Mattoccia v İtalya*, § 65

34 *C. v İtalya* App no 10889/84 (Comission, 11 May 1988)

35 *Vaudelle v Fransa* App no 35683/97, 30/1/2001, § 65

36 *Campell ve Fell v Birleşik Krallık* App no 7819/77; 7878/77 (ECHR, 28 June 1984) § 96

37 Suçlamayı öğrenme hakkı açısından değil tarafsız mahkemede yargılanma hakkı ve masumiyet karinesi uyarınca suçlamada bulunacak makamının yargılama makamından ayrı olması gerekir.

38 Feyyaz Gölcüklü, Şeref Gözübüyük ve Abdurrahman Saygılı, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması* (12. Baskı Turhan Kitabevi 2019) 295

39 *Pélissier ve Sassi v Fransa* [GC] §§ 51, 53; Aynı öndeki bir AYM kararı için bkz. *Yahya Murat Demirel ve Hüsnü Barbaros Olcay*, B. No: 2013/7996, 17/2/2016, § 70



yapılmaktadır. O hâlde suçun fiili ve hukuki olgularının teknik, karmaşık ve anlaşılmasının zor olması durumunda yazılı şekilde suçlamada bulunulması, yargılamanın adil yürütülmesi bakımından gerekebilir.<sup>40</sup> Bu tür durumlarda arzu edilen yöntem yazılılıktır. Dolayısıyla suçlamanın yazılı veya sözlü olarak bildirilmesi somut olayın mahiyetine göre farklılıklar gösterebilir.<sup>41</sup>

CMK, soruşturma evresi tamamlandıktan sonra yazılı şekilde isnatta bulunmayı zorunlu kılmıştır.<sup>42</sup> CMK'nın 170. maddesinde, kamu davasını açma görevinin Cumhuriyet savcısı tarafından yerine getirileceği ifade edilmiştir. Cumhuriyet savcısı soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa bir iddianame düzenleyecektir (CMK md. 170/2). Cumhuriyet savcısı düzenlediği iddianameyle suç oluşturan bir fiili, sanığa isnat etmektedir. Bu sebeple ceza muhakemesi hukukunda suç isnadının resmen yapıldığı belge, iddianamedir. Dolayısıyla iddianame yargılama sürecinde çok önemli bir rol oynamaktadır.

Yazılı şekilde suçlamada bulunulmasını zorunlu kılan CMK, kişinin bundan haberdar edilmesinin tebliğ yoluyla olacağını öngörmüştür. Buna göre iddianame, çağrı kâğıdı ile birlikte sanığa tebliğ olunacaktır (CMK md. 176/1). Tutuklu sanığın çağrılması ise duruşma gününün tebliği suretiyle yapılacaktır (CMK md. 176/3). İddianamenin tebliğiyle sanık, suçlamaların maddi ve hukuki temelinden yazılı bir biçimde ve resmî olarak haberdar edilmektedir.<sup>43</sup> Ayrıca iddianameye ilişkin bilgiler ve duruşma tarihi; telefon, telgraf, faks, elektronik posta gibi iletişim bilgilerinin dosyada bulunması hâlinde bu araçlardan yararlanılmak suretiyle de bildirilebilir (CMK md. 176/1 -ek cümle). Dolayısıyla kişiye bir suçun isnat edilmesi ilk olarak soruşturma evresinde yapılmaktaysa da sanık, hakkındaki suçlamaya ilişkin bütün fiili ve hukuki olguları tam olarak -ilk defa- iddianamenin tebliğiyle/tefhimiyle öğrenmektedir.<sup>44</sup>

40 *Ali Kemal Tekin*, § 44

41 Cüneyd Altıparmak 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları' [2006] (63) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 260

42 1412 sayılı mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 259. maddesinin birinci fıkrasındaki "Sanığın, iddianamede yazılı suçtan başka bir suç işlemiş olduğu duruşma sırasında ortaya çıkarsa, Cumhuriyet Savcısı'nın talebi ve sanığın muvafakatıyla her ikisi birlikte hükmolunmak üzere bu suç, duruşması yapılmakta olan işle birleştirilebilir" düzenlemesi, CMK'ya alınmamıştır.

43 *Ali Kemal Tekin*, § 44. Aynı yöndeki AİHM kararı için bkz. *Kamasinski v Avusturya* App no 9783/82 (ECHR, 19 December 1989) § 79

44 Ancak Anayasa Mahkemesi *Ali Kemal Tekin* başvurusuna ilişkin kararında, kendisine iddianame tebliğ edilmeyen ve uluslararası istinabeyle savunması alınmaya çalışılan sanığın, aynı davada annesinin de iştirak eden sıfatıyla yargılandığını ve bu sebeple isnat konusu olaydan önceden haberdar olduğunu da belirterek başvuruçunun suçu öğrenme hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır (*Ali Kemal Tekin*, B. No: 2014/875, 2/2/2017)

CMK’da iddianamenin müdafiyeye tebliğini öngören bir düzenleme yapılmamıştır. Çünkü suçlama esas olarak savunma yapılması için bildirildiğine göre, buna ilişkin bildirim öncelikle *sanığa* yapılması gerekir. Ancak, isnadı (suçlamayı) öğrenme hakkı savunma hakkı ışığında değerlendirildiğinde<sup>45</sup> Kanun’da iddianamenin sadece sanığa bildirilmesinden söz edilse bile varsa müdafiyeye de iddianame tebliğ edilmelidir.<sup>46</sup> Çünkü CMK’da sanıklara tanınan birçok hak ancak müdafiyeye yardımcıyla etkili şekilde kullanılabilir.

CMK’nın 170. maddesine göre Cumhuriyet savcısı tarafından düzenlenecek “*iddianamede*;

a) *Şüphelinin kimliği,*

...

c) *Maktul, mağdur veya suçtan zarar görenin kimliği,*

...

e) *Açıklanmasında sakınca bulunmaması halinde ihbarda bulunan kişinin kimliği,*

f) *Şikâyette bulunan kişinin kimliği,*

g) *Şikâyetin yapıldığı tarih,*

h) *Yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri,*

i) *Yüklenen suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi,*

j) *Suçun delilleri,*

...

*Gösterilir.”*

Anılan düzenleme, -daha ziyade- suçlamanın sebebinin yer, zaman, kişi unsurları yönünden somutlaştırılmasıyla ilgilidir. Ancak burada Anayasa ve Sözleşme’den daha ileri düzeyde bir teminat öngörülerek iddianamede suçun delillerinin de gösterileceği hüküm altına alınmıştır.<sup>47</sup> Suçlamanın sebebiyle ilgili olarak başka bir hükümde ise iddianamede “*yüklenen suçu oluşturan olaylar[ın], mevcut delillerle ilişkilendirilerek*” açıklanacağını düzenlemiştir (CMK md. 170/4). Dolayısıyla CMK, isnadın sebebiyle ilgili olarak bir belirsizlik/karışıklık oluşmasına engel olmak istemiştir. Dolayısıyla

45 *Pélissier ve Sassi v Fransa* [GC], §§ 52, 54

46 Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (20. Baskı, Beta Yayıncılık 2021) 778

47 Halbuki AİHM kararlarında ve raporlarında suçlamanın dayanak delillerden söz etmesinin gerekmediği belirtilmektedir (*X. v Belçika*, App no 7628/73 (Comission, 9 May 1977); *Collozza ve Rubinat v İtalya* App no 9024/80 (Comission Report, 5 May 1983))

iddianamede birden fazla olaya yer verilmesi hâlinde kovuşturulması talep edilen olayların delillerle ilişki kurularak ayrı ayrı ve açık bir biçimde belirtilmesi gerekir.<sup>48</sup>

Suçlamanın niteliğiyle ilgili olarak ise iddianamede şüpheliye *yüklenen suçun ve uygulanması gereken kanun maddelerinin gösterileceği* (CMK md. 170/3-h), iddianamenin sonuç kısmında *işlenen suç dolayısıyla ilgili kanunda öngörülen ceza ve güvenlik tedbirlerinden hangilerine hükmedilmesinin istendiğinin yazılacağı, şüphelinin sadece aleyhine olan hususların değil lehine olan hususların da ileri sürüleceği* hüküm altına alınmıştır (CMK md. 170/5-6).

## **2.1.2. İsnadın Sebebi ve Niteliğinin Bildirilmesine İlişkin Özel Durumlar ve Konular**

### **2.1.2.1. İsnatta (Suçlamada) Değişiklik Yapılması**

İsnatta (suçlamada) daha sonra değişiklik yapılması mümkün ve hatta bazı durumlarda gerekli olabilir. Gerçekten de iddia makamının tavsifi mahkemenin bakış açısına göre isabetli olmayabilir. İddia makamı da suçlamayla ilgili nitelendirmesini daha sonra değiştirebilir. İsnadın niteliğinin değişmesi, fiilin maddi ya da manevi unsurlarının değişmesi biçiminde ortaya çıkabilir.<sup>49</sup>

İsnadın sadece niteliğinde değil aynı zamanda -istisnai koşullara bağlı olarak- sebebinde de değişiklik yapılabilir. Esasen isnadın sebebinde veya niteliğinde sonradan yapılan değişiklikler genel olarak birbirini etkilemektedir. Yargılama sırasında suçun niteliğinde değişiklik yapılmasını gerektirecek yeni gelişmelerin ortaya çıkması durumunda isnadın sebebi de değişmektedir. Yani nitelik değişikliğinin gerektirdiği nispette isnadın sebebi de değişebilmektedir.<sup>50</sup> Terside geçerlidir. Hırsızlık fiilinin gece vakti işlendiğinin sonradan ortaya çıkması durumunda, isnadın sebebindeki değişiklik dava konusu fiile temas eden ceza normlarını da değiştirmektedir. Çünkü bu durumda hırsızlık suçlarında cezanın artırılmasını düzenleyen hüküm (TCK md.143) devreye girmektedir.

İsnadı öğrenme hakkı, suçlamadaki değişikliklerin bildirilmesini de kapsamaktadır. Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyinin 22/5/2012 tarihli ve 2012/13/-AB sayılı direktifinde de belirtildiği üzere suçlamanın, yargılanan kişinin durumunu önemli ölçüde etkileyecek kadar değişmesi durumunda, bu değişikliğin yargılamanın adilliğini

48 Murat Balcı, *Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri* (Adalet Yayınevi 2013) 218

49 Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (12. Baskı, Seçkin Yayınları 2019) 688; Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Adalet Yayınevi 2016) 676

50 Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (8. Baskı, Seçkin Yayınları 2020) 769

teminat altına almak için -savunma haklarının etkin şekilde kullanılmasına imkân verecek bir süre içinde- suç isnadı altındaki kişiye bildirilmesi gerekir.<sup>51</sup>

CMK’da sadece suçun niteliğinin değişmesi ile ilgili hükümler ihdas edilmiştir. Bu hükümlerin isnadın sebebinin değiştirilmesini kapsamadığı iddia edilse bile,<sup>52</sup> yukarıda da değinildiği üzere suçun hukuki niteliği değiştiği nispette aslında suçlamanın sebebi de değişmektedir.

Kanun, hukukî nitelendirilmesi sebebiyle iddianamenin iade edilemeyeceğini hüküm altına almıştır (CMK md. 174/2) Ancak mahkeme, “*fiilin nitelendirilmesinde iddia ve savunmalarla bağlı değildir*” (CMK md. 225/2). Mahkeme, iddianamede gösterilen fiilin hukuki vasıflandırmasını yaparken tamamen serbesttir; dava konusu fiili başka bir şekilde de nitelendirebilir. Ancak sanık, “*suçun hukukî niteliğinin değişmesinden önce haber verilip de savunmasını yapabilecek bir hâlde bulundurulmadıkça, iddianamede kanunî unsurları gösterilen suçun değiştiği kanun hükmünden başkasıyla mahkûm edilemez*” (CMK md. 226/1).

CMK, suçun hukuki niteliği değişmese bile cezanın artırılmasını veya cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektirecek hâllerin, ilk defa duruşma sırasında ortaya çıkması halinde ek savunma hakkı tanınacağını öngörmüştür (CMK md. 226/2).<sup>53</sup>

CMK sanığa tanınan haklardan, müdafinin de onun gibi yararlanacağını öngörmüştür (CMK md. 226/4). Dolayısıyla müdafî bulunması hâlinde suçun hukukî niteliğinde yapılan değişiklik ile cezanın artırımına veya güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına ilişkin bildirimlerin sanık müdafîne de yapılması gerekir.<sup>54</sup>

AİHM, -ilke olarak- suçlamanın değiştirilmesinin Sözleşme’ye aykırı olmadığını kabul etmektedir. AİHM’ye göre yeni suçlamaya ilişkin etkili savunma imkânı sağlanması

51 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1937> (Erişim Tarihi: 2/4/2022). Bu konuda ayrıca bkz. Avrupa Birliğinde Şüphelilerin ve Sanıkların Usulî Hakları, Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Yayını 2021, 61

52 Ersan Şen ve Berra Berçik ‘İddianamenin Savcıya Açıklanmasının Hukukîliği’ <https://www.hukukihaber.net/iddianamenin-savciya-aciklatilmasinin-hukukiligi-makale,9824.html> (Erişim Tarihi: 24/8/2022)

53 “*İddianamede davaya konu kaçak sigaraların müsadereyi talep edilmediği halde, ek savunma hakkı da tanınmadan müsadereye karar verilmesi [bozmayı gerektirmiştir.]*” (Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 2/11/2022, E.2022/7768, K.2022/15502)  
“*İddianamede yer almadığı ve ek savunma hakkı da tanınmadığı halde, TCK’nın 53/1-a maddesindeki hak ve yetkileri kötüye kullanmak suretiyle yüklenen suçu işlediği kabul edilen sanık hakkında aynı Kanun’un 53/5. maddesi gereğince bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilmesi suretiyle CMK’nın 226. maddesine aykırı davranılması [bozmayı gerektirmiştir.]*” (Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 1/11/2022, E.2018/12984, K.2022/12928)

54 Ek savunma hakkının gereği gibi kullanılabilmesi için tebligatın hem müdafîne hem de sanığa yapılmasını öngören bir düzenleme yapılması gerektiği haklı olarak ifade edilmiştir. Bkz. Centel/Zafer (n 46) 833

şartıyla suçlamanın fiilî ve hukukî yönden yeniden formüle edilmesi mümkündür.<sup>55</sup> Yargılama sırasında suçlamada değişiklik olması, sanığın önceki savunmasını olumsuz etkileyebilir. Bu nedenle, yeni suçlamaya ilişkin etkili bir savunma yapmak için ise sanığın bundan usulüne uygun ve tam olarak haberdar edilmesi ve kendisine gerekli zaman ve kolaylıkların sağlanması gerekir.<sup>56</sup> Dahası suç isnadı altındaki kişi, değişen suçlamaya hukuki ve olgusal yönlerden itiraz etme imkânına sahip olmalıdır.<sup>57</sup> Dolayısıyla bir mahkemenin, iddia makamından farklı bir sonuca varabileceğine ilişkin olarak önceden soyut bir bilgilendirmede bulunulması yeterli değildir.<sup>58</sup>

AİHM, suçlamada sonradan yapılan değişikliğin öngörülebilir olması durumunda, sanığın suçlamadaki (olası) değişiklikten haberdar olduğunun düşünülmesi gerektiği görüşündedir.<sup>59</sup> AİHM suçlamada yapılan değişikliğin öngörülebilir olup olmadığını değerlendirirken; (i) değişen suçlamada, başlangıçta isnat edilen suça içkin bir unsurun dikkate alınıp alınmadığını<sup>60</sup>, (ii) suçlamanın değişebileceğinin baştan itibaren tahmin edilip edilmediğini<sup>61</sup> ve nihayet (iii) değişen suçun unsurlarının yargılama boyunca tartışılıp tartışılmadığını<sup>62</sup> gözetmektedir.

AİHM'nin *Sadak ve Diğerleri/Türkiye* başvurusuna konu olayda, başvuruçular başlangıçta 765 sayılı TCK'nın 125. maddesinden (devletin hâkimiyeti altında bulunan topraklardan bir kısmını ayırma) suçlanmışken, mahkeme suçu farklı şekilde niteleyerek silahlı örgüte üye olma (765 sayılı TCK md. 168) suçundan ek savunma hakkı tanımıştır. Başvuruçuların sonraki nitelendirme bakımından savunmalarını hazırlamak için ek süre verilmesi talebi reddedilmiştir. AİHM başlangıçta isnat edilen ve 765 sayılı TCK'nın 125. maddesinde düzenlenen suçun, aynı Kanun'un 168. maddesinde belirtilen suç şeklinde yeniden nitelendirilebileceğinin yeterince öngörülebilir olup olmadığını araştırmıştır. Hükümet'in ileri sürdüğü söz konusu maddelerin aynı suçun farklı derecelerine karşılık geldiği tezi yerinde bulunmamış; kanunda aynı başlık altında yer

55 *Haxhia v Arnavutluk* App no 29861/03 (ECHR, 8 October 2013) §§ 137-138

56 *Mattocchia v İtalya*, § 61

57 *I.H. ve diğerleri v Avusturya* App no 42780/98 (ECHR, 20 April 2006) § 36

58 *I.H. ve diğerleri v Avusturya*, § 34

59 Tom Barhkhuisen, Michiel van Emmerik, Oswald Jansen and Masha Federova, *Right to a Fair Trial, in Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (Fifth Edition, Cambridge 2018) 625. Yazarlar görüşünü, başlangıçta isnat edilen (orijinal) suça içkin bir unsurun dikkate alınıp alınmadığı bağlamında dile getirmiştir.

60 *De Salvador Torres v İspanya* App no 21525/93 (ECHR, 24 October 1996) § 33

61 *Haxhia v Arnavutluk*, § 137; *De Salvador Torres v İspanya*, §§ 27- 33

62 *Penev v Bulgaristan*, 41

alsalar da bu iki maddenin, içerdikleri unsurlarının belirgin olarak farklı olduğu saptamasında bulunulmuş ve vasıf değişikliğinden sonra başvuruculara savunma için süre verilmemesi de gözetilerek Sözleşme'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (a) ve (b) bentlerinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.<sup>63</sup>

AİHM, üst derece yargılaması aşamasında fiil farklı vasıflandırılarak sanığın ağırlaştırıcı nedenden ötürü cezalandırıldığı bir olayda ise, ağırlaştırıcı sebebin başlangıçta isnat edilen suçun içkin bir parçası olmasını ve sanığın bunu baştan itibaren öngörebileceğini gözeterek Sözleşme'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (a) bendine aykırılık sonucuna varmamıştır.<sup>64</sup> Başka bir kararında AİHM, sadece hileli iflas suçu isnat edilen sanıkların hileli iflas suçuna yardım ve yataklık etme suçundan mahkûm edilmelerinin, anılan suçların unsurlarının farklı olduğu gerekçesiyle Sözleşme'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (a) bendini ihlal ettiğine karar vermiştir.<sup>65</sup>

Esasen AİHM'nin, suçlamadaki değişikliğin öngörülebilir olması durumunda sanığın suçlamadaki olası değişiklikten haberdar olduğunun düşünülmesi gerektiği yönündeki görüşü kendi kararıyla çelişmektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere AİHM'ye göre sanık isnat konusu suçlama hakkında fiilen bilgilendirilmeli, bu konuda karinelere hareket edilmemelidir. Suçlamadaki değişikliğin öngörülebilir olması durumunda bildirilmesine gerek olmadığı yaklaşımı bu görüşle uyumlu değildir. Dahası öngörülebilirlik konusunda gözetilen unsurların bazılarının ispatı da çok zordur.

Anayasa Mahkemesine göre yargılama sırasında suçlamanın değişmesi durumunda sanık bu değişiklikten haberdar edilmelidir.<sup>66</sup> *T.K.* başvurusuna konu olan olayda, sanığın bir mağazada, bedeli ödenmemiş birden fazla ürünü montunun altına giyerek *elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle hırsızlığa teşebbüs* suçunu işlediği gerekçesiyle 5237 sayılı TCK'nın 142. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (b) bendi ve aynı Kanun'un 35. maddesi uyarınca neticeten 2 yıl 6 ay hapis cezasıyla cezalandırılmasına karar vermiştir. Halbuki sanık hakkındaki dava, herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte *kilitlenmek suretiyle ya da bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış eşya hakkında hırsızlığa teşebbüs* suçundan (5237 sayılı TCK'nın 142. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (h) bendi uyarınca) açılmıştır. Anayasa

63 *Sadak ve diğerleri v Türkiye* App no 29900/96, ... ve 29903/96 (ECHR, 17 July 2001) §§ 53, 54

64 *De Salvador Torres v İspanya*, § 33

65 *Pélissier ve Sassi v Fransa* [GC] App no 25444/94 (ECHR, 25 March 1999) §§ 42-63

66 *Sebahat Tuncel (2)*, B. No: 2014/1440, 26/2/2015, §§ 85-87. *Erol Aydeğer*, B. No: 2013/4784, 7/3/2014, § 36. *Kamuran Çörtük*, B. No: 2014/9817, 26.02.2015, § 55. *Ali Kemal Tekin*, § 43

Mahkemesine göre 5237 sayılı Kanun'un 142. maddesinin (2) numaralı fıkrasının farklı bentlerinde düzenlenen her iki hırsızlık suçunun niteliklerinin farklı olduğu hususunda kuşku bulunmamaktadır. Ancak yargılamaya konu fiilin hukuki niteliği değişmesine karşın başvuru bu değişiklikten haberdar edilmemiş, ek savunmasını hazırlaması için süre verilmemiştir. Sonuç olarak isnadın niteliğinde meydana gelen değişikliğin başvurucuya bildirilmemesi ve bu hususta ek savunma hazırlama imkânı tanınmaması isnadı öğrenme hakkını ihlal etmiştir.<sup>67</sup>

Anayasa Mahkemesinin başka bir kararına konu olayda ise başvuru (sanık) hakkında nitelikli yağma suçuna azmettirmekten kamu davası açılmıştır. Yargılama sonucunda ise başvuru nitelikli yağma suçunu işlediği gerekçesiyle cezalandırılmasına karar verilmiştir. Yargılama sırasında suçun hukuki niteliği değişmesine karşın başvuru bu değişiklikten haberdar edilmemiş, ek savunmasını hazırlaması için de başvurucuya süre verilmemiştir. Anayasa Mahkemesi, suçlamadaki nitelik değişikliğine rağmen başvuru ek savunma yapması için süre verilmemesi sebebiyle isnadı öğrenme hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>68</sup>

İddianamede ve esas hakkında mütalaada başvuru hakkında 5237 sayılı Kanun'un 257. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile 53. maddenin uygulanmasının talep edildiği bir olayda Anayasa Mahkemesi, cezaya ek olarak güvenlik tedbirleri bağlamında isnattaki değişikliğin öngörülebilirliği konusunu tartışmıştır. Anayasa Mahkemesine göre iddianamede ve esas hakkında mütalaada 5237 sayılı Kanun'un 53. maddesi açıkça belirtilerek anılan maddedeki ilgili tüm fıkraları kapsayan bir anlatıma yer verildiğinden, aynı maddenin (5) numaralı fıkrasının da mahkemece uygulanabileceği başvuru açısından *öngörülebilir* niteliktedir. Bu nedenlerle başvuru suçlamayı (isnadı) öğrenme hakkının ihlal edildiği iddiasının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir.<sup>69</sup>

67 T.K., B. No: 2019/7210, 28/12/2021, §§ 24-33

68 "Somut olayda ... başvuru hakkında nitelikli yağmaya azmettirme suçundan 5237 sayılı Kanun'un 38. maddesinin (1) numaralı fıkrasının yollamasıyla 149. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c), (f) ve (g) bentleri uyarınca cezalandırılması talebiyle kamu davası açılmıştır. ... Başvuru isnadın sebebinin ve niteliğinin değişmesinden önce haberdar edilip savunması alınmadan iddianamede gösterilmeyen 5237 sayılı Kanun 149. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendi uyarınca cezalandırılmıştır. Yargıtay -ileri sürülmesine karşın-kararında bu konuda değerlendirme yapmamıştır. / ... Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan suçu öğrenme hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir." (Salih Öz, B. No: 2015/13327, 17/7/2018, §§ 32-34)

69 Adlhan Dere, B. No: 2020/7757, 31/3/2022, §§ 30-34



Duruşma devresinde suçlamada yapılan değişiklik ister sanık yararına ister aleyhine olsun değişikliğin yine de sanığa bildirilmesi gerekir. Sonuç cezanın değişip değişmemesinin de bu anlamda bir önemi yoktur.<sup>70</sup> Dolayısıyla isnattaki değişikliğin bildirilmesi, sadece cezanın artırılması veya cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektirecek hâllerle sınırlı olarak anlaşılmamalıdır. Suçlamadaki değişiklik, cezayı artırıp artırmamasından veya sonuç cezayı etkileyip etkilemediğinden bağımsız olarak sanığa bildirilmeli ve bu yeni duruma göre sanığın savunma yapmasına imkân tanınmalıdır.<sup>71</sup> Suç tarihlerinde sonradan yapılan değişiklik de özellikle zamanaşımı gibi hususlarda önem arz etmekteyse bunun da sanığa bildirilmesi gerekir. Sanık karşı iddialarını sunma, hukuki durumunu ve savunmasını değişen suç tarihi doğrultusunda güncelleme imkânından mahrum bırakılmamalıdır.<sup>72</sup> Yargıtayın da

- 70 Aksı yöndeki Yargıtay kararının ilgili kısmı şu şekildedir:  
 "...sanık hakkında mağdur [M.O.ya] yönelik eylemi nedeniyle TCK'nın 142/2-e maddesi gereğince cezalandırılması talebi ile kamu davası açıldığı halde, ek savunma hakkı tanımadan anılan Kanun'un 142/1-b maddesinin uygulanması, daha az ceza gerektirmesi ve sanık lehine olması nedeniyle sonuca etkili görülmediğinden ve katılan [C.İ.ye] yönelik eylemi nedeniyle TCK'nın 142/1-e maddesiyle cezalandırılması talep edilen sanığın aynı Kanunun 142/1-b maddesiyle cezalandırılması suç tarihi itibarıyla her iki maddede öngörülen cezaların alt ve üst sınırlarının aynı olması nedeniyle sonuç ceza değişmediğinden bozma nedeni yapılmamıştır." (Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 9/3/2015, E.2014/2395, K.2015/4792)
- 71 Anayasa Mahkemesine göre suçlamanın değişen niteliğinin bildirilmesi, uygulanacak cezanın türü ve miktarından bağımsız bir güvencedir (T.K, B. No: 2019/7210, 28/12/2021)
- 72 Karara konu olayda, başvuru hakkında sahte belge düzenleme suçundan kamu davası açılmıştır. Hazırlanan iddianamede "1/4/2004, 1/4/2005, 1/4/2006, 1/4/2007, 1/4/2008" tarihlerinde işlenen suçlardan dolayı başvuru cezalandırılması talep edilmiştir. İlk derece mahkemesi, bu suç tarihlerini esas alarak başvuru savuna hakkı tanımış ve mahkûmiyet hükmünü aynı tarihler üzerinden kaleme almıştır. Yargıtay Ceza Dairesi, KDV beyannamelerinin matrahlı belirtilmesi nedeniyle suç tarihlerinin "31/12/2003, 31/12/2004, 31/12/2005, 31/12/2006, 31/12/2007" olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiş; 2003 ve 2004 yılına ait suçlamaların zaman aşımı nedeniyle düşürülmesine hükmetmiştir. Başvuruların, 2005 ve 2006 yıllarına ilişkin suçlamalardan mahkûmiyetleri ise onanmıştır. Başvurular bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi adil yargılanma hakkından verdiği ihlal kararının ilgili kısmı aşağıdaki şekildedir: "88. Başvuruların, zaman aşımı ve benzeri yeni savunmalar ileri sürebilecekleri dikkate alındığında Yargıtay tarafından suç tarihlerinin değiştirilerek kabul edilmesi ve değişik kabule göre kararın onanması, başvuru savuna hakkı tanımama haklarının kısıtlanması sonucuna yol açmıştır (Oğuz Tatış ve diğerleri, B. No: 2013/4186, 15/10/2014, § 81). Başvurular, karşı iddialarını sunmak suretiyle Yargıtayın suç tarihlerine ilişkin kabulünü çürütemeye ya da hukuki durumlarını ve savunmalarını, değişen suç tarihleri doğrultusunda güncelleme imkânından mahrum kalmışlardır.  
 89. Somut başvurunun koşullarında suç tarihlerindeki değişikliğin önemsiz olduğu da ileri sürülemez. Nitekim 2005 yılına ait suç tarihinin 1/4/2005 olarak kabul edilmesi hâlinde 765 sayılı mülga Kanun uyarınca zaman aşımı nedeniyle düşme kararı verilmesi söz konusu olabilecektir." (Yıldray Özbey ve diğerleri, B. No: 2014/18932, 8/9/2015)



iddianamede gösterilen suçtan daha az ceza verilmesini gerektiren hallerde bile sanığa veya müdafisine mutlaka ek savunma hakkı tanınması gerektiğine dair kararları vardır.<sup>73</sup>

“*Davasız yargılama olmaz*” ilkesine göre iddianamede dava konusu yapılan maddi olayda meydana gelen değişiklik tamamen başka bir fiil oluşturmadıkça aynı yargılamaya konu olabilir. İsnadın sebebinin ve niteliğinin, -öngörülemez şekilde- iddianamede anlatılan olaydan tamamen başka bir olayı oluşturacak bir biçimde değiştirilmesi davasız yargılama olmaz ilkesinin yanı sıra isnadı (suçlamayı) öğrenme<sup>74</sup> ve tarafsız mahkemede yargılanma hakları ile masumiyet karinesi açısından da sorun oluşabilir. Sanığın, iddianamede belirtilen fiilden olgusal ve nitelik olarak tamamen başka bir suç işlediğinin yargılama sırasında ortaya çıkması durumunda yeni bir iddianameyle dava açılması ve gerekli görülürse bu davaların birleştirilmesi en uygun yöntem olacaktır. Nitekim Yargıtay uygulaması da bu tür durumlarda yeni bir iddianame ile dava açılması yönündedir.<sup>75</sup>

### 2.1.2.2. Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar

Uygulamada, soruşturma dosyasındaki ifadeler ve belgeler sıralanarak binlerce sayfadan oluşan iddianamelerin düzenlendiği görülmektedir.<sup>76</sup> Suçlamanın maddi temelini

73 “*CYUY*’nın 258. maddenin; ‘İddianamede gösterilen suçun temas ettiği kanun maddelerinde belirtilen cezadan daha az bir ceza verilmesini gerektiren hallerde sanık, meşruhatlı davetiye tebliğine rağmen duruşmaya gelmez veya davetiye tebliğ edilemez ise bu maddenin birinci fıkrası hükmü uygulanmaz’ şeklindeki son fıkrası hükmüne *CYY*’nin 226. maddesinde yer verilmemiş, böylece iddianamede gösterilen suçtan daha az ceza verilmesini gerektiren hallerde bile sanığa veya müdafisine mutlaka ek savunma hakkı tanınması kabul edilmiştir.” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 21/6/2011, E.2010/8-261, K.2011/141). Benzer yöndeki başka bir karar için bkz. Yargıtay 16. Ceza Dairesi, 7/12/2015, E.2015/7147, K.2015/4730

74 “...yapılan yargılamanın esasen İzmir Cumhuriyet Başsavcılığı’nın ... sayılı iddianamesine dayandırıldığı bu iddianame de ise sanığın eyleminin ‘Suç tarihinde Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü’nün kantin girişi kapısı pvc parçasının contaları kesilerek söküldüğü, ikinci kattaki mesleki beceri laboratuvarının kapısının da aynı yöntemle açıldığı, laboratuvar tavanında metal kafes içinde bulunan projeksiyon cihazının, metal kafes aletle kesilmek suretiyle çalındığı, parmak izi araştırması sonucu sökülen kapı üzerinde şüphelinin sağ el baş parmak izinin tespit edildiği’ şeklinde anlatıldığı, mesleki beceri laboratuvarının Denizcilik Fakültesine ait olup parmak izinin bu laboratuvar kapısından elde edildiği, İzmir 18. Asliye Ceza Mahkemesi’nin yargılama konusunun da bu olduğu, incelememize konu dosyada ise mahkemece iddianamede anlatılan eylemin dışına çıkılarak yapılan keşif ve tutanaklara göre sosyal bilimler enstitüsü derslikler bölümünün 3 numaralı sınıftaki projeksiyon cihazının çalınmasından dolayı hüküm kurulduğu, her ne kadar mahkeme iki farklı eylem olduğu hususunu tespit etmiş ise de iddianamedeki anlatımın diğer olaya ait olduğu, bu durumun ‘sanığın isnadı öğrenme hakkı’ ve ‘davasız yargılama olmaz ilkesi’ hususlarını içeren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesine aykırılık oluşturacağı gibi ‘hükümün ancak iddianamedeki suçla ilişkin fiil ve fail hakkında’ verileceğini düzenleyen 5237 sayılı CMK’nın 225. maddesine aykırı olması [bozmayı gerektirmiştir.]” (Yargıtay 17. Ceza Dairesi, 1/3/2016, E.2015/17691, K.2016/2569)

75 “İddianamede anlatılan olayın dışında bir fail ve fiilin yargılanması söz konusu olduğunda ise, suç duyurusunda bulunulması ve iddianame ile dava açılması halinde de gerekli görüldüğünde her iki iddianame ile açılan davaların birleştirilmesi yoluna gidebilecektir.” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 11/3/2014, E.2012/11-1382, K.2014/124)

76 Bu konuda bkz. Serkan Meraklı, ‘İddianamenin İadesi Kurumunun Ceza Muhakemesi Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi’ [2013] (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1614-1615

oluşturan olaylar ile deliller arasında ilişki kurulmaksızın, salt olaylar veya deliller arka arkaya sıralanarak kişiye bir suçlamada bulunulmadan takdir mahkemeye bırakılmaktadır.<sup>77</sup> Ancak soruşturma evresindeki işlemler özetlenerek (veya aynen aktararak) iddianame düzenlenmesiyle isnat (suçlama) savunma yapacak düzeyde açıklanmış olmaz. Bir fiil nedeniyle isnatta bulunulduğunun ve dolayısıyla dava açıldığının kabul edilebilmesi için o fiilin iddianamede açıkça gösterilmesi gerekir.<sup>78</sup> Bu tür durumlarda olay ile kişi arasında bir irtibatlandırma yapılmadığından o olay nedeniyle bir isnatta bulunulup bulunulmadığı da anlaşılamamaktadır.

Kişiye bir suçlamanın yöneltilmediği ve bu suçlamaya temel oluşturulan maddi eylemlerin belirtilmediği bir belgeye göre savunma yapılmasının istenmesi, anayasal düzeyde bir hak olan isnadı (suçlamayı) öğrenme hakkının güvenceleriyle bağdaşmamaktadır. Hâlbuki CMK'da bu anayasal güvenceyi teminat altına almak için iddianamede yüklenen suçun ve bu suçu oluşturan olayların -mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanması- gerektiği öngörülmüştür (CMK md. 170).<sup>79</sup>

77 “... sanığa yüklenen ve suç oluşturduğu kabul edilen eylemlerin neler olduğundan bahsedilmeksizin sadece tarafların iddia ve savunmalarına ilişkin ifadelerine ve soruşturmanın geçirdiği aşamalara yer verilerek sanığın sevk maddelerine göre cezalandırılmasını isteme şeklinde düzenlenen iddianamenin, iddia konusu eylemler açıklanmadığı için suç yüklem niteliğinde sayılamayacağı, dolayısıyla anılan belgenin hukuken iddianame şartlarını taşımadığı gözetilip, sanık hakkında usulüne uygun iddianame düzenlenmesinin sağlanması gerekirken, yargılamaya devamlı yazılı şekilde hükümler kurulması [bozmayı gerektirmiştir.]” (Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 20/9/2022, E.2021/18474, K.2022/8009).

“Yargılamaya konu somut olayda; iddianamede, sanıklara yüklenen ve suç olduğu kabul edilen eylemlerin neler olduğundan bahsedilmeksizin sadece mağdur sanıkların ifadelerine yer verilerek sevk maddelerine göre cezalandırılmalarına isteme şeklindeki iddianamenin, eylemler açıklanmadığı için suç yüklem niteliğinde sayılamayacağı, dolayısıyla anılan belgenin hukuken iddianame sayılamayacağı gözetilip iddianamedeki eylemlerin açıklatırılması yerine, yargılamaya devam edilip hükümler kurularak Anayasanın 90, AİHS'nin adil yargılanmayı düzenleyen 6. ve CMK'nın 225. maddelerine aykırı davranılması [bozmayı gerektirmiştir.]” (Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 15/4/2013, E.2011/13328, K. 2013/11412)

“...iddianamede, tehdit suçuna yönelik anlatım olmaması ve tehdit suçunu oluşturduğu iddia edilen söylemin nelerden ibaret olduğu belirtilmeyen yetersiz iddianameye dayanılarak CMK'nın 225/1. maddesine aykırı davranılması (Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 13/10/2022, E.2019/14997, K.2022/14422)

78 “Her ne kadar iddianamede suçun adı ve sevk maddesi yazılı olsa da sanığın cinsel eyleminin ne olduğuna ilişkin iddianamede açık bir anlatımda bulunulmadığı ve yüklenen suçu oluşturan olayların mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanmadığı, sanığın eyleminin somut olayın özelliklerine göre çocuğun basit cinsel istismarı suçunun ya da göre sarkıntılık suretiyle çocuğun basit cinsel istismarı suçunun oluşumuna sebebiyet verebilmesinin mümkün olduğu hususları bir bütün olarak dikkate alındığında sanık hakkında TCK'nın 103/1. maddesi uyarınca usulüne açılmış bir kamu davasının bulunmadığının kabulü gerekmektedir.” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 24/3/2022, E. 2019/(Kapatılan)14-527, K.2022/208)

79 “...iddianame[de], köy muhtarı şüphelinin, yakınının köy muhtarlığına mahsullerinin korunması için yatırdığı bedel karşılığında [R.Y.] adlı kişiyi kır bekçisi olarak görevlendirdiği, bununla birlikte yakınının tarlasına verilen zarar ile şüpheli köy muhtarının görevini savsacağı iddiasına ilişkin kanıtların iddianamede belirtilmemesinin; CYY'nın 174/1. maddesi göndermesi ile CYY'nın 170. maddesinde öngörülen iddianamede, yüklenen suçu oluşturan olayların, mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanması zorunluluğuna aykırılık oluşturduğu anlaşılmıştır.” (Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 15/5/2007, E.2017/2007/2720, K. 2007/4615)

İddianamede bir olayın açıklanması sırasında başka bir olaydan bahsedilmesi o olay hakkında da isnatta bulunulduğu anlamını taşımamaktadır.<sup>80</sup> Dolayısıyla iddianamede suça konu olaylar somutlaştırılırken özenli bir dil kullanılması gerekmektedir. Mahkemelerin, kişiye herhangi bir suçlama yöneltilmemesine rağmen -iddianamede özensiz bir dil kullanılması sebebiyle- yöneltilmiş gibi değerlendirme yaptığı uygulamalara da sıklıkla rastlanmaktadır.<sup>81</sup>

İddianamenin nicelik olarak çok sayfadan oluşması, onun isnadın (suçlamanın) sebebine ve niteliğine ilişkin ayrıntılı bilgilendirme içerdiğini göstermez. İddianamelerde yüklenen suçu oluşturan olaylar ve suçun delilleriyle ilgisi bulunmayan bilgilere yer verildiği de bilinen bir gerçektir.<sup>82</sup> Bu tür durumlarda isnat (suçlama), iddianameye konulan gereksiz bilgiler/iddialar arasında kaybolup gitmekte, olaylar ile suçlama arasında bağ kopmaktadır. Bu tür durumlarda hangi olayın dava konusu edildiği hangisinin bu kapsamda olmadığı anlaşılammakta, suçlamaya karşı savunma yapmak çok zorlaşmaktadır. Hâlbuki CMK

80 “...bir olayın açıklanması sırasında başka bir olaydan söz edilmesi o olaydan dava açıldığı anlamına gelmeyeceği gibi hizmet nedeni ile güveni kötüye kullanma ile görevi kötüye kullanma suçları bağımsız suçlar olduğu, iddianame ve son soruşturma açılmasına dair kararda sevk ve anlatımında küll halinde görevi kötüye kullanma suçunun anlatıldığı ve yalnızca o suçtan dolayı dava açıldığı, sanık hakkında TCK 155/2. maddesi uyarınca hizmet nedeni ile güveni kötüye kullanmadan açılan bir kamu davasının bulunmadığı gibi kovuşturma izni de verilmediği anlatımın ikiye bölünerek ek savunma hakkı tanınmak sureti ile sanık hakkında hizmet nedeni ile güveni kötüye kullanma suçundan hüküm kurulamayacağı, keza hükmün konusunun son soruşturma kararında belirtilen fiil olduğu gözetilmeden, kapsam dışına çıkılarak dava açılmayan hizmet nedeni ile güveni kötüye kullanma suçundan mahkumiyet hükmü kurulması sureti ile 5271 sayılı CMK'nın 225. maddesine muhalefet edilmesi ...” (Yargıtay 15. Ceza Dairesi, 6/12/2017, E.2017/2395, K. 2017/26192)

“... sanık hakkında geceleyin zorla mağdurun konutuna girerek cinsel saldırıda bulunduğu bahisle kamu davası açılmış olup, iddianame içeriğinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturabilecek açık bir anlatıma yer verilmemiştir. Cinsel saldırı suçunun mağdurun rızası olmadan zorla gerçekleştirildiği açıklanırken kullanılan ifadeler cinsel saldırı suçundan bağımsız olarak ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da kamu davası açıldığını göstermemektedir. / Bu itibarla; kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan açılmış bir dava bulunmadığı halde, iddianamede açıklanan ve suç oluşturduğu ileri sürülen fiilin dışına çıkarak yargılama yapan ve dava konusu yapılmayan fiilden dolayı hüküm kuran yerel mahkemenin direnme kararı usul ve kanuna aykırı olup, bozulmasına karar verilmelidir.” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 16/4/2013, E.2013/ 14-49, K.2013/146)

81 “[İ]nceleme konusu iddianamede [E.D.ye] mağdur sıfatı verilmediği gibi soruşturma aşamasında tanık olarak dinlenildiğinden bahsedilmesi, bu kişiye yönelik kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturduğu düşünülen eylemlerin iddianamede açıkça gösterilmemesi ve bu durumun da savunma yapmadan önce üzerine atılı suçun ne olduğunu anlayıp buna göre savunmasını yapacak olan sanığın savunma hakkını kısıtlayacak nitelikte bulunması hususları birlikte değerlendirildiğinde sanık hakkında eşî olan [E.D.ye] yönelik kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan usulüne uygun olarak açılmış bir dava bulunmadığının kabul edilmesi gerekmektedir.” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 23/6/2022, E.2022/9-274, K.2022/481)

82 Uygulamadaki sorunlardan hareketle kanun koyucu, 7331 sayılı Kanun ile CMK'nın 170. maddesinin (4) numaralı fıkrasında düzenleme yapmak suretiyle iddianamede, yüklenen suçu oluşturan olaylar ve suçun delilleriyle ilgisi bulunmayan bilgiler yer verilemeyeceğini hüküm altına almıştır. Düzenleme gerekçesine göre anılan kural, Anayasa ve Sözleşme'de yer alan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını koruyucu bir işleve sahiptir (bkz. <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/maddedetaylari?psira=140909>, Erişim Tarihi: 10/12/2022)

uyarınca da iddianamede, *yüklenen suçu oluşturan olaylar ve suçun delilleriyle ilgisi bulunmayan bilgilere yer verilmemesi* gerekir (CMK md. 170/4).

Mahkemelerin görevsizlik kararlarında iddianameye konu edilmemiş bir olayı suçlama konusu hâline getirmeleri bu alanda karşılaşılan başka bir sorundur.<sup>83</sup> İddianamede yer verilmeyen bir fiilden dolayı sanığa ek savunma hakkı verilerek hüküm tesisi veya görevsizlik kararıyla işin görevli mahkemeye gönderilmesi olanaklı değildir.

Uygulamada ayrıca sanıktan, dosyaya gelen veya duruşmada okunan belgelerden farklı şekilde cezalandırılabileceğini veya hakkında cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin de uygulanacağını öngörerek savunma yapması beklenmektedir.<sup>84</sup> Ancak suçlamanın bildirilmesi sırasında sanığa atfedilebilir bir kusur olmadığı sürece ondan yargılama sırasında dosyadaki belgelerden belli sonuçlar çıkararak savunma yapmasını beklemek bu hakkın sağladığı güvencelerle bağdaşmamaktadır.

### 2.1.2.3. Bir Çözüm Mekanizması Olarak ‘İddianamenin İadesi Kurumu’

Kanun koyucu, CMK’nın 174. maddesinde mahkemenin, iddianamenin ve soruşturma evrakının verildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde soruşturma evresine ilişkin bütün belgeler incelendikten sonra usulüne uygun olarak düzenlenmeyen iddianamenin iadesine karar verebileceğini düzenlemiştir. *İddianamenin iadesi* kurumu ile soruşturmanın eksiksiz yapılması ve isnadın soruşturma evresinin sonunda

83 “...iddianamede sanıklar hakkında nitelikli dolandırıcılık suçundan açılmış bir dava bulunmadığı gibi anlatılmış bir dolandırıcılık eylemi de bulunmadığı, bu haliyle iddianamede anlatılmayan eylemden görevsizlik kararı verilmesinin bu eylemle ilgili dava açıldığı anlamına gelmeyeceği...” (Yargıtay 15. Ceza Dairesi, 22/2/2018, E.2017/2583, K.2018/1248)

“...görevsizlik kararı yoluyla iddianameye konu edilmemiş bir olayın dava konusu haline getirilmesinin yani iddianamede anlatılmayan bir eylemden dolayı görevsizlik kararı verilmesi durumunda, bu eylemden dolayı hüküm kurulmasının mümkün olmaması, sanık hakkında şantaj suçundan açılmış bir dava bulunmadığı, sanığın üzerine atılı tehdit suçu işlediğinin dosya kapsamından sabit olmadığından sanık hakkında tehdit suçundan beraat kararı verilmesi gerekirken hükümdede tehdit ve şantaj suçunu işlemediği belirtilerek beraat kararı verilmesi...” (Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 22/10/2019, E.2015/16767, K.2019/16453)

“...iddianame içeriğinde görevi yaptırmamak için direnme suçunu oluşturabilecek açık bir anlatıma yer verilmemesi ve görevsizlik kararında yapılan hukuki nitelendirme sonucu oluşabileceği belirtilen suçtan dava açıldığının kabulü için, davanın dayanağını oluşturan iddianamede bu suçun unsurunu oluşturan fiilin açıkça anlatılmasının gerekmesi karşısında; sanık hakkında görevi yaptırmamak için direnme suçundan açılmış bir dava bulunmadığı kabul edilmelidir.” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 7/3/2017, E.2014/4-10, K.2017/205)

84 “sanığının adli sicil kaydının duruşmada okunup diyeceklerinin sorulması karşısında, CMK’nın 226/2. maddesi uyarınca ek savunma hakkı verilmeksizin TCK’nın 58. maddesinin uygulanması bozma nedeni yapılmamıştır.” (Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 24/1/2017, E.2017/8, K.2017/128)

“Her ne kadar iddianamede sevk maddeleri arasında TCK’nın 89/2-b maddesi gösterilmemiş ve sanığa bu madde hükümünün uygulanması öncesi ek savunma hakkı tanınmamış ise de, kovuşturma aşamasında sanığa okunan iddianame içeriğinde, mağdurun kemik kırığı meydana gelecek şekilde yaralandığının belirtildiği gözlemlenerek, bu husus bozma nedeni yapılmamıştır.” (Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 23/1/2019, E.2017/5944, K.2019/1121). Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 21/3/2019 tarihli ve E.2017/8303, K.2019/3816 sayılı kararında da aynı sonuca ulaşılmıştır.

somutlaşmasının sağlanması amaçlanmıştır.<sup>85</sup> Böylelikle sanığın kendisini hangi isnada (suçlamaya) karşı savunmak durumunda olduğunu iddianameyi tebellüğ ettiği anda öğrenmesi hedeflenmiştir.<sup>86</sup>

Öngörülen süre içinde iade edilmeyen iddianame artık kabul edilmiş sayılacaktır (CMK md. 174/3). Ayrıca ilk iade kararında belirtilmeyen sebeplere dayanılarak yeniden iddianamenin iadesi yoluna gidilemeyecektir (CMK md. 174/4). Dolayısıyla mahkemenin, iadeye konu olabilecek bütün hususları öngörülen süre içinde belirlemesi gerekmektedir. Cumhuriyet savcısı, iddianamenin iadesi üzerine, kararda gösterilen eksiklikleri tamamladıktan ve hatalı noktaları düzelttikten sonra -kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesini gerektiren bir durumun bulunmaması halinde- yeniden iddianame düzenleyerek dosyayı mahkemeye gönderecektir (CMK md. 174/4). Cumhuriyet savcısının da iddianamenin iadesi kararına karşı itiraz kanun yoluna başvurma hakkı vardır (CMK md. 174/5). İtiraz merciinin kararı kesin olduğundan mahkemeyi de bağlayacaktır.

Esasen iddianamenin iadesi anayasal düzeyde bir güvence olan isnadı öğrenme hakkını sağlamanın bir aracı olarak da değerlendirilebilir. Çünkü anayasal düzeyde bir güvence olan isnadı öğrenme hakkını hakkının sağlanması için CMK'nın 170. maddesinde öngörülen hükümlere aykırı olarak düzenlenen iddianamenin iade edilmesi gerekecektir (CMK md. 174/1-a). Örneğin isnadın sebebine ve niteliğine ilişkin olarak yüklenen suçu oluşturan olayları açıklamayan, suçun işlendiği yeri ve suç tarihini belirtmeyen ve suça uygulanması gereken kanun maddelerini içermeyen bir iddianame kabul edilmeyecektir.

Ancak titiz bir inceleme yapılmaması nedeniyle iadeye konu edilmemesi veya öngörülen süre kaçırıldığı için iddianamenin kabul edilmiş sayılması ya da iade sebebi yapılmasına rağmen itiraz üzerine iade kararının kaldırılması nedenleriyle isnada (suçlamaya) ilişkin eksikliklerin giderilememesi durumunda ne yapılacağına ilişkin CMK'da bir düzenleme bulunmadığına işaret etmek isteriz. Yargıtay bu tür

85 Hakan Karakehya 'Ceza Muhakemesinde Sanığın Meramını Anlatabilme Hakkının Unsurları' [2015] (2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 204

86 Metin Fezyioğlu '5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler' [2006] (62) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 38-39

durumlarda Cumhuriyet Başsavcılığına iddianamenin açıklattırılması gerektiğine karar vermektedir.<sup>87</sup>

## 2.2. İsnadın Şüphelinin/Sanığın ‘Anladığı’ Bir Dilde Bildirilmesi

Ceza muhakemesinin çelişmeli yapılmasının bir gereği olarak yargılamaya katılan süjeler arasında sağlıklı bir iletişimin kurulması ve şüphelinin/sanığın ne ile suçlandığını anlaması kaçınılmaz bir gerekliliktir.<sup>88</sup>

Anayasa’nın 2. maddesine göre Türkiye’de resmi dil Türkçedir. Dolayısıyla yargısal işlemlerde resmî dil olan Türkçenin kullanılması ve işlemlerin Türkçe yapılması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesine göre Anayasa’nın 36. maddesinin kapsamına dahil olan Sözleşme’nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca suçlama, suç isnadı altındaki kişinin “*anladığı dilde*” bildirilmelidir. Buna göre suç isnadı altındaki kişinin mahkemenin dilini (Türkçeyi) yeterli derecede bildiğinin kanıtlanmadığı durumlarda yetkili adli makamların uygun bir çeviriyi (tercüme) sağlamaları gerekir.<sup>89</sup> Çünkü suçlamaya ilişkin bilgilendirmenin şüphelinin/sanığın anladığı dilde yapılmaması durumunda, adil yargılanma hakkının diğer güvenceleri de anlamsızlaşmaktadır. Dolayısıyla bu teminat, adil yargılanma hakkının diğer güvenceleri açısından da kilit mahiyetindedir.

87 “...[iddianamede] sanık [F.Ö.nün] üzerine atılı sahtecilik eylemini ne şekilde gerçekleştirdiği hususunda herhangi bir hukuki bir niteleme ve tavsifin bulunmadığı cihetle; hazırlanan iddianamenin CMK.nun 170. maddesine uygun olmadığı, sanığa yüklenen suç gerektiği gibi anlatılmayarak iddia ve savunma hakkının kısıtlandığı ve anılan Kanununun 225. maddesine aykırı olarak hükmün konusu olan olayın da usulünce belirtilmediği, aynı Yasanın 170/4. maddesine aykırı biçimde düzenlenmiş iddianame usulünce açıklattırılmadan yargılamaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması ...” (Yargıtay 21. Ceza Dairesi, 25/5/2016, E.2015/8129, K.2016/4645)

“[H]angi sanığın maktule ve/veya hangi mağdura yönelik eylemi ile ilgili olarak hangi suçlardan hangi yasa maddeleri ile cezalandırılmalarının istendiği iddianameyi düzenleyen Cumhuriyet Başsavcılığına açıklattırıldıktan sonra tazvih edilen bu iddianameye göre sanıkların savunma hakkı kısıtlanmadan savunmalarının alınması ve buna göre karar verilmesi gerekirken, 5271 sayılı CMK’nun 170/3-4. maddelerinde belirtilen yasal unsurları içermeyen iddianameye dayanılarak yazılı şekilde hükümler kurulması...” (Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 21/12/2016, E.2015/4586, K.2016/4384)

“...üzerine atılı resmi belgede sahtecilik suçunu ne şekilde gerçekleştirdiği hususunda herhangi bir hukuki bir niteleme ve tavsifin bulunmadığı cihetle; hazırlanan iddianamenin CMK.nun 170. maddesine uygun olmadığı, sanığa yüklenen suç gerektiği gibi anlatılmayarak iddia ve savunma hakkının kısıtlandığı ve anılan Kanununun 225. maddesine aykırı olarak hükmün konusu olan olayın da usulünce belirtilmediği, aynı Yasanın 170/4. maddesine aykırı biçimde düzenlenmiş iddianame usulünce açıklattırılmadan yargılamaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması...” (Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 24/4/2017, E.2015/4154, K.2017/3000)

88 Ali Şahin Kılıç ‘Tercümandan Faydalanma Hakkı Çerçevesinde Sanığın Seçtiği Dilde Savunma Yapması Üzerine Bir Değerlendirme’ [2016] (65) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2104

89 *Brozicek v İtalya* (Plenary), § 41. Ayrıca bkz. Sibel İncooğlu, *Adil Yargılanma Hakkı* (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4, Avrupa Konseyi 2018) 365



Esasen Sözleşme’de bu güvenceden ayrı olarak tercüman yardımına ilişkin özel bir düzenleme daha bulunmaktadır. Sözleşme’nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (e) bendinde bir suç ile itham edilen herkesin mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanma hakkı düzenlenmiştir. Sözleşme’de okuma yazma bilmeyen sağır ve dilsiz sanıkların tercüman yardımından yararlanmalarını öngören açık bir hüküm olmamakla birlikte, anılan düzenlemenin bu kimseleri de kapsadığı kabul edilmektedir.<sup>90</sup> AİHM “*tercüman yardımı açısından*”, Sözleşme’nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (e) bendini aynı fıkranın (a) bendinde öngörülen güvenceyi de kapsar şekilde yorumlayıp uygulamaktadır.<sup>91</sup>

Sanığın çeviriye ihtiyacının olup olmadığını belirlemek adli makamların görevidir. Bunu tespit etmek için şüpheli/sanık tarafından yazılan dilekçeler, daha önce verdiği beyanlar ve mezun olduğu okullara ilişkin belgeler incelenebilir.<sup>92</sup> Türkçe “*anlayan*” ve “*konusan*” bir şüpheliye/sanığa, başka bir dilde isnadın bildirilmesi gerekmemektedir.<sup>93</sup> Bunun yanında isnadı öğrenme hakkı, suçlamaya ilişkin bilgilendirmenin şüpheliye/sanığa ana dilinde veya mensubu olduğu etnik dilde bildirilmesini de zorunlu kılmamaktadır.<sup>94</sup> Bu hak, isnadın “*ana dilde*” değil şüphelinin/sanığın “*anladığı dilde*” bildirilmesini güvence altına almaktadır. Türkçe bilmeyen ancak başka birçok dil bilen şüpheliye/sanığa bilgilendirmenin bu dillerden hangisinde yapılacağını yetkili adli

90 Durmuş Tezcan ‘Tercümandan Yararlanma Hakkı’ [1997] (1) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi 698

91 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Öncü ‘AİHS’nin 6 § 3 e) Hükümü Anlamında Tercüman Yardımından Yararlanma Hakkı’ *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan* içinde [2014] (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4466

92 “*AİHS’nin 6. maddesinin 3. fıkrasının “e” bendi ile CMK’nın 202. maddesinde düzenlenen tercüman yardımından yararlanma hakkı, sanıkların meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmediği ya da kendisini daha iyi ifade edebileceği bir dilde savunma yapmak istemesi durumunda geçerlidir. Sanık ...’nin, müdafii huzurunda alınan benzer beyanlarına, temyiz dilekçesine ve dosyadaki diğer bilgi ve belgelere göre, Türkçe’yi anlamak ve konuşmakta bir engelinin olmadığı ve savunmasını başka bir dilde yapmaya yönelik talebinin bulunmadığı anlaşıldığından, tebliğnamedeki bu yöndeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir.*” (Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 26/4/2016, E.2016/719, K.2016/1354)

93 “*Gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gerekse 5271 sayılı CYY, tercüman görevlendirilmesi konusunu savunma hakkı çerçevesinde ele almıştır. Buna göre, ücretsiz olarak tercüman görevlendirilmesi için AİHS, kişinin yargılamanın yapıldığı ülkenin vatandaşı veya yabancı olması ölçütünü değil ‘duruşmada kullanılan dili anlamaması veya konuşamaması’nu esas alırken, Ceza Yargılaması Yasası da aynı yaklaşımla, kişinin ‘meramını anlatabilecek derecede Türkçe bilmemesini’ yeterli görmüştür. Bunun sonucu olarak Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmakla birlikte meramını anlatacak ölçüde Türkçe bilmeyen şüpheli veya sanıklara tercüman görevlendirilmesi savunma hakkının kullanılması açısından zorunlu iken, ülkemiz vatandaşı olmasa bile savunmasını yapabilecek derecede ve yeterlilikte Türkçe bilen şüpheli veya sanıklara tercüman görevlendirilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.*” (Yargıtay 18. Ceza Dairesi, 18/6/2018, E.2016/7643, K.2018/9536)

94 *Ali Kemal Tekin*, § 45

makamlar karar verecektir. Kişinin bildiği birçok dil arasında meramını daha iyi ifade edebileceği bir dil olabilir. Böyle bir durumda suçlamanın şüphelinin/sanığın tercüme talep ettiği dilde yapılması, yargılamanın adilliğinin sağlanması açısından gerekebilir.<sup>95</sup> Bir dil seçilmediğinde, bilgilendirme kişinin ana dilinde yapılabilir.

Çevirinin yöneltilen suçlamalar açısından gerekli bilgileri kapsamaması ve somut olayın özel koşullarında savunma yapmaya imkân sunması yeterlidir. İsnadı öğrenme hakkının sağladığı bu güvence, suçlamanın bildirilmesine ilişkin olup şüpheliye/sanığa dava dosyasının tam çevirisini elde etme imkânı vermemektedir. Suçlamaya ilişkin çevirinin yazılı yapılması da zorunlu değildir. Sanığın savunma yapmasına imkân veriyorsa, sözlü çeviri yoluyla da suçlamalar hakkında yeterli bilgi sağlanabilir.<sup>96</sup> Ancak sözlü çevirinin, sanığın kendisi hakkındaki suçlamaları öğrenmesine ve kendisini savunmasına olanak sağlayacak düzeyde olması gerekir. Koşulları taşıması durumunda sunulan sözlü çevirinin eş zamanlı (simültane) ya da ardıl olmasının bir önemi yoktur.

AİHM’ye göre yargılandığı mahkemenin dilini anlamayan bir sanığa iddianamenin yazılı çevirisinin verilmemesi hâlinde dezavantajlı bir durum oluşuyorsa tercümenin yazılı yapılması gerekir.<sup>97</sup> Suçlamaya ilişkin bilgilendirmenin sanığın anladığı dile “yazılı” olarak çevrilmemesinin bir dezavantaj oluşturmadığını ispat etme yükü devletin üzerindedir.<sup>98</sup> Dahası, yetkili adli makamların, yargılandığı ülkenin dilini bilmeyen sanıklara sunulan tercümenin yeterlilik düzeyinin ne olduğu değerlendirmeleri ve gerektiğinde müdahale etmeleri gerekir.<sup>99</sup> Dolayısıyla yetersiz şekilde yapılan bir tercümeyle dayanılarak şüpheliden/sanıktan savunma yapması istenemez. Şüphelinin/sanığın yanlış veya eksik tercüme dolayısıyla dezavantajlı bir konuma düşmesinin önlenmesi gerekir.

95 *Ali Kemal Tekin*, § 45

96 *Husain v İtalya* (Admissibility) App no 18913/03 (ECHR, 24 February 2005)

97 *Kamasinski v Avusturya*, § 79. Karara konu olan olayda, başvuru yargılamanın ilk celsesinde kendisine sorulduğunda, suçlamaları anladığını beyan etmiştir. Dahası başvuru ve müdafii, iddianamenin İngilizce’ye tercüme edilmesi hakkında feragat ettiğini belirtmiştir. AİHM’ye göre iddianamede belirtilen sekiz suçlama, olaylar ve uygulanacak hukuk açısından karmaşık da değildir. Sonuç olarak ihlal bulunmamıştır. Ayrıca bkz. *Hermi v İtalya* [GC] App no 18114/02 (ECHR, 18 October 2006) § 68

98 Osman Doğru, *Sanığı Öğüten Çarklar: İnsan Hakları Açısından Türkiye’de Ceza Adalet Sistemi* (TESEV Yayınları 2012) 26

99 *Ali Kemal Tekin*, § 45. AİHM, *Cuscani v Birleşik Krallık* (App no 32771/96, 24 August 2002) başvurusunda, mahkemenin karar duruşmasında, dil yeteneği açısından daha önce test edilmiş sanığın kardeşinin tercüman olarak kullanılmasını, Sözleşme’nin 6/3-e hükmünün sağladığı güvencele aykırı bulmuştur (§§ 38-40)





Sanığın ekonomik gücünün bulunup bulunmadığına bakılmaksızın suçlamaya ilişkin bilgilendirme konusunda tercüme hizmetinin ücretsiz sağlanması gerekir. Bu masrafların yargılama giderleri kapsamında tahsil edilmesi anılan hakkı ihlal eder.<sup>104</sup>

CMK'nın 202. maddesi anılan güvenceyi soruşturma evresinde de geçerli olacak şekilde düzenlemiştir. Buna göre şüpheli/sanık meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmiyorsa Cumhuriyet savcısı/mahkeme tarafından atanan tercüman aracılığıyla hakkındaki iddialara ilişkin *esaslı noktalar* tercüme edilir.<sup>105</sup> Engelli olan şüpheliye/sanığa da hakkındaki iddialara ilişkin *esaslı noktalar* anlayabilecekleri biçimde anlatılır. Anılan düzenlemenin, yapılacak tercümeyle iddiaların sadece esaslı noktalarıyla sınırlı tutmasının, Türkçe bilmeyen veya engelli olan şüpheli/sanıklar açısından dezavantajlı bir durum oluşturduğu söylenmelidir.<sup>106</sup>

CMK uyarınca Türkçe bilmeyen ya da engelli olan şüpheli/sanık için görevlendirilen tercümanın giderleri, yargılama gideri sayılmaz ve bu giderler Devlet Hazinesince karşılanır (CMK md. 324/5).

### 2.3. Isnadın Zamanında Bildirilmesi

Anayasa'da ve Sözleşme'de isnada (suçlamaya) ilişkin bilgilendirmenin, yargılamanın tam olarak hangi evresinde/aşamasında yapılacağına dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konu AİHM ve Anayasa Mahkemesi tarafından da açıklığa kavuşturulmamıştır. Sözleşme'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (a) bendinde ise sadece isnadın sebebine ve niteliğine ilişkin bilgilendirmenin "*en kısa sürede*" yapılması gerektiği ifade edilmiştir.

AİHM, -kural olarak- Sözleşme'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının sadece kovuşturma evresinde uygulanacağı anlamına gelmediğini, yargılamanın hakkaniyetinin zedelendiği durumlarda bu maddenin yargılamanın önceki aşamalarında da geçerli olabileceğini ifade etmiştir.<sup>107</sup> Buna göre adil yargılanma hakkı -kural olarak-

104 *Luedicke, Belkacem ve Koç v Almanya* App no 6210/73, 6877/75 ve 7132/75 (ECHR, 28 November 1978) § 49

"*Duruşmada kullanılan dili anlamayan ve konuşamayan sanığın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/3-e. maddesine göre bir tercüman yardımından ücretsiz olarak faydalanma hakkı bulunduğu gözetilmeyerek tercüme giderinin sanığa yükletilmesine karar verilmesi* [bozmayı gerektirmiştir.]" (Yargıtay 13. Ceza Dairesi, 27/1/2016, E.2015/15360, K.2016/1408)

105 Tercümanlar, adli yargı adalet komisyonlarınca her yıl düzenlenen listede yer alan kişiler arasından seçilirler (CMK md. 202/5)

106 Aynı doğrultuda bkz. Hakan Karakehya, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma* (6. Baskı, Savaş Yayınevi 2008) 90

107 *Salduz v Türkiye* [GC] App no 36391/02 (ECHR, 27 November 2008) § 50

bir kimseye suç işlediği iddiasının yetkili makamlar tarafından bildirilmesinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Bu kapsamda, bir ceza davasında yargılama süresinin makul olup olmadığı değerlendirilirken sürenin başlangıcı, bir kişiye suç işlediği iddiasının yetkili makamlar tarafından bildirildiği an olarak kabul edilmektedir.<sup>108</sup>

Adil yargılanma hakkı açısından -kural olarak- kabul edilen bu yaklaşımın adil yargılanma hakkı kapsamındaki suçlamayı öğrenme hakkı açısından da geçerli olduğu söylenebilir. Ancak söz konusu hakkın, yargılamanın ilk aşamalarında da geçerli olup olmadığı konusunda belirsizlik bulunmaktadır. Bu belirsizlik, tartışmalara sebebiyet vermektedir.<sup>109</sup>

Sözleşme'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (a) bendi metni, söz konusu hakkın sadece sanık için ve dolayısıyla kovuşturma evresinde kullanılabileceği izlenimi uyandırmaktadır.<sup>110</sup> “*En kısa süre*” ibaresi, önceden yaşanmış bir olay/olgu başlangıç noktası esas alınarak açıklanabilir. Gerçekten de belli bir olay/olgu başlangıç noktası kabul edildikten sonra “*en kısa sürede*” denilebilir. Yargılama açısından bu başlangıç noktası ise -yargılamanın doğası gereği- soruşturmanın tamamlanması ve suçlamanın belirli hale gelmesi durumunda söz konusu olabilir. Dolayısıyla “*en kısa süre*”nin başlangıç noktası, kovuşturmaya geçildiği an olacaktır.<sup>111</sup>

Türk hukukunda suçlama iddianamenin tanzimiyle belirli hâle gelmektedir. Dolayısıyla adil yargılanma hakkı kapsamında sözü edilen suçlamaya ilişkin bilgilendirmenin, iddianamenin bildirilmesi olduğunu kabul etmek gerekir.<sup>112</sup> İsnadı öğrenme hakkı suçlamanın “*detaylı*” yapılmasını da öngördüğüne göre bu seviyede bir bilgilendirme soruşturma evresi tamamlandıktan sonra iddianame düzenlenmesiyle mümkün olabilir. Dolayısıyla sanık iddianame içeriğinden duruşma öncesinde savunma yapmaya imkân taniyacak bir zamanlamayla haberdar olmalıdır. AİHM de -içtihadında yazılı bir bildirim zorunlu kılmamasına karşın- *Kamansinski/Avusturya* kararında bu hakla ilgili ilkeleri belirlerken açıkça “*iddianameye*” atıfta bulunmuştur.<sup>113</sup>

108 *Eckle/Almanya*, B. No: 8130/78, 15/07/1982, §§ 73–75

109 Sözleşme'nin Almanca resmi tercümesinin bu konuda oluşturduğu tereddütlerle ilgili olarak bkz. Friedrich-Christian Schroeder ‘Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi’, *Adil Yargılanma Hakkı* içinde (Global Hukuk Eğitimi Programları Direktörlüğü Yayınları 2004) 157

110 Yenisey (n 29) 15. Öğretide *Feyzioğlu* da İngilizce metinde Sözleşme'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (a) bendinde geçen “*accusation*” ibaresinin hareketle söz konusu hakkın, ceza davasının açılmasıyla birlikte kullanılabilecek bir hak olarak düzenlendiğini ifade etmektedir. Feyzioğlu (n 1) 103

111 Batum/Yenisey/Erkut/İnceoğlu (n 14) 156

112 *Trechel'e göre Sözleşme'deki bu hakkın konusu iddianamedir. Stefan Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings* (Oxford 2005) 200. Aynı yönde bkz. Fahri Gökçen Taner, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği* (Seçkin Yayınları 2019) 163

113 *Kamansinski/Avusturya*, § 79, 80

Suçlamayı öğrenme hakkının esas itibarıyla yargılamanın dava açıldıktan sonraki aşamasına ilişkin olması, suç isnadı altındaki kişinin soruşturma evresinde suçlama hakkında bilgilendirilmeyeceği anlamına gelmemektedir. Suçlamanın öğrenilmesinin, suç isnadı altındaki kişinin savunmanın hazırlanmasındaki işlevi ve soruşturma evresindeki hayati rolü, suçlama konusundaki bilgilendirmenin daha önce yapılmasını gerekli kılabilir.<sup>114</sup> Şüphelinin -en azından- ifadesine başvurulduğunda ya da bir koruma tedbiriyle karşı karşıya kaldığında isnat hakkında bilgilendirilmesi gerekir.<sup>115</sup> Nitekim isnadın niteliği ve sebebi hakkında mümkün olduğunca erkenden haberdar olma, şüphelinin/sanığın şaşkınlık ve gafil avlanmaktan korunmasına hizmet etmektedir.<sup>116</sup> Şüpheliyi/sanığı belirsizlik içinde bırakarak ondan kendini suçlayacak bilgiler edinmenin bir hukuk devletinde yeri olamaz.<sup>117</sup> Şüpheli/sanık yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmama hakkını kullanabilmesi (CMK md 147/1-e) için kendisine suçlama bildirilmelidir. Ancak suçla ilgili araştırmalara yeni başlanıldığı sırada şüpheliye suçlamanın bütün ayrıntılarıyla ve dayanak delilleriyle bildirilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Suçlamaya ilişkin bilgilendirme, -soruşturmanın selametine halel gelmemesi için- soruşturma evresinin mahiyetine uygun düştüğü ölçüde yapılmalıdır. Şüpheliye yapılacak bilgilendirme, ne savunma yapmayı engelleyecek kadar yüzeysel olmalı ne de suçlulukla mücadeleye zarar verecek düzeyde çok ayrıntılı olmalıdır.<sup>118</sup> Zira bu evrede yapılacak bilgilendirme delil elde edilmesini imkânsız kılabilir; şüphelinin kaçmasına ve delil karartmasına sebebiyet verebilir.<sup>119</sup> Soruşturma evresinde somut olayın koşullarına ve şüphelinin suçtaki rolüne dair yöneltilen suçlamanın, iddianamedekiyle her daim aynı olması da gerekmemektedir. Özellikle kolluk makamlarının suçlamanın niteliği konusunda yanılmaları mümkündür.

114 Batum/Yenisey/Erkut/İnceoğlu (n 14) 155

115 Alman doktrin ve mahkeme kararlarına göre isnadın şüpheliye dava açılmadan önce bildirilmesi gerekir. Friedrich-Christian Schroder, 'Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi', *Ceza Muhakemesinde Fair Trial* içinde (İstanbul Barosu Yayını 1999) 54

Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyinin 22/5/2012 tarihli ve 2012/13/EU sayılı *Ceza Muhakemesinde Bilgi Edinme Hakkına İlişkin Direktifine* göre de şüphelilere veya sanıklara işledikleri iddia olunan suçlara ilişkin bilgiler, devam eden araştırmalara halel getirmeksizin ve en geç polis veya başka bir yetkili makam tarafından resmi olarak ilk kez ifadeleri alınmadan önce derhal verilmelidir.

116 Kai Ambos 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Yargılama Hakları-Silahların Eşitliği, Çelişmeli Önsoruşturma ve AİHS m.6' (Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Adil Yargılama Hakkı ve Ceza Hukuku) içinde (Almanca aslından çeviren: Yener Ünver [2004]) 28

117 Cumhuriyet Şahin, *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması* (Yetkin Yayınları 1994) 119

118 Timur Demirbaş, *Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması* (4. Baskı, Seçkin Yayınları 2015) 27

119 Friedrich-Christian Schroeder 'Ceza Muhakemesinde 'Dürüst Yargılama' İlkesi' [1996] (1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Çeviren: Cumhuriyet Şahin) 275

Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin davanın yeniden görülmesine karar verdikleri durumlarda, isnadı (suçlamayı) öğrenme hakkının istinaf aşamasını da kapsadığında şüphe olmamalıdır. Ancak bu aşamadaki bilgilendirmenin seviyesinin ilk dereceye nazaran farklı olması kaçınılmazdır.

İsnat (suçlama), şüphelinin/sanığın savunma yapabilmesi için bildirildiğine göre bunun amacına uygun olarak yapılması gerekir. AİHM'ye göre de şüpheli/sanık, savunma hazırlamaya imkânı olacak bir zamanlamayla isnattan haberdar edilmelidir. Bunun için şüpheli/sanık, hakkındaki suçlamadan kovuşturmaya başlanmadan veya mahkeme önüne çıkmadan önce savunmasını hazırlamaya olanak verecek bir süre içinde bilgilendirilmelidir.<sup>120</sup> Bununla birlikte sanığın suçlamadan en kısa sürede haberdar edilip edilmediği her somut olayın özel koşullarında değerlendirilmelidir. *Kamasinski/Avusturya* başvurusunda, suçlamaya ilişkin bilgilendirmenin sanığın yakalanmasından 11 gün sonraki duruşmada iddianame okunmak suretiyle yapılmasında sorun bulunmamıştır.<sup>121</sup> AİHM *Kyprianou/Kıbrıs* kararına konu olayda, başvurusunun duruşma esnasındaki taşkınlığından ötürü celseye kısa bir ara veren ulusal mahkeme aranın ardından sarf ettiği sözler nedeniyle mahkemeyi tahkir ettiği gerekçesiyle başvuruca beş gün hapse mahkûm etmiştir. AİHM, suçlamanın sebepleri ve niteliği hakkında başvuruca bilgilendirilmeden karar verildiğini, başvurusunun suçlamanın temel dayanağı olan olguları hakkında karar verildikten sonra öğrendiğini belirterek Sözleşme'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (a) bendinin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>122</sup>

Anayasa Mahkemesi de -AİHM gibi- isnadın, kovuşturmaya başlanmadan veya sanığın mahkeme önüne çıkmasından önce savunma hazırlamaya olanak verecek bir sürede bildirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Aynı şekilde yargılama sırasında suçun hukuki niteliğinin değişmesi halinde de sanığa yöneltilen suçlamanın değişen hukuki niteliği hakkında savunma hazırlamaya imkânı olacak şekilde sanığın önceden bilgilendirilmesi gerekir.<sup>123</sup>

Türk hukukuna göre soruşturma evresinde “yakalama” yapıldığında kolluk tarafından, yakalanan kişiye, yakalama sebebi ve hakkındaki iddialar yazılı, bunun hemen mümkün

120 *X v Hollanda* (Admissibility) Appl no 8361/78 (Commission, 17 December 1981)

121 *Kamasinski v Avusturya* App no 9783/82 (ECHR, 19 December 1989)

122 *Kyprianou v Kıbrıs* App no 73797/01 (ECHR, 27 January 2004) §§ 65-68 (Daire kararı). Büyük Daire, bu konuda karar vermemiştir. Bu karar, usul kanunlarımızda duruşmanın düzenini bozan kişiler hakkında öngörülecek disiplin hapsiyle ilgili düzenlemelerin Sözleşme ve dolayısıyla Anayasa ile uyumlu olmadığını göstermektedir.

123 *Ali Kemal Tekin*, § 46

olmaması hâlinde sözlü olarak derhâl bildirilecektir.<sup>124</sup> CMK'nın 90. maddesinde yakalama sebepleri belirtilmiştir. Yakalanan kişi hakkındaki iddialardan kastedilen ise şüphelinin hangi olayla ilgili olarak ve hangi suç şüphesiyle yakalandığıdır. Bu esnada yapılan bilgilendirme, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına ilişkindir. Anayasa'nın kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına ilişkin 19. maddesinin dördüncü fıkrasının bir yansıması olarak, tutulan her kimsenin, bunun nedenini bilme hakkı bulunmaktadır. Anılan hak kapsamında yapılan bilgilendirme kişinin, tutulmasının hukukiliğini yetkili mahkeme önünde tartışabilmesi için gerekli olan hukuki ve maddi sebepleri kapsamaktadır.<sup>125</sup> Dolayısıyla kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamındaki bilgilendirme ile adil yargılanma hakkı çerçevesinde şüphelinin/sanığın savunmasını hazırlayabilmesi için yapılacak bilgilendirmenin amacı birbirinden farklıdır.

Türk ceza muhakemesi hukukunda adil yargılanma hakkı kapsamında şüpheliye isnattan haberdar olma hakkı, -ilk kez- ifadesi alındığı veya sorgusu yapıldığı sırada tanınmıştır. Buna göre şüphelinin "*ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde ... [k]endisine yüklenen suç*" anlatılacaktır (CMK md 147/1-b). CMK, yüklenen suçun şüpheliye anlatılacağını belirtmekle -soruşturma evresinde- suçlamanın sözlü olarak bildirileceğini öngörmüştür. Ancak, yüklenen suçun şüpheliye anlatılmasının yanı sıra yazı şeklinde bildirilmesine de hukuken bir engel bulunmamaktadır. Yüklenen suçun *anlatılması*, suçlamanın bildirilmesinden daha kapsamlı açıklamalar yapmayı gerektirmektedir. Şüpheliye "*anlatılarak*" yapılacak bilgilendirme, onun hangi fiili nedeniyle suçlandığının ve bu fiilin hukuki niteliğinin ne olduğunu içerecektir.<sup>126</sup>

CMK, -soruşturma evresinin niteliği gereği- yüklenen suçun ne olduğunun ve bunun hukuki niteliğinin şüpheliye ifade veya sorgudan belli süre önce bildirilmesi zorunlu kılmamıştır. Ancak ceza muhakemesinin kovuşturma evresi açısından durum farklıdır. CMK'da, iddianamenin çağrı kâğıdı ile birlikte sanığa tebliğ edilmesinin ve çağrı kâğıdının tebliği ile savunma arasında en az bir haftalık sürenin bulunması öngörülmüştür. Ayrıca çağrı kâğıdının tebliğiyle duruşma günü arasında bulunması gereken bir hafta süreye uyulmaması hâlinde mahkemenin sanığa duruşmaya ara verilmesini isteme hakkının bulunduğunu hatırlatması gerekmektedir (CMK 190/2).<sup>127</sup> Buradaki bir

124 Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği md. 6/4

125 Batum/Yenisey/Erkut/İnceoğlu (n 14) 157

126 Koca (n 23) 137

127 "...CMK'nın 176/4. maddesinde belirtilen bir haftalık süreye uyulmamasına rağmen sanıklara CMK'nın 190/2. maddesi uyarınca duruşmaya ara verilmesini isteme hakkı bulunduğu hatırlatılmadığı anlaşılmalı; böylece sanıkların savunmalarını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma haklarının ellerinden alınarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6., Anayasanın 36. ve CMK'nın 176. ve 190. maddelerine aykırı davranılması suretiyle savunma haklarının kısıtlanması [bozmayı gerektirmiştir.]" (Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 9/2/2022, 2021/9136, K.2022/1200)

haftalık süre asgari olup dosyanın karmaşıklığı ve niteliğine göre çağrı kâğıdının tebliğiyle duruşma günü arasında daha uzun bir süre bırakılması da gerekli olabilir.

CMK'nın 191. maddesinde, isnadı öğrenme hakkının sağlanması için bütün bu teminatların dışında ayrıca -daha önce iddianame tebliğ edilmiş olsa bile- duruşma sırasında sanığa suçlamanın dayanağını oluşturan eylemler ve deliller ile suçlamanın hukuki nitelendirmesinin sanığa anlatılması zorunluluğu getirilmiştir.<sup>128</sup>

İsnatta değişiklik yapıldığı durumlarda da sanığın bundan haberdar edilip savunma hazırlaması için kendisine süre verilmesi gerekir. Yukarıda da değinildiği üzere, AİHM isnattaki değişikliğin öngörülebilir olması durumunda sanığın olası değişiklikten haberdar olduğunun düşünülmesi gerektiği görüşündedir. CMK'da bu konuda ek savunma verilmesini gerektiren hâllerde istem üzerine sanığa ek savunma hazırlaması için süre verileceği düzenlenmiştir (CMK md. 226/3). Buna göre sanık -suçun hukuki niteliğinin değişmesinden önce haber verilip de savunmasını yapabilecek bir hâlde bulundurulmadıkça- iddianamede kanuni unsurları gösterilen suçun değindiği kanun hükmünden başkasıyla mahkûm edilemeyecektir (CMK 226/1). Kanun isnadın sebebinde ve niteliğinde değişiklik yapılması durumunda sanığa verilecek süre ile ilgili belirleme yapmamıştır. Ancak bu sürenin -suçlamadaki değişikliğin mahiyetine göre- sanığın savunmasını hazırlamasına yetecek kadar olması gerektiği açıktır.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşıldığı üzere isnadı öğrenme hakkı, savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı ile yakın bağlantılıdır. Gerçekten de suçlamanın yeterince bilinmesi, etkili savunma için bir zorunluluktur. Haklar arasındaki yakın ilişkiden dolayı isnadı öğrenme hakkının bu güvencesinin ihlal edildiği durumlarda -çoğu zaman- diğer hakkın da ihlal edildiğine karar verilmektedir.<sup>129</sup>

### 3. Yargılamanın Bir Bütün Olarak Değerlendirilmesi

Anayasa Mahkemesi, adil yargılanma hakkı kapsamında yaptığı incelemelerde -genel olarak- yargılama sürecini bir bütün olarak değerlendirmekte ve somut olayın kendine

128 6763 sayılı Kanun'un 29. maddesiyle 5271 sayılı Kanunun 191 inci maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendi değiştirilmiştir. Değişiklik gerekçesinden iddianame veya iddianame yerine geçen belgede yer alan suçlamanın dayanağını oluşturan eylemler ve deliller ile suçlamanın hukuki nitelendirmesinin anlatılmasına ilişkin düzenlemenin yargılamanın uzamasını önlemek amacıyla öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu hüküm daha önce "*İddianame veya iddianame yerine geçen belge okunur*" şeklinde düzenlenmişti. *Baytaz'a* göre iddianamedeki hususların anlatılması mahkeme başkanı veya hâkim tarafından yerine getirilecektir (Abdullah Baytaz, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Dinlenilme Hakkı* (XII Levha Yayınları 2021) 126

129 Birçok karar arasından bkz. *Mattoccia v İtalya*, § 72; *Sadak ve diğerleri v Türkiye*, § 59; *Pélissier ve Sassi v Fransa* [GC], § 63. Ayrıca bkz. Cumhur Şahin 'Sanığın Savunmasını Hazırlamak İçin Gerekli Zamana ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı (İHAS md. 6/3-b)' *Adil Yargılanma Hakkı* içinde (Global Hukuk Eğitimi Programları Direktörlüğü Yayınları 2004) 305 vd; Ertuğrul Ünal, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi* (Adalet Yayınevi 2019) 156



özgü koşullarını dikkate almaktadır.<sup>130</sup> Suçlamayı öğrenme hakkı açısından yargılama bir bütün olarak değerlendirilirken, isnada konu olayın sadeliği/karmaşıklığı, başvurunun kendisine yüklenen suç oluşturulan olaylardan önceden haberdar olup olmadığı ve sonradan başvurucuya savunma fırsatı verilip verilmediği dikkate alınan unsurlardır.<sup>131</sup>

AİHM de Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamındaki öncelikli görevinin delillerin elde edilme yöntemi de dâhil olmak üzere ceza yargılamasının bir bütün olarak adilliğini değerlendirmek olduğunu sürekli yinelemektedir.<sup>132</sup>

Yargılamanın bir bütün olarak değerlendirilmesinin sonucu olarak yargılama sürecinin bir aşamasındaki eksikliğin sonraki bir aşamada telafi edilmesi mümkündür. O hâlde şüphelinin/sanığın suçlamadan haberdar edilmesiyle ilgili eksiklik, yargılama sürecinin ileriki aşamalarında telafi edilmişse suçlamayı öğrenme hakkı ihlal edilmiş sayılmaz.<sup>133</sup>

130 “Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamındaki görevi, somut olayın usul kurallarına uygunluğunu denetlemek değil adil yargılanma hakkı kapsamındaki güvencelerin somut olayda ihlal edilip edilmediğini **yargılamanın bütünü ışığında** denetlemektir.” (Fazlı Celep, B. No: 2015/1025, 21/3/2018, § 25)

“... Suçlamanın başvurunun öncesinde haberdar olduğu bir eyleme ilişkin olduğu, olayın karmaşık nitelikte olmadığı ve başvurunun temyiz aşamasında müdafî yardımından yararlandığı görülmüştür. Bu itibarla **yargılama bir bütün olarak değerlendirildiğinde** -somut olayın özel koşullarında- başvurunun suçu (isnadın sebebinin) öğrenme hakkının ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır.” (Ali Kemal Tekin, § 51)

“... **yargılama süreci bir bütün olarak değerlendirildiğinde** başvurunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.” (Çetin Gül, B. No: 2020/16856, 2/2/2022, § 47)

“... somut olayda **yargılamanın bütünlüğü gözetildiğinde** başvurunun savunma için gerekli zaman ve kolaylıklardan yararlandığı anlaşılmıştır.” (Hakan Tatar, B. No: 2016/9325, 6/10/2021, § 52)

“...Sonuç olarak **yargılamaya bir bütün olarak bakıldığında**, başvurunun müdafî yardımından etkili bir biçimde yararlandığı anlaşılmıştır.” (Tahir Laçın, B. No: 2013/7011, 5/11/2015, § 39)

“...Bu kapsamda gizli tanık anlatımlarının mahkûmiyet için yegâne veya belirleyici delil niteliğinde olmadığı, gizli tanık beyanına dayanılmasının **yargılamanın bir bütün olarak** adilliğine zarar vermediği ve bunun tanık sorgulama hakkına aykırılık oluşturmadığı sonucuna ulaşılmıştır.” (Mehmet Cihan Kıran, B. No: 2014/2964, 13/2/2020, § 28). Kararlardaki vurgular Yazar'a aittir.

131 Ali Kemal Tekin, § 47

132 Birçok karar arasından bkz. *Barbera Messsegue and Jabardo v İspanya* App no 10590/83 (ECHR 6 December 1988) § 68; *Ramanauskas v Lithuania* [GC] App no 74420/01 (ECHR, 5 February 2008) § 52; *Elsholz v Germany* [GC] App no 25735/94 (ECHR 13 July 2000) § 66

133 Ali Kemal Tekin, § 47

“...iddianamede başvurularda ve diğer şüphelilere yüklenen suçun unsurlarını oluşturan fiilin nelerden ibaret olduğu açıklanmıştır. İddianamede bu kredilerin hangileri olduğu ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Yargılama sürecinde bahse konu kredilerle ilgili bilgilerin daha da somulaştırıldığı, bunlara yönelik olarak savunma hakkının ‘fiilen ve etkili’ olarak kullanılmasının sağlandığı, duruşmaların büyük çoğunluğunda aleyhteki iddia ve görüşlere karşı beyanda bulunulduğu görülmüştür: / ... başvurunun bu kısmının açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.” (Yahya Murat Demirel ve Hüsnü Barbaros Olcay, §§ 73-74)

“İddianamede yüklenen suçun unsurlarını oluşturan fiillerin nelerden ibaret olduğu açıklanmıştır. İddianame yerine geçen görevsizlik kararı ile dava konusu eylemlerin 4389 sayılı Kanun’un 22. maddesinin (3) numaralı fıkrası kapsamında zimmet suçuna sebebiyet verdiği başvurunun bildirildiği ve yargılama aşamalarında buna yönelik olarak savunma hakkının fiilen ve etkili bir şekilde kullanılmasının sağlandığı, başvurunun müdafî tarafından aleyhteki iddia ve görüşlere karşı beyanda bulunulduğu görülmüştür.” (Erol Aksoy (4), § 43)



AİHM'nin bir kararına konu olan olayda, sanık değişen suçlamaya karşı ilk derece mahkemesi sürecinde yeterli seviyede savunma yapmamıştır. AİHM, -yargılamayı bir bütün olarak göz önünde bulundurarak- başvurunun, kanun yolları aşamasında uyumsuzluk hakkında hem hukuki hem de maddi yönden inceleme yapan bir mahkeme önünde savunma yapmasının sağlandığı ve bu konudaki eksikliğin telafi edildiği gerekçesiyle ihlal kararı vermemiştir.<sup>134</sup>

Anayasa Mahkemesi başvurunun suçlamadaki değişikliklerden haberdar edilmediği yönündeki şikayetini, -yargılamayı bir bütün olarak değerlendirerek- söz konusu değişikliklerin kararın sonucuna etkisi ile birlikte değerlendirmiştir. Mahkeme, suçlamada sonradan yapılan değişikliklerin kararın sonucuna bir etkisinin olmaması nedeniyle başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur.<sup>135</sup>

#### 4. Suçlamayı Öğrenme Hakkı İhlalinin ve Sonuçlarının Ortadan Kaldırılması

Anayasal düzeyde bir güvence olan suçlamayı (isnadı) öğrenme hakkının ihlal edilip edilmediği bireysel başvuru yoluyla denetlenmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi, mahkemeler tarafından verilen kararları bozan veya davaları yeniden gören bir mahkeme olmadığı gibi istinaf ve temyiz organı gibi davaları incelemeye de yetkili değildir.<sup>136</sup> Bu mahkemenin suçlamayı öğrenme hakkı açısından görevi, şüphelinin/sanığın suçlamadan Anayasa'nın aradığı standartlarda haberdar edilip edilmediğinin, edilmemişse bunun bir bütün olarak yargılamanın adilliğini etkileyip etkilemediğinin incelenmesinden ibarettir.

Anayasa Mahkemesi tarafından bir hakkın ihlaline karar verilmesi durumunda ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması gerekir. Diğer bir ifadeyle ihlal giderilerek -mümkünse- ihlalden *önceki hâle dönülmesi* sağlanmalıdır. Özellikle ihlalin yargısal nitelikte bir karardan kaynaklandığı durumlarda en önemli ihlal giderim aracı *yeniden*

134 *Dallos v Macaristan*, App no 29082/95 (ECHR 1 March 2001) § 35

135 Kamuran Çörtük başvurusuna konu olayda, "... [iddianamede] 25/5/2001 tarihinde katılma payı adı altında 330.000 TL banka parasının .. A.Ş.'ye avans adı altında ödetilmesi eylemi ile ilgili olarak başvuru hakkında açılmış bir dava bulunmadığı halde mahkemece bu eylem teselsül eden zimmet suçunun içerisinde değerlendirilmiş ise de, davasız bu eylemden dolayı başvurucuya ayrıca ceza verilmemiş ve zincirleme olarak işlenen diğer eylemlerden dolayı hükümlenen ceza da bu eylemden dolayı artırılmamıştır. Bu husus Yargıtay tarafından da sanığın mahkûmiyetine esas alınan eylemlerinin sayısı ve zimmete konu miktar ile banka zararına da hükmedilmemiş olması hususları dikkate alınıp sonuca etkili görülme üzere bozma nedeni yapılmamıştır." (Kamuran Çörtük, § 57)

136 Salim Küçük 'Açıkça Dayanaktan Yoksunluk' *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri içinde*, Editörler: Hüseyin Turan ve Recep Kaplan (Anayasa Mahkemesi Yayınları 2015) 196-197

yargılama yapılmasıdır.<sup>137</sup> Ancak yeniden yargılama yapılmasında hukuken yarar bulunmayan ve sadece ihlal tespitinin yeterli olmadığı bazı hâllerde ise ihlalin, *maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi* gibi başka bazı araçlarla da giderilmesi gerekebilir.<sup>138</sup>

Bireysel başvuru incelemelerinin nasıl yapılacağı ve verilecek karar türleri 6216 sayılı Kanun'da belirlenmiş durumdadır. Anayasa Mahkemesi bireysel başvurulara ilişkin incelemelerinde 6216 sayılı Kanun'un 49. maddesinin (6) numaralı fıkrası uyarınca; “*bir temel hakkın ihlal edilip edilmediğine*”, “*bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına*” ve “*ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlerin belirlenmesine*” karar vermektedir.<sup>139</sup>

Suçlamayı öğrenme hakkı açısından ihlalin kaynağı, Anayasa'nın belirlediği standartlarda iddianame hazırlanmaması, bu tür bir iddianamedeki eksikliklerin mahkemece telafi edilmemesi veya suçlamada değişiklik yapılmışsa buna karşı sanığa savunma fırsatı verilmemesi gibi yargılama sürecindeki uygulamalardır. Yani bu hak açısından ihlal, bir bütün olarak yargısal süreçteki eksikliklerden kaynaklanmaktadır. İhlalin yargısal karar ve uygulamalardan kaynaklandığı durumlarda ise Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için *yeniden yargılama yapılmak üzere* kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmedebilir.<sup>140</sup> Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde, *eski hâle getirme* kuralı çerçevesinde ihlalin bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılabilmesi için başvurucuya manevi tazminat ödenmesine karar verilmektedir.<sup>141</sup> Çok istisnai durumlarda ise yeniden yargılamanın yanında tazminata da hükmedilmektedir.<sup>142</sup>

Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak verilen *yeniden yargılama*, usul hukukundaki *yargılamanın yenilenmesi* kurumundan farklılıklar taşımaktadır. Bu

137 Birçok karar arasından bkz. *Tamer Karataş*, B. No: 2020/3612, 4/7/2022, § 35; *Metin Akdemir (2)*, B. No: B. No: 2020/3964, 21/9/2022, § 40

138 Birçok karar arasından bkz. *Ayşe Arslan*, B. No: 2019/34517, 13/9/2022, §§ 30-31; *M.C.*, B. No: 2018/4986, 14/9/2022, §§ 34-35; *Murat Emeksiz*, B. No: 2018/24300, 18/10/2022, §§ 23-24

139 *Aliğül Alkaya ve diğerleri (2)*, B. No: 2016/12506, 7/11/2019, § 50; *Şahin Alpay (2)* [GK], B. No: 2018/3007, 15/3/2018, § 56

140 *T.K.*, § 41; *Salih Öz*, § 40

141 Başka haklarla ilgili kararlar yönünden bkz. *Emre Kaya*, B. No: 2018/743, 10/2/2021, §§ 17-30; *Mustafa Atak*, B. No: 2018/27304, 24/2/2021, §§ 19-30

142 Başka haklarla ilgili kararlar yönünden bkz. *M.Ş.N.*, B. No: 2018/3789, 7/4/2021, §§ 24-35, 42, 43; *Fadime Çulha*, B. No: 2018/21757, 19/1/2022; *Cevdet Ayaz ve diğerleri Başvurusu (2)*, B. No: 2020/27919, 30/3/2022; *Ruşen Bayar*, B. No: 2020/33709, 15/6/2022

kurum, ihlali ortadan kaldırmak amacına matuf ve bireysel başvuruya has özelliklere sahiptir. Usul kanunlarındaki “*yargılamanın iadesi*” veya “*yargılamanın yenilenmesi*” kurumlarından farklı olarak, yeniden yargılama yapmak üzere ihlal kararının ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi hâlinde tarafların bu konuda başvuru yapması beklenmeksizin yeniden yargılamaya ilişkin işlemlerin başlatılması zorunluluğu vardır.<sup>143</sup> Dahası bu kurumda, usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi müesseselerinde olduğu gibi *bir kabule değerlik incelemesi aşaması* da yoktur.<sup>144</sup> Dolayısıyla ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. İhlal kararı ve ihlal nedenleri, doğrudan yasal kabul edilebilirlik sebebinin oluşturmaktadır.<sup>145</sup>

Anayasa Mahkemesine mahkûmiyet hükmünü ortadan kaldırma ve iptal etme yetkisi verilmediğinden, ihlal kararı kendisine gönderilen mahkeme öncelikle Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı gereğince *yeniden yargılamaya başladığına dair karar almalı* ve suçlamayı öğrenme hakkı ihlal edilerek verilen *önceki kararını ortadan kaldırmalıdır*.<sup>146</sup> Bu kapsamda ayrıca ihlalin sürdürülmesinin önlenmesi ve mağduriyetin giderilmesi amacıyla *infazın durdurulması veya tahliye kararı verilmesi gibi* bazı hususların da değerlendirilmesi gerekebilir.<sup>147</sup> Daha sonra Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenler ve ihlal kararında belirtilen gerekçeler gözetilerek yeniden yargılama yapılmalıdır. 6216 sayılı Kanun’un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasının “*yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal*

143 Mehmet Doğan [GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018, §§ 58, 59

144 Aligül Alkaya ve diğ. (2), § 58; Kadri Enis Berberoğlu (2) [GK], B. No: 2018/30030, 17/9/2020, § 134

145 Kadri Enis Berberoğlu (3) [GK], B. No: 2020/32949, 21/1/2021, § 98

146 Ancak Anayasa Mahkemesine göre derece mahkemeleri önceki kararını yargılamanın başında kaldırmak zorunda değildir (bu görüşle ilgili olarak bkz. Erol Eşrefoğlu [GK], B. No: 2018/23111, 1/7/2021; Behzet Çakar ve diğ. (2) [GK], B. No: 2019/2333, 1/7/2021). İhlal kararında hükmün ortadan kaldırılmasıyla ilgili bir karar verilmediği hâllerde, yeniden yargılama sırasında infazın ertelenip ertelenmeyeceği hususu derece mahkemelerinin takdirindedir. Çünkü bu tür bir durumda, ihlal kararı başvurucağın mahkûmiyete bağlı tutulması ile mahkûmiyet arasındaki bağı koparmamaktadır (Erol Eşrefoğlu, §§ 74- 75). Anayasa Mahkemesinin ilk dönem kararlarına göre ihlal kararından sonra yeniden yargılamaya karar verilmişse dosya kendisine gönderilen mahkemenin yapması gereken ilk iş “*bir temel hak veya özgürlüğü ihlal ettiği ... tespit edilen önceki kararını kaldırmaktır*” (birçok karar arasından bkz. Mehmet Doğan, § 60; Behzet Çakar ve diğ. (2), B. No: 2014/16277, 13/9/2018, § 78)

147 Kadri Enis Berberoğlu (3) [GK], § 98. Mahkûmiyet kararının Anayasa’nın ihlali suretiyle verildiğinin ve kararın bu aykırılığa dayandığının Anayasa Mahkemesinin ihlal kararıyla tespit edildiği bir durumda, -ihlal kararında derece mahkemesince öncelikle hükmün ortadan kaldırılması gerektiği belirtilmese bile- yeniden yargılamaya başlandıktan sonra ilk iş olarak önceki hükmün ortadan kaldırılmaması, masumiyet karinesinin ihlali gibi başka anayasal sorunlara yol açabilecek niteliktedir. Dolayısıyla ihlal kararı üzerine yeniden yargılamaya başlayan mahkemeye öncelikle düşen, önceki hükmü ortadan kaldırmak ve kişinin mahkûmiyete bağlı tutma hâlini sonlandırmaktır. Bu şekilde bir karar vermek, yeniden yargılama yapan mahkemenin -koşulları varsa- başvurucağın (sanığı) suç isnadına bağlı olarak yeniden tutuklamasına engel değildir.

*kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir”* biçimindeki son cümlesi uyarınca Anayasa Mahkemesince tespit edilen ihlalin giderimi, işin niteliğine ve ihlalin giderimi için gerekli işlemlerin çeşidine veya ilgili yargı yolunun imkân ve zorunluluklarına göre dosya üzerinden yargısal işlemlerin yapılması biçiminde olabileceği gibi yargılamanın duruşma açılarak yeniden yapılması şeklinde de olabilir.<sup>148</sup> Ancak suçlamayı öğrenme hakkı *ihlalinin niteliği*, bu konuda duruşma açılarak bir değerlendirme yapılmasını gerekli kılabılır.

İhlal kararının *yerine getirilmemesi* nedeniyle yeniden Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulması mümkündür. İhlal kararının gereklerinin yerine getirilmediğine ilişkin iddiaları incelemek de bireysel başvuruları incelemeye yetkili olan Anayasa Mahkemesinin görev alanına girer.<sup>149</sup> Ancak Anayasa Mahkemesince bu kez yapılacak inceleme, olayların baştan itibaren yeniden değerlendirilmesi şeklinde değil önceden verilen ihlal kararının gereklerinin yerine getirilip getirilmediği ile ilgili sınırlı bir inceleme olmaktadır.<sup>150</sup> Mahkemeye göre *“bir ihlal kararının gereklerinin yerine getirilmemesi daha önce verilen ihlalin devam ettiği”* anlamına gelmektedir.<sup>151</sup> Bu durumda Anayasa Mahkemesi *aynı hakkın* ihlal edildiğine karar vermektedir.<sup>152</sup> Dolayısıyla suçlamayı öğrenme hakkından verilmiş bir ihlalin giderilmemesi, anılan hakkın ikinci kez ihlal edilmesi sonucunu doğuracaktır.

AİHM’ye yapılan bireysel başvuru sonucunda suçlamayı öğrenme hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi durumunda da ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması gerekir. Çünkü AİHM tarafından verilen ihlal kararlarının iç hukukta gereği gibi yerine getirilmemesi, Sözleşme ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin uygulamada etkili bir şekilde korunamadığı anlamına gelir.<sup>153</sup> Ancak AİHM, Anayasa Mahkemesinden farklı olarak ihlalin ve sonuçlarının nasıl ortadan kaldırılacağına -kural olarak- karar vermemektedir. Bu tür durumlarda her üye devlet, AİHM’yi ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri ve ihlal kararında belirtilen gerekçeleri gözeterek somut olayın özel koşullarına göre bir giderim yöntemi benimsemektedir.

148 *Aligül Alkaya ve diğerleri* (2), § 59

149 *Aligül Alkaya ve diğerleri* (2), § 52

150 *Aligül Alkaya ve Diğerleri* (2), § 52

151 *Aligül Alkaya ve Diğerleri* (2), § 52

152 Adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine dair kararın yerine getirilmemesi yönünden bkz. *Aligül Alkaya ve diğerleri* (2)

153 *Siddika Dülek ve diğerleri*, B. No: 2013/2750, 17/2/2016, § 69

Esasen AİHM'nin ceza mahkemesi kararı yönünden verdiği bir ihlali gidermenin en önemli aracı *yeniden yargılama* yapılmasıdır. Nitekim ilgili usul kanununda, ceza hükmünün Sözleşme'nin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının AİHM'nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması, yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmiştir. CMK, bu konuda ilgili yargısal mercilere takdir hakkı tanımayarak kesinleşen bir hükümlerle sonuçlanmış bir davanın yargılamanın yenilenmesi yoluyla tekrar görüleceğini öngörmüştür (CMK mad. 311/1-f). Yeniden yargılama yapmanın mümkün olmadığı bazı durumlarda ise AİHM'nin verdiği ihlal kararı, tazminat gibi başka araçlarla da giderilebilir. Dahası, AİHM tazminata karar vermiş olsa bile yeniden yargılama yapılması gerekli olabilir. Ancak tercih edilecek yöntemin (aracın), hak ihlalini giderebilecek nitelikte olması gerekir. Hak ihlalinin giderilmemesi Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin ve duruma göre AİHM'nin denetimine tabidir.

AİHM'nin verdiği bir ihlalin giderilememesi, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru konusu yapılması da mümkündür. AİHM'nin ihlal kararının gereklerinin yerine getirilmemesi durumunda da Anayasa Mahkemesi, daha önce verilen ihlalin devam ettiğine karar vermektedir.<sup>154</sup> Ancak Anayasa Mahkemesinin norm denetimi kapsamında verdiği bir karara göre AİHM'nin bir ihlal kararının gereklerinin yerine getirilmemesi Anayasa'nın 40. maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru hakkının ihlali anlamına gelecektir.<sup>155</sup> Dolayısıyla AİHM'nin ihlal kararının yerine getirilmemesi durumunda Anayasa'nın hangi hükmünün/hükümlerinin ihlal edildiği noktasında -çalışmanın yapıldığı tarih itibarıyla- Anayasa Mahkemesi içtihadında bir netlik bulunmamaktadır.

## Sonuç

*Suçlamayı (isnadi) öğrenme*, bir suçla itham edilen kişiler yönünden tarihsel süreçte hak olarak ortaya çıkmıştır. Anayasa'da açıkça düzenlenmeyen suçlamayı öğrenme hakkı, Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Anılan hak uyarınca kendisine suç yüklenen kişiler, yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedenleri hakkında, anlayabilecekleri bir dilde ve ayrıntılı olarak en kısa sürede bilgilendirilmelidir.

154 Birçok karar arasından bkz. *Ruşen Bayar*, B. No: 2020/33709, 15/6/2022; *Cahit Tamur ve diğerleri*, B. No: 2018/12010, 24/2/2021; *Mehmet Ali Ayhan (2)*, B. No: 2016/7967, 22/7/2020; *Abdullah Altun*, B. No: 2014/2894, 17/7/2018; *Yüksel Yiğitdoğan*, B. No: 2015/12755, 12/6/2018; *Sıddıka Dülek ve diğerleri*, B. No: 2013/2750, 17/2/2016

155 AYM, E.2022/7, K.2022/79, 21/06/2022.

Suçlamayı öğrenme hakkına ilişkin en önemli sorununun -en azından- Anayasa'nın belirlediği standartlarda iddianameler hazırlanmaması olduğu görülmektedir. Ceza muhakemesi hukukunun temel ilkeleriyle ilgili birçok problemin temel kaynağını da esasen bu sorun oluşturmaktadır. İstenen standartlarda iddianame hazırlanmaması, kişilerin keyfi bir biçimde suçlanmasının veya davasız yargılama yapılmasının önünü açmaktadır. Böylelikle davaların mahkeme tarafından şekillendirilmesi kaçınılmaz hale gelmekte ve tarafsızlık ilkesi zedelenmektedir. Dahası, bu tür durumlarda sanık etkili şekilde savunma yapma imkânı bulamadığından savunma bir formaliteye dönüşmektedir. Zira bu şekilde hazırlanan iddianameler suçlamayla ilgili savunma yapmaya yeterli düzeyde bilgiler içermediğinden, suçlamamanın ne olduğu sanıklar tarafından tam olarak bilinmemektedir.

Anayasal düzeyde bir güvence olarak düzenlenen suçlamayı öğrenme hakkının ihlal edilip edilmediği bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesince ve sonrasında AİHM tarafından denetlenmektedir. Bu vesileyle anılan hakkın anayasal düzeyde kapsam ve içeriği, Anayasa Mahkemesi ve AİHM içtihatlarıyla ete kemiğe bürünmüştür. Anayasa Mahkemesinin ve AİHM'nin bireysel başvuru kapsamında yaptığı denetim asgari seviyededir. Çünkü Anayasa ve Sözleşme temel haklarla ilgili asgari güvenceler öngörmüştür. Dolayısıyla suçlamayı öğrenme hakkı ihlalleriyle -esas olarak- bireysel başvuru yolu dışındaki mekanizmalarla mücadele edilmesi daha uygun olacaktır. Bunun yapılması insan haklarına saygılı devlet olmanın da bir gereğidir. Bireysel başvuru, -insan hakkı ihlallerinin *giderilmesinde* başvurulabilecek bir hukuksal çaredir. Hâlbuki insan hakkı sorunlarının çözümünde asıl önemli olan husus, ihlalin *önlenmesidir*.

CMK'da, suçlamayı öğrenme hakkını yasal zeminde teminat altına alan ve Anayasa'nın ve Sözleşme'nin belirlediği standartların çok ötesinde hükümler öngörülmüştür. CMK, sadece iddianamenin suçlamamanın sebebi ve niteliğiyle ilgili olarak bazı unsurları taşımasına ilişkin zorunluluklar öngörmemiş, aynı zamanda suçun delillerinin de iddianamede gösterileceğini hüküm altına alınmıştır. İddianamede, yüklenen suç oluşturulan olayların, mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanması da gerekmektedir (CMK md. 170/4). Dahası CMK'da, anayasal düzeyde bir güvence olan isnadı öğrenme hakkını sağlamanın bir aracı olarak iddianamenin iadesi kurumuna da yer verilmiştir. Suçlamayı öğrenme hakkına ilişkin teminatlar içeren hükümlere aykırı olarak düzenlenen iddianamenin, iade edilmesi gerekecektir (CMK md. 174/1-a). Örneğin isnadın sebebine ve niteliğine ilişkin olarak yüklenen suç oluşturulan olayları açıklamayan, suçun işlendiği yeri ve suç tarihini belirtmeyen ve suça uygulanması gereken kanun maddelerini içermeyen bir iddianame kabul edilmeyecektir.

Suçlamayı öğrenme hakkıyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin ve AİHM'nin belirlediği standartların çok ötesinde düzenlemeler öngören CMK'nın layığıyla uygulanması bu konuda önemli bir aşama olacaktır. Bunun için öncelikle Anayasa Mahkemesi ve AİHM içtihatlarının özümsemesi ve uygulanması gerekmektedir. Ülkemizin insan hakları standartlarının yükselmesi ve ulusal hukukumuzun gelişmesi için bunu yapmak durumundayız.

**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

- Altıparmak Cüneyd 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları' [2006] (63) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 244-260
- Ambos Kai 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Yargılama Hakları-Silahların Eşitliği, Çelişmeli Önsoruşturma ve AİHS m.6' *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku* içinde (Almanca aslından çeviren: Yener Ünver [2004])
- Balcı Murat, *Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri* (Adalet Yayınevi 2013)
- Batum Süheyl, Yenisey Feridun, Erkut Celal ve İnceoğlu Sibel 'Sanığın Asgari Hakları' Türk Sanayicileri ve İş Adamları Derneği tarafından hazırlanan '*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu*' başlıklı rapor içinde (Lebib Yalkın Yayınları 2003)
- Barhkhuyzen Tom, Emmerik Michiel van, Jansen Oswald and Federova Masha, *Right to a Fair Trial, in Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (Fifth Edition, Cammbridge 2018)
- Baytaç Abdullah, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Dinlenilme Hakkı* (XII Levha Yayınları 2021)
- Centel Nur ve Zafer Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (20. Baskı, Beta Yayıncılık 2021)
- Demirbaş Timur, *Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması* (4. Baskı, Seçkin Yayınları 2015)
- Doğru Osman, *Sanığı Öğüten Çarklar: İnsan Hakları Açısından Türkiye'de Ceza Adalet Sistemi* (TESEV Yayınları 2012)
- Feyzioğlu Metin 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6/3-a Uyarınca İsnadın Bildirilmesi ve Türk Hukuku' [2009] (55) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 102-125
- Feyzioğlu Metin '5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler' [2006] (62) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 27-61
- Gölcüklü Feyyaz, Gözübüyük Şeref ve Saygılı Abdurrahman, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması* (12. Baskı Turhan Kitabevi 2019)
- Harris David, O'Boyle Michael, Bates Ed, Buckley Carla- Harvey Paul, Kamber Kresimir, Lafferty Michelle, Cumper Peter ve Green Heather, *Law of the European Convention on Human Rights* (4. Edition, Oxford 2018)
- İnceoğlu Sibel, *Adil Yargılanma Hakkı* (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4, Avrupa Konseyi 2018)
- Karakehya Hakan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma* (6. Baskı, Savaş Yayınevi 2008)



- Karakehya Hakan ‘Ceza Muhakemesinde Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkına İlişkin Esaslar’ [2014] (1) Ombudsman Akademik Dergisi 83-97
- Karakehya Hakan ‘Ceza Muhakemesinde Sanığın Meramını Anlatabilme Hakkının Unsurları’ [2015] (2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 199-225
- Kılıç Ali Şahin ‘Tercümandan Faydalanma Hakkı Çerçevesinde Sanığın Seçtiği Dilde Savunma Yapması Üzerine Bir Değerlendirme’ [2016] (65) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2101-2131
- Koca Mahmut, *Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı* (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1998)
- Küçük Salim ‘Açıkça Dayanaktan Yoksunluk’ *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri* içinde, Editörler: Hüseyin Turan ve Recep Kaplan (Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2015)
- Meraklı Serkan ‘İddianamenin İadesi Kurumunun Ceza Muhakemesi Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi’ [2013] (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1595-1652
- Öncü Mehmet ‘AİHS’nin 6 § 3 e) Hükmü Anlamında Tercüman Yardımından Yararlanma Hakkı’ *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan* içinde [2014] (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4457-4495
- Özbek Veli Özer, Doğan Koray ve Bacaksız Pınar, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (12. Baskı, Seçkin Yayınları 2019)
- Petrova Kristina ‘The Right to Information on the Nature and Cause of the Accusation and the Defendant’s Right to Prepare Its Defense under Article 6 of the ECHR’ [2020] (11) Iustinianus Primus Law Review 1-12
- Schroeder Friedrich-Christian ‘Ceza Muhakemesinde ‘Dürüst Yargılama’ İlkesi’ [1996] (1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Çeviren: Cumhur Şahin) 269-283
- Schroeder Friedrich-Christian ‘Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi’, *Adil Yargılanma Hakkı* içinde (Global Hukuk Eğitimi Programları Direktörlüğü Yayınları 2004)
- Şahin Cumhur ve Göktürk Neslihan, *Ceza Muhakemesi Hukuku-II* (9. Baskı, Seçkin Yayınları 2019)
- Şahin Cumhur, *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması* (Yetkin Yayınları 1994)
- Şahin Cumhur ‘Sanığın Savunmasını Hazırlamak İçin Gerekli Zamana ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı (İHAS md. 6/3-b)’ *Adil Yargılanma Hakkı* içinde (Global Hukuk Eğitimi Programları Direktörlüğü Yayınları 2004) 305-336
- Şen Ersan ve Berçik Berra ‘İddianamenin Savcıya Açıklanmasının Hukukiliği’ <https://www.hukukihaber.net/iddianamenin-savciya-aciklatilmasinin-hukukiligi-makale,9824.html> (Erişim Tarihi: 24/8/2022)
- Şirin Tolga ‘İnsan Haklarının ve Temel Hakların Korunması İçin Sözleşme’nin Türkçe Çevirisi Sorunu’ [2021] 9 (1) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 1-64
- Taner Fahri Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği* (Seçkin Yayınları 2019)
- Tezcan Durmuş ‘Tercümandan Yararlanma Hakkı’ [1997] (1) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi 693-700
- Turan Hüseyin, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı* (Adalet Yayınevi 2016)
- Trechsel Stefan, *Human Rights in Criminal Proceedings* (Oxford 2005)
- Ünal Ertuğrul, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi* (Adalet Yayınevi 2019)
- Ünver Yener ve Hakeri Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Adalet Yayınevi 2016)
- Yenisey Feridun ve Nuhoğlu Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (8. Baskı, Seçkin Yayınları 2020)
- Yenisey Feridun ‘Sanığın İsnadı Öğrenme Hakkı’ *Askeri Yargıtay’ın 89’uncu Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu* içinde (Genelkurmay Basımevi 2003)





## 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 özü üzerinde yer almalıdır. İngilizce ve Türkçe özlerin 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). Wikipedi içinde. Erişim adresi: [http://tr.wikipedia.org/wiki/Bilgi\\_mimarisi](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:

*Arscott 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](http://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](mailto: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](mailto: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* (8<sup>th</sup> 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* (6<sup>th</sup> 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://cjr.nrc.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.

### **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](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* (2<sup>nd</sup> 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](http://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](mailto: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](mailto: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

<b>Responsible/Corresponding Author</b> Sorumlu Yazar	
<b>Title of Manuscript</b> Makalenin Başlığı	
<b>Acceptance date</b> Kabul Tarihi	
<b>List of authors</b> Yazarların Listesi	

Sıra No	Name - Surname Adı-Soyadı	E-mail E-Posta	Signature İmza	Date Tarih
1				
2				
3				
4				
5				

<b>Manuscript Type (Research Article, Review, etc.)</b> Makalenin türü (Araştırma makalesi, Derleme, v.b.)	
---	--

<b>Responsible/Corresponding Author:</b> Sorumlu Yazar:	
--	--

<b>University/company/institution</b>	Çalıştığı kurum	
<b>Address</b>	Posta adresi	
<b>E-mail</b>	E-posta	
<b>Phone; mobile phone</b>	Telefon no; GSM no	

**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 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.  
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.

<b>Responsible/Corresponding Author;</b> Sorumlu Yazar;	<b>Signature / İmza</b>	<b>Date / Tarih</b>
		...../...../.....

