

Journal of Penal Law and Criminology

JPLC

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi
CHKD

CİLT/VOLUME 11 • SAYI/ISSUE 1 • 2023

ISSN 2148-6646 E-ISSN 2602-3911

Şahsi Cezasızlık Sebeplerinin Maddi Şartlarında Hata

An Error in the Objective Conditions of Personal Grounds for Exclusion of Punishment / Erkan SARITAŞ, Hazal ALGAN CANSEVEN

Türkiye's Penal Reform on Domestic Violence: From the Opuz Case to the 2020s / Derya TEKİN

Osmanlı Ceza Yargılamasında Müstantik (Sorgu Hâkimi)

The Investigating Judge in Ottoman Criminal Proceedings / İbrahim ÜLKER

Violence by a Female Confidant in Türkiye in the Covid-19 Pandemic: The Gender Shadow Pandemic / Nuray ÖZKAN, Sevil ATASOY

Uluslararası Sözleşmeler Işığında Türk Hukukunda Çocuk Pornografisi Kavramı

The Concept of Child Pornography in Turkish Law in Consideration of International Conventions / Şölen ÇAKIROĞLU

Crime of Recording Audio or Visual Media (Article 286 of the Turkish Criminal Code)

Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması Suçu (Türk Ceza Kanunu Madde 286) / Mert ÜLGEN

6114 Sayılı Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi Kanununda Düzenlenen Sınav Suçları

The Central Exam Crimes as Defined by Law No. 6114 Placement Center Presidency / Mustafa LİMONCU



İSTANBUL ARŞİVİ / ISTANBUL ARCHIVE



İSTANBUL
UNIVERSITY
PRESS

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



TUBİTAK
ULAKBİM

DOAJ DIRECTORY OF
OPEN ACCESS
JOURNALS

ERIH PLUS
EUROPEAN REFERENCE INDEX FOR THE
HUMANITIES AND SOCIAL SCIENCES

EBSCO

SAHİBİ / OWNER

Prof. Dr. Adem SÖZÜER

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

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ / RESPONSIBLE MANAGER

Dr. Öğr. Üyesi Serdar TALAS

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

YAZIŞMA ADRESİ/ CORRESPONDENCE ADDRESS

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

YAYINCI / 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

DERGİ YAZI KURULU / EDITORIAL MANAGEMENT BOARD

EDITOR-IN-CHIEF

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

BAŞ EDİTÖR YARDIMCILARI / CO-EDITORS-IN-CHIEF

Doç. Dr. Mehmet MADEN – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – mehmet.maden@istanbul.edu.tr

Dr. Öğretim Üyesi Elif ERGÜNE – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – elifbekar@istanbul.edu.tr

YÖNETİCİ EDİTÖR / MANAGING EDITOR

Doç. Dr. Abdullah Batuhan BAYTAZ – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – bbaytaaz@istanbul.edu.tr

YAZI KURULU ÜYELERİ / EDITORIAL MANAGEMENT BOARD MEMBERS

Prof. Dr. E. Eylem AKSOY RETORNAZ – Galatasaray Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – eksoy@gsu.edu.tr

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

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

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

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

ALAN EDİTÖRLERİ / SECTION EDITORS

Doç. Dr. Mehmet MADEN – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – mehmet.maden@istanbul.edu.tr

Doç. Dr. Abdullah Batuhan BAYTAZ – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – bbaytaaz@istanbul.edu.tr

Dr. Öğretim Üyesi Elif ERGÜNE – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – elifbekar@istanbul.edu.tr

Dr. Öğretim Üyesi Volkan ASLAN – İstanbul Üniversitesi, Anayasa Hukuku, İstanbul, Türkiye – 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

Dr. Öğretim Üyesi Rahime ERBAŞ – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – rervas@istanbul.edu.tr

Dr. Öğretim Üyesi Sertaç IŞIKA – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – sertacisika@istanbul.edu.tr

Dr. Öğretim Üyesi Muhammed Buhari ÇETİNKAYA – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – buharicetinkaya@istanbul.edu.tr

Araş. Gör. Dr. Büşra DEMİRAL BAKIRMAN – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – bdemiral@istanbul.edu.tr

DERGİ YAZI KURULU / EDITORIAL MANAGEMENT BOARD

DİL EDİTÖRLERİ / LANGUAGE EDITORS

Rachel Elana KRISS – İstanbul Üniversitesi, Yabancı Diller Yüksek Okulu, İstanbul, Türkiye – rachel.kriss@istanbul.edu.tr

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

İSTATİSTİK EDİTÖRÜ / STATISTICS EDITORS

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

EDİTORYAL ASİSTANLAR / EDITORIAL ASSISTANTS

Araş. Gör. Dr. Büşra DEMİRAL BAKIRMAN – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – bdemiral@istanbul.edu.tr

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

Araş. Gör. Havva Begüm TOKGÖZ – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – btokgoz@istanbul.edu.tr

Araş. Gör. Muhammet KAHVECİ – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – muhammetkahveci@istanbul.edu.tr

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

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

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

Araş. Gör. Sümeyra KARINÇU KARAAĞAÇ – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – sumeyra.karincu@istanbul.edu.tr

Araş. Gör. Meltem KARANLIK – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – meltemkaranlik@istanbul.edu.tr

Araş. Gör. Büşra ÖZÇELİK RENÇBER – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – busraozcelik@istanbul.edu.tr

Araş. Gör. Oğuzhan DEMİR – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – oguzhandemir@istanbul.edu.tr

Araş. Gör. Selvet KESMEN KAYACAN – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – skesmen@istanbul.edu.tr

Araş. Gör. İnci Ece AKYALÇIN – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – inci.akyalcin@istanbul.edu.tr

YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD

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

DANIŞMA KURULU / ADVISORY BOARD

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

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

ARAŞTIRMA MAKALELERİ / RESEARCH ARTICLES

- 1 Şahsi Cezasızlık Sebeplerinin Maddi Şartlarında Hata
An Error in the Objective Conditions of Personal Grounds for Exclusion of Punishment
Erkan SARITAŞ, Hazal ALGAN CANSEVEN
- 26 Türkiye's Penal Reform on Domestic Violence: From the Opuz Case to the 2020s
Derya TEKİN
- 41 Osmanlı Ceza Yargılamasında Müstantik (Sorgu Hâkimi)
The Investigating Judge in Ottoman Criminal Proceedings
İbrahim ÜLKER
- 58 Violence by a Female Confidant in Türkiye in the Covid-19 Pandemic: The Gender Shadow Pandemic
Nuray ÖZKAN, Sevil ATASOY
- 73 Uluslararası Sözleşmeler Işığında Türk Hukukunda Çocuk Pornografisi Kavramı
The Concept of Child Pornography in Turkish Law in Consideration of International Conventions
Şölen ÇAKIROĞLU
- 94 Crime of Recording Audio or Visual Media (Article 286 of the Turkish Criminal Code)
Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması Suçu (Türk Ceza Kanunu Madde 286)
Mert ÜLGEN
- 124 6114 Sayılı Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi Kanununda Düzenlenen Sınav Suçları
The Central Exam Crimes as Defined by Law No. 6114 Placement Center Presidency
Mustafa LİMONCU

PREFACE

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.

“Three Countries Seminar Program” was held between October 8th and 15th, 2022 again in Göcek. The theme of digitizing criminal proceedings was discussed by academics and students from three countries.

Following the earthquake disaster in Kahramanmaraş and the decision to hold online university education programs, lecturers and students from the Faculty of Law of different universities came together at the Cemal Reşit Rey Concert Hall on weekends for the Face-to-Face Law Seminars (Yüz Yüze Hukuk Seminerleri). These seminars discussed topics from many areas of law on Saturdays and Sundays over a three-week period. Students and professors from 45 different law faculties participated in the Face-to-Face Law Seminars we organised with the contributions of Istanbul Metropolitan Municipality. In this academic program, where students had the opportunity to ask questions face to face, many issues related to criminal law as well as legal problems related to earthquakes were discussed.

On 17 June 2023, we held the Common Mind-Antakya Platform Workshop in Antakya, where we discussed the problems and opinions in the field of Law, Health and Community Rehabilitation and produced solutions.

Another important international academic activity from the Center has been the Law on the Bosphorus Summer School. The 11th International Human Rights Law on the Bosphorus Summer School will take place between August 21-August 27, 2023. As with previous years, the “Law on the Bosphorus Summer School 2023” will be oriented towards human rights law with a focus on a particular theme within that domain. Unfortunately, the need to address legal issues in natural disasters arose after the 7.7 and 7.6 magnitude earthquakes in Kahramanmaraş that have directly affected 10 provinces in Türkiye and some regions in Syria. For this reason, we will discuss the legal problems involved with natural disasters in this year’s summer school in the context of criminal justice, human rights, international law, and comparative law. Academicians and students from many countries will participate in our online academic event.

Within the scope of our joint project "Digicrimjus" with Kostanz and Szeged Universities, this year the meeting titled "Legal responses to violence in cyberspace - a criminal law approach (Thematic areas of the Blended Intensive Program (3LS_3.0))" will be held under the coordination of Szeged University. It will be held online on August 28-29 and face-to-face on September 12-19, 2023.

Freedom of expression will be discussed at the International Crime and Punishment Film Festival, another academic event from our Center, which is constantly developing discourse in the field of criminal law and criminology both nationally and internationally. The 13th International Crime and Punishment Festival will be held between November 17-23, 2023. Issues related to freedom of expression will be discussed from the perspective of all areas of law such as criminal and criminal procedure law, human rights law, constitutional law, press law, and administrative law. In addition to these, we would like to bring the issue to the agenda from sociological, economic, social, cultural, historical, and political aspects. At the same time, Justice-themed films and talks will be held throughout the Festival.

As is known, we will publish the full texts of the papers from the academic schedule of the International Crime and Punishment Film Festival, which brings together different viewpoints of the worlds of science and art along the axis of justice. The “I Am Innocent” papers from the 10th International Crime and Punishment Film Festival were published in book form and presented to readers in March 2023 with the hope that our publications will contribute to theoreticians and practitioners.

We have also started preparations for a very important academic programme on the importance of the cognition/will for criminal liability next year with the support of the Humboldt Kolleg.

This issue of JPLC, which has been published twice a year for many years, contains seven articles. These articles deal with the following topics:

The argument of personal grounds for exclusion of punishment refers to the personal reasons that prevent an offender from being punished despite the existence of the elements of typicality, illegality, and culpability at the time a crime was committed. Authors Erkan Sarıtaş and Hazal Algan Canseven titled their article “An Error in the Objective Conditions of Personal Grounds for Exclusion of Punishment,” in which they examine how to make a legal assessment of an offender who has made a mistake regarding the objective conditions of these grounds.

In her article “Türkiye’s Penal Reform on Domestic Violence: From the Opuz Case to the 2020s” Derya Tekin adopts the feminist legal theory as a theoretical perspective to reveal the nature and dimensions of the phenomenon of domestic violence in Turkey in light of the Opuz v. Türkiye and Hüseyin Paşalı and Others v. Türkiye cases that were brought before the European Court of Human Rights.

In his article titled “The Investigating Judge in Ottoman Criminal Proceedings,” İbrahim Ülker examines the concept of investigating judges in the Ottoman legal system, discussing them according to their duties, decisions, and ways to object against their decisions.

In their article titled “Violence by a Female Confidant in Türkiye During the COVID-19 Pandemic: The Gender Shadow Pandemic,” Nuray Özkan and Sevil Atasoy examine the impact of stay-at-home practices with regard to violence against women during the COVID-19 pandemic by making a scientific contribution to the regulation of practices based on existing policies and offering remedial and preventive policy recommendations.

In her article titled, “The Concept of Child Pornography in Turkish Law in Consideration of International Conventions,” Şölen Çakıroğlu discusses the concept of child pornography, which these days still has problematic points regarding its content, through the definitions given in international legislation and court decisions, as well as its various dimensions and problematic points.

Mert Ülgen discusses the “Crime of Recording Audio or Visual Media” as regulated under Article 286 of Turkish Criminal Code No. 5237. Ülgen looks at this crime according to the method of crime examination and legally protected interest, as well as to its material elements, mental element, and unlawfulness element, all within the scope of the elements of this crime and culpability as related to this crime. Ülgen also adds explanations regarding the special forms of this crime, sanctions, and procedural rules in relation to this crime.



Mustafa Limoncu’s “The Central Exam Crimes as Defined by Law No. 6114 Placement Center Presidency” addresses an issue that has not been discussed much in the literature. In his article, Limoncu discusses the examinations to which Law No. 6114 will be applied and analyzes whether the regulation is reasonable or not.

We hope this issue provides a valuable contribution and benefit to our readers and researchers. We would like to thank the respectable authors who have honored our journal with their articles and our respectable reviewers who have contributed with their valuable opinions, as well as everyone else who has 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

Şahsi Cezasızlık Sebeplerinin Maddi Şartlarında Hata

An Error in the Objective Conditions of Personal Grounds for Exclusion of Punishment

Erkan SARITAŞ¹  Hazal ALGAN CANSEVEN² 

¹Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye

²Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye

ÖZ

Şahsi cezasızlık sebepleri, istisnai olarak belli suç tipleri için öngörülen, tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk unsurları söz konusu olmasına rağmen failin cezalandırılmasını engelleyen ve suçun işlenmesi anında var olan şahsi sebepleri ifade etmekte olup bu sebeplerin maddi şartlarında hataya düşen fail açısından nasıl bir hukuki değerlendirme yapılacağı oldukça tartışmalı bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, eşine ait olduğunu zannederek aslında bir başkasının cüzdanından para (ç)alan kimse malvarlığına karşı suçlar için TCK m 167’de öngörülen şahsi cezasızlık sebebinden yararlanabilecek midir? Bu hususta ileri sürülen *objektif teoriler* söz konusu bu hatanın failin ceza sorumluluğuna etkisini tümüyle reddetmekte iken *sübjektif teoriler*, bu hatanın her durumda ya da en azından bazı hallerde ceza sorumluluğunu kaldıracağını kabul etmektedir. Buna karşılık *ayrıca teori* şahsi cezasızlık sebepleri arasında kategorik bir ayırım yaparak her bir kategori açısından farklı sonuçlara ulaşmaktadır. Çalışmamızda bu görüşler ve gerekçeleri ele alınmakta ve evvela *olması gereken hukuk*, bilahare ise *olan hukuk* açısından meselenin nasıl çözümlenmesi gerektiğine dair görüşümüze yer verilmektedir.

ABSTRACT

Personal grounds for exclusion of punishment refer to personal reasons that prevent the offender from being punished despite the presence of the elements of typicality, illegality, and culpability existing at the time the crime was committed. How to make a legal assessment in terms of an offender who has made a mistake is a very controversial issue regarding the objective conditions of these grounds. For example, will a woman who steals money from someone else’s wallet thinking that it belonged to her husband benefit from personal grounds for exclusion of punishment with regard to crimes against property (Turkish Penal Code [TPC] Art. 167)? While the objective theories put forward on this subject deny that such an error has an effect on the offender’s criminal responsibility, subjective theories accept that this error will eliminate criminal responsibility in some if not all cases. Conversely, separative theory makes categorical distinctions among the personal grounds for exclusion of punishment and has reached different results for each category. This study discusses these views and their justifications and presents an opinion on how the issue should be resolved, firstly in terms of *de lege ferenda* and then in terms of *de lege lata*.

Anahtar Kelimeler: Şahsi cezasızlık sebepleri, hata, kusur

Keywords: Personal reasons for exclusion of punishment, error, culpability

EXTENDED ABSTRACT

Personal grounds for exclusion of punishment refer to personal reasons that prevent an offender from being punished despite the presence of the elements of typicality, illegality, and culpability existing at the time the crime was committed. How to make a legal assessment in terms of an offender who has made a mistake is a very controversial issue regarding the objective conditions of these grounds.

According to the objective theories put forward in this regard, the objective presence of personal grounds for exclusion of punishment is decisive, and the offender’s ignorance of the objective conditions of these reasons will not affect their criminal liability, because these are objective reasons that are completely beyond injustice and culpability.

Corresponding Author: Erkan SARITAŞ E-mail: esaritas@29mayis.edu.tr

Submitted: 06.12.2022 • **Revision Requested:** 04.05.2023 • **Last Revision Received:** 06.05.2023 • **Accepted:** 22.05.2023 • **Published Online:** 15.06.2023



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

On the other hand, according to strict subjective theories, a mistake made in terms of the objective conditions of personal grounds for exclusion of punishment should be accepted as also affecting the offender's criminal responsibility. However, different theoretical and normative justifications have been put forward by various authors regarding the legal reason for this effect.

Other authors who accept that a result should be attached to the offender's subjective situation do not reject the arguments of objective theories, nor have they made a general assessment on this subject. Instead, they support limited subjective theories and argue that a mistake made regarding the objective conditions of the personal grounds for exclusion of punishment as established for certain crimes will eliminate the offender's criminal responsibility. However, these authors do not make categorical distinctions among the personal grounds for exclusion of punishment.

Lastly, still other authors have used separative theory to argue that distinctions should be made among the personal grounds for exclusion of punishment. Accordingly, if a personal ground for exclusion of punishment exclusively or predominantly serves the state's policies on punishment, then the completely objective situation will be taken into account in terms how to apply these grounds, and the error is insignificant regarding the circumstances of these grounds.

Conversely, if these grounds primarily require consideration of the act's motivation, similar to a state of necessity or decreased level of culpability of the crime, one must consider the what the offender envisaged.

Making such distinctions appears to be quite correct. However, the conclusions to be drawn from this distinction should be compatible with the letter and systematics of the law.

This study has reached the opinion that if a personal ground for exclusion of punishment exclusively or predominantly serves the state's policies on crime and punishment, attributing a result to an error in the objective conditions is impossible, due to such a reason being unable to affect one's culpability regarding an act. On the other hand, if the hypothetical formation of the offender's motivation in committing an act was taken into account when the legislator established the personal grounds for exclusion of punishment, then the need exists to think differently. In such cases, the legislator accepts that the weight of the lack of judgment regarding normative social values in the face of the act has not reached a level worthy of punishment, which is reflected in law as a personal ground for exclusion of punishment regarding the crime in question.

For example, in cases falling within the scope of the Turkish Penal Code (TPC) Art. 283/3, a legislator assumes that the conflict between compliance with the norm and protecting a relative from danger would shape the offender's motivation to act. Because this assumption is based on the offender's motivation to act, one should assumed that the mistake made regarding the objective conditions of such personal grounds for exclusion of punishment also shaped the motivation to act. Therefore, an offender who has made a mistake regarding the objective conditions of a personal ground for exclusion of punishment should also benefit from this mistake.

When looking at the TPC, an error in the objective conditions of personal grounds for exclusion of punishment is not seen to be regulated under any clear norm. When looking at the TPC systematically, this is understood to be an unconscious gap in the law. However, a legislator has regulated errors regarding the objective conditions of the reasons that remove or reduce culpability in TPC Art. 30/3. In this context, this study has the opinion that TPC Art. 30/3 should be applied by analogy in favor of the offender in terms of an error regarding the objective conditions of personal impunity in the narrow sense, which also affects culpability in terms of nature. Accordingly, an offender who makes an inevitable error regarding the objective conditions of personal grounds for exclusion of punishment should benefit from this mistake in accordance with the provision in TPC Art. 30/3.

Giriş

Ceza sorumluluğunun iki ana unsuru olan haksızlık ve kusur dışında, istisnai olarak bazı suçlar açısından gerçekleşmeleri ya da tam aksine gerçekleşmemeleri gereken bir kısım şartların/sebeplerin söz konusu olduğu ve bu yönüyle bu şart ya da sebeplerin ceza sorumluluğunun üçüncü sütununu teşkil ettiği uzun zamandır doktrinde kabul edilmektedir. Bunlar arasında yer alan şahsi cezasızlık sebeplerini karakterize eden husus ise suçun işlenmesi anında var olan bu sebeplerin; tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk söz konusu olmasına rağmen cezalandırılabilirliği en baştan itibaren engelleyecek olmalarıdır. Bu hukuki kurum açısından en tartışmalı konulardan birisini ise failin bu sebeplerin maddi şartlarında hataya düşmesi halinde bu hatasına hukuken nasıl bir sonuç bağlanacağı hususu oluşturmaktadır. Gerçekten, örneğin hırsızlık suçu açısından TCK m 167'de mağdurla fail arasında belli derecede akrabalık ilişkisinin bulunması bir şahsi cezasızlık sebebi olarak kabul edilmiş olup eşine ait olduğunu zannederek aslında bir başkasının cüzdandan para (ç)alan kimsenin bu şahsi cezasızlık sebebinden yararlanıp yararlanmayacağı tartışmaya oldukça açıktır. Bu çerçevede, şahsi cezasızlık sebeplerinde hata meselesi ile bu meseleye dair Alman, İtalyan ve Türk doktrin ve uygulamasındaki görüşlerin ele alınarak, Türk hukuku açısından sorunun nasıl çözümlenmesi gerektiği hususunun irdelenmesinin doktrin ve uygulama açısından faydalı olacağı müşahede edilmiştir. Bu kapsamda hazırladığımız ve üç bölümden oluşan çalışmamızın ilk bölümünde kısaca şahsi cezasızlık sebepleri kavramına ve hukuki niteliğine yer verilmiş ve takiben inceleme konumuzu teşkil eden şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hata meselesinin anlamı, kapsamı ve sınırları somut örnekler çerçevesinde ortaya konulmaya çalışılmıştır. İkinci bölümde sorunun çözümüne dair şimdye kadar ortaya atılmış

geniş ya da dar kapsamlı görüşler mahiyetleri itibariyle *objektif teoriler*, *sübjektif teoriler* ve *ayırıcı teori* başlıkları altında incelenmiştir. Üçüncü ve son bölümde ise evvela *olması gereken hukuk* açısından sorun ele alınmış, bu aşamada varılan sonuçlar çerçevesinde *olan hukuk* açısından meselenin nasıl çözümlenmesi gerektiğine dair görüşümüz izah edilmiş, varılan sonuçlar ise sonuç kısmında özetlenmiştir.

I. Çözülmesi Gereken Hukuki Sorunun Ortaya Konulması: “Şahsi Cezasızlık Sebepleri” Kavramı, Hukuki Niteliği ile “Şahsi Cezasızlık Sebeplerinin Maddi Şartlarında Hata” Meselesinin Kapsamı ve Sınırları

A. Şahsi Cezasızlık Sebepleri Kavramı ve Hukuki Niteliği

Kural olarak ceza sorumluluğunun söz konusu olması için tipik haksızlığın kusurlu olarak icrası yeterli olup bu sorumluluğun doğması haksızlık ve kusurluluk dışında başkaca bir alana dair şartların gerçekleşmesine bağlı değildir¹. Ancak istisnai olarak bazı hallerde kanun, sadece suçun işlenmesi ve failin kusurlu olmasını cezalandırma için yeterli görmemiş, belli bazı şartların/sebeplerin somut olayda gerçekleşmesini veya gerçekleşmemesini aramıştır².

Bunlardan ilkinin objektif cezalandırılabilirlik şartları³, ikincisini ise şahsi cezasızlık sebepleri ve cezayı ortadan kaldıran şahsi sebepler teşkil etmektedir⁴.

Gerçekleşmeleri halinde ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran sebepler olarak *cezayı ortadan kaldıran şahsi sebepler* (= *Alm “Persönliche Strafaufhebungsründe”*; *İt “Cause personali sopravvenute di esclusione della punibilità”*), suçun işlenmesi anında var olmayan ve fakat sonradan ortaya çıkan sebeplerdir⁵. Buna karşılık şahsi cezasızlık sebepleri (= *Alm “Persönliche Strafausschließungsgründe”*; *İt “Cause personali concominanti di esclusione della punibilità”* veya *“cause di non punibilità originarie”*) suç esnasında var olan ve failin cezalandırılmasını engelleyen şahsi sebepleri ifade etmektedir⁶. Bunlar kanunda öngörülen istisnai hallerde, suçun işlenmesi anında var olmaları durumunda ceza sorumluluğunu baştan itibaren ortadan kaldıran sebeplerdir⁷. Bu çerçevede şahsi cezasızlık sebeplerinin; ceza kanunlarının özel kısmında belli suç tipleri için uygulanmaları öngörülen, gerçek-

¹ Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I* (4. Auflage, C H Beck 2006) § 23, N 1; Johannes Wessels, Werner Beulke, Helmut Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (43. Auflage, C F Müller 2013) § 12, N 493; Giuliano Vassalli, ‘Cause di non punibilità’, *Enciclopedia del diritto*, Vol VI, (Giuffrè 1960) 619; Fabrizio Ramacci, *Corso di diritto penale*, A cura di Roberto Guerrini (5. Edz, G Giappichelli 2013) 470.

² Bernd Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (3. Auflage, Kohlhammer 2012) § 20, N 615; Thomas Fischer T, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze Band 10* (58. Auflage, C H Beck 2011) § 16, N 27; Jürgen Baumann, Ulrich Weber und Weber Mitsch, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (11. Auflage, Ernst und Werner 2003) § 24, N 1; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) § 12, N 493; Roxin (n 1) § 23, N 3; Francesco Antolisei, *Manuale di diritto penale*, Parte generale, A cura di Luigi Conti (16. Edz, Giuffrè 2003) N 237; Ferrando Mantovani, *Diritto penale*, Parte generale (7. Edz, CEDAM 2011) N 215-216; Giuseppe Bettiol, *Diritto penale*, Parte generale (5. Edz, G Priulla 1962) 120; Silvio Ranieri, *Manuale di diritto penale*, Parte generale (3. Edz, CEDAM 1956) 174-175; Carlo Federico Grosso, *L'errore sulle scriminanti* (Giuffrè, 1961) 98; Tullio Padovani, *Diritto penale* (4. Edz, Giuffrè 1998) 460; Giovanni Fiandaca e Enzo Musco, *Diritto penale*, Parte generale (Zanichelli 1990) 457; Giuseppe Santaniello e Luigi Maruotti, *Manuale di diritto penale*, Parte generale (Giuffrè 1990) 885; Giorgio Marinucci, Emilio Dolcini e Gian Luigi Gatta, *Manuale di diritto penale*, Parte generale (9. Edz, Giuffrè 2020) 470; Alberto Cadoppi e Paolo Veneziani, *Elementi di diritto penale*, Parte generale (7. Edz, CEDAM 2018) 564; Stefano Canestrari, Luigi Cornacchia e Giulio De Simone, *Manuale di diritto penale*, Parte generale (Il Mulino 2007) 646; Bartolomeo Romano, *Diritto penale*, Parte generale (4. Edz, Giuffrè 2020) 344; Ramacci (n 1) 619; Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III* (Beta 1992) 385; M Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı, Adalet 2022) 671; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Baskı, Seçkin 2022) 374; Zeynel Temel Kangal, ‘Kişisel Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Kaldıran veya Azaltan Kişisel Nedenler’ [2011] Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi 7(85-86), 39.

³ Haksız ve kusurlu bir fiilin cezalandırılması için kanunda ayrıca varlığı aranan şartlara objektif cezalandırılma şartları denilmektedir ve esasen şahsi cezasızlık sebepleri, objektif cezalandırılabilirlik şartlarından yalnızca kaleme alınmış bakımından farklılık göstermektedir. Walter Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (3. Auflage, Springer 2005) § 8, N 13; Roxin (n 1) § 23, N 2 ve 4-5. Ayrıca bkz Antolisei (n 2) N 238; Mantovani (n 2) N 215; Padovani (n 2) 456-457; Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 647; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 470; Romano (n 2) 346; Kayhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Beta, 2016) 225; Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (26. Bası, Savaş 2021) 487; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (11. Bası, Beta 2020) 220; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. Bası, Seçkin 2022) 765-766; Bahri Öztürk ve M Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (22. Baskı, Seçkin 2022) § 5, N 250; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (10. Bası, Yetkin 2022) 215; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Baskı, Seçkin 2021) 459; Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (9. Baskı, Adalet 2022) 267; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Beta 2019) 474; Elif Bekar, *Objektif Cezalandırılabilirlik Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Suçlar* (Oniki Levha 2018) 7 vd; Uğur Ersoy, *Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları* (Adalet 2015) 85-86.

⁴ Urs Kindhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (6. Auflage Nomos 2013) § 6, N 14; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) § 12, N 493; Gropp (n 3) § 8, N 12; Baumann, Weber und Mitsch (n 2) § 24, N 1; Fischer (n 2) § 16, N 27; Roxin (n 1) § 23, N 3; Mantovani (n 2) N 215-216; Antolisei (n 2) N 237; Padovani (n 2) 456, 460; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Bası, Seçkin 2020) 695; Zafer (n 3) 470; Koca ve Üzülmöz (n 2) 374 ve 379; Kangal (n 2) 42; Ersoy (n 3) 82. Bu ikincilere “cezalandırılabilirliğin negatif şartları” da denilmektedir. Bkz Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 663; Bekar (n 3) 120. İtalyan ceza hukuku doktrininde suçun yapısı dışında (kanunda özel olarak zikredilen objektif cezalandırılabilirlik şartları bir tarafa bırakılırsa) ayrıca şahsi cezasızlık sebeplerine de müstakil bir varlık tanınmasına dair tartışmalar için bkz Grosso (n 2) 94 vd; Vassalli (n 1) 611 vd. Hem şahsi cezasızlık sebepleri hem de cezayı kaldıran şahsi sebepler İtalyan doktrininde “*le cause di non punibilità in senso stretto (dar anlamda cezalandırılmama sebepleri)*” başlığı altında toplanmaktadır. Bu isimlendirme, kavramın, yine cezalandırılmama sebepleri başlığı altında ele alınan mazeret nedenlerinden ayrılmasını sağlamaktadır. Bkz Carlo Fiore e Stefano Fiore, *Diritto penale*, Parte generale (6. Edz, UTET 2020) 407; Domenico Pulitanò, *Diritto penale* (9. Edz, G Giappichelli 2021) 205; Cadoppi e Veneziani (n 2) 564; Romano (n 2) 344.

⁵ Bu yönüyle cezayı kaldıran şahsi sebepler, fiilin işlenmesinden sonra ortaya çıkmalarına rağmen fiilden kaynaklanan ceza sorumluluğunu geriye etkili olarak ortadan kaldırırlar. Bkz Hans Otto, *Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre* (7. Auflage, De Gruyter Recht 2004) § 20, N 2; Rolf Schmidt, *Strafrecht - Allgemeiner Teil* (22. Auflage, RS 2021) N 623; Heinrich (n 2) § 20, N 622; Gropp (n 3) § 13, N 132; Kindhäuser (n 4) § 6, N 14; Baumann, Weber und Mitsch (n 2) § 24, N 1; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) § 12, N 495; Mantovani (n 2) N 216; Padovani (n 2) 460, 566; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 471; Cadoppi e Veneziani (n 2) 566; Ramacci (n 1) 628; Pulitanò (n 4) 205; Özgenç (n 3) 759; Koca ve Üzülmöz (n 2) 379; Kangal (n 2) 50. Örneğin tüm unsurlarıyla işlenen bir suçtan dolayı kanunda öngörülen hallerde failin etkin pişmanlık göstermesi nedeniyle ceza sorumluluğunun söz konusu olmaması veya cezada kanunda öngörülen oranda indirim yapılması halinde olduğu gibi. Bkz Padovani (n 2) 461; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 474; Cadoppi e Veneziani (n 2) 566.

⁶ Kindhäuser (n 4) § 6, N 14; Otto (n 5) § 20, N 1; Gropp (n 3) § 8, N 12; Baumann, Weber und Mitsch (n 2) § 24, N 1; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) § 12, N 494; Heinrich (n 2) § 20, N 618; Schmidt (n 5) N 622; Mantovani (n 2) N 216; Padovani (n 2) 460; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 471; Cadoppi e Veneziani (n 2) 566; Ramacci (n 1) 623-624, 627; Öztürk ve Erdem (n 3) § 5, N 254; Özgenç (n 3) 744; Koca ve Üzülmöz (n 2) 378; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (27. Baskı, Adalet 2022) 111.

⁷ Otto (n 5) § 20, N 1; Gropp (n 3) § 8, N 12; Kindhäuser (n 4) § 6, N 14; Schmidt (n 5) N 622; Heinrich (n 2) § 20, N 618; Mantovani (n 2) N 216; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 473; Cadoppi e Veneziani (n 2) 546; Pulitanò (n 4) 205; Ramacci (n 1) 624; Francesco Palazzo, *Corso di diritto penale*, Parte generale (8. Edz, G Giappichelli 2021); Tülay Kitapoğlu Yüksel, *Özgü Suç* (Oniki Levha 2021) 251.

leşmeleri halinde tüm unsurlarıyla oluşmuş bir suç açısından kusurlu addedilen failin cezalandırılmasını engelleyen ve suçun işlenmesi sırasında var olan sebepler şeklinde tanımlanmaları mümkündür⁸.

Belirttiğimiz bu çerçevede içinde esasen “*şahsi cezasızlık sebepleri*” kanunda yer alan ve birbirinden oldukça farklı mahiyetleri olan pek çok hukuki kurumu niteleyen genel ve kapsayıcı bir ifadedir⁹. Örneğin bazı suçlardaki akrabalık ilişkileri, milletvekili sorumsuzluğu, uluslararası hukuktan kaynaklı statüye dair bağımsızlık kuralları gibi kurumların tümü şahsi cezasızlık sebepleri başlığı altında toplanabilecek niteliktedir¹⁰. Bu kavramın kapsamına giren pek çok farklı kurum suç teorisi açısından birbirinden oldukça farklı alanlarda incelenmekte olmalarına ve ihsaslarına dair *ratio legis* de birbirinden tamamen farklı olmasına rağmen bunların aynı başlık altında toplanmalarının yegâne nedeni tipik, hukuka aykırı ve kusurlu fiili işleyen kimsenin cezalandırılabilirliği açısından ek bir değerlendirme gerektirmeleridir¹¹. Gerçekten, *haksızlık ve kusurluluk* söz konusu olmasına rağmen bahsi geçen bu sebeplerden birinin gerçekleşmesi, ilgili fail açısından ceza sorumluluğunun ortadan kalkmasına sebebiyet verecektir¹².

Evvvela şahsi cezasızlık sebepleri *haksızlık* açısından herhangi bir fonksiyon ifa etmezler¹³. Öyle ki bir şahsi cezasızlık sebebinin söz konusu olması fiili haksız olmaktan çıkarmaz¹⁴. Bu nedenle söz gelimi bir baba, rızası olmaksızın zilyetliğindeki eşyayı çalmaya çalışan oğluna karşı da pekâlâ meşru savunmada bulunabilir¹⁵. Diğer taraftan şahsi cezasızlık sebeplerinin haksızlıkla bir ilgisinin olmaması, bunlara dair maddi şartların kastın konusu kapsamında değerlendirilmeyecekleri anlamına da gelir¹⁶. Bu nedenle failin kasten hareket ettiğinden söz edilebilmesi için şahsi cezasızlık sebeplerine dair şartları bilmesi aranmaz¹⁷. Yine haksızlıkla bir ilgisinin bulunmamasına paralel olarak, suçta iştirak halinde, yalnızca şahsında söz konusu sebepler gerçekleşen fail ya da şerikler açısından cezasızlıktan söz edilebilecektir¹⁸.

İkinci olarak şahsi cezasızlık sebepleri kusurluluğu kaldıran bir nitelik de arz etmezler¹⁹. Nitekim bu sebepler ne failin kusur yeteneğini ne haksızlık bilincini ne de norma uygun davranmasının kendisinden beklenebilirliğini ortadan kaldırırlar.

Bununla birlikte yukarıda ifade ettiğimiz üzere şahsi cezasızlık sebepleri, gerçekleşmeleri halinde ceza sorumluluğunun doğmasını engellerler ve bu yönüyle söz konusu bu sebepler, objektif cezalandırılabilirlik şartları ve cezayı ortadan kaldıran şahsi sebeplerle birlikte ceza sorumluluğunun haksızlık ve kusur dışındaki bileşenlerini oluştururlar²⁰. Ancak bu sebeplerin ceza sorumluluğuna etkisi haksızlığı ve kusurluluğu kaldıran sebeplerden farklı olarak kural değil *istisnan* niteliği arz eder²¹. Gerçekten şahsi cezasızlık sebepleri kanunda her suç tipi açısından genel bir hükümler değil yalnızca bazı suç tipleri açısından ve/veya yalnızca belli statüdeki failer açısından özel olarak öngörülmüş sebeplerdir²². Dolayısıyla ceza sorumluluğu açısından yapılacak bir değerlendirmede işlenen her suç açısından değil yalnızca ilgili oldukları suç tipleri veya yalnızca belli nitelikleri haiz kimseler açısından gündeme gelebileceklerdir²³.

⁸ Bkz Kindhäuser (n 4) §6, N 14; Schmidt (n 5) N 622; Otto (n 5) §20, N 1; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 494; Heinrich (n 2) §20, N 615-616, 618; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 473; Cadoppi e Veneziani (n 2) 565; Önder (n 2) 386; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 2) 671; Öztürk ve Erdem (n 3) § 5, N 254; Demirbaş (n 4) 695; Zafer (n 3) 470; Hakeri (n 6) 111; Akbulut (n 3) 270; Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (5. Baskı, Adalet 2022) 835.

⁹ Vassalli (n 1) 618; Grosso (n 2) 94, dipnot 23; Padovani (n 2) 460; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 470; Cadoppi e Veneziani (n 2) 564; Palazzo (n 7) 597; Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §24, N 8; Heinrich (n 2) §20, N 615. Ayrıca bkz Gropp (n 3) §8, N 14.

¹⁰ Bkz Mantovani (n 2) N 216; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 470; Palazzo (n 7) 597; Kindhäuser (n 4) §6, N 15; Schmidt (n 5) N 622; Gropp (n 3) §8, N 15-16 ve 17.

¹¹ Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 470. Ayrıca bkz Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 663-664; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 494; Roxin (n 1) § 23, N 1-3; Fischer (n 2) §16, N 27; Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §24, N 1; Heinrich (n 2) §20, N 615, 618, 620; Önder (n 2) 386; Öztürk ve Erdem (n 3) § 5, N 254.

¹² Rudolf Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (4. Auflage, C H Beck 2012) §32, N 5; Otto (n 5) §20, N 1, 3; Kindhäuser (n 4) §6, N 14; Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §24, N 1; Heinrich (n 2) §20, N 615-616; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 471; Cadoppi e Veneziani (n 2) 564; Romano (n 2) 649; Ramacci (n 1) 624; Öztürk ve Erdem (n 3) § 5, N 254; Zafer (n 3) 470; Akbulut (n 3) 271; Kangal (n 2) 40.

¹³ Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht* (4. Auflage, Walter de Gruyter 1954) 59; Roxin (n 1) § 23, N 1; Otto (n 5) §20, N 4; Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §24, N 1; Heinrich (n 2) §20, N 616; Rengier (n 12) §32, N 5; Bettiol (n 2) 664; Vassalli (n 1) 622; Pietro Nuvolone, *Il sistema del diritto penale* (2. Ed, CEDAM 1982) 204-205; Fiore e Fiore (n 4) 409; Cadoppi e Veneziani (n 2) 565; Palazzo (n 7) 598; Ramacci (n 1) 623; Özgenç (n 3) 763; Zafer (n 3) 470.

¹⁴ Bettiol (n 2) 664; Mantovani (n 2) N 216; Vassalli (n 1) 619, 622; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 471; Fiore e Fiore (n 4) 409; Palazzo (n 7) 598; Romano (n 2) 649; Ramacci (n 1) 624; Akbulut (n 3) 271; Özen (n 8) 835; Kangal (n 2) 57.

¹⁵ Bkz Mantovani (n 2) N 216; Vassalli (n 1) 619; Palazzo (n 7) 598.

¹⁶ Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §24, N 6; Roxin (n 1) § 12, N 149; Rengier (n 12) §32, N 5; Fischer (n 2) § 16, N 27; Mantovani (n 2) N 216; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 473; Ramacci (n 1) 623; Esra Bulut, ‘Şahsi Cezasızlık Sebepleri’ (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü 2021) 31.

¹⁷ Roxin (n 1) § 12, N 149; Rengier (n 12) §32, N 5; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 473; Kangal (n 2) 56.

¹⁸ Karl Lackner und Hermann Maasen, *Strafgesetzbuch* (7. Auflage, C H Beck 1972) §247, N 4; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 493; Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §24, N 5; Kindhäuser (n 4) §6 N 14; Roxin (n 1) § 23, N 4; Schmidt (n 5) N 622; Bettiol (n 2) 475, 491; Mantovani (n 2) N 216; Vassalli (n 1) 619; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 473; Cadoppi e Veneziani (n 2) 565; Fiore e Fiore (n 4) 409; Palazzo (n 7) 598; Ramacci (n 1) 623; Romano (n 2) 344; Önder (n 2) 387; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 2) 672; Öztürk ve Erdem (n 3) § 5, N 254; Özgenç (n 3) 763; Koca ve Üzümler (n 2) 379; Hakeri (n 6) 111; Akbulut (n 3) 270; Özen (n 8) 835; Kitapçıoğlu Yüksel (n 7) 254.

¹⁹ Kristian Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (7. Auflage, Franz Fahlen 2012) §12, N 8; Otto (n 5) §20, N 1; Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §24, N 1; Heinrich (n 2) §20, N 616; Vassalli (n 1) 619; Cadoppi e Veneziani (n 2) 565; Öztürk ve Erdem (n 3) § 5, N 254.

²⁰ Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §24, N 1; Welzel (n 13) 59; Roxin (n 1) § 23, N 1; Otto (n 5) §20, N 1; Heinrich (n 2) §20, N 616; Kindhäuser (n 4) §6, N 14; Mantovani (n 2) N 216; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 470.

²¹ Ramacci (n 1) 624.

²² Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 470; Schmidt (n 5) N 622.

²³ Vassalli (n 1) 623; Ramacci (n 1) 624.

B. Şahsi Cezasızlık Sebeplerinin Maddi Şartlarında Hata Meselesi, Bu Meselenin Kapsamı ve Sınırları

Yukarıda kısaca tanımladığımız şahsi cezasızlık sebepleri açısından önemli bir tartışma konusunu bu sebeplerin maddi şartlarında hata meselesi teşkil etmektedir. Nitekim şahsi cezasızlık sebeplerinin söz konusu olması için mahiyetleri gereği bazı maddi şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir; suç konusu eşyanın belli derecedeki bir akrabaya ait olması yahut fiili işleyen kişinin halen milletvekili olması gibi. İşte fail, tipik fiili işlerken bu şartların “gerçekleştiği” hususunda hataya düşebilir. Bu hususu çeşitli şekillerde örneklendirmemiz mümkündür:

Örnek-1: *Hırsızlık yapmak amacıyla annesi (B)’nin tek başına yaşadığı eve geceleyin gizlice giren (A), annesine ait olduğunu zannederek masada bulunan çantanın içerisinden para alarak kaçır. Ancak söz konusu çanta annesi (B)’ye değil yatılı misafirliğe gelen annesinin arkadaşı (C)’ye aittir.*

Örnek-2: *(A), resmi nikahlı eşi olarak bildiği ve işlediği bir suç nedeniyle hakkında yakalama kararı bulunan (B)’ye yakalanmaktan kurtulması için imkân sağlar. Ancak daha sonra yapılan incelemede evlilik işleminin tümüyle sahte olduğu ve (B)’nin, gerçekte (A)’nın eşi olmadığı anlaşılır.*

Örnek-3: *(A)’ya ait eşyalar borcu nedeniyle haczedilerek yediemin (B)’ye teslim edilir. Gece (B)’ye ait yediemin deposuna gelen (A) kendisine ait olduğunu zannettiği eşyayı gizlice alarak kaçır. Ancak gerçekte (A), yanlışlıkla (C)’ye ait bir başka eşyayı almıştır.*

Örnek-4: *Milletvekili (A), mecliste yaptığı bir konuşmada halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunu oluşturan ifadeler kullanmıştır. Birkaç gün sonra TBMM Genel Kurulu’nda (A) hakkında önceden işlediği bir başka suç nedeniyle verilen mahkûmiyet kararı okunarak milletvekilliği düşürülmüştür. Ancak (A), bu durumdan habersiz şekilde halen milletvekili olduğu düşüncesiyle daha evvelden mecliste sarf ettiği cümleleri bir kez de meclis dışında tekrarlar.*

Verilen tüm bu örnekler açısından (A) hakkında şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarından bazıları gerçekleşmemekte ancak fail bu hususta yanlış olarak gerçekleştiği zannıyla hareket etmektedir. Dolayısıyla bu örneklerin tümünde fail bir şahsi cezasızlık sebebinin (veya suçun işlenmesi anında var olan cezayı azaltan şahsi sebebin) maddi şartlarında hataya düşmektedir. Gerçekten ilk örnekte fail (A), annesi (B)’ye ait olduğu zannıyla (C)’nin zilyetliğinde olan parayı (ç)almıştır. TCK m 167’ye göre hırsızlık suçu eğer “üst soya karşı işlenmiş” ise “fail hakkında cezaya hükmolunmayacaktır”. Oysa (C), (A)’nın üst soyu değildir. İkinci örnekte (A), resmi nikahlı eşi olarak bildiği için (B)’ye yakalanmaktan kurtulması amacıyla imkân sağlamıştır. TCK m 283/3’e göre suçluyu kayırma suçu eğer “(. . .) eş (. . .) tarafından işlenmiş” ise “fail hakkında cezaya hükmolunmayacaktır”. Oysa aralarındaki evlilik işlemlerinin sahte olduğu ve bu çerçevede (A)’nın gerçekte (B)’nin eşi olmadığı anlaşılmıştır. Üçüncü örnekte (A) yediemin deposundan kendisine ait bir eşyayı aldığını zannetmektedir ancak yanlışlıkla bir başkasına ait eşyayı almıştır. TCK m 290/2’ye göre “Muhafaza edilmek üzere başkasına resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan taşınır malın bu kişinin elinden rızası dışında alınması halinde hırsızlık, (. . .) suçuna ilişkin hükümler uygulanır. Kişinin bu malın sahibi olması halinde, verilecek cezanın yarısından dörtte üçüne kadarı indirilir”. Oysa (A) çaldığı malın maliki değildir. Son olayda ise (A) meclis görüşmelerinde sarf ettiği ve suç teşkil eden bir ifadeyi halen milletvekili olduğu düşüncesiyle meclis dışında tekrarlamıştır. AY m 83’e göre “Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclisce başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar”. Oysa söz konusu ifadeyi tekrarladığı an itibarıyla (A) artık Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi değildir.

Tüm bu örnekler açısından tartışılması gereken temel hukuki sorun (A)’nın düştüğü bu hataların şahsi cezasızlık sebeplerinden yararlanması noktasında dikkate alınıp alınmayacağıdır. Bir başka ifadeyle tüm bu örneklerde, bir kısım şahsi cezasızlık sebeplerine ait şartlar gerçekleşmemesine rağmen hataen bu şartların gerçekleştiği düşüncesiyle hareket eden (A), söz konusu cezasızlık sebeplerinden yararlanacak mıdır? İnceleme konumuzu özü itibarıyla bu soru teşkil etmektedir.

Söz konusu örnekler açısından vurgulanması gereken ilk husus, tümünün maddi şartlara dair hataya ilişkin olduklarıdır. Gerçekten tüm bu örneklerde failer, şahsi cezasızlık sebebine dair *maddi bir şartta* hataya düşmektedir. Bu hatanın evveleminde *şahsi cezasızlık sebebinin varlığına dair hatadan* ayrılması, inceleme konumuzun sınırlandırılması açısından önemlidir.

Gerçekten (A), örneğin “nişanlısına” ait malı çalması halinde de bir şahsi cezasızlık sebebinin söz konusu olduğu zannıyla hareket etmiş olabilir. Ancak nişanlı, TCK m 167’deki yakın akrabalar arasında sayılmamıştır²⁴. Dikkat edilirse burada (A), TCK m 167’de düzenlenen şahsi cezasızlık sebebinin maddi şartlarında hataya düşmüş değildir; aksine tüm maddi şartların bilincindedir.

²⁴ Raul Alberto Frosali, *Sistema penale italiano* (UTET, 1958) II, N 442; Yazar, failin, “hakkında ayrılık kararı verilmiş bulunan eşinin” zararına hırsızlık suçunu işlemesi halinde İtCK m 649’dan yararlanmayı ummasının hukukten bir önemi olamayacağını vurgulamaktadır. Zira burada fail ceza normuna dair bir hata yapmıştır ve İtCK m 5 (TCK m 4) gereğince kanunu bilmemek mazeret sayılamayacaktır. Keza bkz Heinrich (n 2) §32, N 1165-1166. Yazar, failin kız arkadaşının işlediği suçu gizlemesini ve bu halde AICK §258/6’dan yararlanmayı ummasını örnek vermektedir. Fail bu halde kız arkadaşının da AICK §258/6’da düzenlenen “yakın” statüsünde olduğu hususunda yanılmıştır, fakat “kız arkadaş” maddede öngörülen yakınların arasında değildir. Yazara göre bu gibi nitelikle hatalarına ya da şahsi cezasızlık sebebinin sınırları hakkında düşülen hatalara hukuki bir sonuç bağlanması olanaklı değildir.

Dolayısıyla (A)'nin nişanlısına ait eşyayı çalarken düştüğü bu nevenden bir hatanın şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hata ile bir ilgisi bulunmamakta olup bu tip bir örnek, inceleme konumuzu oluşturan hukuki sorun kapsamında değildir.

İkinci olarak *niteleme hatasının* da şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hata ile bir ilgisi olmadığı hususunu vurgulamamız gerekmektedir. Örneğin (A), dini nikahla birlikte yaşadığı (B)'nin de hukuken "eşi" olduğu düşüncesiyle hareket etmiş olabilir. Ancak TCK m 167'deki "eş" resmi nikahla evlenilen kimseyi nitelemektedir. (A)'nin söz konusu bu ifadenin nitelendirilmesindeki hatası şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hatayla ilgili değildir²⁵. Haliyle bu mesele de inceleme konumuzu oluşturan hukuki sorun kapsamında değildir.

Üçüncü olarak her ne kadar cezalandırılabilirliğin üçüncü alanına ilişkin olsalar da mahiyet itibarıyla oldukça farklı olan *objektif cezalandırılabilirlik şartlarına*²⁶ ve *cezayı kaldıran şahsi sebeplere dair hata* meseleleri de inceleme konumuzun dışındadır. Buna karşılık şahsi cezasızlık sebeplerine oldukça yakın bir diğer kurum olan cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplerin (= *Alm Persönliche Strafeinschränkungsgründe*) maddi şartlarında hata meselesi de çalışma konumuzun kapsamındadır. Bunlar, ceza sorumluluğunu tümüyle ortadan kaldırmayan ve fakat cezada indirim yapılmasını gerektiren sebeplerdir²⁷. Bu sebepler eğer suçun işlenmesi anında var olan sebep mahiyetinde iseler esasen şahsi cezasızlık sebepleriyle tek farkları hukuki sonuçları itibarıyla olur. Ancak nitelik itibarıyla bir farklılık arz etmezler. Bu yönüyle her ne kadar çalışmamızın başlığı "şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hata" olsa da suçun işlenmesi anında var olan cezayı azaltan şahsi sebeplerin maddi şartlarında hatayı da aynı kapsamda incelememiz mümkündür. Bu itibarla biz bu çalışmamız açısından bu ikincileri de "*şahsi cezasızlık sebepleri*" kapsamında mütalaa edeceğiz ki yukarıda verdiğimiz 3 no.lu örnekte söz konusu olan da cezada indirim yapılmasını gerektiren bir şahsi sebeptir.

II. Şahsi Cezasızlık Sebeplerinin Maddi Şartlarında Hatanın Ceza Sorumluluğuna Etkisine İlişkin Doktrinde İleri Sürülen Teoriler

A. Objektif Teori

Türk, Alman ve İtalyan doktrinlerinde çoğunlukla kabul edilen objektif teoriye göre ceza sorumluluğu açısından, şahsi cezasızlık sebeplerinin objektif olarak var olup olmaması belirleyici olup failin bu sebeplerin maddi şartlarında hataya düşmesi ceza sorumluluğunu etkilemeyecektir^{28 29}. Bu teoriyi savunan yazarlara göre şahsi cezasızlık sebepleri aynı objektif cezalandırılabilirlik şartları gibi haksızlık ve kusurun tümüyle dışında olan objektif nitelikteki sebeplerdir³⁰. Bunların aralarındaki yegâne fark; failin cezalandırılabilmesi için objektif cezalandırılabilirlik şartlarının gerçekleşmesinin, şahsi cezasızlık sebeplerinin ise tam aksine gerçekleşmemesinin gerekmesidir³¹. Bu haliyle şahsi cezasızlık sebepleri, yekdiğerlerinden yalnızca ifade biçimi ve kanuni formülasyon itibarıyla ayrılırlar³². Ancak her iki kurum da haksızlık ve kusur açısından bir etkiye bulunmadıklarından, bunların maddi şartlarında düşülen hatanın kastı veya kusuru kaldırdığından da söz edilemeyecektir³³. Şahsi cezasızlık sebepleri,

²⁵ Bkz Vassalli (n 1) 624; Gian Domenico Pisapia, 'I rapporti di famiglia come causa di non punibilità' in: *Studi di diritto penale* (CEDAM, 1956) 145-181, 180.

²⁶ Bu konuda bkz Bekar (n 3) 146 vd; Ersoy (n 3) 205 vd. Objektif cezalandırılabilirlik şartları açısından failin hatasının ceza sorumluluğuna bir etkisinin söz konusu olamayacağı İtCK m 44'de açıkça zikredilmiştir. Bu hükme göre; "suçun cezalandırılabilmesi için kanunun bir şartın gerçekleşmesini öngördüğü hallerde, şartın gerçekleşmesinin bağlı olduğu olay kendisi tarafından istenmiş olmasa bile fail suç dolayısıyla sorumlu tutulur". Bkz Fiandaca e Musco (n 2) 458; Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 649; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 472; Romano (n 2) 347. İtalyan doktrininde söz konusu bu normda "suçun cezalandırılabilmesi için" ifadesine yer verildiği için söz konusu şart henüz gerçekleşmeden evvel de failin suç teşkil ettiğinin kabul edilmiş olduğu sonucuna da varılmaktadır. Buna göre objektif cezalandırılabilirlik şartları suçun yapısına dahil değildir. Bkz Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 649 ve 653. Ancak şahsi cezasızlık sebepleri açısından bu şekilde açık bir düzenleme söz konusu değildir. Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 663.

²⁷ Otto (n 5) §20, N 3; Kindhäuser (n 4) §6, N 17. AİCK §157'de düzenlenen *tanıklıkta zaruret hali* cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere örnek olarak verilebilir. Bu maddeye göre fail yalan yere yemin ya da gerçek dışı beyanda bulunma suçunu, kendisinin ya da bir aile mensubunun cezalandırılmasını önlemek için işlemiş ise mahkeme cezayı takdiren indirebilir. Aynı şekilde bkz TCK m 167/2 veya m 290/2, 2. cümle.

²⁸ Hans Heinrich Jescheck und Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrecht* (5. Auflage, Duncker & Humblot, 1996) 315; Jürgen Baumann, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (7. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 1975) §24, N 9; Adolf Schönke und Horst Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar* (27. Auflage, C H Beck 2006) §247, N 13-14; Welzel (n 13) 59; Otto (n 5) §20, N 4; Roxin (n 1) §12, N 149; Gropp (n 3) §13, N 132; Schmidt (n 5) N 622; Lackner und Maassen (n 18) §247, N 4; Mantovani (n 2) N 216; Nuvolone (n 13) 205; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 473; Cadoppi e Veneziani (n 2) 565; Fiore e Fiore (n 4) 409; Palazzo (n 7) 598; Ramacci (n 1) 623; Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 633; Giovanni Cocco, "Il fondamento e i limiti dei rapporti familiari come causa di non punibilità o di perseguibilità a querela di parte", in Giovanni Iudica e Ugo Carnevali (edz), *Responsabilità civile e previdenza*, 1048-1062 (Giuffrè, 2015) 1054; Önder (n 2) 388; Artuk, Gökçen, Aşahin ve Çakır (n 2) 652; Öztürk ve Erdem (n 3) §6, N 855; Zafer (n 3) 320; Koca ve Üzülmöz (n 2) 261; Hakeri (n 6) 428; Akbulut (n 3) 272; Olgun Değirmenci, 'Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma' [2014] TBBD (110), 157; Kitapçioğlu Yüksel (n 7) 252; Kübra Tunç, *Ceza Hukukunda Kastı Engelleyen Hata* (Adalet 2021) 303; Bulut (n 17) 34-35.

²⁹ Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin kararına konu olan bir olayda fail karısının olduğu zanıyla başkasına ait iki tane bilezik çalmıştır. İlk derece mahkemesi; sanığın, malın maliki konusundaki hatasının, suçun unsurlarının oluşmasına bir etkisinin bulunmadığı gerekçesiyle sanığı hırsızlık suçundan mahkûm etmiştir. Federal mahkeme tarafından yapılan değerlendirmede de malı çalınan mağdurun failin eşi olması olasılığının kanuni tipe ilişkin olmadığı, yalnızca AİCK § 247/2 uyarınca şahsi cezasızlık sebebi niteliğinde olduğu ve bu husustaki hatanın failin ceza sorumluluğuna bir etkisinin olamayacağı belirtilerek ilk derece mahkemesinin kararı onanmıştır. BGHSt 5, 261 (70). Benzer şekilde bkz BGHSt 23, 281 (282); BGHSt 18, 125 (10); RGSt 61, 270 (271). (Heinrich (n 2) §32, N 1161.) İtalyan Yüksek Mahkemesi de İtCK m 649'da yakın akraba aleyhine malvarlığına karşı suçlar açısından kabul edilen şahsi cezasızlık sebebinin maddi şartlarında düşülen hatanın ceza sorumluluğunu etkileyen fail hata olmadığı sonucuna varmıştır. Cass Pen, Sez II, 27.1.1964, *Giust Pen* 1964, II, 869 (Cocco (n 28) 1054, dpnt 44).

³⁰ Welzel (n 13) 59; Otto (n 5) §20, N 4; Roxin (n 1) §12, N 149; Gropp (n 3) §13, N 132; Schmidt (n 5) N 622; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 473; Cadoppi e Veneziani (n 2) 565; Fiore e Fiore (n 4) 409; Palazzo (n 7) 598; Ramacci (n 1) 623; Önder (n 2) 388; Tunç (n 28) 303; Bulut (n 17) 31.

³¹ Welzel (n 13) 59; Roxin (n 1) §23, N 4-5. Benzer şekilde *Marinucci/Dolcini/Gatta*'ya göre esasen şahsi cezasızlık sebepleri, "cezalandırılabilirliğin" tersine çevrilmiş şartlarını teşkil etmekte olup bu nedenle objektif cezalandırılabilirlik şartlarının düzenlendiği ve bu şartların fail tarafından istenmiş olmasının gerekli olmadığını vurgulandığı İtCK m 44 kapsamında ele alınmaları gerekir. Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 473.

³² Gropp (n 3) §8, N 13; Roxin (n 1) §23, N 5.

³³ Welzel (n 13) 59; Otto (n 5) §20, N 4; Roxin (n 1) §12, N 149; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 473; Ramacci (n 1) 623; Zafer (n 3) 320; Bulut (n 17) 34-35.

yalnızca kanun koyucunun bazı suç politikası tercihleri çerçevesinde, faili kusurlu şekilde gerçekleştirdiği haksızlık nedeniyle cezalandırılmaktan kurtarmaktadır yoksa bunların varlık nedenleri fiilin haksızlık içeriği ile ilgili değildir³⁴. Nitekim söz konusu bu sebeplerin tipikliğinin objektif unsurları kapsamında olmadıkları zaten şüphesizdir; söz konusu bu sebepler gerçekleşmeden evvel de tipik bir fiil söz konusudur³⁵. Diğer taraftan bu sebepler fiili hukuka uygun da kalmaz³⁶. Dolayısıyla söz konusu bu sebeplerin hukuka uygunluk sebepleri çerçevesinde ele alınmaları da olanaklı değildir. Bunun doğal sonucu olarak bu sebeplerin maddi şartlarında düşülen hatanın kastı engelleyen hata kapsamında ele alınabilmesi mümkün değildir³⁷. Diğer taraftan söz konusu bu sebeplerin gerçekleşmesi failin kusur yeteneğini, haksızlık bilincini ve norma uygun davranmasının beklenebilirliğini etkileyen bir nitelik de arz etmezler³⁸. Bu halde kusur yeteneği bulunan fail, norma uygun davranabilecekken, niteliğini bildiği haksızlığı gerçekleştirmeyi tercih etmektedir ve dolayısıyla bu fiilin kınanabilir olduğu şüphesizdir³⁹. Dolayısıyla, hem bir fiili kasten işleyen hem de bunun hukuki anlam ve sonuçlarının bilincinde olan fail açısından bu sebeplerde düşülen hataya hukuken bir önem atfedilemez⁴⁰. Bu nedenle, şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hata ceza sorumluluğu açısından önemsiz bir hatadır ve bu hataya hukuken bir sonuç bağlanması mümkün değildir⁴¹. Bu çerçevede, söz konusu bu sebepler bütünüyle objektif nitelikte olup gerçekleşmeleri halinde failin bu durumun bilincinde olup olmaması, bu sebeplerden yararlanması açısından bir önem arz etmeyeceği gibi gerçekleşmemeleri halinde de failin bu hususta yanlışlığa düşmesi cezai sorumluluğunu etkilemeyecektir⁴². Buna göre örneğin (A), kendisine emanet edilen başkasına ait eşyayı mal edinirse, bunun aynı konutta yaşayan kardeşine ait olduğunu bilmese bile TCK m 167 (İtCK m 649) gereğince güveni kötüye kullanmaktan ceza almaz⁴³. Oysa mal bir başkasına ait olmasına rağmen yanlışlıkla kardeşine ait olduğunu zannederse cezalandırılacaktır; zira bu hususta düştüğü hatanın cezai sorumluluğuna herhangi bir etkisi söz konusu olmayacaktır⁴⁴.

B. Sübjektif Teoriler

1. Katı Sübjektif Teoriler

Alman ve İtalyan doktrinlerinde az sayıda yazar tarafından savunulan katı sübjektif teorilere göre şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartları açısından düşülen hatanın da failin ceza sorumluluğuna etki ettiği kabul edilmelidir. Ancak bu görüşü savunan yazarlarca birbirinden oldukça farklı teorik ve normatif gerekçeler ileri sürülmüştür.

Bu kapsamdaki yazarların bir kısmına göre suç teorisi açısından şahsi cezasızlık sebeplerinin haksızlık ve kusurluluk alanlarında bir fonksiyon ifa etmedikleri şüphesizdir. Bu nedenle, bunların maddi şartlarının somut olayda gerçekleştiği hususunda hataya düşen failin, bu hatasının suç teorisi açısından fiilin haksızlığını veya failin kusurluluğunu kaldırması olanaklı değildir. Bununla birlikte, bu belirlemeler suç teorisinin genel mantıksal çıkarımları niteliğinde olup herhangi bir hukuk eğitimi almamış normal bir failin bakış açısından, “fiilin haksızlık teşkil etmediğine” dair düşünce ile “cezalendiremez” olduğuna dair düşünce arasında niteliksel bir farkın olmadığı da bir gerçektir⁴⁵. Zira kanunun açıkça cezasız olarak nitelendirdiği bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağını bilen veya haklı olarak buna inanan kimse, esasen kanunun “çalmayacağını” emrini ihlal etmekle suçlanamayacağı düşüncesiyle hareket etmektedir ve bu düşüncesinde haksız olduğunu söylemek olanaklı değildir. Esasen meslek erbabı olmayan bir kimseden, hukuk alimleri arasında bile fikir birliğine varılmaktan çok uzak olan hukuka uygunluk, kusursuzluk ve cezasızlık gibi kavramlar

³⁴ Ramacci (n 1) 623. Benzer şekilde bkz Nuvolone (n 13) 205; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 470. Aynı anlama gelecek şekilde Önder (n 2) 388.

³⁵ Roxin (n 1) § 12, N 149; Jescheck und Weigend (n 28) 315-316.

³⁶ Ramacci (n 1) 623; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 471.

³⁷ Welzel (n 13) 59; Jescheck und Weigend (n 28) 315-316; Roxin (n 1) § 12, N 149; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 473; Palazzo (n 7) 598; Cocco (n 28) 1054; Öztürk ve Erdem (n 3) § 6, N 855; Zafer (n 3) 320-321; Hakeri (n 6) 428; Bulut (n 17) 33.

³⁸ Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 632. Nitekim bu görüşteki bazı yazarlara göre esasen bu sebeplerin bir kısmının ihdasında failin motivasyonuna da önem atfedildiği söylenebilir. Nitekim *Gropp*'a göre şahsi cezasızlık sebepleri dolayısıyla kişinin cezalandırılmaması, temelde, bir kişiye bağlı olgusal nedenlere ya da tamamen kişilerin kendilerinde bulunan kusurlulukla ilgili nedenlere dayanır. Bu anlamda milletvekili sorumsuzluğu (AICK § 36, § 37), Almanya'daki yabancı diplomatik temsilcilik üyelerinin, aile üyelerinin ve özel ev çalışanlarının yanı sıra Almanya'daki yabancı konsolosluk misyonlarının üyelerinin Alman yargı yetkisinden muaf tutulması (GVG §18, §19) vb kişiyle bağlantılı olgusal nedenlere örnek verilebilir. Kusurlulukla ilgili hallerde ise failin fiilini gerçekleştirirken kendisini motive etmek için özel bir baskı altında olduğu varsayılır ve bu durum da fiildeki kusur seviyesini azaltarak cezalandırma sonucunun uygunsuz görünmesine neden olur. Kusurlulukla ilgili hallerle ilişkin örnek olarak suçluyu kayırma suçunun failin yakınları lehine işlenmesi (AICK § 258/6), ensest ilişkide bulunan kişinin yaşının küçük olması nedeniyle cezasızlık (AICK § 173/3), kürtaj girişiminde bulunan kadının cezalandırılmaması (AICK §218/4) sayılabilir. *Gropp* (n 3) §8, N 17. Ancak yine yazara göre şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hata temelde önemsiz olup bunların objektif olarak var olup olmadığına bakılmalıdır. *Gropp* (n 3) §13, N 134. Meseleye benzer şekilde yaklaşan Otto'ya göre de kimi hallerde söz konusu sebeplerin kusuru azaltıcı bir etkisinin bulunduğu kabul edilebilirse de buna istinaden bu sebeplerin maddi şartlarında hataya önem atfedilebilmesi ve bu durumun ceza sorumluluğuna etkide bulunabilmesi için bu sebeplerin de failin motivasyonuna önem atfedilen mazeret sebeplerine benzer şekilde birer mazeret sebebi olarak tasnif edilmesi ve buna dair bir dogmatik gerekçe ortaya konulması gereklidir. *Yazara göre* söz konusu sebepler fiilin hukuka aykırılığı ve failin kusurundan bağımsız oldukları için somut olaydaki objektif varlıkları belirleyicidir. Otto (n 5) §20, N 4.

³⁹ Nitekim aşağıda sübjektif görüşleri ele alırken atf yapacağımız İtCK m 59/4'ü ele alan bazı yazarlar, burada geçen “*cezayı ortadan kaldıran haller*” ifadesinin her ne kadar oldukça geniş bir anlamsal alanı söz konusu olsa ve ilk yüzeysel okumada sanki aksi fikri destekliyormuş gibi görünse de sistematik olarak bu ifadenin şahsi cezasızlık sebeplerini kapsamının olanaksız olduğunu belirtmişlerdir. Buna göre bir haksızlığı gerçekleştiren kimsenin yanılarak bunun cezalandırılmaz olduğunu düşünmesinin mazur görülmemesi olanaksızdır. Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 634. Benzer şekilde bkz Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 473; Cadoppi e Veneziani (n 2) 565; Cocco (n 28) 1054.

⁴⁰ Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 634; Bulut (n 17) 35.

⁴¹ Welzel (n 13) 59; Otto (n 5) §20, N 4; Roxin (n 1) § 12, N 149; *Gropp* (n 3) §13, N 132; Jescheck und Weigend (n 28) 315-316; Ramacci (n 1) 623.

⁴² Roxin (n 1) § 12, N 149; Jescheck und Weigend (n 28) 315-316; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 473; Cocco (n 28) 1054.

⁴³ Bkz: *Gropp* (n 3) §8, N 20.

⁴⁴ Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 473; Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 634; Cocco (n 28) 1054-1055; Zafer (n 3) 321.

⁴⁵ Max Kohlhaas, ‘Der Irrtum über das Vorliegen oder Nichtvorliegen von persönlichen Strafausschließungsgründen’ [1958] ZStW (70), 219.

arasındaki ince ayrımları kavraması beklenebilir değildir⁴⁶. Bu açıdan bakıldığında failin bakış açısına göre, en geniş anlamda *haksızlık hatası*, fiil işlenmeden önce kendisinin tasavvur ettiği şeye göre değerlendirilmelidir ki bu onun için fiilin cezalandırılabilir bir fiil olmadığına dair hatayla eşdeğerdir. Öyleyse cezalandırılmayı engelleyen bir hususun varlığını bilen ve somut olayda da bu hususun gerçekleştiği zannıyla hareket eden kimse de neticede işlediği fiilin cezalandırılmaz olduğunu zannıyla hareket etmektedir ve bu durum onun açısından haksızlık hatasından farklı değildir. Dolayısıyla haksızlık hatasına sonuç bağlayan hukuk sisteminin, şahsi cezasızlık sebebinin maddi şartlarında hataya bir sonuç bağlamaması tasavvur edilebilir olmayacaktır. Bu çerçevede söz gelimi AICK § 247'nin bilahare yürürlükten kaldırılan 2. fıkrasında düzenlenen şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartları açısından düşünülen hata eğer kaçınılmaz mahiyette ise haksızlık hatasına ilişkin hüküm çerçevesinde failin ceza sorumluluğunun ortadan kalktığı kabul edilmelidir⁴⁷. Bahsedilen sabık düzenlemeye göre “*altsoya ya da üstsoya ya da eşlerin birbirlerine karşı işledikleri hırsızlık veya güveni kötüye kullanma cezalandırılmaz*”. Bu çerçevede failin, maddede belirtilen yakın akraba aleyhine işlenen hırsızlık ve güveni kötüye kullanma suçlarında hareketin konusunun aitlik durumuyla ilgili düştüğü kaçınılmaz hata, kendisini fiili işlemeye yönelttiyse, ceza sorumluluğundan söz edilemeyecektir^{48 49}.

İtalyan doktrininde cezalandırılabilirliğin suçun bir unsuru olduğunu kabul eden ve bu unsuru kaldıran sebeplerin maddi şartlarında hatayı da suçun unsurlarında hata temelinde çözümleyen istisnai bir görüş de şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hatanın failin ceza sorumluluğunu kaldıracağını kabul etmiştir. Bu görüşe göre ceza, kanunda suç olarak tanımlanan fiilin adeta bir mütemmim cüzüdür; cezasız bir suçtan bahsetmek için doğasına aykırıdır. Bunun doğal sonucu olarak cezalandırılabilirlik tipikliğin bir unsurudur ve şahsi cezasızlık sebeplerinin söz konusu olduğu hallerde artık tipiklikten söz edilemez. Özellikle failin niteliğine cezalandırılma noktasında bir sonuç bağlandığı hallerde bu nitelik failin bir vasfı, dolayısıyla tipik haksızlığın bir parçasıdır. Nitekim örneğin yakın akraba aleyhine işlenen malvarlığına karşı suçlarda şahsi cezasızlık sebebi öngören İtCK m 649 açısından bakarsak; esasen “akrabanın” bir malı çalması ile “bir yabancının” çalması arasında “hareket” açısından bir fark söz konusu değilse de “fail” açısından bir fark vardır ve bu fark, yasaklanan eyleme dair tarif açısından bir sonuç doğuracaktır. Zira ilk ve ikinci olasılıkta esasen iki farklı tipiklik değerlendirmesi söz konusudur ve ikincisi açısından cezalandırılması gereken bir haksızlıktan söz eden kanun, ilki açısından tam aksini söylemektedir⁵⁰. Esasen kanunun açıkça cezalandırmama sonucunu doğurduğu bir olasılık açısından “suç için aranan karaktere uygun seviyede bir antisosyal fiilden” söz edilemeyeceği kabul edilmelidir⁵¹. Bu fiillerin, yine cezalandırmama sonucunu doğuran meşru savunma halinde bulunulmasından farklı olarak hukuka aykırılıklarından söz edilmesi mümkün ise de ifade ettikleri antisosyalliğin ağırlığı itibarıyla cezaya layık olduklarından, haliyle de “bir ceza normuna aykırılıktan” söz etmek olanaklı değildir⁵². Dolayısıyla somut olayda bir şahsi cezasızlık sebebinin bulunması, nihayetinde fiilin ceza normundaki tarife yani tipe uygun olmaması sonucunu doğurur. Bu çerçevede bu sebeplerin maddi şartlarındaki hata açısından da tipiklikte hatayı düzenleyen İtCK m 47 hükmüne göre değerlendirme yapılmalıdır⁵³.

Yine İtalyan doktrininde şahsi cezasızlık sebeplerinde hatanın ceza sorumluluğuna etkisinin söz konusu olması gerektiğini belirten diğer bazı yazarlar ise meseleyi suçun maddi unsurlarında hatayı düzenleyen İtCK m 47 temelinde değil suça etki eden hallerin maddi şartlarında hatayı düzenleyen İtCK m 59/4 temelinde ele almaktadırlar. Bu görüşteki yazarlar, “*fail, yanılarak cezayı ortadan kaldıran hallerin gerçekleştiğini zannederse bu haller daima lehine olarak değerlendirilir. Ancak failin taksirinden*

⁴⁶ Kohlhaas (n 45) 219.

⁴⁷ Kohlhaas (n 45) 223-224. *Horn*, bu husustaki görüşleri incelediği makalesinde, Celle Yüksek Mahkemesi'nin de temelinde bu husustaki hatayı önemli bulmadığını not etmekle birlikte, bu durumun haksızlık hatası kapsamında telakki edilebileceğine hükmettiğini belirtmektedir. Bkz: Eckhard Horn, ‘Zum Irrtum beim Ehegattendiebstahl’ [1971] MDR (1), 9.

⁴⁸ Kohlhaas (n 45) 224. Ancak yazar, aynı mantıkla, şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında tersine hata halinde, bu sefer failin cezalandırılması gerektiği kanaatindedir. Zira fail, cezalandırılabilir bir fiil icra ettiğini bilmesine rağmen söz konusu fiili icra etmekten imtina etmemektedir. Bu şekilde bir motivasyonla hareket eden failin söz konusu cezasızlık sebebinden yararlanması mümkün olmamalıdır. Bkz: Ibid.

⁴⁹ Bu teori doktrinde eleştirilmiş olup örneğin *Horn*'a göre bu görüş “cezasızlık bilincini” yani işlenen fiilin cezasız kalacağına dair bilinci cezasızlığın bir önartı haline getirmekte olup bunun kabulü olanaklı değildir. Zira bu görüşün gerekçelerinin tutarlı olabilmeleri için failin, somut olayda, motivasyonunu belirleyen temel husus olan “belli bir akrabalık ilişkisinin işlenen bazı fiilleri cezasız kıldığı” bilinciyle hareket etmesi gerekmektedir. *Kohlhaas* bu noktada görüşünü her ne kadar hukukçu olmayan bir kimse açısından haksızlık yanlılığı ile cezasızlık sebebinin aynı şekilde algılanacağı düşüncesinde temellendirse de esasen bizatihi kendi görüşünü bu iki kurum arasındaki anlamsal ayrım üzerinde şekillendirmektedir. Zira neticede *Kohlhaas* “cezasızlığa” dair bilinç ile “maddi cezasızlık sebebine dair bilinci” birbirinden ayırmakta ve örneğin failin, cezasızlık sebebinin bilse bile gerçekte bir yakınına ait malı, bir başkasına ait zannederek çalması halinde cezalandırılması gerektiği sonucuna varmaktadır. Böyle bir bakış açısı ise ancak kast ve haksızlık bilincine dair ayrımın failin zihninde de bir yansımaya varsa anlamlı olabilir. Oysa yazarın görüşünün mantıksal sonucu; “bilmenin” ancak önceden var olan objektif durumu ilgili olması yani failin, cezasızlık sebebinden yararlanması için mağdur ile olan ilişkisini tasavvur etmiş olmasının yeterli kabul edilmesidir. Dolayısıyla yazarın görüşlerinin çıkış noktası ve sonuçları uyumsuz olduğu gibi dayandığı gerekçe de kendi içinde tutarlı değildir. Bkz: Horn (n 47) 10.

⁵⁰ Alfredo De Marsico, *Delitti contro il patrimonio* (E Jovene 1951) 229.

⁵¹ De Marsico (n 50) 230. Ayrıca bkz: Ranieri (n 2) 289. Aşağıda alıntılarımız Yargıtay 2. Ceza Dairesi kararında da “kişide hataya” vurgu yapılmıştır.

⁵² De Marsico (n 50) 230 ve 232.

⁵³ De Marsico (n 50) 232. De Marsico ceza hukuku genel hükümler kitabının daha sonraki bir tarihte yayınlanan 2. baskısında, 59. maddenin 1. fıkrasındaki “ceza ortadan kaldıran haller” ifadesinin hukuka uygunluk sebeplerini de kapsayan ancak bununla sınırlı olarak algılanamayacak şekilde geniş bir anlamda kullanıldığını belirtmekte ve buna m 649/1'i de örnek göstermektedir. Ceza ortadan kaldıran sebeplerde hatanın ise failin kasıtlı suçlar açısından ceza sorumluluğunu ortadan kaldırdığını belirtmekte, ancak burada şahsi cezasızlık sebeplerine özel bir açıklama yapmamaktadır. Bkz: Alfredo De Marsico, *Diritto penale, Parte generale* (2. Edz, E Jovene 1969) 227-228. Yazarın bu görüşleri hem gerekçesi hem de sebebiyet verdiği hukuki sonuçlar yönünden eleştirilmiştir. Evvela bu görüşün “ceza” ve “suç” arasında kurduğu irtibat kabul edilebilir değildir. Her suç açısından doğal olarak bir ceza öngörülmesi farklı bir şey suç teşkil eden her fiilin cezalandırılması farklı bir şeydir ve bizatihi ceza kanunu bazı hallerde bu ikinciden imtina etmiştir. Ceza hukukunun iki momenti olarak ‘norm’ ve ‘yaptırım’ kendi özellikleri olan kavramlardır ve yaptırımın somut olayda uygulanmazlığı, ilgili fiilin suç teşkil ettiği gerçeğini değiştirmemektedir. Bu açıdan ceza, suçun ne kurucu unsuru ne de ondan ayrılmaz bir sonucudur. Diğer taraftan bu görüşün kabulü halinde sadece hataya düşen fail değil fakat onun yanında şerikler de cezalandırılmayacaktır. Zira suça iştirak kasıtlı ve hukuka aykırı bir fiilin varlığını gerektirir. Oysa şahsi cezasızlık sebeplerinin kabul edilmesi ile böyle bir neticenin hedeflenmeyeceği şüphesizdir. Aksine kanun, hukuksal korumadan fail yönünden dahi vazgeçmiş değildir. Bkz: Vassalli (n 1) 619-620.

kaynaklı bir hata söz konusu ise ve suçun taksirli hali kanunda öngörülmüş ise ceza sorumluluğu ortadan kalkmaz” şeklindeki bu hükmün lafzında herhangi bir ayırım yapılmadığını, bu çerçevede ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran tüm hallerin bu hüküm çerçevesinde değerlendirilebileceğini ileri sürmektedir⁵⁴. Bu görüşe göre her ne kadar bu hüküm, objektif teori taraftarı İtalyan yazarlarca yalnızca hukuka uygunluk nedenlerinin ve/veya mazeret nedenlerinin maddi koşullarında hatayla sınırlı olarak ele alınmakta ise de bu yaklaşım doğru değildir. Bu noktada sübjektif teori taraftarı yazarlar temelde, söz konusu hükmün ilk fıkrasında cezayı ortadan kaldıran sebeplerin gerçekleşmesi halinde, fail bunları bilmesede dahi onun lehine uygulanacağını öngörülmüş olmasından ve bu hükmün şahsi cezasızlık sebepleri için de cari olacağı hususunun genel olarak kabul ediliyor olmasından⁵⁵ yola çıkmaktadır: Aynı maddenin yukarıda alıntılıdığımız 4. fıkrası da ifade biçimi itibariyle aynı anlamsal genişliği haiz olup şahsi cezasızlık sebeplerinin 59. maddenin birinci fıkrası kapsamına girdiğini ve fakat aynı maddenin dördüncü fıkrasının kapsamına girmediğini iddia etmek ve bu hükmü sadece hukuka uygunluk sebeplerinin veya mazeret nedenlerinin maddi şartlarında hatayla sınırlı olarak kabul etmek için bir sebep söz konusu değildir. Aksine kanun, bahsi geçen İtCK m 59/4’te, yanılarak “cezayı ortadan kaldıran hallerin” gerçekleştiğini zanneden failin daima bu sebeplerden yararlanacağını açıkça hükme bağlamış ve bu konuda herhangi bir istisnaya da yer vermemiştir⁵⁶. Bu durum karşısında, şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hatanın da bu fıkra kapsamında olduğunu kabul etmek gerekir⁵⁷. Zira kanun koyucunun, aynı normda ve birkaç satır uzaklıkta aynı anlama gelecek sözcükleri kullanırken, aslında birbirinden farklı hukuki kurumları kastettiğinin iddia edilmesi, yerleşmiş mantık ve yorum ilkeleri çerçevesinde kabul edilebilir olmayacaktır⁵⁸. Kanun koyucunun tercih ettiği bu açık ifadeler karşısında; sırf dogmatik bazı kabullerden yola çıkarak bu hükmün, sadece hukuka uygunluk sebeplerinin veya mazeret nedenlerinin maddi şartlarında hatayla sınırlı olarak uygulanması gerektiğinin iddia edilmesini haklı kılacak hiçbir semantik gerekçe söz konusu değildir⁵⁹. Bu çerçevede şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında düşülen hatanın da bu fıkra kapsamında değerlendirilmesi ve bu halde, söz konusu şahsi cezasızlık sebebinin, failin lehine uygulanması gerekmektedir⁶⁰.

2. Sınırlı Sübjektif Teoriler

Sınırlı sübjektif teoriler başlığı altında topladığımız görüşler esas itibariyle objektif teorilerin argümanlarını reddetmemekle veya bu konuda genel bir değerlendirme yapmamakla birlikte, belli suçlar açısından ihdas edilen şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında düşülen hatanın failin ceza sorumluluğunu ortadan kaldıracığını ileri sürmektedirler. Ancak aşağıda inceleyeceğimiz ayırıcı teoriden farklı olarak, bu grupta sınıflandırdığımız yazarlar, birbirinden oldukça farklı teorik ve normatif gerekçeler ileri sürmekte ve şahsi cezasızlık sebepleri arasında kategorik bir ayırım da yapmamaktadırlar.

Bu gruptaki yazarların bazılarına göre esas itibariyle şahsi cezasızlık sebepleri objektif mahiyette olup bunların maddi şartlarında düşülen hatanın failin ceza sorumluluğuna etki etmesi olanaklı değildir. Zira söz konusu sebepler tipiklik ve hukuka aykırılık dışında konumlandığından, bu sebeplerin maddi şartlarında hataya düşen fail hakkında kastı kaldırır hata hükümlerinin uygulanması zaten mümkün değildir⁶¹. Bu nedenle failin bu sebeplerin maddi şartlarının somut olayda gerçekleştiği yönündeki hatası cezalandırılabilirliğini etkilemeyecektir⁶². Ancak şahsi cezasızlık sebeplerinin tümü aynı esasa dayandırılabilir ve bu nedenle de suç teorisi açısından aynı sonuçlara bağlanabilecek mahiyette de değildir ve bunların bazılarında failin sübjektif durumunu dikkate almamızı gerektiren ihdas nedenleri söz konusudur⁶³. Bu çerçevede örneğin kanun koyucu, suçluyu kayırma suçunu (AICK § 258) yakını lehine işlemesi halinde failin zorunluluk haline benzer şekilde sadakat duygusu açısından bir çatışma durumunda olduğunu varsaymıştır (AICK § 258/6)⁶⁴. Bu gibi hallerde söz konusu şahsi cezasızlık sebebinin maddi şartlarında

⁵⁴ Vassalli (n 1) 624.

⁵⁵ Nitekim İtCK m 59/1’in şahsi cezasızlık sebepleri açısından cari olacağı yönünde bkz Frosali (n 24) I, N 63; Pisapia (n 25) 177; De Marsico (n 53) 227.

⁵⁶ Vassalli (n 1) 624.

⁵⁷ Vassalli (n 1) 624-625. Ancak Vassalli bu değerlendirmenin mantıksal olarak fiil anında var olan sebepler ile sınırlı olduğunu ve cezayı ortadan kaldıran şahsi sebeplerin bu kapsamda kabul edilemeyeceğini vurgulamaktadır. Bkz Vassalli (n 1) 625. Aynı görüşte olan Pecorella da İtCK m 59’un genel ifadesinin şahsi cezasızlık sebeplerini de kapsadığını ancak bunun mantıksal sınırlarının da elbette olabileceğini ifade etmektedir. Gaetano Pecorella ‘Semantica versus ideologie: L’errore sulle cd cause di esclusione della pena’ [2019] Archivio Penale 2019(2), 22.

⁵⁸ Pecorella (n 57) 21. Yazar, bunun daha zayıf olmayan başka bir normatif dayanağının da İtCMK m 273/3 ve 530/3 hükümleri olduğunu ifade etmektedir. Her iki hükümde de kanun, hem “hukuka uygunluk nedenlerine” hem de “şahsi cezasızlık sebeplerine” ayrı ayrı değinmiş ve fakat bunları “aynı sonuca” tabi tutmuştur. Bu durum da kanun koyucunun, birbirinden farklı olarak ele alsın bile iki kurumu aynı sonuçlara tabi kılabilirdiğini ortaya koymaktadır. Bu durumun İtCK m 59 açısından cari olmaması için bir sebep söz konusu değildir.

⁵⁹ Pecorella (n 57) 22. Ayrıca bkz ve kry Grosso (n 2) 93 vd.

⁶⁰ Bu görüşü eleştiren yazarlara göre İtCK m 59/4’te geçen “cezayı ortadan kaldıran haller” ifadesinin her ne kadar oldukça geniş bir anlamsal alanı söz konusu olsa ve ilk yüzeysel okumada sanki aksi fikri destekliyormuş gibi görünse de “sistematik olarak” bu ifadenin şahsi cezasızlık sebeplerini kapsamaması olanaksızdır. Nitekim bu hüküm, ceza kanununun genel sistematigi çerçevesinde, esasen hatanın bir mazeret teşkil etmesi esası üzerine bina edilmiştir. Oysa bir haksızlığı gerçekleştiren kimsenin yanılarak bunun cezalandırılmaması olduğunu düşünmesinin mazur görülebilecek bir yönü söz konusu değildir. Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 634. Benzer şekilde Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 473; Cadoppi e Veneziani (n 2) 565.

⁶¹ Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §24, N 7.

⁶² Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §24, N 7.

⁶³ Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §24, N 8.

⁶⁴ Reinhart Maurach, Friedrich-Christian Schroeder und Manfred Maiwald, *Strafrecht Besonderer Teil, Teil Band 2, strafaten gegen Geimenschaftswerte* (10. Auflage, C F Müller 2012) §100, N 24; Gunther Arzt, Ulrich Weber, Bernd Heinrich und Eric Hilgendorf, *Strafrecht Besonderer Teil* (Ernst und Werner 2009) §26, N 16; Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §24, N 9. Bu mesele İtalyan ceza hukuku doktrininde daha farklı bir şekilde çözümlenmektedir. İtCK’nun AICK § 258’e karşılık gelen ve failin, adliyeeye karşı işlenen bazı suçları “kendisi veya bir yakının özgürlüğü veya onuru için yakın ve kaçılmaz bir zarardan koruma zorunluluğu altında işlenmesi” halinde cezalandırılmayacağına ilişkin m 384/1 hükmü bir zorunluluğu ele alması itibariyle özel bir “mazeret nedeni” olarak görülmektedir. Bu çerçevede, bu husustaki hataya ilişkin olarak m 59/4’ün uygulanması açısından bir sorun söz konusu olmadığı

hata, benzer bir çatışma durumunun söz konusu olduğu zorunluluk halinin maddi şartlarında hataya (AICK § 35/2) benzer bir şekilde ele alınmalıdır⁶⁵. Buna göre AICK § 258’de düzenlenen suçluyu kayırma suçuna ilişkin aynı paragrafın son fıkrasında yer alan şahsi cezasızlık sebebinin maddi şartlarında kaçınılmaz bir hataya düşen fail hakkında AICK § 35/2 uyarınca cezaya hükmolunmamalı ve fakat eğer bu hata kaçınılabılır bir hata ise fail hakkında verilecek cezada AICK § 49/1 uyarınca indirim yapılmalıdır⁶⁶.

Alman doktrinindeki bazı yazarlara göre ise şahsi cezasızlık sebepleri fiilin haksızlık niteliği veya failin kusurluluğu yönünden herhangi bir etkide bulunamayacağından bunlara dair maddi şartlarda hatanın da failin ceza sorumluluğuna bir etkide bulunması mümkün değildir⁶⁷. Buna karşılık bu sebeplerde düşülen hata, failin fiili yönünden genel bir haksızlık hatasının kaynağı olabilir. Eğer somut olayda böyle bir durum söz konusu ise haksızlık hatasına ilişkin hükümler uygulanmalıdır⁶⁸.

Yine bu gruptaki bazı yazarlar, şahsi cezasızlık sebeplerinin esas itibariyle çeşitli suç politikası gerekçeleriyle kabul edildiğini ve bunlardaki hatanın kural olarak ceza sorumluluğunu etkilemesinin mümkün olamayacağını ifade etmekle birlikte istisnai olarak suçluyu kayırma suçuna (AICK § 258) ilişkin yukarıda zikrettiğimiz şahsi cezasızlık sebepleri ve bunun dışında ayrıca üstsoy veya eş aleyhine hırsızlık ve güveni kötüye kullanma suçlarının işlenmesi halinde şahsi cezasızlık sebebi öngören AICK § 247’nin (bilahare yürürlükten kaldırılan) 2. fıkrası açısından düşülen hatanın, mahiyeti itibariyle ceza sorumluluğunu kaldıracağını ileri sürmüşlerdir⁶⁹. Bu kapsamda, AICK § 247/2’de sadece aile ilişkilerine karışmama şeklindeki bir suç politikası anlayışının değil⁷⁰ ve fakat ondan daha önemli olarak failin kusuruyla ilintili şekilde yakın ilişkilerden kaynaklanan ayrıcalıklı bir durumun söz konusu olduğunu ifade eden yazarlara göre bu halde kanun koyucu, fiilin toplumsal kınanabilirliğinin son derece az olması nedeniyle cezalandırmaktan sarfınazar etmektedir⁷¹. Gerçekten, eşler arasındaki yakın birlikte yaşama, birbirlerinin mülkleri arasındaki keskin sınırları bulanıklaştırmaktadır öyle ki bir eşin mülkiyeti, diğer eş için otomatik olarak dokunulmaz durumda değildir. Harçlığını kocasının cüzdanına ulaşılarak tamamlayan bir eşin gerçekleştirdiği fiilin haksızlık teşkil ettiği şüphesizdir ve fakat bu eş, aynı fiili üçüncü bir kişinin cüzdanına ulaşılarak işlemiş gibi de değildir. Zira bu halde kanunun emirlerine karşı gerçekleştirilen fiil, toplumsal olarak o kadar az ağırlığa sahiptir ki, hukuk sisteminin otoritesinin sağlanması için ona ceza ile tepki verilmesine gerek yoktur⁷². Üstsoy ile altsoy arasındaki ilişkide de benzer bir durum gözlemlenebilir. Mali sıkıntısını oğlunun kumbarasını boşaltarak çözen baba, ihtiyacı olduğu bu parayı işverenin veya üyesi olduğu derneğin kasasından alması fiilinde olduğu gibi aynı nitelikte sosyo-etik bir kınama ile muhatap olmayacaktır⁷³. Elbette aile bireyleri arasında işlenebilecek ve bu belirtilen kapsama girmeyen suçlar da söz konusu olabilir ve özellikle çok değerli bir şeyin çalınması halinde farklı bir değerlendirme yapmak da gerekebilir. Ancak bu gibi istisnai durumlar, kanunun AICK § 247/2’de ihdas edilen cezasızlık sebebi açısından kusur içeriğinin ağırlığını hesaba kattığı gerçeğini değiştirmeyecektir⁷⁴. Bu tespitlerin doğal sonucu olarak fail eğer hataya düşerek eşini yerine bir başkasına ait parayı çalmış ise bu hatasından ve şahsi cezasızlık sebebinden yararlanmalıdır. Zira AICK § 247/2’in ihdas nedeni fail açısından bulunulacak kusur yargısıyla ilgili olduğuna göre yalnızca objektif durumun belirleyici olması mümkün değildir. Şahsi cezasızlık sebepleri açısından da failin fiil motivasyonunu etkileyen hata hallerinin ceza sorumluluğunu etkilediği kabul edilmeli ve fail bu halde de AICK § 247/2’de ihdas edilen cezasızlık sebebinden yararlanmalıdır⁷⁵.

zira bu hükmün mazeret nedenlerinin maddi şartlarında hatayı da kapsadığı konusunda bir tereddüt bulunmadığı kabul edilmektedir. Bkz Padovani (n 2) 307; Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 632. Nitekim bu hususun sebebi değerlendirilen bazı yazarlara göre bu halde norma uygun davranışın beklenebilirliği söz konusu olmadığından, bu tip sebepler failin “motivasyonunu” şekillendirmekte olup bunlarda düşülen hata da failin fiil motivasyonunu etkileyecektir. Bkz Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 636. Ancak bu belirttiğimiz son yazarların yakın akraba aleyhine işlenen malvarlığına karşı suçlarda cezasızlık öngören m 649 hükmünün maddi şartlarında hatanın fiilin kınanabilirliğini etkilemediğini kabul ettiklerini de not etmeliyiz. Bkz Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 634.

⁶⁵ Artz, Weber, Heinrich und Hilgendorf (n 64) §26, N 16; Maurach, Schroeder und Mainwald (n 64) §100, N 24.

⁶⁶ Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §24, N 7; Maurach, Schroeder und Mainwald (n 64) §100, N 24.

⁶⁷ Fischer (n 2) §247, N 4.

⁶⁸ Fischer (n 2) §247, N 4. *Lackner/Maassen* eserlerinin 5. baskısında hırsızlık ve güveni kötüye kullanma suçlarının yakın akraba aleyhine işlenmesi meselesini incelerken, bu hususta failin düşüğü hatanın şahsi cezasızlık sebebinin uygulanması açısından önemsiz olduğunu belirtmiş (Karl Lackner und Hermann Maassen, *Strafgesetzbuch* [5. Auflage, C H Beck 1969] §247, N 4), eserlerinin 7. ve sonraki baskılarında da aynı hususu tekrarlamakla birlikte bu hatanın fiilin geneline dair bir haksızlık hatasının kaynağı olabileceği hususunu da eklemiştir. Bkz Lackner und Maassen (n 18) §247, N 4.

⁶⁹ Walter Stree, ‘Der Irrtum des Täters über die Angehörigeneinschaft seines Opfers’ [1962] FamRZ, 55. Anılan ve bilahare yürürlükten kaldırılan AICK § 247/2’ye göre “*Altsoya, üstsoya ya da eşlerin birbirlerine karşı işledikleri hırsızlık veya güveni kötüye kullanma cezalandırılmaz*”.

⁷⁰ Aksi yönde bkz Bernd von Heintschel-Heinegg, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1* (3. Auflage, C H Beck 2017) §16, N 146. Yazara göre bu gibi hallerde şahsi cezasızlık sebebinin ihdasındaki amaç devletin belirli kişisel ilişkilerden uzak durmak istemesi olduğundan, bu sebepler de sadece objektif duruma bağlı olabilir.

⁷¹ Stree’ye göre kanunun, diğer malvarlığına karşı suçlarda cezai müdahaleden çekinmemesine karşılık sadece hırsızlık ve güveni kötüye kullanma suçu açısından şahsi cezasızlık sebebinin kabul etmesi karşısında burada amaç aile ilişkilerine devletin müdahale etmek istemesi olamaz. Aksine AICK § 247/2’deki cezasızlık, farklı bir perspektiften, yani fail ile mağdur arasındaki, failin kusuruyla ilgili olan yakın ilişkilerden kaynaklanan ayrıcalıklı bir durum olarak ele alınmıştır. Bkz Stree (n 69) 58.

⁷² Stree (n 69) 58.

⁷³ Stree (n 69) 58.

⁷⁴ Stree (n 69) 58.

⁷⁵ Stree (n 69) 60. Yazar benzeri bir değerlendirmeyi daha sonraki bir çalışmasında suçluyu kayırma suçunun düzenlendiği AICK § 258 maddesindeki şahsi cezasızlık sebebi için de yapmıştır. Nitekim yazara göre kanun koyucu, bir akraba ya da failin bizatihi kendisi lehine ceza kovuşturmanın engellenmesi mahiyetinde bir fiil işlerken, zorunluluk hali benzeri bir çatışma durumunu dikkate almaktadır. Ancak yazar, ayrıca teorileri savunan yazarların aksine bu halde mazeret nedenlerinin maddi şartlarında hataya dair § 35/2’ye başvurulmasının çelişkili olacağını ifade etmiştir. Zira yazara göre failin yakın akrabası lehine bu suçu işlemesi ihtimalini ele alan § 258/6 ile failin kendisi lehine işlemesi ihtimalinin düzenlendiği § 258/5 arasında, hükmün *ratio legis*ine dair “çatışma durumu” izahı açısından temelde hiçbir fark yoktur. Eğer sorunun § 35/2’ye göre çözülmesi gerektiği kabul edilirse her iki halde de düşülen hatanın “kaçınılabılır” olup olmadığına bakılacaktır. Oysa § 258/5 kapsamına giren hallerde failin bizatihi kendisine dair olasılıklar söz konusu olacağı için hatanın kaçınılabılır bir hata olmasını aramak aslında hataya sonuç bağlamamak anlamına gelir. Dolayısıyla bu olasılık açısından hatanın kaçınılabılır olmaması hiçbir şeyi ifade etmeyecektir. Bu halde mecburen aranmayacak kaçınılabılır olma şartının bu sefer § 258/6 için aranması ise çelişkili olacaktır. Zira § 258/5-6’da kanun koyucu failin, kendisini koruması ile bir yakını korumasını eşit

Benzer şekilde İtalyan doktrininde genel anlamda şahsi cezasızlık sebeplerinde hata açısından bir sonuca varmayan bazı yazarlarca, İtCK'nun yakın akraba aleyhine işlenen malvarlığına karşı suçlarda uygulanabilen şahsi cezasızlık sebebinin düzenleyen 649. maddesi açısından failin düştüğü hataya da cezasızlık sonucunun bağlanması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüşte olan yazarların bir kısmına göre failin ya da mağdurun kişisel özelliklerine ilişkin cezasızlık sebepleri tam olarak İtCK m 59/4'te ifadesini bulan "cezayı kaldıran sebepler" ibaresi kapsamına girmektedir ve bu sebeplerin maddi şartlarında hata açısından da bu madde hükmü uygulanmalıdır⁷⁶. Nitekim bu fıkra, kaleme alınışı itibarıyla oldukça geniş bir anlama sahip görünmektedir ve hukuka uygunluk sebepleri, mazeret sebepleri ve niteliğine uyduğu müddetçe cezalandırmayı önleyen diğer sebepler hakkında da uygulanabilir durumdadır⁷⁷. Esasen bu hüküm, farklı bir hükme (örneğin m 47 veya 59/2) dayalı olarak farklı bir çözüme ulaşılmasının gerekli olmadığı veya durumun niteliğinin farklı bir çözüme işaret etmediği hallerde uygulanacak genel ve tali bir kural mahiyetindedir⁷⁸. Bu çerçevede eğer fail, İtCK m 649/1 kapsamına girecek şekilde yakın bir akrabasına ait bir mal üzerinde failini icra ettiğini zannetmekteyse söz konusu bu hatasından yararlanacak ve kasıtlı suç nedeniyle sorumlu tutulamayacaktır. Bu halde fail, somut olayda mağdura ait niteliklerden birinde yanılmıştır ve bu yanığı ne suçun maddi unsurlarına ne de nitelikli hallerle ilişkin bir yanığı olduğundan m 47 ya da m 59/2 kapsamında değil bunlara göre tali mahiyetteki m 59/4'e göre çözümlenmelidir⁷⁹. Bu sebeple fail, gerçekte babasına ait olduğu zanıyla bir başkasına ait malı çalarsa m 59/4 nedeniyle bu hatasından yararlanacak ve -bu suç taksirle de işlenemeyeceğinden- hırsızlık suçundan dolayı cezalandırılmayacaktır⁸⁰.

Diğer bazı yazarlara göre ise İtCK m 649'un uygulanması açısından sadece objektif duruma değil ve fakat failin tasavvuruna da bakılmalıdır⁸¹. Bu çerçevede bu maddede belirtilen akrabalardan birine ait olduğu zanıyla aslında bir başkasına ait eşya üzerinde kanunda belirtilen suçlardan birinin işlenmesi (örneğin failin babasına ait olduğu zanıyla bir başkasına ait eşyayı (ç)alması) halinde 649. madde yine de uygulanacaktır. Zira bu halde, failin gerçek durumu bilseydi tipik fiili işlemeyeceği varsayılmalıdır⁸². Bu da söz konusu hatanın esaslı bir fiili hata olduğunu göstermektedir ve bu da failin kastını kaldıracaktır. Malvarlığına karşı suçların taksirli halleri kanunda öngörülmediğinden failin, bu hataya taksirli olarak düşüp düşmediği de bu açıdan önemli değildir⁸³.

Benzer şekilde Türk doktrininde de malvarlığına karşı suçların yakın akraba aleyhine işlenmesi halinde faile ceza verilmemesini veya verilecek cezada indirimine gidilmesini öngören ETCK m 524 açısından bazı yazarlar, eğer fail bu hükmün maddi şartlarında hataya düşmüş ise bunun ceza sorumluluğunu etkileyeceğini kabul etmişlerdir⁸⁴. Bu görüş esaslı fiili hata-esaslı olmayan fiili hata ayırımından hareket etmiş ve bu halde failin gerçeği bilse idi, suçu işlemeyeceğinin farz olunacağını ileri sürmüştür⁸⁵. Bu sebeple fail, bu halde söz konusu esaslı hatasından yararlanmalıdır.

Yeni TCK döneminde fail yanılarak bir başkasına ait malı babasına ait olduğu zanıyla (ç)almış ise hakkında yine de TCK m 167 hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunan diğer bazı yazarlar ise bu hususta TCK m 30/2 hükmünden hareket etmektedirler. Buna göre anılan hükümde her ne kadar daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerden söz edilmiş ise de cezasızlık nedeni konusunda hataya düşen kişinin de bu hatasından yararlanabilmesi gerektiği kabul edilmelidir⁸⁶. Bu çerçevede TCK m 167'de düzenlenen şahsi cezasızlık sebebinin maddi şartlarında hataya düşen fail hakkında TCK m 30/2 hükmü uygulanacak ve bu hükümde failin hatasından yararlanacağı düzenlendiğinden m 167 hükmüne göre uygulama yapılacaktır⁸⁷.

bir zemine oturtmuştur. Bir hatanın iki halde birbirinden farklı değerlendirilmesi bu eşitlikle bağdaşmayacaktır. Bu nedenle sorunun çözümü açısından § 35/2'nin uygulanması olanaklı olmayıp yazara göre fail, yanlışlıkla bir akrabasına yardım ettiğini varsayarsa, 258. maddeye göre cezasızlık, kısıtlama olmaksızın kabul edilmelidir. *Bkz* Walter Stree, 'Begünstigung, Strafreitelung und Hehlerei' [1976] *Juristische Schulung Zeitschrift für Studium und Ausbildung* 16 (3), 141. Ancak yazarın bu sonuca varmak noktasında hangi normdan hareket ettiği açık değildir ve bu açıklamalar çerçevesinde akla sadece suçun nitelikli hallerinde hatanın düzenlendiği AICK § 16/2 gelmektedir. Bu muğlaklık § 247/2 açısından kaleme aldığı ve görüşlerini yukarıda aktardığımız çalışması açısından daha da yoğundur ve yazarın kusur temelindeki izahı bu sefer akla § 35/2'yi getirmektedir.

⁷⁶ Pisapia (n 25) 178-179.

⁷⁷ Nitekim bu yönde bkz Bettiol (n 2) 411.

⁷⁸ Nino Levi, "Art 59", in: *Il codice penale illustrato articolo per articolo, vol I*, 256'dan nkl Pisapia (n 25) 178.

⁷⁹ Pisapia (n 25) 179. *Ranieri* şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında düşülen hatanın İtCK m 59'a göre çözümleneceğini belirtmekle birlikte (*bkz* Ranieri [n 2] 192 vd) m 649/1 hükmünde düşülen hata halini "kastı kaldıran hata" bahsinde ele almış ve örneğin eşinin olduğu zanıyla bir başkasına ait malı çalan kimsenin ceza sorumluluğunun bulunmayacağı sonucuna varılacağını belirtmiştir. Yazara göre bu halde fail, "mağdurun şahsında hataya düşmektedir" ve kanun bu niteliğin bulunmasına cezasızlık sonucu bağlamıştır. *Bkz* Ranieri (n 2) 289. Dolayısıyla yazar söz konusu hatayı açık şekilde fiili hata (m 47) olarak nitelendirmekte ve kişide hata olduğunu belirterek neticede İtCK m 59/4 kapsamında ele almaktadır.

⁸⁰ Pisapia (n 25) 180.

⁸¹ Vincenzo Manzini, *Trattato di diritto penale italiano, Vol IX: Delitti contro il patrimonio*, A cura del Pietro Nuvolone (5. Edz, UTET 1986) 353.

⁸² Manzini (n 81) IX 353.

⁸³ Manzini (n 81) IX 353.

⁸⁴ Faruk Erem, *Ünvanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (10. Baskı, Sevinç 1973) N 147.

⁸⁵ Erem (n 84) N 147.

⁸⁶ Durmuş Tezcan, M Ruhan Erdem ve R Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (20. Baskı, Seçkin 2022) 962; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 444; Recep Gülşen, 'Malvarlığına Karşı Suçlar Açısından Akrabalık Bağının Etkisi (TCK m 167)' in: Mahmut Koca (Ed), *Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan* (Seçkin 2020) 479; Doğan Gedik 'Ceza Hukukunda Şahsi Cezasızlık Sebepleri' [2006] *Yargıtay Dergisi* 32(4), 575. Bu görüşü eleştiren yazarlar ise TCK m 30/2 hükmünün şahsi cezasızlık sebepleri hakkında uygulanamayacağını zira nitelikli hallerin ve şahsi cezasızlık sebeplerinin birbirinden çok farklı müesseseler olduğunu belirtmişlerdir. Buna göre suçun nitelikli halleri haksızlığın objektif yapısı içindedir ve haliyle kastın kapsamındadır. Şahsi cezasızlık sebepleri ise kastın kapsamında değildir. Bu nedenle kastı kaldıran hataya ilişkin hükümler şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hata için uygulanamaz. *Bkz* Bulut (n 17) 34-35; Serdar Raviş, 'Türk Ceza Hukukunda Şahsi Cezasızlık Sebepleri' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü 2022) 23. Ancak belirtmemiz gerekir ki Raviş, esasen bu halde düşülen hatadan failin yararlanması gerektiği fikrindedir. Nitekim anılan yazar, *Gedik*'e atıfla failin, malın başkasına ait olduğunu bilseydi malı almayabilirdi denilebilmekteyse TCK m 167'de düzenlenen şahsi cezasızlık sebebinden faydalanması gerektiğini belirtmektedir. Raviş (n 86) 23. Ancak yazarın çalışmasında, şahsi cezasızlık sebeplerinde hatanın TCK m 30 kapsamındaki tüm hata türlerinin dışında olduğunu ayrı ayrı açıklaması ve atf yaptığı *Gedik*'in aksine TCK m 30/2 hükmünün uygulanmasına dair görüşleri de reddetmesi (*bkz* Ibid, 22 vd) karşısında söz konusu bu sonuca hangi hükümden hareketle ve nasıl vardığı anlaşılabilir değildir.

⁸⁷ Yargıtay da yakın tarihli bir kararında failin TCK m 167'de tanımlanan şahsi cezasızlık sebebinin maddi şartlarında hataya düşmesi halinde TCK m 30 gereğince bu hatasından

Buna karşılık diğer bazı çalışmalarda ise TCK m 167 açısından düşülen hatadan failin yararlanması gerekliliğine TCK m 30/3 hükmünden yola çıkılarak varılmaktadır. Bu görüşe göre TCK m 30/3'te yer alan "cezaı kaldıran veya azaltan nedenler" ibaresi yalnızca TCK'nın ikinci kısım, ikinci bölümünde yer alan nedenlerle sınırlı değildir⁸⁸. Zira bu bölümde sadece cezaı kaldıran "genel" nedenlere yer verilmiştir, oysa TCK'nın özel hükümlerinde de cezaı kaldıran bazı özel nedenler öngörülmüştür. Bunlar hakkında düşülen hata da TCK m 30/3 kapsamında değerlendirilmelidir. Buna göre örneğin babasına ait olduğu zanıyla üçüncü bir kişiye ait bir malı çalan kimse de bu hatasının kaçınılmaz olması kaydıyla TCK m 167'deki cezasızlık sebebinden yararlanacaktır⁸⁹. Bu görüşle aynı sonuca varan diğer bazı yazarlar ise buna başkaca gerekçeler göstermektedir. Buna göre; failin babasına ait sandığı ve fakat gerçekte bir başkasına ait paltonun cebinden para (ç)aldığı örnekte, esasen haksızlığın tüm unsurları gerçekleşmiştir ve fail de bunun bilincindedir. TCK m 167 bir nitelikli hal düzenlemesi olmadığından meselenin TCK m 30/2 kapsamında çözümlenebilmesi de olanaklı değildir⁹⁰. Esasen şahsi cezasızlık sebeplerinde hata tek başına kusurluluğu etkileyen bir niteliği haiz de değildir. Yine de bu gibi bir sebebe kanun koyucunun yer vermesindeki neden hısmılık ilişkisinin cezalandırılmasının suç politikası gereği yersiz olmasıdır. Dolayısıyla bu sebeplerin failin kınanabilirliği üzerinde etkisi yadsınamaz⁹¹. Bu açıdan, söz konusu şahsi cezasızlık sebebinin maddi şartlarında hata açısından bakılması gereken kural kusurluluğu etkileyen sebeplerin maddi şartlarında hataya dair TCK m 30/3 hükmüdür. Bu hükümde her ne kadar "ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler" ifadesine yer verilmiş ve bu anlamda söz konusu hüküm lafzi ve sistematik olarak TCK'nın ikinci kısım, ikinci bölümünde yer alan hükümlere atıfta bulunuyor gibi görünmekte ise de yorum noktasında bu şekilde bir çıkarım bağlayıcı olmayıp bu hükmün şahsi cezasızlık sebeplerini de kapsayacak şekilde yorumlanması mümkündür⁹². Nitekim kanun koyucu şahsi cezasızlık sebeplerini de cezalandırmaya engel bir sebep olarak kabul etmiş ve CMK m 223'te tıpkı kusurluluğu kaldıran sebeplerin varlığı halinde olduğu gibi şahsi cezasızlık sebeplerinin varlığı halinde de ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesini öngörmüştür. Öyleyse şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hata hali de TCK m 30/3 kapsamına girmekte olup bu halde fail, bu husustaki kaçınılmaz hatasından yararlanacaktır⁹³.

C. Ayırıcı Teori

Alman doktrininde gittikçe taraftar toplayan ayırıcı teoriyi savunan yazarlara göre şahsi cezasızlık sebepleri suç teorisi açısından aynı üst başlıkta toplansa da gerçekte bunların ihdas nedenleri ve fonksiyonları birbirinden farklıdır⁹⁴. Nitekim bunlardan bir kısmında kanun koyucu tamamen suç ve ceza politikasını nazara alarak haksızlık teşkil eden bir fiili cezalandırmaktan imtina etmektedir⁹⁵. Buna karşılık diğer kısmında şahsi cezasızlık sebebinin ihdas nedeni failin motivasyonuna verilen önem yahut failin kusurunun son derece az olması ve bu hallerde failin cezalandırılabilir bir ağırlığa ulaşamamasıdır⁹⁶. İşte ayırıcı teori, bu iki olasılığın birbirinden ayrılması ve iki ayrı kategorideki şahsi cezasızlık sebeplerinde düşülen hataya farklı sonuçlar bağlanması gerektiğini ileri sürmektedir⁹⁷. Bir başka ifadeyle ayırıcı teorinin temel hareket noktası, öngörülen şahsi cezasızlık sebepleri ve cezaı kaldıran şahsi sebeplerin bütüncül bir çerçeve ve amaç üzerine inşa edilmemiş olmasıdır. Bu cihetle, bu sebeplere ilişkin hata hallerinde de bütüncül bir çözüme ulaşılamamaktadır; kanun koyucunun öngördüğü cezasızlık sebebi ile hangi amaca yöneldiğinin irdelenmesi gereklidir⁹⁸.

Nitekim bu teoriyi savunan yazarlara göre eğer bir şahsi cezasızlık sebebi münhasıran ya da ağırlıklı olarak devletin cezalandırma politikalarına hizmet ediyorsa bu sebeplerin uygulanması açısından tümüyle objektif duruma alınacaktır ve bu sebeplerin

yararlanacağını ve hakkında bu hükmün uygulanması gerektiğini içtihat etmiştir: "Katlanın 2014 yılının mayıs ayından ekim ayına kadar eşiyile beraber eşinin ağabeyi olan tanık... 'un evinde kaldığı, katlanın tanığa ait ikametden ayrılmasından sonra ikamete bu kez tanık... 'in eşinin erkek kardeşi olan sanık... 'in gelip, evde misafir olarak kalmaya başladığı, sanık... 'in evden ayrılırken, katlanın ait ceket, katlanın eşine ait botu ve bir adet bıçağı da alması şeklinde gerçekleşen olayda, sanığın aşamalarda savunmasında; ceket ve botu eniştesi olan tanık ... 'e ait zannederek, katlanın ait olduğunu bilmeden kullanmak amaçlı aldığını ifade etmesi karşısında, dosya kapsamında sanığın savunmasının aksine bir delilin bulunmadığı, eşyaların kime ait olduğunu bilme imkanının bulunmaması, ablası ve eniştesi ile geçici olarak birlikte oturması karşısında, sanığın gerçekte herhangi bir kan veya kayın hısmılığı bulunmadığı katlanın ait eşyaları kayın hısmılığının bulunduğu eniştesi olan tanık ... 'in zannederek aldığı, TCK'nın 30. maddesi kapsamında kişideki hatasından yararlanması gerekeceği ve sanık hakkında TCK'nın 167/2. maddesinin uygulanma şartlarının oluştuğu; sanığın hatadan yararlanmasının sonucu olarak ve atılı suçun şikayete tabi olduğu gözetilerek,... 'dan sanık hakkında şikayetçi olup olmadığı sorularak sonucuna göre sanık hakkında hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması" (Yargıtay 2CD 9/1/2020 tarih ve 2019/10770 E 2020/515 K, <https://karararama.yargitay.gov.tr> [Çevrimiçi] 17/11/2022). Ancak kararda TCK m 30'un hangi fıkrasına dayanılarak bu sonuca varıldığı belirtilmiş değildir. Kararda geçen "kişideki hatasından yararlanması gerekeceği" ifadesi TCK m 30/2'yi akla getirmektedir.

⁸⁸ Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12. Bası, US-A 2019) 299; Devrim Güngör, *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata* (Yetkin 2007) 73.

⁸⁹ Güngör (n 88) 73. Açık olmamakla birlikte Hafizoğulları ve Özen (n 88) 399. *Yazarlar*, m 30/3'te geçen "ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerin" hukuka uygunluk nedenleri, kusurluluğu kaldıran nedenler, isnat yeteneğini azaltan veya kaldıran nedenler ve "cezalandırılabilme şartları" olduğunu belirtmektedirler. Yazarlar bu son kavramı "suç ortaya çıktıktan, oluştuğundan sonra söz konusu olan, sadece belli şartlarda devletin ceza verme hakkından vazgeçmesini ifade eden nedenler" şeklinde tanımlamaktadırlar. *Bkz Hafizoğulları ve Özen* (n 88) 213. Bu görüşün olağan sonucu şahsi cezasızlık sebeplerinde hatanın da TCK m 30/3 kapsamında sayılmasıdır.

⁹⁰ M Emre Tulay, *Ceza Hukukunda Şahista veya Konuda Hata* (Adalet 2022) 266, 267 dipnot 630.

⁹¹ Tulay (n 90) 267.

⁹² Tulay (n 90) 268.

⁹³ Tulay (n 90) 269.

⁹⁴ Heinrich (n 2) §20, N 620; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 494.

⁹⁵ Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 494; Heinrich (n 2) §20, N 620; Mü-KO (n 70) §16, N 146.

⁹⁶ Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 494; Schönke und Schröder (n 28) §16, N 34; Heinrich (n 2) §20, N 620.

⁹⁷ Thomas Exner, 'Kompendium der strafrechtlichen Irrtumslehre' [2009] Zeitschrift für das Juristische Studium (5), 523; Heinrich (n 2) §32, N 1163.

⁹⁸ Heinrich (n 2) §32, N 1163; Exner (n 97) 523.

şartlarında hata önemsizdir⁹⁹. Örneğin milletvekili sorumsuzluğu tümüyle cezalandırma politikasına ilişkin olduğundan buna ilişkin maddi şartlarda düşülen hata ceza sorumluluğuna etki etmeyecektir¹⁰⁰. Buna karşılık eğer bu sebepler, öncelikli olarak zorunluluk haline benzer bir motivasyonu ya da fiilin azalan kusur düzeyini dikkate almayı gerektiriyorsa, failin tasavvuru değerlendirilmelidir¹⁰¹. Örneğin AICK § 258/6 hükmü ikinci olasılığı ve bu sebepler bakımından nesnel durum dışında farklı bir yaklaşımın gerekliliğini açıkça göstermektedir¹⁰². Bu hüküm, öncelikle kusuru hafifletici bir çatışma durumu ifade etmektedir. Zira kanun koyucu, yakın aile üyeleri arasındaki doğal dayanışma duygusuna saygı göstermektedir. Failin, soruşturma veya kovuşturma ya da cezanın infazının kendisini veya ailesini tehdit eden ekonomik veya sosyal sonuçları önlemek amacıyla bu suçu işlemesi halinde de kendisine müsamaha gösterilmektedir¹⁰³. Bu açıdan söz konusu şahsi cezasızlık sebebi kusur alanına kaymakta ve mazeret nedenlerine yaklaşmaktadır. Dolayısıyla sehven akrabası zannettiği kişi lehine bu suçu işleyen kişi, gerçekten akrabası lehine suçu işleyen kişi ile aynı motivasyonel ve psikolojik çatışma durumundadır ve söz konusu şahsi cezasızlık sebebi ile sağlanan cezasızlığı talep etmekte haklı olduğu kabul edilmelidir. Bu çerçevede, AICK § 258/6 hükmünün amacı doğrultusunda fail bu sebebin maddi şartlarında düştüğü hatadan yararlanmalıdır¹⁰⁴.

Ancak bu teoriyi savunan yazarlar arasında failin bu sebeplerin maddi şartlarında düştüğü hatasına hangi hükümlere göre sonuç bağlanacağı tartışmalıdır¹⁰⁵. Bu noktada ağırlıklı görüş mazeret nedenlerinin maddi şartlarında hataya ilişkin AICK § 35/2'in kıyasen uygulanmasıdır¹⁰⁶. Nitekim şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hata, mazeret teşkil eden zorunluluk halinin maddi şartlarında hataya benzetilebilir¹⁰⁷. Bu açıdan, yukarıda verdiğimiz örnekte olduğu gibi yakını zannederek ceza kovuşturmasından kurtulmasına yardım ettiği kişinin, gerçekte bu hükmün kapsamına giren bir yakını olmadığı hallerde failin bu hususta düştüğü hata eğer kaçınılmaz nitelikte ise AICK § 35/2 uyarınca cezaya hükmolünmemalı ve fakat eğer bu hata kaçınılabilir bir hata ise fail hakkında verilecek cezada AICK § 49/1 uyarınca indirim yapılmalıdır. Bununla birlikte AICK § 258/5-6'da olduğu gibi failin hatasının kaçınılabilir olup olmadığının önemsiz olduğu haller de söz konusu olabilir. Zira bu halde söz konusu şahsi cezasızlık sebebinin *ratio legis*'i olarak failin hukuka sadakat yükümlülüğü ile akrabası lehine davranma hususunda düştüğü psişik açmaz, onun fiil motivasyonunun temelini teşkil ettiğinden, bu halde akraba hakkında düşülen hata açısından kaçınılabilirlik değerlendirmesi yapılması olanak dahilinde değildir¹⁰⁸.

Buna karşılık diğer bir görüşe göre bu gibi hallerin tümü ya da en azından (AICK § 258/5 örneğinde olduğu gibi) bir kısmı açısından zorunluluk haline göre daha özel bir durum söz konusudur ve kaçınılabilirliği tartışmak olanaklı değildir¹⁰⁹. Esasen bu sebepler yukarıda da belirtildiği gibi, bazı hallerde haksızlığın ağırlığı ve failin özel motivasyonu ile ilgili olduğundan bu gibi durumlarda §16/2'deki hata hükmünün konusunu oluşturan nitelikli hallerde son derece benzerler¹¹⁰. Bu nedenle esasen şahsi cezasızlık sebepleri suçun bir unsuru olmadığından suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşülmesini düzenleyen §16/2'deki hata hükmü bu sebepler açısından doğrudan uygulanabilir değilse de *kıyasen* uygulanması yoluyla sorun çözümlenmeli ve bu halde hatanın kaçınılabilir olup olmadığına bakılmaksızın fail şahsi cezasızlık sebebinden yararlandırılmalıdır¹¹¹.

III. Değerlendirme

A.1 Şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi koşullarında hata meselesinin çözümlenmesi açısından öncelikle temel bir hususun ortaya konulması gerekmektedir: Doktriner bir kategorilendirme olarak "*şahsi cezasızlık sebepleri*" aslında niteliksel olarak son derece heterojen mahiyette pek çok normu bünyesinde barındırmaktadır¹¹². Gerçekten, bu başlık altındaki pek çok normun *ratio legis*'i birbirinden oldukça farklıdır ve bu farklılık esasen bunların hukuki nitelikleri açısından da etki doğurmaktadır¹¹³. Nitekim şahsi cezasızlık sebepleri kategorisi içinde yer almakla birlikte örneğin milletvekili sorumsuzluğunu öngören norm (AY m 83) ile

⁹⁹ Rengier (n 12) §32, N 6; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 498; Heinrich (n 2) §32, N 1163; Exner (n 97) 523.

¹⁰⁰ Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 498; Heinrich (n 2) §32, N 1163; Exner (n 97) 523. Exner buna öncül suça iştirak sebebiyle sonraki suçtan cezasızlık öngören §257/3'teki düzenlemeyi de örnek göstermektedir. Zira *yazara göre* bu hüküm de failin özel motivasyonu ile ilgili olmayıp münhasıran kanun koyucunun benimsediği ceza politikasıyla ilgilidir. Exner (n 97) 523.

¹⁰¹ Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 498; Kindhäuser (n 4) §26, N 17; Rengier (n 12) §32, N 6; Heinrich (n 2) §32, N 1163; Exner (n 97) 523.

¹⁰² Rengier (n 12) §32, N 6; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 499.

¹⁰³ Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 500. Exner de bu hükümdeki cezalandırmamanın "failin özel motivasyonu ile bağlantılı olduğunu" belirtmektedir. Exner (n 97) 523.

¹⁰⁴ Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 500. Ayrıca bkz Rengier (n 12) §32, N 6.

¹⁰⁵ Heinrich (n 2) §32, N 1163; Mü-KO (n 70) §16, N 146; Exner (n 97) 523.

¹⁰⁶ Exner (n 97) 523; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 501.

¹⁰⁷ Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 501; Mü-KO (n 70) §16, N 146.

¹⁰⁸ Bkz Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 501.

¹⁰⁹ Kindhäuser (n 4) §24, N 14; Exner (n 97) 523.

¹¹⁰ Schönke und Schröder (n 28) §16, N 34.

¹¹¹ Kindhäuser (n 4) §24, N 14; Schönke und Schröder (n 28) §16, N 34. Şahsi cezasızlık sebeplerinin suç teorisindeki yerleri ve nitelikleri itibarıyla AICK § 16/2'deki hata hükmünün bu sebeplerin maddi şartlarında hata hakkında uygulanmasının olanaksız olduğu yönünde bkz Baumann (n 28) §24, N 9.

¹¹² Vassalli (n 1) 618; Grosso (n 2) 94, dipnot 23; Padovani (n 2) 460; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 470; Cadoppi e Veneziani (n 2) 564; Palazzo (n 7) 597; Heinrich (n 2) §20, N 615, Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 494; Gropp (n 3) §8, N 14.

¹¹³ Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 470. Ayrıca bkz Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 663-664; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 494; Heinrich (n 2) §20, N 615, 618, 620.

yakın akraba aleyhine işlenen malvarlığına karşı suçlarda cezasızlık sonucunu doğuran normun (TCK m 167) ihdas sebeplerinin birbirinden tümüyle farklı olduğu konusunda bir tereddüt söz konusu değildir¹¹⁴. Bunların doktrinde alışlageldiği şekilde tek bir başlık altında ele alınması ise sadece ceza sorumluluğu açısından meydana getirdikleri müşterek etkiler nedeniyledir¹¹⁵. Bu çerçevede, şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hata meselesinin çözümü noktasında isabetli bir sonuca varabilmemiz açısından hem söz konusu kategorinin kabulüne dair müşterek sonuçları hem de bu kategoride yer alan sebeplerin her birinin taşıdığı münferit anlamı birlikte göz önünde bulundurmamız gerekmektedir¹¹⁶.

2. Hemen ilk başta ifade etmemiz gerekir ki şahsi cezasızlık sebeplerinin fiilin tipikliği üzerinde herhangi bir etkisi söz konusu değildir¹¹⁷. Gerçekten bu sebepler, *yasak normuna* ilişkin genel nitelikteki önermenin negatif parçasını teşkil etmedikleri gibi ona alternatif bir özel nitelikte önerme mahiyetinde de değillerdir¹¹⁸. Bu çerçevede hırsızlık suçunu düzenleyen ceza normu açısından “zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak amacıyla bulunduğu yerden alma” şeklindeki yasak önermesi, sadece bir yabancıнын değil ve fakat bir ebeveynin malını almayı da yasaklamaktadır. Zira ceza normları bir hukuksal değer ihlalinin tarifini teşkil ederler ve bu tarifi kapsama giren fiiller tipe uygun, bir başka ifadeyle tipik olarak nitelenirler¹¹⁹. Yakın bir akrabanın aleyhine işlenen hırsızlık örneğinde de dikkat edilirse ceza normuyla korunan bir hukuksal değer kanuni tarife uygun şekilde ihlali, dolayısıyla tipe uygun bir fiil söz konusudur. Failin bu tarife uygun bir fiili icra etmesiyle yasak normunun ihlali yani tipiklik gerçekleşecek olup malın yakın akrabaya ait olmasına cezasızlık sonucunun bağlanması, işlenen fiili hukuksal değer ihlaline ilişkin kanuni tarife uygun yani tipik olmaktan çıkarmayacaktır¹²⁰. Diğer taraftan çalınan malın yakın akrabaya ait olması işlenen fiili hukuka uygun da kılmamaktadır¹²¹. Zira cezasızlık sonucunun söz konusu olması, hukuk sisteminin bu fiile cevaz verdiği anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla bu ihtimalde de bir haksızlığın söz konusu olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Öyleyse somut olayda işlenen fiille bağlantılı bir şahsi cezasızlık sebebinin söz konusu olması, bu fiili tipik ve hukuka aykırı olmaktan çıkarmayacaktır¹²².

Bunun doğal sonucu olarak şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hatayı kast kapsamında telakki etmek mümkün değildir¹²³. Gerçekten tipikliğin subjektif bileşeni olarak kast, kanuni tipte tanımlanmış objektif unsurlara dair bilgi ve istemi ifade etmektedir¹²⁴. Oysa yukarıda değindiğimiz üzere şahsi cezasızlık sebepleri tipikliğin birer unsuru değildir. Failin bir başkasına ait taşınır veya taşınmaz mala bilerek ve isteyerek zarar vermesi halinde kanuni tarife (TCK m 151) uygun bir haksızlığın kasten gerçekleştirilmesi söz konusudur. Bu malın yakın akrabaya ait olması, haksızlığa ilişkin tarifi objektif bir unsur olmadığından, failin bu durumun bilincinde olup olmaması kastının varlığı açısından herhangi bir etki doğurmaz¹²⁵. Dolayısıyla failin çaldığı eşyanın babasına ait olduğunu zannetmesi, işlenen fiilin hırsızlık suçunu (TCK m 141 vd) oluşturduğu gerçeğini değiştirmeyecektir¹²⁶.

3. Öte yandan şahsi cezasızlık sebeplerinin *failin kusurluluğu* üzerinde etkili olduklarından söz etmek de mümkün değildir¹²⁷. Gerçekten, bir şahsi cezasızlık sebebinin söz konusu olması ne failin kusur yeteneğini ne haksızlık bilincini ne de norma uygun

¹¹⁴ Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 494; Schönke und Schröder (n 28) §16, N 34; Heinrich (n 2) §20, N 620; Mü-KO (n 70) §16, N 146; Exner (n 97) 523; Vassalli (n 1) 618; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 470.

¹¹⁵ Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 470. Ayrıca bkz Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 663-664; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 494; Heinrich, §20, N 615.

¹¹⁶ Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 494; Schönke und Schröder (n 28) §16, N 34; Heinrich (n 2) §20, N 620; §32, N 1163; Exner (n 97) 523.

¹¹⁷ Welzel (n 13) 59; Otto (n 5) §20, N 4; Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §24, N 1; Heinrich (n 2) §20, N 616; Bettiol (n 2) 664; Vassalli (n 1) 622; Nuvolone (n 13) 204-205; Fiore e Fiore (n 4) 409; Cadoppi e Veneziani (n 2) 565; Palazzo (n 7) 598; Ramacci (n 1) 623; Özgenç (n 3) 763; Zafer (n 3) 470.

¹¹⁸ Bkz Bettiol (n 2) 664; Cadoppi e Veneziani (n 2) 565. Krş De Marsico (n 50) 229.

¹¹⁹ Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2. Auflage, Walter de Gruyter 1991) § 2 N 12; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §1, N 7; Gropp (n 3) §3 N 26; Kindhäuser (n 4) §2 N 6; Heinrich (n 2) §1 N 5; Roxin (n 1) §2, N 13 vd; Fiore e Fiore (n 4) 2-3; Palazzo (n 7) 200; Canestrari, Cornacchia e De Simone, 308. Ayrıca bkz Mahmet Cemil Ozansü, *Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Subjektif Sorumluluk* (Seçkin 2007) 63.

¹²⁰ Welzel (n 13) 59; Roxin (n 1) §12, N 149; Jescheck und Weigend (n 28) 315-316; Bettiol (n 2) 664; Mantovani (n 2) N 216; Vassalli (n 1) 619, 622; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 471; Fiore e Fiore (n 4) 409; Palazzo (n 7) 598; Romano (n 2) 649; Ramacci (n 1) 624.

¹²¹ Otto (n 5) §20, N 1; Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §24, N 1; Ramacci (n 1) 623; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 471.

¹²² Otto (n 5) §20, N 1; Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §24, N 1; Heinrich (n 2) §20, N 615; Bettiol (n 2) 664; Mantovani (n 2) N 216; Vassalli (n 1) 619, 622; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 471; Fiore e Fiore (n 4) 409; Palazzo (n 7) 598; Romano (n 2) 649; Ramacci (n 1) 624.

¹²³ Welzel (n 13) 59; Jescheck und Weigend (n 28) 315-316; Roxin (n 1) §12, N 149; Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §24, N 6; Rengier (n 12) §32, N 5; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 473; Palazzo (n 7) 598; Cocco (n 28) 1054; Öztürk ve Erdem (n 3) §6, N 855; Zafer (n 3) 320-321; Bulut (n 17) 33. Bu itibarla katı subjektif teoriler kapsamındaki *De Marsico*'nun görüşlerine neden itibar edilemeyeceği de ortaya çıkmaktadır. Yazar, şahsi cezasızlık sebeplerine dair normların *ratio legis*'ini “suç için aranan karaktere uygun seviyede bir antisosyal fiilden” söz edilemeyeceği esasına dayandırmaktadır (De Marsico [n 50] 232) ve esasen kendine has bir terminoloji kullanmakla birlikte nihayetinde şahsi cezasızlık sebeplerinin söz konusu olduğu hallerde bir haksızlık olmakla birlikte cezaya layık seviyede toplumsal kınanabilirliği haiz bir haksızlıktan söz edilemeyeceğini ifade etmiş olmaktadır. Buna göre fiil yine haksızdır ancak bir “ceza hukuku haksızlığından” söz edilmemesi olanaklı değildir. Ancak yazar suçu “cezalandırılabilir kusurlu haksızlık” olarak tanımlayıp eğer şahsi cezasızlık sebebi söz konusu olursa ceza hukuku haksızlığının yani suçun söz konusu olamayacağı sonucuna vararak nihayetinde şahsi cezasızlık sebeplerini “şahsi” olmaktan çıkarmaktadır. Böyle bir görüşün tutarlı sonucu bu sebeplerin maddi şartlarında hatanın failin kastını kaldırmasıdır ki yazar da bu sonuca varmaktadır. Ancak bu halde esasen cezasızlık sebebi ve bunun maddi unsurlarında düşünülen hatanın doğuracağı cezasızlık sonucu diğer şeriklere de sirayet edecektir ki kanun koyucunun amacının bu olmadığı çok açıktır. Bkz Vassalli (n 1) 619-620. Kaldı ki böyle bir görüşün kabulü, “haksızlık”, “kusur” ve “cezalandırılabilirlik” kavramları arasındaki anlamsal ayrımın da reddi anlamına gelecektir.

¹²⁴ Gropp (n 3) §5, N 60; Heinrich (n 2) §12, N 264; Jescheck und Weigend (n 28) 310; Otto (n 5) §7, N 3; Roxin (n 1) §12, N 4; Bettiol (n 2) 367; Antolisei (n 2) N 125-126; Mantovani (n 2) N 100; Ranieri (n 2) 266; Nuvolone (n 13) 293; Padovani (n 2) 251; Fiandaca e Musco (n 2) 174; De Marsico (n 53) N 125; Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 390; Ramacci (n 1) 328; Ozansü (n 119) 60 ve 61.

¹²⁵ Welzel (n 13) 59; Jescheck und Weigend (n 28) 315-316; Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §24, N 7; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 494; Roxin (n 1) §12, N 149; Rengier (n 12) §32, N 5; Kohlhaas (n 45) 219; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 473; Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 634; Palazzo (n 7) 598.

¹²⁶ Bkz Roxin (n 1) §12, N 149; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 473; Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 634; Cocco (n 28) 1054-1055; Zafer (n 3) 321.

¹²⁷ Otto (n 5) §20, N 1; Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §24, N 1; Heinrich (n 2) §20, N 616; Vassalli (n 1) 619; Cadoppi e Veneziani (n 2) 565; Öztürk ve Erdem (n 3) §5, N 254.

davranışın kendisinden beklenebilirliğini ortadan kaldırır¹²⁸. Evvela bu sebeplerin irade ve algılama yeteneği ile ilgisiz oldukları zaten açıktır. Bunun yanında, söz konusu bu sebeplerin haksızlık bilinci açısından etki etmesi de olanaklı değildir; örneğin hakkındaki soruşturma ya da kovuşturma sebebiyle aranırken yakalanmaktan kurtulması için imkân sağladığı kişinin resmi nikahlı eşi olması (TCK m 283/3), tek başına failin gerçekleştirdiği davranışın haksızlığı konusundaki algısı üzerinde bir etki meydana getirmeyecektir¹²⁹.

Son olarak şahsi cezasızlık sebeplerinin *mazeret nedenleri* kapsamında kabul edilmesi de olanaksızdır. Zira mazeret nedenleri, somut olayın koşullarına göre failin fiil motivasyonunu somut olarak etkileyen nedenleri ifade etmekte olup örneğin *cebir, şiddet, korkutma ve tehdit* dışsal bir uyarıcının failde meydana getirdiği psikik reaksiyon, onu somut olayda haksızlığı icra etmeye zorlamaktadır¹³⁰. Bu açıdan mazeret nedenlerine ilişkin kanuni formülasyonlar da bu somut etkilere göre biçimlendirilmiş, failin mazeret nedenlerinden yararlanabilmesi için somut olayda tipik fiili bu nedenlerin etkisiyle işlemesi aranmıştır. Örneğin zorunluluk halinin söz konusu olabilmesi için somut olayda suç teşkil eden fiil “. . . ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu. . .” altında işlenmiş olmalı¹³¹; cebir, şiddet, korkutma ve tehdidin söz konusu olabilmesi için bu sefer fiil failin “karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu” işlenmiş bulunmalıdır¹³². Şahsi cezasızlık sebeplerinin bir kısmında ise failin haksızlığı tercih etme noktasındaki motivasyonu herhangi bir suretle hesaba katılmış değildir. Gerçekten ne milletvekili sorumsuzluğu (AY m 83) veya diplomatik bağışıklık bulunması ne de malvarlığı değerlerini aklama suçunda öncül suça iştirak edilmiş olması (TCK m 165) failin haksızlığı tercih etme hususundaki motivasyonuna etki edebilecek bir bileşen içermektedir. Şahsi cezasızlık sebeplerinin diğer bir kısmında ise temelde mazeret sebeplerinin ihdas gerekçelerine benzer bir ratio legis söz konusu olsa da bunlarda da kanuni formülasyon, failin motivasyonunun somut etkisine göre biçimlendirilmiş değildir. Örneğin kolluk tarafından aranmakta olan oğlunun kaçmasına imkân sağlayan anne, oğluna yönelik bir tehlike kaynaklı olarak, zorunluluk haline benzeyen bir çatışma durumu içindedir¹³³. Ancak dikkat edilirse kanuni formülasyonda (TCK m 283/3), somut olayda failin, tipik fiili gerçekten bu çatışmanın etkisi ile işlemesi gerektiğine dair bir şart aranmamıştır; belirtilen derecede akrabalık bağının bulunması, şahsi cezasızlık sebebinden yararlanılması için yeterlidir. Dolayısıyla şahsi cezasızlık sebepleri mazeret nedenleri ile de ilgili değildir.

B. 1. Ancak yaptığımız tüm bu açıklamalar şahsi cezasızlık sebeplerinin bazılarının işlenen fiilin kusur içeriği ile hiçbir ilgilerinin olmadığı anlamına da gelmemektedir. Gerçekten bazı şahsi cezasızlık sebepleri fiilin normatif-toplumsal kınanabilirliğinin ve buna bağlı olarak kusur içeriğinin hafifliği esasına dayanmaktadır¹³⁴. Ancak bu noktada bir değerlendirme yapabilmemiz için başlangıçta zikrettiğimiz hususa dönmemiz ve şahsi cezasızlık sebepleri üst başlığı altında ele alınan kurumların birbirinden çok farklı ihdas nedenlerine sahip oldukları tespitimizi yeniden vurgulamamız gerekmektedir.

2. Gerçekten, şahsi cezasızlık sebeplerinin bir kısmının *ratio legis*'i ceza hukukunun tümüyle dışındaki hususlara dayanmaktadır. Örneğin *milletvekili sorumsuzluğu* (AY m 83) yasama organının işlevini gereği gibi yerine getirebilmesi ile ilgiliyken diplomatik sorumsuzluk devletler arasındaki ilişkilerle ilgilidir¹³⁵. Haliyle bunların ceza sorumluluğu üzerinde bir etkide bulunmaları da mümkün değildir. Bir kimsenin sokakta bir başkasına yönelik hakareti ne derece kınanabilir nitelikte ise aynı sözü meclis kürsüsünde dile getiren milletvekilinin bu fiili de aynı derecede kınanabilir niteliktedir ve bu fiiller haklarındaki kusur yargısının ağırlığı da sırf failerin bu sıfatları nedeniyle farklılaşmayacaktır.

Şahsi cezasızlık sebeplerinin bir kısmı ise tümüyle kanun koyucunun benimsediği ceza politikasıyla ilgilidir¹³⁶. Gerçekten kanun, *suç eşyası üzerinde tasarruf suçunda* (TCK m 165) fail açısından öncül suça iştirak edilmesini bir şahsi cezasızlık sebebi

¹²⁸ Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 634. Benzer şekilde bkz Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 473; Cadoppi e Veneziani (n 2) 565; Cocco (n 28) 1054.

¹²⁹ Schönke und Schröder (n 28) §16, N 34; Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 634. Bu itibarla katı sübjektif teoriler kapsamındaki *Kohllass*'ın görüşlerine neden itibar edilemeyeceği de ortaya çıkmaktadır. Nitekim yazar, sade bir vatandaş açısından “haksızlık” ile “cezalandırılabilirliğin” aynı anlama geleceğinden hareket etmiş ise de böyle bir görüşün kabul edilebilmesi için failin “cezasızlık sebeplerinin varlığını” da bilmesi gerekmektedir ki *Horn*'un işaret ettiği gibi *Kohllass* bu görüşüyle esasen cezasızlık sebebine dair bilgiyi, bu sebebin maddi koşullarında hataya düşülmesinin bir önkoşulu haline getirmektedir (Horn [n 47] 10). Oysa failin tipik fiiline dair genel haksızlık algısı, toplumsal ilişkilere dahil olmanın beklenebilir bir neticesi iken ve bu nedenle kusur yeteneğine sahip herkesin, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını da kural olarak algılayabileceği kabul edilebilirken, fiilin cezalandırılabilir olup olmadığına dair bir bilginin varlığını aramak tam olarak failde kurala dair bilgiyi aramak anlamına gelir ki bu halde aslında yalnızca cezasızlık sebebine dair kuralı bilen ve bunun bilinciyle hareket eden kimsenin gerçek anlamda şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hataya düştüğü söylenebilir. Diğer taraftan böyle bir kabul; haksızlık, kusur ve cezalandırılabilirlik alanındaki tüm teorik birikimi ve bunların pratik etkilerini de tümüyle bir kenara bırakmayı gerektirecektir.

¹³⁰ Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §10, N 433; Heinrich (n 2) §18, N 563; Gropp (n 3) §7, N 64; Kühl (n 19) §12, N 3,8; Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 632; Serkan Meraklı, ‘Mazeret Sebeplerinin Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi’ [2010] Ceza Hukuku Dergisi 5(12), 269.

¹³¹ Bkz Roxin (n 1) §22, N 32; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §10, N 434; Jakobs (n 119) §20, N 5-6; Rengier (n 12) §26, N 5; Kindhäuser (n 4) §24, N 4; Heinrich (n 2) §18, N 564-565; Gropp (n 3) §7, N 68; Romano (n 2) 289; Fiore e Fiore (n 4) 385; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 341 vd; Zeynel Temel Kangal, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu* (Seçkin 2010) 445 vd; Elif Bekar, *Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali* (Seçkin 2013) 106 vd.

¹³² Bkz Roxin (n 1) §16, N 67; Heinrich (n 2) §18, N 580; Jakobs (n 119) §20, N 5; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §10, N 434-438; BGHst 140 (92) (Gropp [n 3] §7, N 106); Can Canpolat, *Kusur İlkesi Işığında Mazeret Nedeni Olarak Maddi Cebir* (Adalet, 2016) 244.

¹³³ Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 494 ve 498; Kindhäuser (n 4) §26, N 17; Rengier (n 12) §32, N 6; Heinrich (n 2) §32, N 1163; Exner (n 97) 523.

¹³⁴ Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 494; Schönke und Schröder (n 28) §16, N 34; Heinrich (n 2) §32, N 1163; Exner (n 97) 523.

¹³⁵ Mantovani (n 2) N 215; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 470; Palazzo (n 7) 598. Bunların birer şahsi cezasızlık sebebi değil, cezadan muafiyet (şahsi bağışıklık) sebebi olduğu yönünde bkz Özen (n 8) 837.

¹³⁶ Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 494; Heinrich (n 2) §32, N 1163.

olarak kabul ederken tümüyle ceza politikası anlayışıyla hareket etmiştir¹³⁷. Nitekim bu şahsi cezasızlık sebebi açısından kanun koyucu, öncül suçtan verilen cezayı yeterli bulduğundan, ayrıca suç eşyası üzerinde tasarrufta da bulunan faili, bu fiilden dolayı cezalandırmayı yerinde görmemiştir. Bu gibi şahsi cezasızlık sebeplerinin de icra edilen fiilin kusur içeriği ile bir ilgileri yoktur.

Belirttiğimiz bu gibi durumlarda fiilin kusur içeriği üzerinde hiçbir etkide bulunmadığı açık olan şahsi cezasızlık sebepleri hakkında failin düştüğü yanlıya kusur alanında bir sonuç bağlanması da tabiatıyla olanaklı değildir¹³⁸. Dolayısıyla yukarıda verdiğimiz 4 no.lu örnekte milletvekili (A)'nın düştüğü hata ceza sorumluluğunu etkilemeyecektir. Bu gibi hallerde söz konusu şahsi cezasızlık sebebine ilişkin maddi şartlar gerçekleşmemiş ise failin bunların gerçekleştiğini zannetmesi ceza sorumluluğu açısından önemsiz olup bu halde failin AY m 83'de öngörülen şahsi cezasızlık sebebinden yararlanması mümkün değildir.

3. Buna karşılık şahsi cezasızlık sebeplerinin önemli bir kısmı failin fiil motivasyonunun “varsayılan” oluşum sürecine bağlı olarak kınama yargısının ağırlığı ile doğrudan ilgilidir. Bu hallerde failin fiil motivasyonunun oluşum sürecini soyut (varsayımsal) olarak değerlendiren kanun koyucu, fiile yönelik normatif-toplumsal kınama yargısının ağırlığının cezaya layık bir aşamaya varmadığını kabul etmekte ve bu da ilgili suç tipine şahsi cezasızlık sebebi olarak yansımaktadır. Örneğin *Stree*'nin isabetle belirttiği gibi *malvarlığına karşı suçlar* açısından akraba ilişkilerine dayalı bir şahsi cezasızlık sebebinin var olması (TCK m 167) aile ilişkilerine karışmama şeklindeki bir suç politikası anlayışının değil ve fakat ondan daha önemli olarak yakın ailevi ilişkilerden kaynaklanan ayrıcalıklı durumun söz konusu olmasına paralel şekilde ortaya çıkan fiil motivasyonu karşısında, söz konusu fiilin toplumsal kınanabilirliğinin son derece az olmasının bir ürünüdür¹³⁹. Harçlığını kocasının cüzdanına ulaşılarak tamamlayan bir eşin gerçekleştirdiği fiilin haksızlık teşkil ettiği şüphesizdir ve fakat bu halde eşin fiil motivasyonunu etkilemesi olağan husus; doğrudan “söz konusu eşyanın eşine ait olmasıdır” ve bunun toplumsal kınanabilirliğinin ağırlığı, haliyle, eşin aynı fiili üçüncü bir kişinin cüzdanına ulaşılarak işlemiş olması gibi de değildir¹⁴⁰. Benzer bir durum *resmen teslim olunan mala elkonulması suçunda* malın sahibi açısından kabul edilen cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep (TCK m 290/2- 2. cümle) yönünden de caridir. Bu halde de failin fiil motivasyonunun oluşum sürecinde “aldığı malın kendisine ait olması”nın meydana getirdiği ayrıcalıklı durumun belirleyici olması olağandır ve bu kimsenin, yedieminin rızası olmaksızın kendi malını bulunduğu yerden alması ile üçüncü bir kişinin bu malı aynı şekilde bulunduğu yerden alması arasında toplumsal kınama yargısı açısından önemli bir fark bulunduğu açıktır.

Keza bir annenin, işlediği bir suç nedeniyle aranan ve yakalanması halinde tutuklanması ihtimali bulunan oğlunun kaçmasına imkân sağlamasının, herhangi bir başkasının aynı fiili işlemesine nazaran çok daha hafif bir toplumsal kınama yargısına muhatap olacağı şüphesizdir¹⁴¹. Bu halde annenin gerçekleştirdiği fiil de *suçluyu kayırma suçuyla* (TCK m 283) korunan hukuksal değeri ihlal ediyor ve bu nedenle bir haksızlık teşkil ediyor olmakla birlikte annenin içine düştüğü “norma uyma” ile “çocuğunu tehlikeden koruma” arasındaki çatışma durumunun şekillendirdiği fiil motivasyonu, bu fiile dair toplumsal kınama yargısını çok daha hafif bir hale getirmektedir¹⁴². Zira kanun koyucu, yakın aile üyeleri arasındaki doğal dayanışma duygusuna saygı göstermekte ve bu çerçevede, failin ceza soruşturması veya kovuşturması ya da cezanın infazının kendisini veya ailesini tehdit eden ekonomik veya sosyal sonuçlarını önlemek motivasyonu ile suçu işlemesi gerçeği karşısında, kendisine müsamaha göstermektedir¹⁴³. Aynı durumun örneğin; yakın akraba açısından *yalan tanıklık suçunda* (TCK m 273/1-a), tanıklıktan çekinebilecek kişiler açısından *suçu bildirmeme suçunda* (TCK m 278/4), yakın akraba açısından *tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme suçunda* (TCK m 284/4) ve savaş zamanında düşman devlet toprağında bulunup da bu devlet ordusunda hizmete alınmak mecburiyetinde kalan vatandaş açısından *düşmanla işbirliği yapma suçunda* (TCK m 303/4) kabul edilen şahsi cezasızlık sebepleri için de söz konusu olduğuna ifade etmemiz hatalı olmayacaktır¹⁴⁴.

4. İşte bu gibi hallerde şahsi cezasızlık sebebi fiilin kusur içeriğiyle ilişki içindedir ve bu sebebe dair normun maddi şartlarının somut olayda gerçekleşmesi halinde, her ne kadar haksızlık ve kusurluluğun bileşenleri ortadan kalkmamakta ve bu nedenle fiil haksız ve fail de kusurlu addedilmeye devam edilmekte ise de failin varsayılan fiil motivasyonunun oluşum sürecini şekillendirmeleri hasebiyle bu sebepler, fiilin kusur içeriğinin ağırlığını, bir ceza yaptırımını gereksiz kılacak ölçüde azaltmaktadır. Bir başka ifadeyle bu halde, ceza sorumluluğunun iki bileşeni olarak haksızlık ve kusurluluk gerçekleşmekte olmasına rağmen

¹³⁷ Öncül suça iştirak sebebiyle sonraki suçtan cezasızlık öngören AİCK §257/3'teki (*elde ettiği menfaati güvenceye almasını sağlamak maksadıyla suçluyu kayırma*) düzenlemeyi örnek göstererek aynı yönde değerlendirmede bulunan bkz Exner (n 97) 523.

¹³⁸ Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 508.

¹³⁹ Stree (n 69) 58.

¹⁴⁰ Stree (n 69) 58. Bu itibarla doktrinde aile efradının birbirlerine karşı işledikleri bu tip fiillerde güven ilişkisinin sağladığı kolaylıktan yararlanılması gerekçesiyle daha ağır bir haksızlık ve kusur içeriğinin olduğu kabulü (bkz Tezcan, Erdem ve Önok [n 86] 962) bizzet isabetli değildir. Eşinin cüzdanından rızası olmaksızın bir miktar para alan failin bu fiilinin, bir yankesicinin aynı mahiyetteki fiilinden daha ağır bir haksızlık ve kusur içeriğine sahip olduğunun iddia edilmesi, malvarlığına karşı suçlarda korunan hukuksal değer olarak mülkiyet ya da zilyetliğin aile içindeki görünümüne dair toplumsal değer yargıları ile uyumlu olmayacaktır. Aksine, bu halde eşin fiil motivasyonunu, aile ilişkilerinden kaynaklı özel ve ayrıcalıklı bir pozisyonda olma durumunun şekillendireceği bizzet açıktır.

¹⁴¹ Bkz Rengier (n 12) §32, N 6; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 500; Schönke und Schröder (n 28) §16, N 34.

¹⁴² Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 494 ve 498; Kindhäuser (n 4) §26, N 17; Rengier (n 12) §32, N 6; Heinrich (n 2) §32, N 1163; Exner (n 97) 523.

¹⁴³ Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 500; Exner (n 97) 523.

¹⁴⁴ Bu itibarla yukarıda belirttiğimiz ayrıntı teorinin çıkış noktaları bizzet de son derece isabetlidir. Ancak bu teorinin çıkış noktaları ile maddi şartlarda hata açısından varlığı sonuçların tutarlı olabilmeleri için söz konusu sebeplerin failin fiil motivasyonunun oluşum sürecini etkilemesinin *soyut norm düzleminde* ve *varsayımsal* olarak kabul edildiği esas alınmalıdır. Bkz ve *kıç* Gropp (n 3) §8, N 17; Rengier (n 12) §32, N 6; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 499.

filin kusur içeriği faile bir ceza verilmesini gerektirecek ağırlıkta kabul edilmemektedir. Bunun sonucu olarak somut olayda işlenen fiille ilgili olarak tipik haksızlığın gerçekleştiğini ve failin kusurlu olduğunu tespit eden hâkim, olağan olarak cezanın belirlenmesinde kusur safhasına¹⁴⁵ geçecek ve bu safhada haksızlık ve kusurun ağırlığını değerlendirecek iken belirttiğimiz bu gibi hallerde kanun, bizatihi kendisi soyut norm düzleminde bu değerlendirmeyi yaparak failin kusur içeriğini cezalandırmayı gerektirmeyecek derecede hafif addetmekte ve buna cezasızlık sonucu bağlamaktadır¹⁴⁶. Dolayısıyla bu gibi hallerde haksızlık ve kusurluluk gerçekleşmesine rağmen faile ceza verilmemesinin nedeni; bizatihi kanun tarafından, failin kusur içeriğinin ceza verilmesini gerektirmeyecek derecede hafif addedilmesidir¹⁴⁷.

Görüleceği üzere belirttiğimiz gruptaki şahsi cezasızlık sebepleri diğer iki gruptaki sebeplerden son derece farklıdır. Bu çerçevede bu sebeplerin diğerlerinden ayrılabilmesi için *dar anlamda şahsi cezasızlık sebepleri* olarak nitelenmesi isabetli olacaktır.

5. Bu gibi hallerin *ratio legis*'ine dair bu kabulümüz, esasen mazeret nedenlerini ve kusurluluğu etkileyen sebepleri de akla getirmektedir zira bunlarda da ceza verilmemesinin veya cezada indirim yapılmasının temel fikri, failin kusur içeriğindeki azalmaya dayanmaktadır¹⁴⁸. O halde, bunlardan farklı olarak dar anlamda şahsi cezasızlık sebepleri açısından kanun koyucunun neden objektif bir dil kullanmış olduğu sorusunun akla gelmesi olağandır¹⁴⁹. Gerçekten, söz gelimi *zorunluluk hali* açısından belli niteliklere sahip bir tehlikeden kurtulma ya da başkalarını kurtarma zorunluluğundan söz eden (TCK m 25/2) kanun koyucu, yakın akraba lehine suçluyu kayırma halini düzenleyen şahsi cezasızlık sebebinde (TCK m 283/3) böyle bir kayda yer vermemiş, failin somut olarak hangi motivasyonla hareket ettiği ile ilgilenmemiş, sadece belli akrabalık ilişkilerinin varlığını yeterli görmüştür. İşte bu noktada dar anlamda şahsi cezasızlık sebeplerinin *ratio legis*'indeki kınama yargısına dair izahımız açısından özellikle

¹⁴⁵ Cezanın gerekçelendirilmesinde kusur ve cezanın belirlenmesinde kusur ayrımı için bkz Heinrich (n 2) §17 N 527; Wessels, Beulke, Satzger, §10, N 402; Serkan Meraklı, *Ceza Hukukunda Kusur* (Seçkin 2017) 83.

¹⁴⁶ Söz konusu bu tip şahsi cezasızlık sebeplerinin ihdası nedeninin, bu sebeplerin fail motivasyonuna etkisi olduğunu yadsımak bizzet hiçbir durumda olanaklı değildir. Nitekim malvarlığına karşı suçlarda şahsi cezasızlık sebeplerinin ihdası açısından; söz konusu akrabanın fail motivasyonunu, aile ilişkilerinden kaynaklı özel ve ayrıcalıklı bir pozisyonda olma durumunun şekillendireceği kabulünün etkili olduğu açık bir şekilde görülmektedir. Esasen belli derecede akrabalık ilişkileri için cezasızlık öngören (TCK m 167/1) kanun koyucunun, fail ve mağdur arasındaki akrabalık ilişkisinin görece daha uzak olduğu diğer bazı hallerde bu sefer cezada indirim öngörmesini (TCK m 167/2) başka şekilde izaha imkân yoktur. Bu durum dahi, söz konusu bu hükümler *ratio legis*'inin aile ilişkilerine karışmamak veya aile bağlarına ceza soruşturması yoluyla ek bir zarar vermemek düşüncesi (bkz Palazzo [n 7] 598; Tezcan, Erdem ve Önok [n 86] 962; Gülşen [n 86] 472) olamayacağını açıkça göstermektedir. Diğer bazı dar anlamda şahsi cezasızlık sebepleri açısından da söz konusu sebebin fail motivasyonunun oluşumu üzerindeki varsayımsal etkisi dışında bir ihdası sebebi düşünülmemektedir. Örneğin savaş zamanında düşman devlet toprağında bulunup da bu devlet ordusunda hizmete alınmak mecburiyetinde kalan vatandaş yönünden düşmanla iş birliği yapma suçunda (TCK m 303/4) kabul edilen şahsi cezasızlık sebebi açısından fail motivasyonunu etkileyen çatışma durumunun, normun *ratio legis*'ini teşkil ettiği yadsınamaz bir durumdur. Aynı durum TCK m 273/1-a, TCK m 278/4, TCK m 284/4 için de geçerlidir. Bu açıklamalarımız, yukarıda belirttiğimiz objektif görüşlere neden itibar edilemeyeceği hususunu da ortaya koymaktadır. Zira bu görüşler tüm şahsi cezasızlık sebeplerini aynı kategoride kabul etmekte ve buna paralel olarak söz konusu bu sebeplerin bir kısmının ihdası nedeninin, failin kusur içeriği üzerindeki varsayımsal etkileri olduğu gerçeğini yadsımlamaktadır. Oysa bu yönde bir kabul, kusur kavramının, "fail motivasyonunun oluşum sürecine" dayandırılan rasyonel temelleri ile uyumsuzdur. Bkz ve Krş Otto (n 5) §20, N 4; Jescheck und Weigend (n 28) 315; Roxin (n 1) § 12, N 149; Schönke und Schröder (n 28) §247, N 13-14; Baumann (n 28) §24, N 9; Lackner und Maassen (n 18) §247, N 4; Mantovani (n 2) N 216; Nuvolone (n 13) 205; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 473; Cadoppi e Veneziani (n 2) 565; Fiore e Fiore (n 4) 409; Palazzo (n 7) 598; Ramacci (n 1) 623; Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 633; Cocco (n 28) 1054; Önder (n 2) 388; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 2) 652; Öztürk ve Erdem (n 3) § 6, N 855; Zafer (n 3) 320; Koca ve Üzülmöz (n 2) 261; Akbulut (n 3) 272; Değirmenci (n 28) 157; Tunç (n 28) 303; Bulut (n 17) 34-35. Bunlardan ayrı olarak bkz ve Krş Gropp (n 3) §8 N 17 ve yine aynı eser §13, N 132.

¹⁴⁷ Bu noktada *kusurluluk* ile *kusur* kavramları arasındaki nüansa dikkat etmemiz gerekmektedir. *Kusurluluk* failin işlediği haksızlığın kendisine bireysel olarak yüklenilebilir olmasını ifade eder ve kusurluluğu kaldıran bir sebep sözf konusu olmadıkça fail kusurlu olarak kabul edilir. Bu haliyle *kusurluluk* niteliksel bir betimlemedir ve ceza sorumluluğunun yapısal bir bileşeni oluşturur. *Kusur* ise kusurluluk yargısının konusunu oluşturur ve buna etki eden sebeplerle ağırlığı değişen niceliksel bir kavramdır; buna etki eden nedenlerle ağırlığı artabilir ya da azalabilir. Bkz Meraklı (n 145) 34 vd. Nitekim Gropp'a göre de suçun yapısal bir bileşeni olarak kusurluluk açısından yapılacak incelemenin konusu failin gerçekleştirdiği fiilden dolayı kınanıp kınanamayacağıdır. Bu açıdan *kusurluluk*, failin gerçekleştirdiği fiildeki tüm faktörlerinin değerlendirilmesi sonucu somut failin faile yüklenip yüklenemeyeceğini ifade eder. Diğer bir ifade ile kusurluluk failin şahsi kınanabilirliğinden ibarettir. *Kusur* ise niceliksel bir kavram olup somut faille ilişkili olarak azlığından ya da çokluğundan bahsedilebilir bkz Gropp (n 3) §7 N 1, 22-23. Ayrıca bkz ve Krş Heinrich (n 2) §17 N 527; Wessels, Beulke, Satzger, §10, N 402. İtalyan doktrini açısından krş Palazzo (n 7) 403. İşte dar anlamda şahsi cezasızlık sebepleri de *kusurluluk* üzerinde değil *kusurun ağırlığı üzerinde* etki eder. Bunların, yine kusurluluk üzerinde değil de kusur üzerinde etki eden haksız tahrik gibi kurumlardan farkı ise bu etkinin, somut olayda fiille somut bağının aranmaması, aksine soyut norm düzleminde kanun koyucu tarafından *varsayımsal* olarak kabul edilmesidir. Bir başka ifade ile kusuru etkileyen sebeplerin örneğin haksız tahrikin kusur üzerindeki etkisi somut olarak tespit edilmelidir, oldukça istisnai bir nitelik arz eden dar anlamda şahsi cezasızlık sebeplerinin bu etkisi ise varsayımsaldır ve somut olayda ayrıca tespitine gerek yoktur. Bu nedenle dar anlamda şahsi cezasızlık sebepleri failin kusur içeriğiyle bağlantılı olsalar bile ceza sorumluluğunun genel nitelikteki *haksızlık* ve *kusurluluk* bileşenleri yanında istisnai nitelikte üçüncü bileşeni konumunda olan *cezalandırılabilirlik* kapsamında ele alınır.

¹⁴⁸ Alman doktrinindeki ağırlıklı görüş mazeret nedenlerinde aynı zamanda failin haksızlık içeriğinin de azaldığı ve her durumda failin ne haksızlık ne de kusur içeriğinin tümüyle kalkmadığı yönündedir. Buna göre söz konusu sebeplere ilişkin şartların gerçekleşmesi halinde hem failin fail motivasyonundan etkilenmekte hem de failin yöneldiği hukuka uygun amaç failin haksızlık içeriğinin de azalmasına sebebiyet vermektedir. Ancak bu durumda ne haksızlık ne de kusur içeriği tamamen kalkmakta ve fakat artık bir ceza verilmesini gerektirmeyecek ölçüde azalmakta olduğundan bu sebeplerin hukuki sonucu faile ceza verilmemesi olarak ortaya çıkmaktadır. Bkz Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §10, N 433; Heinrich (n 2) §18, N 563; Gropp (n 3) §7, N 64; Kühl (n 19) §12, N 3,8; Schönke und Schröder (n 28) §32, N 108; Türk doktrininde bu yönde bkz Adem Sözüer 'Yeni Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Sorular Cevaplar' [2006] HPD (6), 231; Kangal (n 131) 439 vd; Bekar (n 131) 43-44; Meraklı (n 130) 268-269; Canpolat (n 132) 179. Mazeret nedenlerinin söz konusu olduğu durumlarda failin -teorik olarak- yine de haksızlığı tercih etmeme imkanının olması çerçevesinde kusurunun tümüyle kalkmadığı ve fakat ceza vermeyi gerektirmeyecek ölçüde azaldığını kabul etmek olanaklıdır. Buna karşılık bu sebeplerin aynı zamanda failin haksızlık içeriğini de azalttığı yönündeki kabul tartışmaya açıktır. İtalyan doktrininde ise genel olarak mazeret nedenlerinin gerçekleşmesi halinde *failin kusurunun tümüyle ortadan kalktığı* kabul edilmektedir. Zira bu gibi hallerde artık faili kusurlu saymamızı engelleyen bir mazeret söz konusu eder ve aynı durumda bulunan herkesten aynı davranış bekleneceğinden *kınanabilirlikten* yani (azalmış da olsa) *kusurdan* söz edilmesi olanaklı değildir. Bkz Cadoppi e Veneziani (n 2) 330. Kanun koyucumuz da CMK m 223/3'de mazeret nedenlerinin gerçekleşmesi halinde "failin kusurunun bulunmaması" gerekçeyle ceza verilmesine yer olmadığına dair karar vereceğini hükme bağlayarak bu ikinci görüşü taraftar olmuş gözükmektedir.

¹⁴⁹ Nitekim Otto dar anlamda şahsi cezasızlık sebebi olarak sınıflandırdığımız sebeplerden en azından bir kısmının eğer kusuru azaltıcı bir etkisinin bulunduğu iddia edilmekteyse, bu sebeplerin maddi şartlarında hataya önem atfedilebilmesi ve bu durumun ceza sorumluluğuna etkide bulunduğu kabul edilebilmesi için bu sebeplerin birer mazeret sebebi olarak tasnif edilmesi ve buna dair bir dogmatik gerekçe ortaya konulmasının gerekli olduğunu belirtmekte ve bu çerçevede söz konusu sebeplerin, failin hukuka aykırılığından ve failin kusurundan bağımsız oldukları için somut olaydaki objektif varlıklarının belirleyici olduğu sonucuna varmaktadır. Otto (n 5) §20, N 4. Gropp ise akraba lehine kabul edilen şahsi cezasızlık sebepleri açısından düşülen hatanın kusurluluğu kaldıran hataya dair AICK §35/2'deki duruma oldukça benzediğini ve fakat söz konusu hatayı bu hüküm kapsamında ele alan bir yorumun, kanunun akraba lehine öngördüğü cezasızlık sebebine dair formülasyonun subjektif olarak anlaşılabilir olması halinde tutarlı olabileceğini ileri sürmektedir. Gropp (n 3) §8, N 20. Benzer şekilde Meraklı da şahsi cezasızlık sebeplerine dair objektif kanuni formülasyona atıf yaparak, bu sebepler açısından hataya kanun koyucunun bir önem atfetmediği sonucuna varmıştır. Yazara göre aksi bir düşünce bu sebepleri şahsi cezasızlık sebepleri olmaktan çıkarıp kusurluluğu azaltan sebep haline getirdi. Ancak kanun maddelerinin objektif nitelikteki şartlar getirdiğinin bu denli açık olması, failin kusurluluğuna ilişkin bu çeşit bir araştırmayı gereksiz hale getirmektedir. Meraklı (n 130) 274-275.

“varsayımsal” ifadesini kullanmamızın esbab-ı mucibesi kendini göstermektedir: bu tip şahsi cezasızlık sebepleri açısından belli akrabalık ilişkileri ya da başkaca durumların varlığının fiil motivasyonuna etkisi kanun koyucu tarafından soyut norm düzleminde “varsayımsal” olarak kabul edilmiştir¹⁵⁰. Buna göre kanun koyucu belli durumların var olması halinde failin fiil motivasyonunun oluşum sürecinin bundan etkileneceğini soyut olarak varsaymış, failin bundan yararlanabilmesi için somut fiil düzleminde bunların fiil motivasyonuna etkisinin somut olarak ayrıca tespitini aramamış ve bu nedenle, buna uygun olacak objektif bir formülasyonu tercih etmiştir. Bunun da temel amacı ve fonksiyonu; bu sebeplere dair şartların gerçekleşmesinin yeterli kabul edilmesi, failin somut olayda hangi motivasyonla hareket ettiğinin ayrıca incelenmesine ihtiyaç duyulmaması ve söz gelimi bu sebeplere dair şartların gerçekleştiği hususunda tersine hatanın failin söz konusu sebepten yararlanmasına engel olmamasıdır¹⁵¹. Buna göre failin söz konusu sebep gerçekleşmesine rağmen gerçekleşmediği zannıyla hareket etmiş olması, bu cezasızlık sebebinden yararlanmasına engel olmayacaktır. Dolayısıyla kanunda, objektif bir formülasyonun tercih edilerek somut olayda söz konusu sebebin kusur içeriğine etkisinin araştırılmasına gerek duyulmaması, “cezasızlık” için söz konusu sebeplerin gerçekleşmesinin yeterli kabul edilmesi gerektiği düşüncesinin ürünüdür.

6. Ancak dar anlamda şahsi cezasızlık sebeplerine dair kanundaki objektif formülasyon, failin bunların maddi koşullarında yanılması halinde, bu yanılığa bir sonuç bağlanmayacağı anlamına da gelmemektedir. Aksine, bu kategorideki şahsi cezasızlık sebepleri açısından yukarıda belirttiğimiz hususlar, bu gibi sebeplere dair maddi şartlarda düşülen hataya da bir sonuç bağlanması gerektiğini ortaya çıkarmaktadır. Zira kanunun kabul ettiğini belirttiğimiz “varsayım”, esasen failin yanılarak bu sebeplerin maddi şartlarının gerçekleştiğini zannettiği hallerde de mantık gereği söz konusu olmalıdır¹⁵². Gerçekten, eğer bu sebeplerin *ratio legis*'i bazı suç tiplerinin belli sebepler dahilinde işlenmesindeki fiil motivasyonunun kusur içeriğini azalttığına dair soyut varsayımına bağlanan bir sonuç ise bu motivasyonun maddi olaya dair hatalı tasavvura dayalı olarak yine de olduğu hallerde de aynı varsayımın cari olduğu kabul edilmelidir. Söz gelimi, yakın akraba aleyhine hırsızlık suçu açısından kabul edilen şahsi cezasızlık sebebinin kabul gerekçesi mademki failin fiil motivasyonunun varsayılan oluşum sürecine göre şekillenmektedir, öyleyse bu sürece dair hatanın da söz konusu motivasyonun oluşum sürecine aynı şekilde bir etkisinin olduğu varsayılmalıdır. Bu çerçevede fail, eşine ait olduğunu zannederek bir başkasının malını çalmışsa bu hatasından yararlanmalı ve hakkında yine de şahsi cezasızlık sebebine dair hüküm uygulanmalıdır.

C. 1. Bu tespit ve değerlendirmelerimiz çerçevesinde son olarak *de lege ferenda* açısından vardığımız bu sonuçların *de lege lata* açısından nasıl değerlendirileceği meselesini de incelememiz gerekmektedir. Bu çerçevede TCK açısından dar anlamda şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hataya düşen fail bu hatasından yararlanacak mıdır?

2. Bu meselenin çözümü açısından elimizde bulunan yegâne düzenlemenin failin düştüğü çeşitli hata tipleri açısından varılacak sonuçları gösteren TCK m 30 olduğu şüphesizdir ve olması gereken hukuk açısından vardığımız sonucun normatif dayanağının da bu düzenlemede bulunması gerektiği açıktır. Bu düzenlemenin ilk fıkrasında “suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlarda” hatadan söz edilmiş olup şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarının bu ifade kapsamına girmediği hususunda bir tereddüt söz konusu değildir. Esasen suçun maddi unsurlarında hataya düşen failin kastının ortadan kalkacağı tabiidir ve yukarıda belirttiğimiz üzere şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hatayı kast kapsamında telakki etmek mümkün değildir¹⁵³. Gerçekten tipikliğin subjektif bileşeni olarak kast, kanuni tipte tanımlanmış objektif unsurlara dair bilgi ve istemi ifade etmektedir¹⁵⁴. Oysa yukarıda belirttiğimiz üzere şahsi cezasızlık sebepleri tipikliğin birer unsuru değildir. Failin kastı bunları kapsamadığı gibi bunlarda düşülen

¹⁵⁰ Açık olmamakla birlikte *bkz* ve kısmen *krş* Gropp (n 3) §8, N 17.

¹⁵¹ Yukarıda belirttiğimiz gibi “mazeret nedenlerinde” failin fiil motivasyonunun oluşum sürecine etkisi somut olarak araştırılmaktadır (*bkz* Canestrari, Cornacchia e De Simone [n 2], 632). Buna karşılık bu tip şahsi cezasızlık sebeplerinde, söz konusu sebebin failin fiil motivasyonunun oluşum sürecini etkilediği, kanun koyucu tarafından tamamen soyut düzlemde varsayımsal olarak kabul edilmektedir. Buna göre eğer bir kimse yakın akrabasının malını çalmaktaysa onun fiil motivasyonunun bu durumdaki etkileneceği “varsayılmaktadır”. Bu nedenle somut olayda fail ve mağdur arasında kanunda öngörülen şekilde bir akrabalık ilişkisinin var olması, söz konusu şahsi cezasızlık sebebinin gerçekleştiğinin kabulü için kafi addedilecektir. Bu durum soyut-somut tehlike suçlarındaki ayrıma benzetilebilir. Mazeret nedenleri ve kusuru etkileyen sebeplerin, failin fiil motivasyonuna etki edip etmediğini ve bu çerçevede bunlara dair koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini hâkimin somut olayda incelemesi gerekmekte iken dar anlamda şahsi cezasızlık sebepleri açısından belli akrabalık ilişkilerinin var olması halinde failin fiil motivasyonun etkilendiği kabul edilecek ve bu durum somut olayda ayrıca araştırılmayacaktır. Esasen *kusur*, ceza sorumluluğunun öznesini, tipiklikte tanımlandığı şekliyle kasten ya da taksirle hareket eden “herhangi biri” olmaktan çıkıp bizzat somut olaydaki faille irca eden bir nitelik arz etmekteyse de (Fiore e Fiore [n 4] 438) dikkat edilmelidir ki haksızlığı gerçekleştiren ve kusur yeteneği bulunan her kimsenin kusurlu şekilde hareket etmiş olacağına dair kanuni sistematik de bir varsayım dayanağıdır (Palazzo [n 7] 403-404 ve 430). Şu kadar ki kanun, somut olayda belli hallerde bu varsayımın aksinin de cari olabileceğini kabul etmiş ve kaçınılmaz haksızlık yanılışı ile mazeret nedenlerine ilişkin hükümlere yer vermiştir. İşte dar anlamda şahsi cezasızlık sebeplerinde bu sistematik tersine çevrilerek, bu sefer kusur içeriğinin cezalandırılmayı gerektirmeyecek derecede az olduğu soyut norm düzleminde varsayılmış, somut olayda aksinin söz konusu olması ihtimali ise kabul edilmemiştir. Dolayısıyla dar anlamda şahsi cezasızlık sebeplerinin kusuru etkilediğinin söylenebilmesi için onları mazeret nedeni olarak konumlandırmaya da lüzum yoktur (*krş* Otto [n 5] §20, N 4). Eğer somut olayda dar anlamda şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartları gerçekleşmiş, örneğin TCK m 167 anlamında bir akrabalık ilişkisi var ise artık failin somut olarak hangi motivasyonla hareket ettiğine bakılmayacak ve kendisine ceza verilmeyecektir.

¹⁵² *krş* Gropp (n 3) §8, N 17 ve §13, N 134. Yazarın, hem dar anlamda şahsi cezasızlık sebeplerinin bir kısmında failin kusurunu azaltan ve ceza yaptırımının uygulanmasını uygunsuz kılan özel bir motivasyonel baskı altında olduğunun farz edildiğini belirtip hem de bunların maddi şartlarında düşülen hataya bir sonuç bağlanmaması bizce çelişkilidir.

¹⁵³ Welzel (n 13) 59; Jescheck und Weigend (n 28) 315-316; Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §24, N 7; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §12, N 494; Roxin (n 1) § 12, N 149; Rengier (n 12) §32, N 5; Kohlhaas (n 45) 219; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 473; Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 634; Palazzo (n 7) 598; Cocco (n 28) 1054; Öztürk ve Erdem (n 3) § 6, N 855; Zafer (n 3) 320-321; Bulut (n 17) 33.

¹⁵⁴ Gropp (n 3) §5, N 60; Heinrich (n 2) §12, N 264; Jescheck und Weigend (n 28) 310; Otto (n 5) §7, N 3; Roxin (n 1) §12, N 4; Bettli (n 2) 367; Antolisei (n 2) N 125-126; Mantovani (n 2) N 100; Ranieri (n 2) 266; Nuvolone (n 13) 293; Padovani (n 2) 251; Fiandaca e Musco (n 2) 174; De Marsico (n 53) N 125; Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 390; Ramacci (n 1) 328; Ozansü (n 119) 60 ve 61.

hata haksızlık üzerinde bir etkide de bulunmayacaktır. Dolayısıyla şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hatanın TCK m 30/1 kapsamında telakki edilebilmesi olanaklı değildir.

TCK m 30/2'de ise kanun “*suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda*” düşülen hatayı düzenlemiştir. Bunlar fiilin haksızlık içeriği üzerinde etkili olan ve bu çerçevede failin daha ağır veya daha hafif şekilde cezalandırılması sonucunu doğuran hallerdir¹⁵⁵. Dolayısıyla bunlar da haksızlığın yapısı içinde yer alırlar ve kastın kapsamına dahildirler¹⁵⁶. Buna karşılık dar anlamda şahsi cezasızlık sebepleri genel olarak haksızlığın ve özel olarak da *suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin* kapsamında değildir. Zira her ne kadar bazı nitelikli haller de esasında failin motivasyonu ve dolayısıyla kusurla ilgili olsalar da¹⁵⁷ “suçun nitelikli hallerini” ayrıca ve özel olarak düzenleyen ceza kanununun sistematiği, bu iki kurumu birbirinden net çizgilerle ayırmaktadır. Dolayısıyla şahsi cezasızlık sebeplerinde hatayı TCK m 30/2 kapsamında ele almak da olanaklı değildir¹⁵⁸.

TCK m 30/4'te kanun kaçınılmaz nitelikteki haksızlık hatasını düzenlemiş olup buna göre “*işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz*”. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere dar anlamda şahsi cezasızlık sebepleri fiilin haksızlık içeriği üzerinde bir etki göstermemektedir. Dolayısıyla bu sebeplerin maddi şartlarında hataya düşülmesinin, fiilin bütünüünün ifade ettiği değersizlik açısından failin zihnindeki tasavvurun gerçeğe uymaması sonucunu doğurması olanaklı değildir¹⁵⁹. Bu sebeplerin maddi koşullarında hataya düşen fail de fiilin haksızlık teşkil ettiğinin bilincindedir. Bu sebeple cezalandırılmayacağını düşünmesi halinde dahi bir haksızlık yanılığında söz etmeye olanak yoktur¹⁶⁰. Zira şahsi cezasızlık sebeplerinin gerçekleştiği zanni, faili, tipik fiili işlemeye hakkı olduğu kanısına sevk edecek yani bu fiilin haksızlık teşkil ettiği hususunda yanıtacak nitelikte değildir. Haliyle dar anlamda şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi koşullarında hatanın, haksızlık hatasına ilişkin TCK m 30/4 kapsamında ele alınabilmesi de olanaklı değildir¹⁶¹.

3. Bu noktada uygulanabilecek tek norm olarak karşımıza TCK m 30/3 çıkmaktadır. Bu hükme göre “*ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır*”. Esasen hükme ilk bakıldığında herhangi bir ayırım yapılmadan “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşullardan” söz edilmekte olduğu görülmektedir ve lafzi olarak şahsi cezasızlık sebeplerini de bu hüküm kapsamında telakki etmemiz mümkün görünmektedir. Nitekim yukarıda ifade ettiğimiz üzere doktrinde de bu hükümde yer alan “ceza kaldırıcı veya azaltıcı nedenler” ibaresinin genel niteliği karşısında, ceza sorumluluğu üzerinde etki eden ve diğer hata halleri kapsamına girmeyen tüm sebeplerin bu hüküm kapsamında ele alınmasının mümkün olduğu belirtilmiştir¹⁶². Diğer taraftan hükmü bu kadar geniş yorumlamasak bile söz konusu bu hükmün çekirdeğinin kusuru etkileyen hallerin maddi koşullarında hatayı ele alması ve yukarıda ifade ettiğimiz üzere dar anlamda şahsi cezasızlık sebeplerinin de varsayımsal da olsa fiilin kusur içeriğini etkilediğini kabul etmemiz karşısında, söz konusu sebepleri de bu hüküm kapsamında telakki etmemiz mantıklı görünmektedir. Nitekim doktrinde de şahsi cezasızlık sebeplerinde hatanın tek başına kusurluluğu etkileyen bir niteliği haiz olmasa da failin kınanabilirliği üzerinde etkisi olmasından yola çıkarak bu halde TCK m 30/3'ün uygulanabileceği ve esasen bu fıkrada yer alan “ceza sorumluluğu kaldıran veya azaltıcı neden” ifadesinin, şahsi cezasızlık sebeplerini de kapsayacak şekilde yorumlanmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir¹⁶³.

Ancak bu kabulün de karşısında önemli bir sorun vardır: kanun koyucu TCK m 30/3 hükmünde yer verdiği “*ceza sorumluluğu kaldıran veya azaltıcı neden*” ifadesiyle açıkça bu fıkranın da içinde yer aldığı TCK'nın genel hükümler kitabının ikinci kısmının

¹⁵⁵ Bkz Heinrich (n 2) §8, N 182; Roxin (n 1) §10, N 132; Kindhäuser (n 4) §8, N 6-7; Gropp (n 3) §3, N 45a; Kühl (n 19) §1, N 6; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 2) 300 ve 392; Özgenç (n 3) 226; Koca ve Üzülmöz (n 2) 143.

¹⁵⁶ Heinrich (n 2) §8, N 182; Roxin (n 1) §10, N 132; Kindhäuser (n 4) §27, N 2; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 2) 407 ve 654; Özgenç (n 3) 238 ve 535; Koca ve Üzülmöz (n 2) 163.

¹⁵⁷ Nitekim aynı yönde bkz Ozansü (n 119) 139.

¹⁵⁸ Bkz Baumann (n 28) §24, N 9. Bu açıklamalarımız şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hata halinde TCK m 30/2'nin uygulanması gerektiğine dair *smırlı subjektif teorilerin* neden isabetsiz olduğunu da göstermektedir. Esasen yukarıda belirttiğimiz hususlar bir tarafa bırakılsa ve sadece normun lafzından hareket edilse bile TCK m 30/2'nin şahsi cezasızlık sebepleri açısından uygulanabilmesi olanaklı değildir. Zira kanun koyucu haksızlık içeriğini etkilediği için daha ağır veya daha hafif cezayı gerektiren halleri ele alırken madde başlıkları olarak “*nitelikli hal*” lafzını kullanmıştır ki bu da TCK m 30/2'nin açıkça bu gibi hükümlere atıf yaptığını göstermektedir. Bkz ve *krş* Tezcan, Erdem ve Önok (n 86) 962; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 444; Gülşen (n 86) 479; Gedik, 575. Dolayısıyla en fazla TCK m 30/2'nin şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hata açısından “*kıyasen*” uygulanmasından söz edilebilir ki “*nitelikli haller*” ile “*şahsi cezasızlık sebeplerini*” düzenleyen norm tipleri arasındaki lafzi, sistematik ve amaçsal derin farklılıklar ile iki halin, fiilin haksızlık içeriği açısından farklı konuları, bızce kıyası da imkânsız kılmaktadır.

¹⁵⁹ Schönke und Schröder (n 28) §16, N 34; Horn (n 47) 10; Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 634.

¹⁶⁰ Horn (n 47) 10; Canestrari, Cornacchia e De Simone (n 2) 634.

¹⁶¹ Bu açıklamalarımız cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hatanın kural olarak önemsiz olduğu ve olsa olsa fiilin geneline yönelik bir *haksızlık yanılığına* sebebiyet verebileceğine dair *Fischer ve Lackner/Maassen*'in yukarıda zikrettiğimiz görüşlerine neden itibar edilemeyeceğini de ortaya koymaktadır. Zira şahsi cezasızlık sebepleri hukuka uygunluk sebeplerinden farklı olarak fiili haksız olmaktan çıkarmayacağı gibi fiilin haksızlık içeriği üzerinde bir etki de göstermemektedir. Dolayısıyla bu sebeplerin maddi koşullarında hataya düşülmesinin, fiilin bütünüünün ifade ettiği değersizlik açısından failin zihnindeki tasavvurun gerçeğe uymaması sonucunu doğurması olanaklı değildir. Kaldı ki haksızlık yanılığının fiilin kusur içeriğini tümüyle ortadan kaldırmaktadır. Belirttiğimiz üzere dar anlamda şahsi cezasızlık sebeplerinin fiilin kusur içeriği üzerinde bir etkisinin olduğu bızce açıkça da bu etki, fiilin kusur içeriğini tamamen ortadan kaldırma boyutuna da varmamaktadır. Haliyle, şartlarında hataya düşülmesi sadece kusur içeriğini azaltacak bir hususun, hataya düşüldüğü için bu sefer kusur içeriğini tamamen ortadan kaldıracağını kabul etmek çelişkili olacaktır. *Krş* Fischer (n 2) §247 N 4; Lackner und Maassen (n 18) §247, N 4.

¹⁶² Hafızoğulları ve Özen (n 88) 299; Güngör (n 88) 73. İTCK m 59/4 yönünden aynı görüşte bkz Vassalli (n 1) 625; Pisapia (n 25) 179-180; Pecorella (n 57) 22.

¹⁶³ Tulay (n 90) 267-268.

ikinci bölümünü kastetmiştir¹⁶⁴. Nitekim bu bölümün başlığı tam olarak “*ceza sorumluluğu kaldıran veya azaltan nedenler*”dir. Her ne kadar hükmün lafzı bu şekilde bir sınırlandırmaya imkân tanımıyor gibi görünse de kanunun sistematigi ve kanun koyucunun amacı, söz konusu bu hükmün, ancak bu kısımda belirtilen sebeplerin maddi şartlarında hata halinde uygulanmak üzere ihdas edilmiş olduğunu son derece açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Nitekim madde gerekçesinde de kanun koyucu bu husustaki niyetini ortaya koymuş ve “*Hükümet Tasarısının 23 üncü maddesinin 3 üncü fıkraya veya bendinde düzenlenen ‘hukuka uygunluk nedenlerinde hata’ ile ilgili hüküm, bölüm başlığına paralel olarak değiştirilmiştir. Madde metnindeki ‘hukuka uygunluk nedenleri’ yerine, ‘ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler’ ibaresi konulmuştur. Somut olayda söz konusu nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanabilecektir*” açıklamasına yer vermiştir. Bu çerçevede ne sistematik ne de amaçsal yorum yoluyla dar anlamda şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hatanın bu hüküm kapsamında düzenlendiğinin ileri sürülebilmesi mümkün gözükmemektedir¹⁶⁵.

4. Bu çerçevede şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hatanın esasen TCK m 30 kapsamında düzenlenmediğini ve bu hususta bir *kanun boşluğu* olduğunu ifade etmemiz elzemdir. Bununla birlikte şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hata açısından söz konusu olan bu boşluk, bilinçli bir boşluk da değildir; kanun koyucu bilinçli olarak şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hatayı TCK m 30 kapsamı dışında tutmak ve bu konuda objektif görüşe taraftar olmak iradesiyle hareket etmemiş, aksine bu meseleyi kelimenin tam anlamıyla hiç değerlendirmemiştir. Nitekim kanunun hazırlık çalışmalarında bu konudaki hatanın hiç gündeme gelmediği görülmektedir ve buna ek olarak TCK m 21’in gerekçesinde “*suç tanınmada yer almakla birlikte, fiilin ifade ettiği haksızlık üzerinde etkili olmayan koşulların gerçekleştiğinin bilinip bilinmemesi, kastın varlığı açısından önem taşımamaktadır. Örneğin objektif cezalandırılabilme koşulunun arandığı suçlarda bu koşulun veya şahsi cezasızlık sebebinin fail tarafından bilinmesi gerekmez*” açıklamasına yer vererek bu koşullardaki hatanın failin kastını etkilemeyeceğini açıkça öngören kanun koyucu, TCK m 30’un gerekçesinde -bu sefer tam aksine- bu hususa hiç değinmemiş ve haliyle şahsi cezasızlık sebeplerinin, bu maddedeki diğer hata hallerinin kapsamında ele alınamayacağına dair herhangi bir açıklamaya yer vermemiştir. Dolayısıyla dar anlamda şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hataya ilişkin olarak kanunda *bilinçsiz bir boşluğun* söz konusu olduğu görülmektedir.

İşte bu noktada, sorunun çözümünün TCK m 30/3’ün kıyasen uygulanması olduğu hususu kendini göstermektedir. Her ne kadar Türk doktrininde çoğunlukla TCK m 2/3’de yer verilen “*kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz*” hükmüyle ceza normları açısından kıyasın failin lehine ya da aleyhine olduğuna bakılmaksızın tümüyle yasaklandığı ileri sürülmüş¹⁶⁶ ise de söz konusu bu hükmün lehe kıyası kapsayacak şekilde anlaşılması bizce mümkün değildir. Zira Aydınlanma Çağıyla birlikte ceza hukukunun en temel ilkelerinden biri haline gelen kıyas yasağının amacı; kişileri, ceza normunda suç olarak düzenlenmeyen bir fiili işlemleri halinde, hâkimin kıyas yoluyla ceza vermesi tehdidinden korumak ve bu suretle bir güvence temin etmektir¹⁶⁷. Dolayısıyla kıyas yasağı ilkesine yer verilmesinin amacı zaten aleyhe kıyası yasaklamaktır, zira lehe kıyasın söz konusu bu güvenceye aykırı olmadığı açıktır¹⁶⁸. O halde kıyas yasağı sadece fail aleyhine olan hükümlerle ilgilidir; “*bilinçli bir boşluk*” ve bir “*istisna hükmü*” söz konusu olmadığı müddetçe fail lehine kıyas mümkündür¹⁶⁹. Nitekim TCK m 2’ye ilişkin madde gerekçesinde de kanun koyucu bu yöndeki düşüncesini hiçbir izaha yer bırakmayacak açıklıkta ifade etmiştir: “*suçta ve cezada kanunilik ilkesinin doğal bir sonucu olan evrensel ilke niteliğindeki ceza kanunlarının uygulanmasında kıyasa başvurulamayacağı, maddenin üçüncü fıkrasında açıkça düzenlenmiştir. Böylece ceza kanunlarının bireye güvence sağlama işlevinin bir gereği daha yerine getirilmiş olmaktadır. (. . .) Kıyas yasağıyla getirilen güvencenin tam anlamıyla uygulanabilmesini mümkün kılmak amacıyla, kıyasa yol açacak şekilde yapılacak geniş yoruma da başvurulamayacağı açıkça ifade edilmiştir*”. Dolayısıyla kıyas yasağı zaten olağan olarak aleyhe kıyası kapsamakta olup kanun koyucunun TCK m 2/3’te kıyas yasağını formüle ederken ayrıca aleyhe kıyası vurgulamasına zaten lüzum yoktur ki madde gerekçesi de bu düşünceyle hareket edildiğini açıkça göstermektedir¹⁷⁰. Bu

¹⁶⁴ Bkz Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 2) 657; Koca ve Üzülmöz (n 2) 301; Hakeri (n 6) 433; Meraklı (n 145) 423.

¹⁶⁵ Bu açıklamalarımız da şahsi cezasızlık sebeplerinin tümü ya da en azından bir kısmının maddi şartlarında hata halinde doğrudan TCK m 30/3’ün uygulanması gerektiğine dair ülkemizde ileri sürülen sınırlı sübjektif teorileri ve bunların İTCK m 59/4 açısından ileri sürülen benzer versiyonlarını neden isabetli bulmadığımızı ortaya koymaktadır. Olağan olarak, bir ceza normunun sadece lafzi yorumu, o normun anlaşılıp uygulanabilmesi için elbette yeterli değildir. O normun hangi amaçla ihdas edildiği ve lafzının sistematik olarak ne şekilde anlaşılacağı de göz ardı edilmemelidir. Diğer taraftan ceza kanunlarını hazırlarken kanun koyucuların o ana kadarki doktrinel birikimi tümüyle bir tarafa bırakacaklarını düşünmek gerçekçi değildir. Elbette ceza normları statik değildir ve zamana göre farklı yorumlanmaları mümkündür; hazırlık çalışmaları ve madde gerekçeleri sadece birer yorum aracıdır. Ancak kanun koyucuların da kanunun hazırlanması aşamasında ileri sürülen teorilerden faydalanması ve kanunun sistematigi ve içeriğini bunlardan çıkan sonuçları göz önüne alarak belirlemesi son derece olağandır. Böyle bir realiteyi göz ardı etmek olanaklı değildir. Nitekim hem TCK m 30/3 hem de İTCK m 59 açısından hazırlık çalışmaları da bu hükümlerin hangi hususları kapsamak üzere ihdas edildiklerini açıkça göstermektedir. Sadece madde lafzını esas alıp amaçsal, sistematik ve tarihsel yorum metotlarını bir tarafa bırakmak bizce isabetli değildir. Bkz ve *krş* Vassalli (n 1) 625; Pisapia (n 25) 179-180; Pecorella (n 57) 22; Hafizoğulları ve Özen (n 88) 299; Güngör (n 88) 73; Tulay (n 90) 269.

¹⁶⁶ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 2) 174; Centel, Zafer ve Çakmut (n 3) 96; Öztürk ve Erdem (n 3) §1, N 42; Koca ve Üzülmöz (n 2) 66; Hakeri (n 6) 27; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 70.

¹⁶⁷ Roxin (n 1) §5, N 44; Kindhäuser (n 4) §3, N 6; Schönke und Schröder (n 28) §1, N 26; Jakobs (n 119) §4, N 33; Antolisei (n 2) N 31; Ranieri (n 2) 50; Fiandaca e Musco (n 2) 49; Fiore e Fiore (n 4) 99.

¹⁶⁸ Roxin (n 1) §5, N 44; Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §9, N 99; Heinrich (n 2) §3, N 36 ve §8, N 139; Kindhäuser (n 4) §3, N 6; Ranieri (n 2) 50; Fiandaca e Musco (n 2) 49; Palazzo (n 7) 133; Fiore e Fiore (n 4) 99; İçel (n 3) 108; Soysalan (n 3) 125.

¹⁶⁹ Roxin (n 1) §5, N 44; Jescheck und Weigend (n 28) 136; Wessels, Beulke und Satzger (n 1) §2, N 54; Baumann, Weber und Mitsch (n 2) §9, N 99; Schönke und Schröder (n 28) §1, N 25-30; Heinrich (n 2) §3, N 36; Kindhäuser (n 4) §3, N 6; Rengier (n 12) §4, N 34; Ranieri (n 2) 50; Bettiol (n 2) 123-124; Fiandaca e Musco (n 2) 49; Fiore e Fiore (n 4) 99; Santaniello e Maruotti (n 2) 50-51; Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 86; Palazzo (n 7) 133.

¹⁷⁰ Bu konuda bkz İçel (n 3) 108, dipnot 33. Abdullah Batuhan Baytaş, *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum* (Oniki Levha, 2018) 369 vd.

çerçeve, tarihsel ve amaçsal yorum metodlarını tümüyle bir tarafa bırakıp sadece lafzından yola çıkarak bu hükmün fail lehine kıyası yasakladığından bahsetmek olanaklı değildir¹⁷¹.

Yukarıda belirttiğimiz üzere *dar anlamda şahsi cezasızlık sebepleri* fiilin kusur içeriğiyle ilişki içindedir ve bu sebeplerin gerçekleşmesi halinde, her ne kadar haksızlık ve kusurluluğun bileşenleri ortadan kalkmamakta ve bu nedenle fiil haksız ve fail de kusurlu addedilmeye devam edilmekte ise de failin varsayılan fiil motivasyonunun oluşum sürecini şekillendirmeleri hasebiyle bu sebepler, fiilin kusur içeriğinin ağırlığını, bir ceza yaptırımını gereksiz kılacak ölçüde azaltmaktadır. Dolayısıyla bu sebeplerin maddi şartlarında hatanın da failin fiil motivasyonunun oluşum süreci üzerinde varsayımsal da olsa etki yaptığı kabul edilmelidir. Haliyle şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hata, mahiyeti itibarıyla kusuru kaldıran veya azaltan sebeplerin maddi şartlarında hataya benzemektedir. İşte kanun koyucu, kusuru kaldıran veya azaltan sebeplerin maddi şartlarında hatayı TCK m 30/3'te düzenlerken, mahiyet itibarıyla yine kusur içeriği üzerinde etki eden dar anlamda şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hatayı düzenlemeyi ihmal etmiş ve bu konuda *bilinçsiz bir boşluğa* sebebiyet vermiş olduğundan, bu boşluk TCK m 30/3 hükmünün fail lehine kıyasen uygulanması yoluyla çözümlenmelidir. Esasen söz konusu boşluğun bilinçsiz bir boşluk olması, TCK m 30/3'ün zaten hata konusundaki genel hüküm mahiyetinde olup bir istisna hükmü olmaması ve bu hükmün fiilin kusur içeriği üzerinde etkide bulunan (haksız tahrik gibi) sebeplerin maddi koşullarında hatayı da kapsamı hususları karşısında, dar anlamda şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hata açısından TCK m 30/3'ün kıyasen uygulanmasına bir engel bulunmamaktadır¹⁷².

Anılan hükme göre “*ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır*”. Bu çerçevede dar anlamda şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hataya düşen failin bu hatası eğer *kaçınılmaz* nitelikte ise fail bu hatasından yararlanacaktır. Bunun anlamı ise söz konusu sebeplere dair hukuki sonuçlardan failin faydalanacağıdır. Buna göre sözgelimi eğer bir şahsi cezasızlık sebebi söz konusu ise fail bu sebep çerçevesinde cezasızlıktan yararlanacak ve eğer cezadan indirim yapılmasını gerektirecek bir şahsi sebep söz konusu ise failin cezasında öngörülen oranda indirim yapılacaktır. Ancak bunun için failin düştüğü bu hatanın kaçınılmaz olması da aranacaktır¹⁷³. Fail, hataya düşse bile bu hatası kaçınılmaz nitelikte değilse şahsi cezasızlık sebebinden yararlanamayacaktır.

Bu çerçevede yukarıda belirttiğimiz 1, 2 ve 3 numaralı örnekleri yeniden ele alırsak:

Annesi (B)'nin tek başına yaşadığı evden hırsızlık yapmak amacıyla geceleyin gizlice eve giren (A), annesine ait olduğunu zannederek masada bulunan ve fakat yatılı misafiriğe gelen annesinin arkadaşı (C)'ye ait çantanın içerisinden para (ç)almış ise TCK m 30/3'ün kıyasen uygulanması yoluyla; somut olayın koşullarına göre eğer hatasının kaçınılmaz olduğu sonucuna varılmakta ise bu hatasından ve haliyle TCK m 167'deki şahsi cezasızlık sebebinden yararlanacaktır.

Resmi nikahlı eşi olarak bildiği ve işlediği bir suç nedeniyle hakkında yakalama kararı bulunan (B)'ye yakalanmaktan kurtulması için imkân sağlayan ve fakat sahte nikah nedeniyle geçerli bir evliliklerinin olmadığını bilmeyen (A), bu husustaki hatasının kaçınılmaz bir hata olduğu sonucuna varılması halinde, yine TCK m 30/3'ün kıyasen uygulanması yoluyla bu hatasından ve haliyle TCK m 286/3'teki şahsi cezasızlık sebebinden yararlanacaktır.

Son olarak yediemin deposundan, kendisine ait olduğunu zannettiği ve gerçekte bir başkasına ait resmen elkonulmuş eşyayı çalan (A), eğer düştüğü bu hata kaçınılmaz ise TCK m 30/3'ün kıyasen uygulanması yoluyla TCK m 290/2'deki indirim sebebinden yararlanacaktır.

Sonuç

Şahsi cezasızlık sebepleri, ceza kanunlarının özel kısmında belli suç tipleri için uygulanmaları öngörülen, gerçekleşmeleri halinde tüm unsurlarıyla oluşmuş bir suç açısından kusurlu addedilen failin cezalandırılmasını engelleyen ve suçun işlenmesi sırasında var olan sebepleri ifade etmekte olup bu hukuki kurum açısından en tartışmalı konulardan birisini ise failin bu sebeplerin maddi şartlarında hataya düşmesi halinde, bu hatasına hukuken nasıl bir sonuç bağlanacağı hususu oluşturmaktadır. Örneğin hırsızlık suçu açısından TCK m 167'de faille mağdur arasında belli derecede akrabalık ilişkisinin bulunması şahsi cezasızlık sebebi olarak kabul edilmiş olup eşine ait olduğunu zannederek aslında bir başkasının cüzdanından para (ç)alan kimsenin bu şahsi cezasızlık sebebinden yararlanıp yararlanmayacağı tartışmaya oldukça açıktır.

¹⁷¹ Aynı yönde bkz İçel (n 3) 108; Soyaslan (n 3) 124-125. Suç ve ceza içermeyen hükümler yönünden lehte kıyasa engel bulunmadığını belirterek neticeten bu yönde bkz Toroslu ve Toroslu (n 3) 68. Ceza kanununun genel hükümleri açısından kıyas yasağından söz edilemeyeceğini belirterek neticeten bu yönde bkz Özgenç (n 3) 134. Ceza sorumluluğunu etkileyen nedenler açısından kısmen bu yönde bkz Hafizoğulları ve Özen (n 88) 110. Olan hukuk açısından kıyas yasağının mutlak şekilde uygulanmasının gerektiği, olması gereken hukuk açısından ise lehte kıyasın kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz Baytaç (n 170) 372-373. *Heinrich*'e göre failin lehine kıyas yapılabilmesi için üç şart gereklidir. İlk olarak bir kanun boşluğu bulunmalı, ikinci olarak bu kanun boşluğu kanun koyucu tarafından amaçlanmamış olmalı (yani bilinçli bir boşluk olmamalı) son olarak ise benzer menfaat durumlarının varlığına dayalı olarak bir benzerlik karşılaştırılması yapılabilir. bkz *Heinrich* (n 2) §8, N 139.

¹⁷² Nitekim İtCK m 59/4 için bu gerekçelerle lehte kıyasın mümkün olabileceği yönünde bkz Marinucci, Dolcini e Gatta (n 2) 88.

¹⁷³ Hatanın kaçınılmazlığı açısından bkz Roxin (n 1) §22, N 59, 62, 64; *Heinrich* (n 2) §32, N 1154; Gropp (n 3) §13, N 128; Jakobs (n 119) §17, N 77-78 ve 83; *Kindhäuser* (n 4) §28, N 18; *Kühl* (n 19) §13, N 82; *Rengier* (n 12) §26, N 39 ve §31, N 17-27.

Bu hususta ileri sürülen *objektif teorilere* göre şahsi cezasızlık sebeplerinin objektif olarak var olup olmaması belirleyici olup failin bu sebeplerin maddi şartlarında hataya düşmesi ceza sorumluluğunu etkilemeyecektir. Zira bu sebepler haksızlık ve kusurun tümüyle dışında olan objektif nitelikteki sebeplerdir. Bu nedenle, şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hata ceza sorumluluğu açısından önemsiz bir hatadır ve bu hataya hukuken bir sonuç bağlanması mümkün değildir. Söz konusu bu sebepler bütünüyle objektif nitelikte olup gerçekleşmeleri halinde failin bu durumun bilincinde olup olmaması bu sebeplerden yararlanmasından bir önem arz etmeyeceği gibi gerçekleşmemeleri halinde de failin bu hususta yanılığa düşmesi cezai sorumluluğunu etkilemeyecektir.

Buna karşılık *katı subjektif teorilere* göre şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartları açısından düşülen hatanın da failin ceza sorumluluğuna etki ettiği kabul edilmelidir. Ancak bu etkinin hangi norma dayalı olarak ve hangi gerekçeyle kabul edilmesi gerektiği hususunda çeşitli yazarlarca birbirinden oldukça farklı teorik ve normatif esaslar ileri sürülmüştür.

Yine failin subjektif durumuna bir sonuç bağlanması gerektiğini kabul eden diğer bazı yazarlar esas itibarıyla objektif teorilerin argümanlarını reddetmemekle veya bu konuda genel bir değerlendirme yapmamakla birlikte, belli suçlar açısından ihdas edilen şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında düşülen hatanın failin ceza sorumluluğunu ortadan kaldıracağını ileri sürmüşlerdir (*sınırlı subjektif teoriler*). Ancak bu yazarlar şahsi cezasızlık sebepleri arasında kategorik bir ayırım da yapmamışlardır.

Son olarak bazı yazarlar şahsi cezasızlık sebepleri arasında, bunların ihdas nedenleri ve fonksiyonlarına göre bir ayırım yapılması gerektiğini ileri sürmüşlerdir (*ayırıcı teori*). Buna göre bir şahsi cezasızlık sebebi münhasıran ya da ağırlıklı olarak devletin cezalandırma politikalarına hizmet ediyorsa, bu sebeplerin uygulanması açısından tümüyle objektif durum dikkate alınacaktır ve bu sebeplerin şartlarında hata önemsizdir. Buna karşılık eğer bu sebepler, öncelikli olarak zorunluluk haline benzer bir motivasyonel fiili ya da suçun azalan kusur düzeyini dikkate almayı gerektiriyorlarsa, failin tasavvuru değerlendirilmelidir. Ancak bu teoriyi savunan yazarlar arasında failin bu sebeplerin maddi şartlarında düştüğü hatasına hangi hükümlere göre sonuç bağlanacağı tartışmalıdır.

Bu son belirtilen görüşün çıkış noktası oldukça isabetlidir. Gerçekten, bu başlık altındaki pek çok sebebin *ratio legis*'i birbirinden oldukça farklıdır ve bu farklılık esasen bunların hukuki nitelikleri açısından da etki doğurmaktadır. Bu çerçevede şahsi cezasızlık sebeplerinin bir kısmının *ratio legis*'i ceza hukukunun tümüyle dışındaki sebeplere bir kısmı ise kanun koyucunun ceza politikasıyla ilgili tercihlerine dayanmaktadır. Bu gibi esaslara dayanan şahsi cezasızlık sebepleri failin kusur içeriği üzerinde hiçbir etkide bulunmadığı için bunların maddi şartlarında hataya bir sonuç bağlanması da tabiatıyla olanaklı değildir.

Buna karşılık şahsi cezasızlık sebeplerinin önemli bir kısmı *failin fiil motivasyonunun* “varsayılan” oluşum sürecine bağlı olarak *kınama yargısının ağırlığı* ile doğrudan ilgilidir. Bu hallerde failin fiil motivasyonunun oluşum sürecini soyut (varsayımsal) olarak değerlendiren kanun koyucu, fiile yönelik normatif-toplumsal kınama yargısının ağırlığının cezaya layık bir aşamaya varmadığını kabul etmekte ve bu da ilgili suç tipine şahsi cezasızlık sebebi olarak yansımaktadır. Örneğin failin fiil motivasyonunu; TCK m 167 kapsamına giren hallerde, aile ilişkilerinden kaynaklı özel ve ayrıcalıklı bir pozisyonda olma durumunun, TCK m 283 kapsamına giren hallerde ise “norma uyma” ile “yakınına tehlikeden koruma” arasındaki çatışma durumunun şekillendirmesinin olağan olduğu açıktır. İşte bu gibi hallerde şahsi cezasızlık sebebi fail hakkındaki kusur yargısıyla ilişki içindedir ve bu sebebe dair normun maddi şartlarının somut olayda gerçekleşmesi halinde, her ne kadar haksızlık ve kusurluluğun bileşenleri ortadan kalkmamakta ve bu nedenle fiil haksız ve fail de kusurlu addedilmeye devam edilmekte ise de failin varsayılan fiil motivasyonunun oluşum sürecini şekillendirmeleri hasebiyle bu sebepler, failin kusur içeriğinin ağırlığını, bir ceza yaptırımını gereksiz kılacak ölçüde azaltmaktadır. Bir başka ifadeyle bu halde ceza sorumluluğunun iki bileşeni olarak haksızlık ve kusurluluk gerçekleşmekte olmasına rağmen failin kusur içeriği faile bir ceza verilmesini gerektirecek ağırlıkta kabul edilmemekte, bu da kanuna şahsi cezasızlık sebebi olarak yansımaktadır.

Bu sebeplerin *ratio legis*'i bazı suç tiplerinin belli sebepler dahilinde işlenmesindeki fiil motivasyonunun kusur içeriğini azalttığına dair soyut varsayıma bağlanan bir sonuç olduğundan bu motivasyonun, maddi olaya dair hatalı tasavvura dayalı olarak yine de oluştuğu hallerde de aynı varsayımın cari olduğu kabul edilmelidir. Bu çerçevede fail, eşine ait olduğunu zannederek bir başkasının malını çalmışsa bu hatasından yararlanmalı ve hakkında yine de şahsi cezasızlık sebebine dair hüküm uygulanmalıdır.

Olan hukuk açısından meseleye bakıldığında; şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hatanın esasen TCK m 30 kapsamında düzenlenmediğini ve bu hususta kanunda bir bilinçsiz boşluk olduğunu ifade etmemiz elzemdir. İşte kanun koyucu, kusuru kaldıran veya azaltan sebeplerin maddi şartlarında hatayı TCK m 30/3'te düzenlerken, mahiyet itibarıyla yine kusur içeriği üzerinde etki eden dar anlamda şahsi cezasızlık sebeplerinin maddi şartlarında hatayı düzenlemeyi ihmal etmiş ve bu konuda *bilinçsiz bir boşluğa* sebebiyet vermiş olduğundan bu boşluk, TCK m 30/3 hükmünün fail lehine kıyasen uygulanması yoluyla doldurulmalıdır. Buna göre bir şahsi cezasızlık sebebinin maddi şartlarında kaçınılmaz bir hataya düşen kimse, TCK m 30/3'ün kıyasen uygulanması çerçevesinde bu hatasından yararlanacak ve bu şahsi cezasızlık sebebine dair hüküm bu kimse hakkında tatbik edilecektir.

Etik Kurul Onayı: Bu çalışma için etik kurul onayı gerekmemektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Yazar Katkıları: Çalışma Konsepti/Tasarım- E.S., H.A.C.; Veri Toplama- E.S., H.A.C.; Veri Analizi/Yorumlama- E.S., H.A.C.; Yazı Taslağı- E.S., H.A.C.; İçeriğin Eleştirel İncelemesi- E.S., H.A.C.; Son Onay ve Sorumluluk- E.S., H.A.C.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Ethics Committee Approval: N/A.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Author Contributions: Conception/Design of Study- E.S., H.A.C.; Data Acquisition- E.S., H.A.C.; Data Analysis/Interpretation- E.S., H.A.C.; Drafting Manuscript- E.S., H.A.C.; Critical Revision of Manuscript- E.S., H.A.C.; Final Approval and Accountability- E.S., H.A.C.

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.

KAYNAKLAR / REFERENCES

- Akbulut B, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (9. Baskı, Adalet 2022).
- Antolisei F, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, A cura di Luigi Conti (16. Edz, Giuffré 2003).
- Artuk M E, Gökçen A, Alşahin M E ve Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı, Adalet 2022).
- Arzt G, Weber U, Heinrich B und Hilgendorf E, *Strafrecht Besonderer Teil* (Ernst und Werner 2009).
- Baumann J, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (7. Auflage, Verlag Ernst und Werner 1975).
- Baumann J, Weber U und Mitsch W, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (11. Auflage, Ernst und Werner 2003).
- Baytaz A B, *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum* (Oniki Levha 2018).
- Bekar E, *Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar* (Oniki Levha 2018).
- Bekar E, *Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali* (Seçkin 2013).
- Bettiol G, *Diritto penale, Parte generale* (5. Edz, G Priulla 1962).
- Bulut E, 'Şahsi Cezasızlık Sebepleri' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü 2021).
- Cadoppi A e Veneziani P, *Elementi di diritto penale, Parte generale* (7. Edz, CEDAM 2018).
- Canestrari S, Cornacchia L e De Simone G, *Manuale di diritto penale, Parte generale* (II Mulino 2007).
- Canpolat C, *Kusur İlkesi Işığında Mazeret Nedeni Olarak Zorlayıcı Cebir* (Seçkin 2016).
- Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (11. Bası, Beta 2020).
- Cocco G, 'Il fondamento e i limiti dei rapporti familiari come causa di non punibilità o di perseguibilità a querela di parte', in Giovanni Iudica e Ugo Carnevali (edz), *Responsabilità civile e previdenza* (Giuffré, 2015) 1048-1062.
- De Marsico A, *Delitti contro il patrimonio* (E Jovene 1951).
- De Marsico A, *Diritto penale, Parte generale* (2. Edz, E Jovene 1969).
- Değirmenci O, 'Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma' [2014] TBBB (110), 129-188.
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Bası, Seçkin 2020).
- Erem F, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (10. Baskı, Sevinç 1973).
- Ersoy U, *Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırılabilme Şartları* (Adalet 2015).
- Exner T, 'Kompendium der strafrechtlichen Irrtumslehre' [2009] Zeitschrift für das Juristische Studium (5) 516-527.
- Fiandaca G e Musco E, *Diritto penale, Parte generale* (Zanichelli 1990).
- Fiore C e Fiore S, *Diritto penale, Parte generale* (6. Edz, UTET 2020).
- Fischer T, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze Band 10* (58. Auflage, C H Beck 2011).
- Frosali RA, *Sistema penale italiano* (UTET 1958).
- Gedik D, 'Ceza Hukukunda Şahsi Cezasızlık Sebepleri' [2006] Yargıtay Dergisi 32(4) 553-581.
- Gropp W, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (3. Auflage, Springer 2005).
- Grosso CF, *L'errore sulle scriminanti* (Giuffré 1961).
- Gülşen R, 'Malvarlığına Karşı Suçlar Açısından Akrabalık Bağının Etkisi (TCK m 167)' in: Mahmut Koca (Ed), *Prof Dr Mehmet Emin Artuk'a Armağan* (Seçkin 2020) 487-534.

- Güngör D, *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata* (Yetkin 2007).
- Hafizoğulları Z ve Özen M, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12. Bası, US-A 2019).
- Hakeri H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (27. Baskı, Adalet 2022).
- Heinrich B, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (3. Auflage, Kohlhammer 2012).
- Heintschel-Heinegg B, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I* (3. Auflage, C H Beck 2017).
- Horn E, 'Zum Irrtum beim Ehegattendiebstahl' [1971] MDR (1) 8-11.
- İçel K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Yenilenmiş Bası, Beta 2016).
- Jakobs G, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2. Auflage, Walter de Gruyter 1991).
- Jescheck H H und Weigend T, *Lehrbuch des Strafrecht* (5. Auflage, Duncker & Humblot, 1996).
- Kangal Z T, 'Kişisel Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Kaldıran veya Azaltan Kişisel Nedenler' [2011] Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi 7(85-86) 38-60.
- Kangal Z T, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu* (Seçkin 2010).
- Kindhäuser U, *Strafrecht Allgemeiner Teil*(6. Auflage, Nomos 2013).
- Kitapçıoğlu Yüksel T, *Özgülü Suç* (Oniki Levha 2021).
- Koca M ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Baskı, Seçkin 2022).
- Kohlhaas M, 'Der Irrtum über das Vorliegen oder Nichtvorliegen von persönlichen Strafausschließungsgründen' [1958] ZStW (70) 217-226.
- Kühl K, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (7. Auflage, Franz Fahlen 2012).
- Lackner K und Maasen H, *Strafgesetzbuch* (5. Auflage, C H Beck 1969).
- Lackner K und Maasen H, *Strafgesetzbuch* (7. Auflage, C H Beck 1972).
- Mantovani F, *Diritto penale, Parte generale* (7. Edz, CEDAM 2011).
- Manzini V, *Trattato di diritto penale italiano, Vol.IX: Delitti contro il patrimonio*, A cura del Pietro Nuvolone (5. Edz, UTET 1986).
- Marinucci G, Dolcini E e Gatta G L, *Manuale di diritto penale, Parte generale* (9. Edz, Giuffrè 2020).
- Maurach R, Schroeder F C und Maiwald M, *Strafrecht Besonderer Teil, Teil Band 2, straftaten gegen Geimenschaftswerte* (10. Auflage, CF Müller 2012).
- Meraklı S, 'Mazeret Sebeplerinin Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi' [2010] Ceza Hukuku Dergisi 5(12) 261-302.
- Meraklı S, *Ceza Hukukunda Kusur* (Seçkin 2017).
- Nuvolone P, *Il sistema del diritto penale* (2. Edz, CEDAM 1982).
- Otto H, *Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre* (7. Auflage, De Gruyter Recht 2004).
- Ozansü MC, *Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk* (Seçkin 2007).
- Önder A, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II-III* (Beta 1992).
- Özbek V Ö, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Bası, Seçkin 2022).
- Özen M, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (5. Baskı, Adalet 2022).
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. Bası, Seçkin 2022).
- Öztürk B ve Erdem M R, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (22. Baskı, Seçkin 2022).
- Padovani T, *Diritto Penale* (4. Edz, Giuffrè 1998).
- Palazzo F, *Corso di diritto penale, Parte generale* (8. Edz, G Giappichelli 2021).
- Pecorella G, 'Semantica versus ideologie: L'errore sulle cd cause di esclusione della pena', [2019] Archivio Penale 2019(2) 1-23.
- Pisapia GD, 'I rapporti di famiglia come causa di non punibilità' in: *Studi di diritto penale* (CEDAM 1956) 145-181.
- Pulitanò D, *Diritto penale* (9. Edz, G Giappichelli 2021).
- Ramacci F, *Corso di diritto penale* (A cura di Roberto Guerrini) (5. Edz, G Giappichelli 2013).
- Ranieri S, *Manuale di diritto penale, Parte generale* (3. Edz, CEDAM 1956).
- Raviş S, 'Türk Ceza Hukukunda Şahsi Cezasızlık Sebepleri' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü 2022).
- Rengier R, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (4. Auflage, C H Beck 2012).
- Romano B, *Diritto penale, Parte generale* (4 Edz, Giuffrè 2020).
- Roxin C, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I* (4. Auflage, C H Beck 2006).
- Santaniello G e Maruotti L, *Manuale di diritto penale, Parte generale* (Giuffrè 1990).
- Schmidt R, *Strafrecht - Allgemeiner Teil* (22. Auflage, RS 2021).
- Schönke A, Schröder H, *Strafgesetzbuch Kommentar*(27. Auflage, C H Beck 2006).
- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (10. Bası, Yetkin 2022).
- Sözüer A, 'Yeni Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Sorular Cevaplar' [2006] HPD (6) 227-237.

- Stree W, 'Der Irrtum des Taters über die Angehörigeneinschaft seines Opfers' [1962] *FamRZ* 55-60.
- Stree W, 'Begünstigung, Strafvereitelung und Hehlerei' [1976] *Juristische Schulung Zeitschrift für Studium und Ausbildung* 16 (3) 137-145.
- Tezcan D, Erdem M R ve Önok R M, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (20. Bası, Seçkin 2022).
- Toroslu N ve Toroslu H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (26. Bası, Savaş 2021).
- Tulay ME, *Ceza Hukukunda Şahista veya Konuda Hata* (Adalet 2022).
- Tunç K, *Ceza Hukukunda Kastı Engelleyen Hata* (Adalet 2021).
- Vassalli G, 'Cause di non punibilità', *Enciclopedia del diritto, Vol VI* (Giuffré 1960) 609-636.
- Welzel H, *Das Deutsche Strafrecht* (4. Auflage, Walter de Gruyter 1954).
- Wessels J, Beulke W und Satzger H, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (43. Auflage, C F Müller 2019).
- Zafer H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Beta 2019).

ATIF BİÇİMİ / HOW CITE THIS ARTICLE

Sarıtaş E, Algan Canseven H, 'Şahsi Cezasızlık Sebeplerinin Maddi Şartlarında Hata' (2023) 11(1) *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology*, 1.

Türkiye's Penal Reform on Domestic Violence: From the Opuz Case to the 2020s

Derya TEKİN¹ 

¹Assist. Prof., Department of Criminal and Criminal Procedure Law, İstanbul Medeniyet University, İstanbul, Türkiye

ABSTRACT

Among the Organisation for Economic Co-operation and Development countries, Türkiye has the highest prevalence of violence against women (VAW). Turkish legislators have had to keep developing their penal regulations regarding VAW and domestic violence in particular. The study has adopted feminist legal theory as its theoretical perspective and aims first to reveal the nature and extent of the phenomenon of domestic violence in Türkiye in light of the cases *Opuz v. Türkiye* (2009) and *Huseyin Pasali and Others v. Türkiye* (2020) that were brought before the European Court of Human Rights. These two symbolic domestic violence cases in Turkish history have triggered a penal reform regarding the issue. Despite Türkiye announcing its withdrawal from the Istanbul Convention in 2021, the international covenants Türkiye has ratified provide significant guidance for Turkish legislators. With the most recent additions to the Turkish Criminal Code in the 2020s, penal regulations have attained a relatively more gender-sensitive character. With the 2021 and 2022 amendments, divorced women and women in general have been well recognized as particular victim groups in the Turkish context. Intentional killing, intentional injury, torment, and deprivation of liberty committed against a divorced spouse have been regulated as aggravating circumstances of the crimes in question. Moreover, prosecuting these crimes does not require a complaint in the current law. Alongside this, the criminalization of stalking and prohibition of mediation in relation to stalking are also significant developments. Intentional aggravated murder of a woman now qualifies this crime to require life imprisonment. New provisions also increase the lower terms of the punishment in relation to the crimes of injury, torture, torment, and threats when committed against a woman. All these reforms seem to ignore some gender dimensions of the problem, namely the gender of the offenders and the motives behind the crimes. However, these are still significant in terms of acknowledging the vulnerable and subordinate status of female victims in Türkiye in relation to such crimes. In light of the costs the Turkish State has paid historically, these relatively gender-sensitive penal regulations are promising for Türkiye's struggle with VAW. Now, the future can be built on the argument that VAW is a gender-based problem that involves not only female subordination or vulnerability but also male supremacy, which Turkish legislators should consider more when enacting penal provisions.

Keywords: Domestic violence, violence against women, penal reform, feminist legal theory, Türkiye

Introduction

Türkiye has come a long way regarding its struggle with violence against women (VAW) and particularly domestic violence (DV) through its legal reforms and international undertakings. However, VAW incidents, whether fatal or non-fatal, are still a worrisome phenomenon in Türkiye. Among the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) countries, Türkiye has the highest prevalence of VAW. According to the statistics published within the scope of the Gender, Institutions and Development Database (GID-DB) 2019, the percentage of ever-partnered women who have suffered intimate partner physical and/or sexual violence in Türkiye is 38% (OECD, 2022).

This study first touches upon the definitional issues regarding VAW and DV before revealing the nature and extent of DV against women in Türkiye historically. At this juncture, *Opuz v. Türkiye* (2009) and *Huseyin Pasali and Others v. Türkiye* (2020) have been chosen for comparing the former legal regulations with current ones, as these are two symbolic DV cases in Türkiye that have triggered legal reforms on the subject. Because the European Court of Human Rights (ECtHR) rendered final judgment on the *Opuz* case, all data about this case have been gathered from the Human Rights Documentation (HUDOC) database of the ECtHR. Meanwhile, all data about *Huseyin Pasali and Others v. Türkiye* case have been gathered from the case attorneys, who provided

Corresponding Author: Derya TEKİN E-mail: derya.tekin@medeniyet.edu.tr

Submitted: 01.11.2022 • **Revision Requested:** 25.04.2023 • **Last Revision Received:** 08.05.2023 • **Accepted:** 15.06.2023



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

the official application form to the author of this article. On September 19, 2019 and November 1, 2019 the ECtHR received the friendly settlement declarations signed by the parties of this case. The Court decided to strike the application out of its list of cases in accordance with Art. 39 of the Convention on March 26, 2020. Lastly, the study aims to illustrate how Turkish penal regulations have gradually improved to solve problems and become more gender sensitive.

The study will not deeply entail a discussion of the reasons for and consequences of VAW or DV but will rather seek an effective penal response model in the particular context of Türkiye. Although children and men can also be victims, the study will focus on DV against women, not only to delimit the scope of the study, but also due to women universally being the primary victims of this crime both in Türkiye and beyond.

The study's theoretical approach is predicated on feminist legal theory, which analyzes women's subordination in law, seeks a means to change it, and even occasionally achieves revisions to the very institutions of law in light of feminist insights and arguments (Fineman, 2005, pp. 14–15). Fineman (1992, p. 5), who is acknowledged as the founder of the theory, views law as a "system of allocation of power" and believes that the consequences of this power in society are reflections of legal discourse. Feminists consider gender to be a power-related issue, particularly in terms of "male supremacy" and "female subordination" (Mackinnon, 1987, p. 40). According to Fineman (1992, p. 5), family is the most gendered institution in society and thus requires serious feminist scrutiny.

Feminists argue against the idea that the family is an institution wherein the State should not interfere (Gavison, 1992, p. 12). Family privacy should not be a mask for exploiting or battering family members, nor should it be used to grant perpetrators immunity. Accordingly, the family should be examined, and interventions should occur as needed to protect the vulnerable, namely women and children. This should also be a matter of public concern (Gavison, 1992, p. 12). As Hanna (1997, p. 1511) stated, "Feminism is the primary paradigm that explains why women constitute the vast majority of domestic violence victims." The unequal power relationship between men and women is a vital instrument that has been applied most frequently (Hanna, 1997, p. 1511) and meantime is the motive why this study has been inclined to adopt feminist legal theory while analyzing the effectiveness of Turkish penal regulations on DV against women.

The underlying reason for the inequality between men and women in Türkiye is the traditional attitudes and sociocultural roles that have been imposed on men and women and that also play a significant role in the continuation of DV against women (Ayata et al., 2011, p. 7). Patriarchal norms still prevail in Turkish society, particularly within the family, and have a strong impact on the relations between husbands and wives. A popular local saying reflects how DV is tolerated in society: "After all, he's your husband; he can both love you and beat you" (Kocacık et al., 2007, p. 700). The feminist movement in Türkiye has therefore become determined to prioritize saying, "Stop physical violence against women." Feminist advocates have played a central role in the adoption of many legal reforms in Türkiye regarding the subject of DV among other things.

The study will analyze the related legislation, namely former and current criminal codes, the Family Protection Law (Law No. 4320, 1998), and Law to Protect Family and Prevent Violence Against Women (Law No. 6284, 2012), which replaced Law No. 4320, through the insights of feminist legal theory. The main focus of the study will be how, if at all, Türkiye's legal response considers the unequal power relationship between men and women regarding DV cases, as well as how legal discourse affects women's lives in the face of such cases.

The international covenants Türkiye has ratified also fall within the scope of the study, as they possess the force of law pursuant to the Turkish Constitution (Art. 90 §5). Türkiye should be noted as having ratified the European Convention on Human Rights (ECHR) on May 18, 1954, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) on January 19, 1986, most recently the Council of Europe's (CoE) Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence on November 24, 2011, which was the first internationally binding covenant regarding VAW and DV. The convention is called the Istanbul Convention due to being signed in Istanbul on May 11, 2011. Türkiye was the first state to ratify this convention, with Art. 1 §2a of Law No. 6284 (2012) also setting forth that the international agreements Türkiye has ratified, in particular the Istanbul Convention, will be taken into consideration upon their implementation. Although Türkiye announced its withdrawal from the convention in 2021, the study will analyze how the convention influenced national regulations on the issue.

Definitional Issues Regarding Violence against Women and Domestic Violence

This section will seek to define DV using international instruments regarding VAW, particularly the United Nations (UN) Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW) General Recommendation 19 (UN, 1992), the Declaration on the Elimination of Violence against Women (DEVAW) of the United Nations (UN, 1993) and the CoE Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (also known as the Istanbul Convention; CoE, 2011), as well as the contributions from academic literature for explaining elements of the notion of domestic violence. The article

will then reveal the characteristics that make DV a special case. Due to the situation in Türkiye being attached to the relevant paragraphs, this section will follow a structural method that goes from the general to the specific.

The concepts of VAW and DV are often used interchangeably in the literature. However, international and national regulations have amplified the distinction between these two concepts. Art. 2 §a of DEVAW (UN, 1993) defines VAW as “any act of gender-based violence that results in, or is likely to result in, physical, sexual, or psychological harm or suffering to women, including threats of such acts, coercion, or arbitrary deprivation of liberty, whether occurring in public or in private life.” According to Art. 2 of DEVAW, VAW should be understood to encompass but be not limited to the following:

- (a) *Physical, sexual, and psychological violence occurring in the family, including battering, sexual abuse of female children in the household, dowry-related violence, marital rape, female genital mutilation, and other traditional practices harmful to women; non-spousal violence; and violence related to exploitation.*
- (b) *Physical, sexual, and psychological violence occurring within the general community, including rape, sexual abuse, sexual harassment, and intimidation at work, in educational institutions, and elsewhere; trafficking women; and forced prostitution.*
- (c) *Physical, sexual, and psychological violence perpetrated or condoned by the State, wherever it occurs.*

As another significant international instrument, Art. 3 §a of the Istanbul Convention (CoE, 2011) defines VAW as “a violation of human rights and a form of discrimination against women [which covers] all acts of gender-based violence that result in, or are likely to result in, physical, sexual, psychological or economic harm or suffering to women, including threats of such acts, coercion or arbitrary deprivation of liberty, whether occurring in public or in private life.” Art. 3 §b of the Istanbul Convention separately defines DV as “all acts of physical, sexual, psychological or economic violence that occur within the family or domestic unit or between former or current spouses or partners, whether or not the perpetrator shares or has shared the same residence with the victim.” When considering the international definitions of the terms, DV can be stated as being well-recognized and conceptualized as only one form of VAW.

Domesticity and violence are the *prima facie* components of DV. Dempsey’s (2009, p. 105) philosophical analysis on the conceptual structure of DV emphasized another element as patriarchy, as it creates structural inequalities between parties. According to her theoretical account, DV and its related concepts reflect the complex intersections of these three elements. While the intersection of violence, domesticity, and patriarchy is the reflection of its strong sense, the intersection of only violence and domesticity constitutes its weak sense (Dempsey, 2009, pp. 127–128). Paragraph 6 in the Preamble to DEVAW (UN, 1993) also recognizes the inequality between men and women:

Violence against women is a manifestation of historically unequal power relations between men and women, which have led to domination over and discrimination against women by men and to the prevention of the full advancement of women, and that violence against women is one of the crucial social mechanisms by which women are forced into a subordinate position compared with men.

Art. 6 of CEDAW General Recommendation 19 (UN, 1992) similarly identifies gender-based violence as “violence that is directed against a woman because she is a woman or that affects women disproportionately.” Art. 1 of this recommendation points out that gender-based violence constitutes “a form of discrimination that seriously inhibits women’s ability to enjoy rights and freedoms on a basis of equality with men.” The gender-based character of DV should also be noted to become distinctive when violence only targets women, as DV among different generations (i.e., children, parents, grandparents) victimizes both genders (Romkens & Letschert, 2007, p. 4).

Moreover, neither biological or legal family ties nor a joint residence between the victim and perpetrator are a requirement for labeling an incident as DV (CoE Explanatory Report, 2011, p. 7). The inclusion of former spouses or partners is particularly vital, as ending a relationship does not necessarily mean that violence is over. “Research from Australia, Canada, and the USA demonstrates that a significant number of women are killed at or around the time of separation from a violent partner” (Amnesty International, 2004, p. 21). The range of relationships incorporated into the definition of DV holds a particular meaning in terms of protective orders. As a notable example, the UK’s Family Law Act 1996 protects a wide range of associated persons and has the widest concept of family in law (Harris-Short & Miles, 2011, p. 228).

At one time it was common to talk about domestic violence or “battered wives,” but now the violence between those in close emotional relationships is seen as a wider problem, being restricted not just to wives [or] even to domestic situations. (Herring, 2004, p. 238)

Reece (2006, p. 790) claimed that such expansion of family boundaries damages the specificity of the category of DV that deals with this phenomenon as a problem peculiar to the traditional marital or quasi-marital union and caused partly by women’s inferior position within the home and family. She claimed that, depending upon the expansion, intimacy now supersedes inequality as the touchstone of DV law. Burton (2008, p. 19) argued against the idea that structural inequality is just a feature of quasi-spousal relationships. She advocated that the expanded definition of DV may still overlap with Dempsey’s conceptualization of DV in its strong sense.

Another definitional issue regarding DV is the types of acts. A common distinction made between violent behaviors is based on three types of violence: physical, sexual, and psychological (Romkens & Letschert, 2007, p. 5). As a striking development,

the Istanbul Convention (CoE, 2011) defines economic violence as a form of DV and in line with Art. 23 of CEDAW General Recommendation 19 (UN, 1992), which considers “the abrogation of their family responsibilities by men” as a form of violence and coercion. In Türkiye, Art. 2 §1b of Law No. 6284, which was legislated in compliance with the principles of the Istanbul Convention, includes economic violence within the definition of DV, along with physical, sexual, and psychological violence.

The literature has also examined the patterns that make DV cases special. Despite the common determinants, Gordon (2000, p. 748) articulated two significant distinctions between DV and other forms of violent behavior. First and contrary to the limited personal contact between parties of violence outside the family, DV occurs between individuals who have an intense, continuing, and interpersonal relationship that gives rise to repetitive violence. “A substantial proportion of domestic violence is not limited to single incidents but develops into patterns of repeated violations” (Romkens & Letschert, 2007, p. 6). Secondly, the interpersonal relationship in question commonly comprises an emotional relationship of attachment, emotional and sexual intimacy, or dependency. The intimate relationship context wherein physical and sexual violence occurs embodies “a history of prior relationship behavior and expectations and goals for the relationship” (Gordon, 2000, p. 748). The features that make DV a special case commonly arise from the very nature of this intimate relationship (Kaye & Knipps, 2000, p. 4). When considering that the battered woman is the only witness in most DV cases, her engagement with the system plays a crucial role. As Hart (1996, p. 99) stated, however, women face significant impediments to safe and effective participation as victim and witness in the criminal justice system. The psychological effects of DV upon battered women, their dependency on the perpetrator, social pressure, and lastly the attitudes of the authorities are particularly determining regarding the fate of a DV case.

DV is a complex phenomenon with destructive and far-reaching effects upon the immediate victims and children who witness it (Harris-Short & Miles, 2011, p. 203). The repetitive character of DV prompts many victims to suffer symptoms of “chronic traumatization” (Romkens & Letschert, 2007, p. 6, as cited in Jones et al., 2001). Owing to this specific psychological and physical health impact, victims generally are reluctant to engage with the criminal justice system by reporting, lodging complaints, and testifying. This is an essential matter that should be taken into account when planning legal measures. Dependency also affects the attitudes of battered women. As underlined in Art. 23 of CEDAW General Recommendation 19 (UN, 1992), “Lack of economic dependence forces many women to stay in violent relationships.” Dependency is one of the major problems for Turkish women as well. According to a nationwide study conducted by Altınay and Arat (2007, p. 93), as an answer to the question “How would you currently react if your partner were to chastise you?”, 24% of women in the Türkiye sample said they would/could do nothing for various reasons such as the sake of the children and the absence of another place to go. This rate increased to 46% in the sample from eastern Türkiye.

Social sanctions are another obstacle to getting women to engage with justice in DV cases, particularly where sexual violence is involved. Sexual violence is the only crime for which the victim is sometimes more stigmatized than the perpetrator, with women who report such crimes being shunned by their families and communities. Hart (1996, p. 103) observed that battered women, particularly in religious, ethnic, and racial communities, may resist a prosecution if they fear that the community will abandon them or withdraw its support when they pursue the case. As for the situation in Türkiye, national research (General Directorate on the Status of Women [GDSW], 2014, p. 24) showed that 44% of women who had experienced physical or sexual violence from their husbands or partners did not tell anyone about it. In Türkiye where women's sexuality is considered a matter of so-called family honor, women have enormous difficulties, particularly in disclosing sexual violence. If they do so, they may be accused of being shameful for divulging information about private matters and even be regarded as guilty (Amnesty International, 2004, p. 18). Reporting DV is also taboo, especially for married women. According to national research (GDSW, 2014, p. 25), only 11% of all interviewees stated having contacted the police, gendarmes, a lawyer, or a prosecutor.

The last pattern that makes DV a special case is the culture of service providers regarding the DV phenomenon. Since the 1980s, industrialized Western countries have universally acknowledged “that domestic violence is a crime and that legally enforceable safety and protection for victims are to be provided” as a central policy principle. However, criminal justice agencies have been denounced for their insufficient response to the issue (Stewart, 2005, p. 3):

Even after statutes and case law had made it clear that domestic violence was against the law, many judges, police officers, and other criminal justice professionals believed that legal intervention was a waste of resources. Many simply didn't take domestic violence seriously—an attitude that was reinforced when many victims dropped charges and returned, seemingly voluntarily, to the arms of the accused batterer. (Mazur & Aldrich, 2003, p. 5)

Moreover, police, prosecutors, judges, jurors, and probation/parole staff have been claimed to often view battered women as responsible for the crimes committed against them because they may believe that battered women had provoked the perpetrator into violence or had not made an effort to avoid the perpetrator's demands to avoid criminal assault (Hart, 1996, p. 101). Accordingly, the discriminatory attitudes of authorities pose a major obstacle to women's access to justice (UN Women, 2011, p. 59).

The Nature and Extent of the DV Phenomenon in Türkiye

This section will first reveal the nature and extent of the domestic violence phenomenon in Türkiye in light of the statistics. Reliable statistical data have been gathered from studies conducted nationwide. The most comprehensive research on the issue is “*Aile İçi Şiddetin Sebep ve Sonuçları*” [Reasons and Consequences of Domestic Violence] (Prime Ministry Family Studies Institute of Türkiye, 1995), “*Türkiye’de Kadına Yönelik Şiddet*” [Violence Against Women in Türkiye] (Altnay & Arat, 2007), and lastly “*Türkiye’de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması*” [Research on Domestic Violence Against Women in Türkiye] (GDSW, 2009, 2014). This section will aim to depict a general framework via the most recent nationwide research, namely the national research conducted by GDSW in 2014, which provides striking findings about the gravity of the DV phenomenon in the 2000s in Türkiye.

According to the national research (GDSW, 2014, p. 7), 36% of women (i.e., four out of 10) reported that they had experienced physical violence at least once in their life at the hands of the men to whom they are currently married, were married to for a period, or were/are living with as if married. While the rate of women who’d experienced either physical and/or sexual violence was 38%, the rate of women who’d reported emotional violence or abuse in any period of their life was 44% (GDSW, 2009, pp. 9, 11). When considering only divorced or separated women, the numbers are even more appalling. According to the national research (GDSW, 2014, p. 10), the rate of physical and/or sexual violence experienced by divorced or separated women was 75%, which is twice the rate of violence experienced by all women.

Bearing these statistics in mind, now domestic violence prosecutions in Türkiye will be examined via two case studies which were brought before the ECtHR. They reveal some common and distinct patterns of the Turkish criminal justice system, thus helping to depict the framework of Türkiye’s legal response to DV. Unless indicated otherwise, information about the *Opuz* Case will be deemed to refer to the judgment in the *Opuz v. Türkiye* of the ECtHR. Similarly, information about the *Pasali* Case will be deemed to refer to the official application form of *Huseyin Pasali and Others v. Türkiye* to the ECtHR. These two cases are also very illustrative in showing how domestic violence in Türkiye is a gender-based problem which requires a decisive gender sensitive approach from the legislators.

The Case of *Opuz v. Türkiye*

Nahide Opuz, the applicant in the case, and her mother had been the victims of multiple assaults and threats against their physical well-being from Nahide’s husband (“H.O.”) for several years. These acts of violence resulted in the murder of *Nahide*’s mother by H.O. on March 11, 2002. He was sentenced to life imprisonment for murder and illegal possession of a firearm on March 26, 2008. However, the court mitigated the original sentence, reducing it to 15 years and 10 months in prison and a fine of 180 Turkish liras while taking into account the fact that the accused had committed the crime as a result of provocation by the deceased and his good conduct during the trial. In addition, upon considering the time the convict spent in pretrial detention and the fact that the judgment would be examined on appeal, the court ordered his release. After being released, H.O. again began issuing threats, and because the authorities had taken no measures despite the applicant’s request, the case was brought before the ECtHR on May 14, 2008. *Nahide* claimed that the ineffectiveness of the system had violated her mother’s right to life under Art. 2 of the ECHR and her own right to be free from torture and ill-treatment under Art. 3. She also alleged that the inadequate response of authorities was a consequence of gender-based discrimination prohibited under Art. 14.

On June 9, 2009, the Court held Türkiye accountable in *Opuz v. Türkiye*, which is seen as Europe’s landmark judgment on VAW; the Court held the authorities responsible for failing to take adequate measures to protect victims of repeated DV, regardless of any active malfeasance on the State’s part (Abdel-Monem, 2009, p. 29). Meanwhile, this was the first time that the Court acknowledged gender-based violence as a form of discrimination under the ECHR. The Court’s approach was particularly significant regarding its assessment of violations regarding the prohibition of discrimination: European judges had focused their attention on stereotypes and the disadvantaged position of women in Turkish society instead of looking for a similarly situated person (Danisi, 2011, p. 800).

Bearing in mind its finding above that the general and discriminatory judicial passivity in Türkiye, albeit unintentional, mainly affected women, the Court considers that the violence suffered by the applicant and her mother may be regarded as gender-based violence which is a form of discrimination against women. (Opuz v. Türkiye, Para. 200)

This approach has been evaluated as a precedent and would be immensely useful for future related cases coming before the ECtHR (Danisi, 2011, p. 800).

Nahide and H.O. got married in 1995 and had three children. H.O. was meanwhile the son of A.O. who had married *Nahide*’s mother in a religious ceremony. *Nahide* and H.O. had serious arguments from the beginning of their relationship and eventually

got divorced on an unspecified date after the death of *Nahide*'s mother. Between April 1995 and March 2002, seven incidents were brought to the notice of the authorities:

- (1) The first assault by H.O. and A.O. against the applicant and her mother involved death threats and actual bodily harm.
- (2) The second assault by H.O. against the applicant involved actual bodily harm.
- (3) The third assault by H.O. against the applicant and her mother involved a knife assault.
- (4) The fourth assault by H.O. against the applicant and her mother involved threats and assault (using a car), leading to the initiation of divorce proceedings.
- (5) The fifth assault on the applicant by H.O. causing grievous bodily harm involved a knife assault.
- (6) The sixth incident whereby H.O. threatened the applicant.
- (7) The applicant's mother filed a complaint with the public prosecutor's office alleging death threats issued by H.O. and A.O.

As the Court noted, following those assaults, the local authorities, namely the police and public prosecutors, did not remain totally passive. After each application, the applicant and her mother in some incidents were examined by doctors who testified in their reports to various injuries, including bleeding, bruising, bumps, grazes, and scratches, and criminal proceedings were initiated against the perpetrator. He was questioned by the police and prosecuting authorities in relation to his criminal acts, placed in detention on two occasions (second and fourth incidents), and sentenced to pay a fine subsequent to his conviction for stabbing the applicant seven times (fifth incident). However, the Court emphasized that none of these measures were sufficient to prevent H.O. from perpetrating further violence. As an excuse for the situation, the Government criticized the applicant for withdrawing her complaints (first, second, and fourth incidents) and failing to cooperate with the authorities, as the DV provisions in force at the relevant time required the active involvement of the victim for the progression of criminal proceedings. According to the former Criminal Code, criminal investigations and prosecutions of criminal acts not resulting in sickness or unfitness to work for 10 or more days were dependent on the victim pursuing the complaints.

The Government also pointed to insufficient evidence against H.O. (first, third, fourth, and sixth incidents) as the reason why the penal courts had, in most cases, not convicted him. The Government claimed, "The authorities could not be expected to separate the applicant and her husband and convict the latter while they were living together as a family, as this would amount to a breach of their rights under Art. 8 of the Convention" (*Opuz v. Türkiye*, Para. 123). As for the last incident which resulted in the death of *Nahide*'s mother (seventh incident), the Government claimed that the complaint she had filed was similar to the previous ones and general in nature, with her life being in no obvious peril. Furthermore, she did not ask for a protection order, but instead requested an urgent examination of her petition and the punishment of H.O.

In its assessment, the Court remarked that H.O. had a record of DV and the crimes committed by him were sufficiently serious to grant a protection order. A significant risk of further violence was not only possible but also foreseeable. The Court noted that Türkiye's legislative framework in instant cases, particularly the minimum 10 days of sickness or unfitness requirement, fell short of the requirements under the scope of the State's positive obligations to effectively punish all forms of DV and to provide sufficient measures for victims. When considering the seriousness of the crimes H.O. committed, the prosecution should have continued in the public interest regardless of whether the victims had withdrawn their complaints. The Court attributed the reason why the local authorities had repeatedly decided to drop criminal proceedings to their attitude, which perceived the incidents as a "family matter" that should not be interfered with. Furthermore, the Court doubted that the authorities had investigated the reasons behind the withdrawal of the complaints.

This is despite the applicant's mother's indication to the Diyarbakır Public Prosecutor that she and her daughter had withdrawn their complaints because of the death threats issued and pressure exerted on them by H.O. It is also striking that the victims withdrew their complaints when H.O. was at liberty or following his release from custody. (Opuz v. Türkiye, Para. 143)

The Court also argued against the Government's objective of avoiding interference with the private or family life of the individuals in instant cases. The Court reiterated that in some instances, such interference by the national authorities might be necessary in order to protect the health and rights of others or to prevent criminal acts from being committed. Moreover, the Court stated that the applicant could be included in the group of "vulnerable individuals" who deserve State protection, considering that "the violence suffered by the applicant in the past, the threats issued by H.O. following his release from prison, and her fear of further violence, as well as her social background, namely the vulnerable situation of women in southeast Türkiye" (*Opuz v. Türkiye*, Para. 160). Having examined the reports and statistics the Diyarbakır Bar Association and Amnesty International as two leading NGOs had prepared and which were not challenged by the Government at any stage of the proceedings, the Court found that the majority of DV incidents had occurred in Diyarbakır where the applicant was living at the relevant time and that all victims were women who had mostly suffered physical violence. The Court also pointed out that "the great majority of these women were of Kurdish origin, illiterate, or of a low level of education and generally without any independent source of income" (*Opuz v. Türkiye*, Para.

194) and that the general and discriminatory judicial passivity in Türkiye had created a climate conducive to DV which affected mainly women (*Opuz v. Türkiye*, Para. 198). Finally, the Court signified “the overall unresponsiveness of the judicial system and impunity enjoyed by the aggressors” as a reason for the insufficient response of Türkiye to DV, despite the reforms the Government had carried out (*Opuz v. Türkiye*, Para. 200).

The Case of Huseyin Pasali and Others v. Türkiye

With the *Opuz* case still on people’s minds, Türkiye faced another femicide committed by an ex-husband. *Ayşe Pasali* was just one of the women whose suffering had ended in murder. On December 7, 2010, her former spouse stabbed her to death on her way to her workplace in the morning, despite having applied for a protection order against his death threats just a short time before, an application the court had rejected. She had also filed complaints against him for insults, rape, physical injuries, and threats several times, but these did not deter her former spouse from repeating these acts. The case of *Pasali and Others v. Türkiye* was brought before the ECtHR on March 7, 2011 with the claim that the Turkish government had violated Arts. 2, 3, 8, and 14 of the Convention as read in conjunction with these articles and similar to *Opuz v. Türkiye*.

Ayşe Pasali and *Istikbal Yetkin* (“I.Y.”) got married in 1988 and had three children before getting divorced in June 2010. Before she was killed by I.Y. in December 2010, she had worked as a secretary in a law office. The day she was murdered was the birthday of her older daughter. Between March 2009 and December 2010, three incidents had been brought to the attention of the authorities:

- (1) The first assault involved insults, rape, and bodily harm.
- (2) The second assault involved a death threat with an unregistered firearm.
- (3) The third assault involved abduction and a death threat.

After each assault, the slain *Ayşe* had filed a criminal complaint against I.Y. In the first incident, the public prosecutor issued a bill of indictment against the suspect for insult and physical injury, but decided a judgment of *nolle prosequi* for the accusation of rape without conducting a sufficient and efficient investigation as claimed by the case attorneys. The defendant was acquitted of insult and had a punitive fine imposed for injury.

Ayşe filed for divorce against I.Y. in October 2009. Subsequently, she was threatened with an unregistered firearm in November 2009. The defendant again was acquitted of the threat, but sentenced to just 10 months in prison and received an administrative fine for illegal possession of a firearm. However, the court rendered a decision delaying the pronouncement of judgment pursuant to Art. 231 of the Criminal Procedure Code, which regulated that the accused should be subject to a probation term of five years, with the court then able to quash the conviction if no intentional crime is committed during the probationary period.

I.Y. continued his assaults after the divorce. As part of the third incident, he used force and threats to make *Ayşe* get into his car while she was going to her workplace. He threatened to kill her if she did not come back to him. I.Y. continued to issue his threats on the following day while *Ayşe* was at work. He knocked on her door, and said to their two daughters who were at home, “Let me in, otherwise I will kill your mother.” *Ayşe*, who was informed by her daughters, called the police. The police officials took I.Y. to the station but released him within half an hour. On the same day, he and his two friends came again to *Ayşe*’s house. The daughters again informed their mother. *Ayşe* called the police one more time, but their response was, “We can do nothing to a person who is waiting at a door.” She then went in person to the public prosecutor on duty that night and filed a complaint against her ex-husband concerning the abduction, knocking on the door, and threats that had taken place over two consecutive days. The public prosecutor made no progress in the preliminary proceedings up to the date of her death; she had only been taken to her home in a police car on the day she lodged the complaint.

Before *Ayşe Pasali* was killed by her divorced husband, who stabbed her 11 times in the middle of the street, she had also applied to the Ankara First Family Court for a protection order pursuant to Law No. 4320 as a result of the numerous death threats from her ex-husband. The court rejected her request only one day later on the grounds that there was no longer a bond of marriage without making any examination or taking her previous complaints into consideration. After *Ayşe*’s murder, her lawyer applied for a protective order for another client who had been subjected to violence by her divorced husband. This application was coincidentally examined by the same family court that had rejected *Ayşe*’s application. This time, the court accepted the request and rendered a protection order without regard to the marital status of the parties and by referring to the international conventions ratified by Türkiye. This was a very striking example of how inconsistent judgments can dramatically affect DV victims’ lives in Türkiye.

By examining the two foregoing cases together, a range of common problems can be deduced regarding the prosecution of DV in Türkiye. First of all, the state authorities failed to warrant preventive and protective measures in both cases. In the case of *Opuz*

v. Türkiye, Nahide's mother was murdered approximately two weeks after her request to the Public Prosecutor's Office. Ayse was similarly murdered one month after her application was submitted to the family court.

Secondly, neither perpetrator received dissuasive punishment to hinder him from perpetrating further violence upon being convicted. At this juncture, imposing a fine or converting imprisonment into a fine in DV cases is observable as a common practice in Türkiye. Moreover, the courts tend to mitigate sentences on the grounds of custom, tradition, or honor (*Opuz v. Türkiye*, Para. 196). One should remember that these practices break the trust battered women have in justice. In a narrative cited by Karınca (2008, p. 28), a senior official woman who had been slapped in her office by her boyfriend with whom she wanted to break up opened litigation in a penal court. Upon the court sentencing the offender to a 300 lira fine, she expressed her disappointment saying, "This man runs the risk of paying 300 lira to slap me again in my office once a month."

Another problem is the unreasonable delays in concluding cases. When Ayse filed a complaint against I.Y. on March 24, 2009 regarding the first incident, the court didn't render its verdict until June 2, 2010, namely approximately 15 months later. When the application form was submitted to the ECtHR, the file in question was still pending in the Court of Cassation (*Yargıtay*). In the *Opuz v. Türkiye* case, the court similarly didn't pass its final sentence on the offender until March 26, 2008, six years after the murder.

Lastly, the culture of service providers towards DV incidents is significantly influential in the resulting picture. In the *Pasali and Others v. Türkiye* case, despite "the real and imminent danger," the authorities took an insensitive approach to the issue. The same scenario was experienced in the *Opuz v. Türkiye* case as well:

It thus appears that the alleged discrimination at issue was not based on the legislation per se but rather resulted from the general attitude of the local authorities, such as the manner in which the women were treated at police stations when they reported domestic violence and judicial passivity in providing effective protection to victims. (Opuz v. Türkiye, Para. 192)

The situation can be suggested to be more desperate if the victim is a married woman. When they report family violence, they are at risk of being returned to their violent husbands because "law enforcement officers often prioritize preserving family unity, and push battered women to reconcile with abusers rather than pursuing criminal investigations or assisting women in getting protection orders" (Human Rights Watch, 2011, p. 5). Despite the gains Turkish women have made through radical legal reforms, a significant dilemma is still apparent: whether to prioritize the protection of women as individuals from DV or the protection of the family. This approach was experienced one more time while legislating Law No. 6284. Despite the strong counterefforts of feminist activists, the name of the law was initially changed by adding the description "Law to Protect Family' before "and Prevent Violence Against Women". The name of the draft law that had been prepared with contributions from women's associations and sent to the Office of the Prime Minister on January 31, 2012 had been "Law for the Protection of Women and Family Members from Violence" (Moroğlu, 2012, p. 369). The perspective in question is also indicative of the need to enforce laws regarding DV. Many law enforcement officials give precedence to preserving the family as a unit, rather than protecting DV survivors. Many people in Türkiye believe that the rise of women as individuals signifies the decline of the family (Human Rights Watch, 2011, 15).

Finally, when drafting Law No. 6284, the demand was made to explicitly state that no reconciliation or peace-making should be offered to battered women in institutions, but this regulation was not included in the final law. The government cited the legislative drafting of a separate law on reconciliation and peace-making as its reason. This situation reinforced the concerns regarding the practice of delivering battered women and female children back to the perpetrators (Şener, 2012, p. 4). The next section will examine how current penal regulations have addressed the problems mentioned above.

Türkiye's Penal Reform on DV in terms of Gender Sensitivity

Bearing in mind the nature and extent of DV in Türkiye and the costs of this phenomenon to the Turkish State, this section will illustrate how the Turkish penal regulations have been improved over the years.

Early Penal Reforms

The initial efforts to raise public awareness of violence in the private sphere and discrimination against women can be traced back to February 1987, when a judge from Çankırı Province dismissed the divorce case of a pregnant woman who had been subjected to domestic violence (Altınay & Arat, 2007, p. 17). The judge justified his verdict by citing a Turkish proverb which regards women as objects that should be brought under men's control through battery: "One should not leave a woman's back without a stick or her womb without a baby." The verdict in question triggered a range of nationwide protests against DV organized by women's

associations. As one of the most important legal products of this women's movement, Law No. 4320 (Family Protection Law) came into force on January 17, 1998.

Subsequent to the adoption of the law specifying protection orders aimed at preventing DV, reforms to the Civil Code in 2001 and the Criminal Code in 2004 constitute other successful outcomes of the feminist movement in Türkiye. Numerous practices under the former legislative system regarding women's bodies and sexuality as the property and preserve of men, family and society, and legitimizing human rights violations such as forced marriages, marital rape, and honor killings have undergone radical changes with the advent of the Civil and Criminal Code reforms in order to bring the Turkish legal system in line with global human rights (Altınay & Arat, 2007, p. 17).

In the new Penal Code, crimes of sexual assault are explicitly named and properly defined under the section "Crimes against Sexual Inviolability". Sexual violence, which was previously regulated as "Felonies against Public Decency and Family Order" under "Crimes against Society", is now defined in crimes against individuals, thereby marking a significant break with the patriarchal notion and discriminatory outlook of the old law. (Anil et al., 2005, p. 57)

The classification of the former code had well reflected the State's attitude toward women with the aim of protecting family order and public morality over such things as victim's physical integrity, sexual freedom, and health (Uygur & Sancar, 2005, p. 34). The idea that the legal value sexual crimes protect is sexual freedom has been increasingly supported by academicians (Taner, 2017, p. 66; Tezcan et al., 2021, p. 399; Sancar, 2013, p. 97). While appreciating the new formulation of sex crimes, Centel (2013, p. 6) states that legislators should have taken a step further by categorizing these crimes under the term "crimes against sexual freedom" rather than "sexual inviolability." The author also indicates that sexual inviolability creates a perception that physical integrity, which is already protected under laws against crimes of injury, is the primary legal value protected by laws against sexual crimes (Centel, 2013, p. 7).

According to the current Turkish Criminal Code, committing intentional murder (Art. 82 §d), intentional injury (Art. 86 §2a), torment (Art. 96 §2b) or deprivation of liberty (Art. 109 §3e) against a spouse constitutes the qualified forms of these crimes that require aggravated punishments. Moreover, all these crimes are prosecuted *ex officio*. As seen in the case of *Opuz v. Türkiye*, because the old Criminal Code had required the active participation of the victim for criminal proceedings, the Turkish Government had referred to the withdrawal of complaints by battered women and their failure to cooperate with the authorities as their excuse for not acting. In relation to the crime of intentional injury committed against a spouse, 34 different Criminal Courts of First Instance had questioned this provision in terms of its constitutionality (Constitutional Court Decision No. 2008/37). The applicant courts challenged that, while the investigation and prosecution of third parties in the case of a crime of injury that can be remedied by a simple medical intervention (Art. 86 §2) is prosecuted upon complaint, the crime of injury of the same nature committed against a superior, subordinate, spouse, or sibling is prosecuted *ex officio* (Art. 86 §3). The courts found this situation unconstitutional on the grounds that the accused is punished more severely than third parties; that restraining the right to withdraw the complaint leads to an increase in domestic violence, which in turn disrupts family unity; that equal protection is not ensured due to the injuries that occur between couples living outside a legally valid marriage union and that can be eliminated by a simple medical intervention still being subject to complaint; and lastly that the crime of sexual assault committed against a spouse (Art. 102), which is a more serious crime than the crime of injury in terms of the amount of punishment and its social and psychological impact on the victims, is prosecuted upon complaint, whereas the offence of simple wounding is prosecuted *ex officio*. The Constitutional Court responded to these arguments by referring to the State's obligation to prevent DV incidents and punish offenders effectively. The Court acknowledged that, in order to reduce the number of DV crimes and to prevent the cover-up of crimes committed within the family, the legislator may decide to apply the principle of direct prosecution without the need for a complaint in cases where family members, who have the highest obligation to treat each other with compassion, intentionally injure each other. The Court underlined that differences in the situation of the victim or the perpetrator may require different rules to be applied to them. As the obligations arising from the cohabitation of the persons mentioned in the rule that is subject to objection distinguish them from third parties, applying different rules to them does not contradict the principle of equality. Lastly, the Court rejected the objection concerning increasing the sentence by another half on the grounds that the State has discretion in determining which acts are to be considered crimes, the type and extent of the sanction to be applied to them, and the aggravating and mitigating reasons for punishment (Constitutional Court Decision No. 2008/37). 11 years after the decision of the Constitutional Court, three different Criminal Courts of First Instance brought the rule in question before the Constitutional Court on the same grounds. The Constitutional Court once again rejected the objections, reiterating that the rule that is subject to objection is meant to serve the effective protection of a battered spouse during criminal proceedings (Constitutional Court Decision No. 2020/28). The Constitutional Court's firm stance is also consistent with the approach of the ECtHR, which put forward that domestic violence is still a concern that requires *ex officio* prosecution even in cases of no physical harm (Erbaş, 2021, p. 10).

As for sexual violence against a spouse, the new Criminal Code, unlike the former code, criminalizes marital rape with a prison sentence of up to 12 years upon the complaint of the victim (Art. 102 §2). When Türkiye was still a part of the Istanbul Convention, this provision was found contrary to the requirements of Art. 55 of the Istanbul Convention due to the wording "prosecution upon complaint" (Istanbul Convention's Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence

[GREVIO], 2018, p. 77). The motive of Turkish legislators here could have been to ensure the continuance of the marriage in case the victim forgives the offender (Pakır, 2018, p. 148). Another assumption in this regard is that the legislator respects the victim's will not to want the incident to be known by the public (Taner, 2017, p. 259).

Lastly, Law No. 6284 (Law on Protecting Family and Preventing Violence Against Women) replaced Law No. 4320 and was entered into force on March 8, 2012 as a so-called present for Turkish women (for a detailed analysis of Law No. 6284, see Sözüer et al., 2012). Feminist activists also played an active role in the course of preparing the law. 242 women's organizations conducted a study of the legal text for the first time in Türkiye under the umbrella of a "Platform to Stop Violence" and made their common demands to the Ministry of Family and Social Policy. Although the Law did not meet all of their demands, it did comprise very positive forward-looking steps on the prevention of DV and the protection of its victims (Şener, 2012, p. 2). At the time of Law No. 4320, family members living under the same roof, those for whom a court decision regarding separation has been rendered, and those who have the right to live separately or who are factually living separately despite being married were explicitly listed within the scope of the law. However, in the literature and in practice, whether women who'd been married in a religious ceremony (*imam* marriage) or divorced women could benefit from the law was highly controversial. The ambiguity over who can obtain a protective order can be said to have been eliminated through Law No. 6284. The first article of the law clarifies its objective "to protect women, children, and family members who are exposed to violence or in peril of being exposed, as well as victims of stalking" and "to regulate the procedures and principles regarding the measures that are to be taken to prevent violence against these people." Accordingly, one can claim that all battered women in Türkiye can now utilize the law, including those in an intimate relationship with their abuser and those who've gotten divorced. In the declaration in relation to the case of *Paşalı and Others v. Türkiye*, the Turkish Government emphasized its legal reform as follows:

The Government regrets the occurrence of individual cases of death caused by failures to protect life, as in the circumstances of the present case, notwithstanding existing Turkish legislation and the resolve of the Government to prevent such failures. The Government further notes that at the material time, namely in 2011, the legislative framework did not afford the applicants' relative protection from domestic violence as a divorced woman. Accordingly, we admit that the death of the applicants' relative resulting from the failure to provide protective measures did not meet the standards enshrined in Art. 2 of the Convention. The Government recalls that the legislation was amended in 2012 with the adoption of Law No. 6284. We further reiterate their undertaking to issue appropriate instructions and adopt all necessary measures to ensure that the right to life is respected in the future.

2021 and 2022 Amendments

The most recent penal reforms on DV have been the additions inserted into the Turkish Criminal Code in 2021 and 2022. As illustrated in the cases of *Opuz v. Türkiye* and *Paşalı v. Türkiye*, imposing a fine, converting imprisonment into a fine, or mitigating sentences on the grounds of custom, tradition, or honor in DV cases can encourage offenders to commit further violence. In relation to the protection of married and divorced women, that unjust provocation provisions should not be applied to DV cases has even been suggested in order to make these regulations more functional and effective (Yokuş Sevük, 2022, pp. 92–93). With the 2021 Amendments made by Law No. 7331, intentional murder, intentional injury, torment, and deprivation of liberty committed against a divorced spouse have been regulated as an aggravating circumstance of the crimes in question. Moreover, the prosecution of these crimes does not require a complaint in the current law.

The 2022 amendments made by Law No. 7406 have provided stronger commitment to punishing VAW. First, the intentional murder of a woman has been regulated as a circumstance requiring aggravated life imprisonment (Turkish Criminal Code, Art. 82 §1f). The new provisions also increase the lower limit of the punishment in relation to the crimes of injury, torture, torment, and threat when committed against women. The provision "If the crime is committed against a woman, the lower limit of the penalty cannot be less than six months" has been attached to the provision "where the effect of an intentional injury upon a person is minor and curable with a simple medical treatment then, upon the complaint of the victim, a penalty of imprisonment for a term of four months to one year or a judicial fine shall be imposed" (Art. 86 §2). The provision "If the crime is committed against a woman, the lower limit of the penalty cannot be less than five years" has been attached to the article regulating torture (Art. 94), which is "a public officer who performs any act towards a person that is incompatible with human dignity and that causes that person to suffer physically or mentally, or that affects the person's capacity to perceive or ability to act of their own will, or that insults them shall be sentenced to a penalty of imprisonment for a term of 3-12 years." The provision "If the crime is committed against a woman, the lower limit of the penalty cannot be less than two years and six months" has been attached to the article regulating torment (Art. 96), which states, "Any person who performs any act which results in the torment of another person shall be sentenced to a penalty of imprisonment for a term of two to five years." The provision "If the crime is committed against a woman, the lower limit of the penalty cannot be less than nine months" has been attached to the article regulating threats (Art. 106), which states "Any person who threatens another individual by stating they will attack the individual's or the individual's relative's life, physical well-being, or sexual inviolability shall be subject to a penalty of imprisonment for a term of six months to two years." Noteworthy, these reforms have been questioned by three different Criminal Courts of First Instance and one penal chamber of the Regional Courts of Justice (*Bölge Adliye Mahkemesi*) in terms of constitutionality (Constitutional Court Decision

No. 2023/4). The courts have alleged that the provisions increasing the lower limit of punishment in relation to the crimes of injury and threats committed against woman are incompatible with the principle of equality as protected by Art. 10 of the Turkish Constitution. The Constitutional Court has ruled that legislators have a certain degree of discretion in assessing whether there is an objective and reasonable cause for different treatment of those in similar situations or to what extent different treatment can be applied while also acknowledging that legislators have wider discretionary power when it comes to criminal policy. The court has also referred to the vulnerable status of women in Turkish society when justifying its decision regarding objections (Constitutional Court Decision No. 2023/4):

Legislators are understood to have enacted the rules subject to objection in order to solve the problem of violence against women, which is considered to have become widespread in our country, and in this context, legislators are understood to have acted based on the fact that women are more vulnerable in terms of the crimes of intentional injury and threat compared to men. In other words, the concept of violence against women is not used in a technical and narrow sense. The rules are intended to prevent all kinds of violence against women, regardless of the motive, and not just violence against women due to gender perception. In order to fulfill the positive obligations imposed on the State by Art. 17 of the Constitution, legislators' regulations on increasing the lower limit of the punishment for the crimes of violence and threats against women have been evaluated to not exceed the limits of the discretionary power of the State to treat citizens differently in order to meet social needs. In this respect, the rules subject to objection have been concluded to be based on an objective and reasonable basis.

The Court finally examined whether this difference based on objective and reasonable grounds is proportionate and found no disproportionate aspect of stipulating the lower limit of the punishment to six months instead of four months for the crime of intentional injury nor to nine months instead of six months for the crime of making threats. Accordingly, the Court concluded that the provisions that are subject to objection do not violate the principle of equality before the law (Constitutional Court Decision No. 2023/4). Among all the justifications of the Constitutional Court, the one that considers the problem beyond gender perceptions toward women is worth noting. Although the regulations mentioned above aim to protect women from violence in general, the gendered character of violence against women is an indisputable fact when considering the gender of the offenders and the disadvantaged position women have before men as has been revealed statistically and in the cases of *Opuz v. Türkiye* and *Pasali v. Türkiye*. While these regulations are open to dispute in terms of gender sensitivity because they do not require the offender who commits these types of crimes to oppress a woman to be a man, they might respond to some of the criticisms raised by Turkish academicians. Before the latest amendments, the Court of Cassation (*Yargıtay*) had ruled the aggravating circumstance for punishing an offender who has murdered a spouse to not cover religious or voided marriages (Artuk et al., 2021, p. 152). This judicial practice as adopted by the Court of Cassation was questioned by some Turkish academicians, with some authors claiming that this practice leaves the women who are the unchanging victims of such crimes unprotected and finding it incompatible with the principle of equality as protected by Art. 10 of the Turkish Constitution, the regulations introduced by Law No. 6284, and the motives for legislating the aggravating circumstance that are to be implemented in crimes committed against a spouse (Artuk et al., 2021, p. 152; Koca & Üzülmöz, 2022, p. 158). While some authors recognized this argument to some extent, they found the practice the Court of Cassation had adopted to be legitimate when considering the explicit legal requirements envisaged by the Turkish Civil Code (Centel et al., 2017, p. 52; Özbek et al., 2021, p. 129; Tezcan et al., 2021, p. 167; Yokuş Sevük, 2022, p. 92). Although the Turkish Criminal Code has yet to acknowledge the disadvantaged position of women who are religiously married or women whose marriages are not legally valid, the aggravating circumstance implemented for crimes committed against a woman can be seen as a safeguard for the women who fall under these statuses.

Another striking legal reform was inserted into the Criminal Procedure Code in relation to arrest. According to Art. 100 of the Turkish Criminal Procedure Code (2005), if concrete evidence exists showing the presence of a strong suspicion of crime and an existing basis for arrest, an arrest warrant may be rendered against the suspect or accused. No arrest warrant will be rendered if arrest is disproportionate to the importance of the case, the expected punishment, or the measure of security. Art. 100 §2 of the Turkish Criminal Procedure Code exemplifies the instances in which “grounds for arrest” may be deemed present: a) In the presence of concrete facts that raise the suspicion that the suspect or the accused will escape, hide, or flee; b) If strong suspicion exists based on the suspect or the accused’s behavior with regard to destroying, concealing, or manipulating the evidence or attempting to exert pressure on witnesses, victims or others. However, in relation to the specified crimes that are known as catalogue crimes, in the presence of strong grounds for suspicion based on concrete evidence, grounds for arrest may be deemed present. With the 2022 amendment, the catalogue crimes have been expanded to include the crime of intentional injury committed against a woman (Art. 100 §3j). This reform is significant in consideration of the cases of *Opuz v. Türkiye* and *Paşalı v. Türkiye*, where the offenders pursued their actions despite the knowledge of the authorities due to not being convicted by the criminal courts.

Lastly, Turkish legislators have enacted a new crime called stalking (Turkish Criminal Code, Art. 123 §A) as follows:

(1) Any individual who causes a serious disturbance to another person or causes them to worry about their own or one of their relative’s safety by persistently following the person physically or trying to contact the person using telecommunication and communication tools, information systems, or third parties shall be subject to a penalty of imprisonment for a term of six months to two years.

(2) If the crime

a) is committed against the child or the spouse for whom a separation or divorce decision has been made,

b) causes the victim to change schools, workplace, or residences or to quit school or work,

c) is committed by a perpetrator for whom a restraining order or a measure to not approach the person’s residence, school, or workplace has been decided, the

perpetrator is to be sentenced to an imprisonment of one to three years.
 (3) *Criminal proceedings shall only be initiated upon the victim filing a complaint.*

The criminalization of stalking was one of the topics highlighted by GREVIO's (2018) evaluation report, which examined Türkiye's legislative and other measures that affect the provisions of the Istanbul Convention. The report underlined 27% of women in Türkiye to have been subjected to stalking at least once in their lives according to the most recent available prevalence data (p. 76). Although some crimes regulated by the Turkish Criminal Code such as torment (Art. 96), sexual harassment (Art. 105), making threats (Art.106), blackmail (Art. 107), the deterioration of peace and order (Art.123), and violation of privacy (Art. 134) seem to cover the act of stalking, the report stated that "None of these provisions specifically include wording to adequately cover the constituent elements of the crime of stalking as defined in Art. 34 of the Istanbul Convention and reflect the seriousness of this offence" (GREVIO, 2018, p. 76). While appreciating the preventive orders issued in the case of stalking within the scope of Law No. 6284, GREVIO (2018, p. 76) also urged Turkish authorities "to establish stalking as a separate offence and to subject it to an effective and dissuasive punishment, having due regard to its possible manifestations in the digital sphere." Although Türkiye announced its withdrawal from the Istanbul Convention, GREVIO's report is regarded as one of the most influential factors increasing the sensitivity towards the criminalization of stalking (Özar, 2022, p. 1403). Along with the crime of stalking being added to the Turkish Criminal Code, the Turkish Criminal Procedure Code (Art. 253 §3) has also prohibited the path of mediation in relation to this crime. Mediation has also been prohibited for crimes against sexual inviolability, regardless of whether the prosecution has been subjected to a complaint. Mediation is also noted to not be allowed in relation to the crime of intentional injury committed against a spouse or divorced spouse (Turkish Criminal Code, Art. 86 §3a), as well as in the aggravating circumstances of intentional injury listed under Art. 86 §3 of the Turkish Criminal Code as per Art. 253 §1b of the Turkish Criminal Procedure Code.

Conclusion

The eradication of DV has been well established to require more than legal regulations. In fact, criminalizing DV can be evaluated as just one component in the government's project to combat DV. Having every single component be dedicated to duly performing its function will likely paint a promising picture, and the criminal justice system is undoubtedly an important part of this picture. As the cases of *Opuz v. Türkiye* (2009) and *Pasalı v. Türkiye* (2020) have well illustrated, the actors in the criminal justice system should address cases of domestic violence with a gender-sensitive approach. Penal regulations should be designed to actualize this end. In other words, before passing judgement regarding the authorities' attitudes, one should be certain that the available penal regulations are sufficient tools for protecting women against every kind of male violence. As Erbaş (2021, p. 11) rightly pointed out, while criminalization is traditionally regarded as a last resort (*ultima ratio*), the underuse or, more importantly, the misapplication of criminal law can be as problematic as its overuse. While acknowledging that the attitudes of authorities who are insensitive to the dynamics of DV and the lack of coordination between criminal justice agencies may still hinder reforms being put into practice, this study has limited its focus to the penal reforms in Türkiye regarding the issue by employing a feminist legal perspective and avoiding further discussions on the problems regarding implementation.

When considering the legal framework in contemporary Türkiye, one can suggest that both the Criminal Code and Law No. 6284 present a strong commitment to eradicating the DV phenomenon. With the 2021 and 2022 amendments, divorced women and women in general have been well recognized as particular victim groups in the Turkish context. Intentional murder, intentional injury, torment, and deprivation of liberty committed against a divorced spouse have been regulated as an aggravating circumstance of the crimes in question. Moreover, prosecuting these crimes does not require a complaint to have been filed in the current law. The criminalization of stalking and the prohibition of mediation in relation to stalking are also significant developments, as the *Pasalı v. Türkiye* case proved that stalking is likely to be the initial step toward more serious crimes against women. The current criminal regulations have been designed to prosecute VAW and DV cases without needing the victim to file a complaint, while the current formulation of the crimes of marital rape and stalking can be criticized in this sense. As mentioned above, marital rape is subject to prosecution only once the victim files a complaint. This may risk leaving this type of rape unpunished while also jeopardizing the effective protection of married women's sexual inviolability. The basic and aggravated forms of the crime of stalking are also subject to complaint. One of the aggravated forms of the crime of stalking involves circumstances where the victim is a child or a spouse or divorced spouse against whom a separation order has been issued (Turkish Criminal Code, Art. 123 §A2a). That Turkish legislators have not preferred ex officio prosecution for this aggravated form contradicts the legal policy behind the norm (Özar, 2022, p. 1426). Finally, the Criminal Code has increased the lower limit of punishment in relation to the crimes of injury, torture, torment, and threats committed against woman regardless of the gender of the offenders or the motives behind the crimes; this can be questioned in terms of the gender-sensitivity of the new regulations. However, the reforms the Turkish State has undertaken are still a positive step toward acknowledging women as disadvantaged victim groups who deserve better protection through penal laws. In light of the costs the Turkish State has paid historically, these relatively gender-sensitive

penal regulations can be seen promising for Türkiye's struggle against VAW. Now the future can be built on the argument that violence against women is a gender-based problem that involves not only female subordination or vulnerability but also male supremacy, which Turkish legislators should consider more when enacting penal provisions.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

REFERENCES

- Abdel-Monem, T. 2009. "Opuz v. Turkey: Europe's Landmark Judgment on Violence against Women" *Human Rights Brief* 17(1): 29-33.
- Altınay, A. G. and Y. Arat. 2007. *Türkiye'de Kadına Yönelik Şiddet/Violence against Women in Turkey*. İstanbul: Punto.
- Amnesty International. 2004. *Turkey: Women Confronting Family Violence*. London: Amnesty International.
- Anıl, E., C. Arın, A. B. Hacımiraoglu, M. Bingöllü, P. İlkaraçan and L. E. Amado. 2005. *Turkish Civil and Penal Code Reforms from a Gender Perspective: The Success of Two Nationwide Campaigns*. İstanbul: WWHR – New Ways.
- Artuk, M. E., A. Gökçen, M. E. Alşahin and K. Çakır. 2021. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler/Turkish Criminal Law Special Provisions*. Ankara: Adalet.
- Ayata, G., S. Eryılmaz, and S. Kalem. 2011. *Ailenin Korunmasına Dair Kanun Kimi ve Neyi Koruyor? Hâkim, Savcı, Avukat Anlatıları/Who and What are Protected by Family Protection Law? Narratives from Judges, Prosecutors, and Lawyers*. İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları/Bilgi University Publications.
- Burton, M. 2008. *Legal Responses to Domestic Violence*. New York: Routledge-Cavendish.
- Centel, N. 2013. "Ceza Hukuku Şiddete Karşı Kadını Koruyor mu?/Does Criminal Law Protect Women against Violence?" in Centel, N. (ed.) *Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması/Protection of Women in Criminal Law*. İstanbul: On İki Levha.
- Constitution of the Republic of Turkey. Law No. 2709. Official Gazette Publication Date: 9/11/1982.
- Constitutional Court Decision No. 2008/37, Official Gazette Date and Number: 29/03/2008-26831.
- Constitutional Court Decision No. 2020/28, Official Gazette Date and Number: 11/09/2020-31241.
- Constitutional Court Decision No. 2023/4, Official Gazette Date and Number: 15/2/2023-32105.
- Council of Europe (CoE). 2011. *Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence – Istanbul Convention*. CETS No. 210.
- Council of Europe (CoE). 2011. *Explanatory Report: Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence*. Strasbourg: Council of Europe.
- Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly Resolution 34/180 of 18 December 1979, Entry into Force 3 September 1981.
- Danisi, C. 2011. "How far can the European Court of Human Rights Go in the Fight against Discrimination? Defining New Standards in its Non-Discrimination Jurisprudence" *International Journal of Constitutional Law* 9(3-4): 793-807.
- Dempsey, M. M. 2009. *Prosecuting Domestic Violence: A Philosophical Analysis*. New York: Oxford University Press.
- ECtHR, *OPUZ v. TURKEY*, Application No: 33401/02, 9 June 2009. (Available at: <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/CaseLaw/Decisions+and+judgments/Opuz+v.+Turkey>)
- ECtHR, *PAŞALI AND OTHERS v. TURKEY*, Application No: 26029/11, 03/03/2020. (Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-202296>).
- Erbaş, R. 2021. "Effective Criminal Investigations for Women Victims of Domestic Violence: The Approach of the ECtHR" *Women's Studies International Forum*, 86:1-12.
- European Convention on Human Rights as amended by Protocols Nos. 11 and 14, CETS No. 5 (1 June 2010).
- Fineman, M. A. 1992. "Feminist Theory in Law: The Difference It Makes" *Columbia Journal of Gender and Law* 2: 1-23.
- Fineman, M. A. 2005. "Feminist Legal Theory" *Journal of Gender, Social Policy & The Law* 13: 13-24.
- Gavison, R. 1992. "Feminism and the Public/Private Distinction" *Stanford Law Review* 45: 1-32.
- General Directorate on the Status of Women (GDSW). 2009. *National Research on Domestic Violence against Women in Turkey – Summary Report/Türkiye'de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması – Özet Rapor*. Ankara: GDSW Publication.
- General Directorate on the Status of Women (GDSW). 2014. *National Research on Domestic Violence against Women in Turkey – Summary Report/Türkiye'de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması – Özet Rapor*. Ankara: GDSW Publication.
- Gordon, M. 2000. "Definitional Issues in Violence against Women: Surveillance and Research from a Violence Research Perspective" *Violence Against Women* 6(7): 747-783.

- Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence (GREVIO)'s (Baseline) Evaluation Report on Legislative and Other Measures Giving Effect to the Provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention): Turkey, Published on 15 October 2018.
- Hanna, C. 1997. "Paradox of Hope: The Crime and Punishment of Domestic Violence" *William & Mary Law Review* 39: 1505-1584.
- Harris-Short, S. and J. Miles. 2011. *Family Law: Text, Cases and Materials – 2nd Edition*. New York: Oxford University Press.
- Hart, B. 1996. "Battered Women and the Criminal Justice System" in Buzawa, E. S. and C. G. Buzawa (eds.) *Do Arrests and Restraining Orders Work*. London: Sage Publications.
- Herring, J. 2004. *Family Law – 2nd Edition*. Harlow: Pearson Education Limited.
- Human Rights Watch. 2011. *He Loves You, He Beats You - Family Violence in Turkey and Access to Protection*. New York: Human Rights Watch.
- Karınca, E. 2008. *Kadına Yönelik Aile İçi Şiddetle İlgili Ulusal ve Uluslararası Yasal Düzenlemeler/National and International Legal Regulations regarding Domestic Violence against Women*. Ankara: KSGM.
- Kaye, J. S. and S. K. Knipps. 2000. "Judicial Responses to Domestic Violence: The Case for a Problem Solving Approach" *Western State University Law Review* 27: 1-14.
- Koca, M. and İ. Üzülmöz. 2022. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler/Turkish Criminal Law Special Provisions*. Ankara: Adalet.
- Kocacı, F., A. Kutlar, and F. Erselcan. 2007. "Domestic Violence against Women: A Field Study in Turkey" *The Social Science Journal* 44: 698-720.
- Law on Amending the Criminal Procedure Code and Some Codes. Law No. 7331. Official Gazette Publication Date: 14/7/2021.
- Law on Amending the Criminal Code and Some Codes. Law No. 7406. Official Gazette Publication Date: 27/5/2022.
- Law on Protection of the Family. Law No. 4320. Official Gazette Publication Date: 17/1/1998.
- Law on Protection of the Family and Prevention of Violence against Women. Law No. 6284. Official Gazette Publication Date: 20/3/2012.
- MacKinnon, C. A. 1987. *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*. Harvard University Press.
- Mazur, R. and L. Aldrich. 2003. *What Makes a Domestic Violence Court Work? Lessons from New York*. New York: Center for Court Innovation.
- Moroğlu, N. 2012. "Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi, 6284 sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi/Prevention of Violence against Women, Law No. 6284 and Istanbul Convention" *TBB Dergisi/Union of Turkish Bar Associations Review* 99: 357-380.
- OECD. 2022. *Violence Against Women (Indicator)*. doi: 10.1787/f1eb4876-en (Accessed on 13 September 2022).
- Özar, S. 2022. "İsrarlı Takip Suçu (TCK m. 123/A)/The Crime of Stalking (Article 123/A of the Turkish Criminal Code)" *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 71(3): 1397-1430.
- Özbek, V. Ö., K. Doğan and P. Bacaksız. 2021. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler/Turkish Criminal Law Special Provisions*. Ankara: Seçkin.
- Pakır, Y. 2018. *Cinsel Saldırı Suçu/Crime of Sexual Assault*. Ankara: Adalet.
- Reece, H. 2006. "The End of Domestic Violence" *The Modern Law Review* 69(5): 770-791.
- Prime Ministry Family Studies Institute of Türkiye. 1995. *Aile İçi Şiddetin Sebep ve Sonuçları/Reasons and Consequences of Domestic Violence*.
- Romkens, R. and R. Letschert. 2007. *Feasibility Study for a Convention against Domestic Violence*. Strasbourg: The Directorate General of Human Rights and Legal Affairs.
- Sancar, T. 2013. *Türk Ceza Hukukunda Kadın/Woman in the Turkish Criminal Law*. Ankara: Seçkin.
- Şener, U. 2012. *6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Ne Getiriyor?/What's New on the Law No. 6284?* TEPAV/The Economic Policy Research Foundation of Turkey Evaluation Note.
- Sözüer, A., A. B. Baytaç and T. Keleş Pekmez. 2012. "Türk Ceza Hukukunda Kadın ve Türkiye'de Kadına Yönelik Şiddetin 6284 sayılı Kanun Bağlamında Değerlendirilmesi/Women in the Turkish Criminal Law and the Evaluation of Violence Against Women in Turkey in the Context of Law No. 6284" 2. *Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali "Kadına Yönelik Şiddet ve Ayrımcılık" Akademik Programı/The 2nd International Crime and Punishment Film Festival "Violence against Women and Discrimination" Academic Programme* (255-287). İstanbul, Turkey.
- Stewart, J. 2005. *Specialist Domestic/Family Violence Courts within the Australian Context*. Sydney: Australian Domestic and Family Violence Clearinghouse, University of New South Wales.
- Taner, F. G. 2017. *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar/Crimes against Sexual Freedom in the Turkish Criminal Law*. Ankara: Seçkin.
- Tezcan, D., M. R. Erdem and M. Önoğ. 2021. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku/Theoretical and Practical Criminal Law*. Ankara: Seçkin.
- Turkish Criminal Code. Law No. 5237. Official Gazette Publication Date: 12/10/2004.
- Turkish Criminal Procedure Code. Law No. 5271. Official Gazette Publication Date: 17/12/2004.
- United Nations (UN). 1992. The UN Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW) General Recommendation No. 19 on Violence against Women (11th Session). CEDAW/C/1992/L.1/Add.15.
- United Nations (UN). 1993. Declaration on the Elimination of Violence against Women (DEVAW). General Assembly Resolution 48/104.
- UN Women. 2011. *Progress of the World's Women: In Pursuit of Justice*. New York: UN Women.
- Uygur, G. and T. Sancar. 2005. "Law, Women's Subordination and Changing Face of the Turkish Legal System in the Example of Article 434 of

the Turkish Criminal Code” *Eastern European Community Law Journal* 1(2): 31-36.

Yokuş Sevük, H. 2022. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler/Turkish Criminal Law Special Provisions*. Ankara: Adalet.

HOW CITE THIS ARTICLE

Tekin D, ‘Türkiye’s Penal Reform on Domestic Violence: From the Opuz Case to the 2020s’ (2023) 11(1) *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology*, 26.

Osmanlı Ceza Yargılamasında Müstantik (Sorgu Hâkimi)

The Investigating Judge in Ottoman Criminal Proceedings

İbrahim ÜLKER¹ 

¹Doktor Öğretim Üyesi, Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, Konya, Türkiye

ÖZ

Kişilerin yargılamaya tabi tutulup tutulmamaları kararının verileceği soruşturma aşaması kişilik haklarının korunması açısından çok önemlidir. Soruşturma aşamasının önemi nedeniyle bazı hukuk sistemleri savcı dışında sorgu hakimine de bu süreçte çeşitli görevler vermiştir. 1879 yılında Fransız Ceza Usul Kanunu temel alınarak yapılan Ceza Usul Kanunu ile Osmanlı ceza yargılamasında önemli değişiklikler yapılmıştır. Sorgu hakimi Osmanlı hukuk sistemine bu kanunla dahil olmuştur. 1879 yılından sonra yenilenen Osmanlı ceza yargılamasında sorgu hakimi, tahkikat aşamasını yürüten ana öge olarak düzenlenmiştir. Suçüstü halinde doğrudan tahkikat yapabilen sorgu hakimi normal durumlarda savcıdan gelen bir talepname ile harekete geçer. Olayın aydınlığa kavuşturulması için kanunun kendisine tanıdığı yetkileri kullanarak tahkikat aşamasını tamamlar. Bu aşamada dosyayı savcıya tekrar gönderir ve savcının iddianamesini aldıktan sonra dosya kapsamını düşünerek özgür iradesi ile zanlı hakkında kamu davası açılıp açılmayacağına karar verir. Cumhuriyet döneminde de Türk yargı sisteminde varlığını devam ettiren sorgu hakimi, 1985 yılında yapılan yasal değişiklikler ile hukuk sisteminden çıkarılmıştır. Bu çalışmada Osmanlı ceza hukukunda sorgu hakiminin atanması, görevleri, kararları ve bu kararlara karşı itiraz yolları ele alınmıştır.

ABSTRACT

The investigation phase involves making the decision about whether a person will be prosecuted or not and is very important in terms of protecting personal rights. Due to the importance of the investigation phase, some legal systems have assigned various duties to the investigating judge in this process apart from the prosecutor. Significant reforms were made in 1879 to Ottoman criminal proceedings with the Criminal Procedure Code, which was made on the basis of the French Criminal Procedure Code. The concept of the investigating judge was included into the Ottoman legal system with this law. Ottoman criminal procedure law was renewed after 1879 to arrange the investigating judge as the main element who carried out the investigation phase. The investigating judge was able to conduct a direct investigation in the case of *flagrante delicto* and would take action upon request from the prosecutor in normal cases. This judge would complete the investigation phase by using the powers legally granted to him to clarify the incident. This study discusses how investigating judges were appointed in Ottoman criminal law, as well as their duties, decisions, and ways to object against these decisions.

Anahtar Kelimeler: Sorgu hakimi, soruşturma, suçüstü

Keywords: Investigating judge, investigation, *flagrante delicto*

EXTENDED ABSTRACT

Many reforms were made in the Ottoman Empire after the Tanzimat Edict. One important aspect of these reforms occurred in the field of law. These changes in the field of law can be divided into two: changes made in the field of judicial organization and codification. In 1879, the Criminal Procedure Code (*Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu*) was made based on the French Criminal Procedure Code. The concept of the investigating judge had entered the Ottoman legal system for the first time in 1879 and formed an institution that was accepted in the 1929 Code of Criminal Procedure after the proclamation of the Republic. Even if a defendant was ultimately acquitted, the fact that a criminal case had been opened against a person had serious consequences. In order to minimize any unjustness in this situation, the investigation phase should be carried out very carefully. For this reason, investigating judges also served as prosecutors during the investigation phase following the changes made to Ottoman criminal law in 1879. This study discusses how investigating judges were assigned in the Ottoman criminal legal system, their powers and decisions, and how these decisions were appealed.

Corresponding Author: İbrahim ÜLKER E-mail: iulker@selcuk.edu.tr

Submitted: 20.09.2022 • **Revision Requested:** 24.05.2023 • **Last Revision Received:** 24.05.2023 • **Accepted:** 02.06.2023 • **Published Online:** 13.06.2023



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

According to the Criminal Procedure Code of 1879, an investigating judge was appointed by the sultan to serve for three years. The term of office could be extended for an investigating judge whose term of office had expired. Administratively, this judge is subordinate to the prosecutor, yet also acts independently as a judge. In case of *flagrante delicto*, the investigating judge may act *sua sponte* and conduct an investigation. In this context, the investigating judge collects the evidence, listens to the witnesses, and keeps the necessary minutes. At this stage, this judge asks for help from law enforcement if necessary. In this phase, the investigating judge should inform the prosecutor about the actions he has taken. Apart from cases of *flagrante delicto*, the investigating judge may conduct an investigation only if requested by the prosecutor in writing. The prosecutor cannot conduct an investigation, with some exceptions. According to this law, the investigating judge has the duty of carrying out the investigation. The investigating judge must collect evidence in favor of and against the accused. A judge who serves in the investigation stage cannot participate in the trial of the accused as a judge.

In order to complete the investigation, the investigating judge is to perform many operations, such as conducting an inspection, investigating traces and signs, taking statements from both sides, listening to witnesses, conducting an expert examination, and receiving reports from forensic experts. After completing the investigation, the file must be sent to the prosecutor in order to prepare an indictment. The prosecutor examines the file, and if it contains any deficiencies, the prosecutor may ask the investigating judge to correct these. If the file is complete, the prosecutor prepares the indictment and sends the file back to the investigating judge. In this phase, the investigating judge will decide whether the accused needs to be prosecuted by considering the information in the file and the indictment. The investigating judge is not bound by the prosecutor's indictment when making a decision.

The investigating judge may make a different decision based on the characteristics of the crime. If the crime is a misdemeanor, the investigating judge will send the relevant documents to the civil court of peace. And if the accused is in custody in this case, the decision to release the accused will be made. If the committed act is considered criminal, the investigating judge will send the file to the court, and if the crime does not require a prison sentence, the judge will make the decision to release the accused. In this stage, the investigating judge will need to obtain a certificate of residence from the accused.

A person who has been accused of a serious crime may eventually be acquitted. However, until the acquittal, this person will feel torment and anxiety throughout the trial and be exposed in front of the public. This situation will cause material and immaterial damage that cannot be easily compensated for, both for the accused and the family of the accused. This is why the investigation conducted against a person must be carried out very carefully. For this reason, having the investigating judge as well as the prosecutor take part in the investigation phase is important.

One of the results this study has reached is that it has revealed to an extent the level the Ottoman judicial system had achieved in the Tanzimat Period. As a result of the transformation that started with the Tanzimat Period in the Ottoman Empire, a comprehensive judicial structure had been established that was able to meet the needs of the day. This structure was also bequeathed to the newly established Republic of Turkey.

I. Giriş

Osmanlıda, Tanzimat Fermanı'ndan sonra birçok alanda reformlar yapılmıştır. Bu reformlardan önemli bir kısmı da hukuk alanında olmuştur. Hukuk alanında değişiklikler adli teşkilat ve kanunlaştırma alanında yapılan değişiklikler şeklinde ikiye ayrılabilir. Bu dönemde yapılan kanunlaştırma hareketlerinin planlı ve programlı bir şekilde yapıldığını söylemek pek mümkün değildir. Günün ihtiyaçlarına cevap vermek üzere hukuki düzenlemeler hazırlanmış, bazılarından gerekli fayda elde edilemeyince yerlerine yenileri yapılmış veya bu düzenlemeler üzerinde değişikliklere gidilmiştir.¹

Tanzimat Dönemi kanunlaştırma hareketi kapsamında ceza hukuku alanında da önemli düzenlemeler yapılmıştır. 1840, 1851 ceza kanunlarından sonra Fransız Ceza Kanunu esas alınarak 1858 yılında yeni bir ceza kanunu yapılmıştır. Bu kanundan uzun bir süre sonra ceza yargılama usulünü düzenlemek üzere 1879 yılında Usul-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanun-ı Muvakkati² (UMCKM) yine Fransız Ceza Usul Kanunu esas alınarak Şura-yı Devlet tarafından hazırlanmış ve Sultan 2. Abdülhamid döneminde yürürlüğe girmiştir. Bu kanun Cumhuriyetin ilanından sonra 1929 yılında 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu(CMUK) yürürlüğe girinceye kadar uygulanmıştır.³

¹ DAVISON, Roderic H. Osmanlı İmparatorluğu'nda Reform, Çev: Osman Akinhay, İstanbul 2005 s. 102; ENGELHARDT, Tanzimat ve Türkiye, Çev: Ali Reşad, İstanbul 1999 s. 48; VELDET, Hıfzı, "Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat" Tanzimat 1, 1940 İstanbul, s. 165; BOZKURT, Gülnihâl, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi: Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839-1939), Ankara, 1996, s. 48; AVCI, Mustafa, Türk Hukuk Tarihi, Ankara 2022, s. 650; CİN, Halil & AKYILMAZ, Gül, Türk Hukuk Tarihi, Ankara 2021, s. 552; EKİNCİ, Ekrem Buğra, Osmanlı Mahkemeleri Tazminat ve Sonrası, İstanbul 2017, s. 91; ORTAYLI, İlber, İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı, İstanbul 2016, s. 205-207.

² Kanun metni için bakınız: Düstur, 1. Tertip, 4. Cilt, İstanbul 1289, s.131-224; GÖKCEN, Ahmet, "1296 (1879) Tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkati" Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 1994, Cilt: 4, Sayı: 1-2, s. 203-288.

³ Ali Şehbaz, Usul-i Cezaiyye, İstanbul 1310, s. 10; Cevdet Paşa, Tezâkir, Yayınlayan: Cavit Baysun, Ankara 1991, C: 4, s. 194; CİN, Halil: "Tanzimat Dönemi'nde Osmanlı Hukuku ve Yargılama Usulleri", 150. Yılında Tanzimat, Ankara 1992, s. 28-29; AVCI, Türk Hukuk Tarihi, s. 665; BOZKURT, s. 105; ÜÇÖK, Coşkun / MUMCU, Ahmet / BOZKURT, Gülnihâl, Türk Hukuk Tarihi, Ankara 2020, s. 318; ATAR, Fahrettin, İslâm Adliye Teşkilatı, İstanbul 2017, s. 77; GEDİKLİ, Fethi, Şura-yı Devlet: Belgeler, Biyografik Bilgiler ve Örnek Kararlarıyla, İstanbul, 2018, s. 6; AKMAN, Ahmet, "Tanzimat Sonrası Osmanlı Usul Hukukundaki Gelişmeler", Manas Sosyal Araştırmalar Dergisi, Y: 2019, C: 8, S: 1, s. 443; GAYRETLİ, Mehmet, Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Kanunlaştırma Çalışmaları, İstanbul 2015, s. 285; AKMAN, Ahmet, 1917 Tarihli Usul-i Muhakeme-i Şer'iyye Kararnamesi Çerçevesinde Tanzimat Sonrası

UMCKM ile ceza mahkemelerinin yargılama usulü ayrıntılı olarak düzenlenmiş, soruşturma ve kovuşturma evreleri belirgin bir şekilde ayrılmış, kanun yolları, müddeimumilik ve müstantiklik gibi kurumlar oluşturulmuştur.⁴ UMCKM üzerinde ilk değişiklik 1885 yılında müstantiklerin çalışmalarındaki aksaklıkların giderilmesi amacıyla yapılmıştır.⁵

Osmanlı hukuk sistemine sorgu hakimi vasfıyla ilk kez 1879 yılında giren müstantik⁶ Cumhuriyetin ilanından sonra 1929 Ceza Muhakemesi Usulü Kanununda da kabul edilmiş bir müessesedir.⁷ Hatta kanunun ilk metninde “müstantik” olarak yer almış 1936 yılında kanunda yapılan değişiklik ile bu kavram terk edilerek “sorgu hakimi” kavramı tercih edilmiştir.⁸

UMCKM'nin mehzaz kanunu Fransız Ceza Usul Kanunu; CMUK'un mehzaz kanunu Alman Ceza Usul Kanunu olmasına rağmen CMUK'ta müstantikin bulunması yeni kanun üzerinde UMCKM etkilerinin devam ettiği şeklinde yorumlanmıştır. Nitekim Kunter bu konuyu ele aldığı bir makalesinde mehzaz Alman kanununda meşhûr suçlarda hazırlık tahkikatı muamelelerini sulh hakimine tanıdığını, kanun çalışması yürüten İstanbul Komisyonunun hazırladığı projede de bu şekilde yer aldığını belirterek “*Her nedense belki de o zaman mer'i olan usul kanunun tesiri altında maddeye sonradan müstantik kelimesi ilave olundu. . .*”⁹ demiştir.

Erem, sorgu hakimliğinin önemini şöyle açıklamaktadır. “*Bazı mühim veya öyle addedilebilecek işlerde kamu davasının doğrudan doğruya mahkemede değil de “sorgu hâkimliği”nde hazırlık soruşturmasından başka ikinci bir soruşturmaya tabi tutulmasında fayda görülmüş ve ilk soruşturma usulü bazı yabancı kanunlarda ve kanunumuzda kabul olmuştur. Çok ağır bir suçla itham edilen sanığın mahkemede beraat etmesi mümkündür. Fakat beraate kadar, davanın devamı boyunca duyulacak azap, endişe ve halk önünde teşhir oldukça ağırdır. Bu sebeple, bir kimseyi mahkemeye sevk etmeden evvel, ithamın bir kere de sorgu hâkimi tarafından incelenmesinde sanık lehine bir teminat görülmüştür.*”¹⁰

Kunter ise sorgu hakiminin bir hukuk sisteminde ifa ettiği vazifeyi şöyle vurgulamıştır: “*sanık için gerek delil toplama gerek mahkeme önüne çıkarılma konularında teminat sağlamak, mahkemelere gitmeyebilecek davaları elemek sayesinde mahkemelere zaman kazandırmak delil olabilecek şeyleri olamayacaklarından ayırarak mahkemelerin işini azaltmak, yer, madde, görev gibi çeşitli bakımlardan yetki meselelerini büyük ölçüde çözüp soruşturmada vakit kaybını önlemek ancak ve ancak bir hakim tarafından yapılacak olan ilk soruşturma ile mümkündür.*”¹¹ Kunter ayrıca Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan 1966 tasarısında sorgu hakimi tarafından yürütülen ilk soruşturma aşamasının kaldırılmasının istendiğini, kendisinin de bulunduğu bir komisyon tarafından hazırlanan müşterek raporun sunulması sonrasında bu tasarruftan vazgeçildiğini beyan etmektedir.¹²

Sorgu hakimliği müessesesinin kamu davasını geciktirdiği, hakim bir kimse hakkında kamu davası açtığı zaman o kişiyi itham ettiğini hakim in ithamcı olmasının hakimlik mesleğinin objektifliği ile bağdaşmadığını beyan eden görüşler de bulunmaktadır.¹³

21.05.1985 yılında 3206 sayılı 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda ilgili maddelerinde değişiklik yapılmasına kadar Türk hukuk sisteminde sorgu hakimleri görev

Osmanlı Adliye Teşkilatı ve Yargılama Usulü, Ankara 2022, s. 36; TURİNAY, Faruk Yasin, “1879 Tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu (Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkatı) Üzerine Bir İnceleme”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 11, S: 1, s. 184-185.

⁴ AKGÜNDÜZ, Ahmet, İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı Kamu Hukuku, İstanbul 2011, s.857; AVCI, Türk Hukuk Tarihi, s. 664; TURİNAY, s. 171; Tanzimat Dönemi'nde ceza hukuku alanındaki uygulamaları eleştiren hukukçular da olmuştur. Bkz: İbnü'l Hazim Ferid, Siyaset-i Şer'iyye, (Editörler: Mehmet AYKANAT – Melikşah AYDIN) Ankara 2022, s. 92.

⁵ KUNTER, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1981, s. 427; TURİNAY, s. 190; AKMAN, Mehmet, “Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Osmanlı Hukuk Mevzuatı I. Tertip Düsturunun Tarihi Fihrist ve Dizini”, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, Yıl: 2007, Sayı: 3 s. 111; 1885 yılında yapılan değişiklik metni için Bkz: Düstur, I. Tertip, 5. cilt, s. 385; 28 Ramazan 1343 yılında yapılan başka bir değişiklik için Bkz: Tefvik Tarık, Kanun-ı Ceza ve Usul-i Muhakemat-ı Cezaiyye Tadilatı, İstanbul 1343, s. 27-28.

⁶ UMCKM'nin yürürlüğe girmesinden önce zaptiye teşkilatı bünyesinde “müstantik” olarak ifade edilen görevliler bulunduğu arşiv kayıtlarından anlaşılmaktadır. Ancak ilerleyen bölümlerde açıklandığı üzere bunların sorgu hakimi vasfını taşıdıkları söylenemez.

⁷ Kanun 1929 yılında kabul edilen ilk metninde müstantik tarafından yürütülecek ilk tahkikat aşaması 171-190. maddeler arasında düzenlenmiştir. Kanunun 20.04.1929 tarihli ve 1172 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan nüshası için bakınız: <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/1172.pdf> E.T.25.08.2022.

⁸ TANER, Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul 1955, s. 260.

CMUK'un kurmuş olduğu ilk sistemde ana hatları ile soruşturma aşaması şu şekilde işlemektedir: Kendisine suç işlendiği bilgisi ulaşan savcı bir hazırlık soruşturması yapacak ve işlenen fiil ağır cezada yargılanmayı gerektiren bir fiil ise mecburi; asliye cezada yargılanmayı gerektiren bir fiil ise ihtiyari olarak ilk soruşturmanın açılmasını bir talepname ile sorgu hakiminden isteyecektir. (Kanunda 1696 sayılı yasa ile yapılan değişiklikten sonra ağır cezayı gerektiren suçlar için de savcıya muhtariyet tanınmıştır.) Sorgu hakiminin savcılıktan gelen bir talepname olmadan kendiliğinden bir araştırma yapması mümkün değildir. Talepname üzerine ilk soruşturmaya başlayan sorgu hakimi, bu aşamada suçun aydınlatılması için gerekli tüm işlemleri yaparak dosyayı tekemmül ettirecek ve iddiasını bildirmesi için tüm evrakları savcıya gönderecektir. Savcı dosyayı inceleyip bir iddianame hazırlayarak sorgu hakimine yeniden gönderecektir. Bu aşamadan sonra sorgu hakimi son soruşturmanın açılmasına veya son soruşturmanın açılmamasına karar verecektir. EREM, Faruk, Ceza Usul Hukuku, Ankara 1978, s. 271-281.

Mevzuatımızda 10.06.1930 tarihli 1516 sayılı Resmî Gazetede Yayınlanan 1684 sayılı “Umumi Mahkemeler ve Karar Hakimleri ve Müstantiklerle Umumi ve Hususi Kaza Salahiyetini Haiz Makamlar Arasındaki İhtilafın Halli Hakkında Kanun” halen yürürlüktedir. Üç maddeden oluşan bu kanunda umumi mahkemeler karar hakimleri ve müstantiklerle idare heyetleri ve diğer yargı yetkisine sahip makamlar arasındaki görev ve yetki uyumsuzluklarının çözüm mercii olarak Temyiz Mahkemeleri Ceza Heyeti gösterilmiş ve ihtilafın çözümünde Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümlerinin cari olduğu düzenlenmiştir. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=1684&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=3> E.T. 12.09.2022 Bu kanun görev ve yetki uyumsuzluklarında kullanılmış olup yakın tarihli Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarından ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararlarında zikredilmiştir. Bkz: Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 18.9.2007 tarih, E. 2007/177, K. 2007/183; 20.11.2007 tarih, E. 2007/252 K. 2007/241; Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 23.6.2003 tarih, E. 2003/39, K. 2003/39; 18.12.2000 tarih, E. 2000/32, K. 2000/72 kararları. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/Arama?SearchQuery=müstantik> E.T. 12.09.2022.

⁹ KUNTER, Nurullah, “Sorgu Yargıcının Verebileceği Asli Kararlar” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y: 1949, S: 4, C: 15, s. 925.

¹⁰ EREM, s. 268.

¹¹ KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 674.

¹² KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 674.

¹³ EREM, s. 269.

yapmışlar, bu kanunla CMUK'taki sorgu hakimlerine ilişkin maddelerin bazılarının değiştirilmesi ve bazılarının da yürürlükten kaldırılması ile hukuk sistemimizde bu kurumun varlığına son verilmiştir.¹⁴

Bu çalışmada müstantikliğin Osmanlı hukuk sisteminde ortaya çıkışı, görev ve yetkileri ele alınacaktır. Bu konuyu incelerken Tanzimat Dönemi'nde yazılan ceza usul kitaplarından da istifade edilmiştir. Bu eserlerden bazılarının uygulamada yer alan kişilerce kaleme alındığı görülmektedir. Örneğin Dersaadet İstinaf Müddeiumumisi Halid Bey'in kaleme aldığı "Nizamü't-Tatbik-i Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu Şerhi" uygulamaya ilişkin birçok yazışma örneğinin de paylaşıldığı bir şerh olarak hazırlanmıştır. Yine Şura-yı Devlet Müstantiki Osman Saib'in "Tahkikat-ı Evveliyye ve İstintakiyye" isimli eseri özellikle tahkikat aşamasına ilişkin detaylı bilgilerin paylaşıldığı bir eserdir. Dersaadet Hukuk Fakültesi Tatbikat-ı Cezaiye Müderrisi Cevdet Ferid'in "Nazari ve Ameli Tatbikat-ı Cezaiyye" eseri yer yer Fransa uygulamasını da ele alarak açıklayan detaylı bir çalışmadır.

II. Müstantikin Tanımı ve Tanzimat Öncesi Ceza Soruşturması

Müstantik kelimesi telaffuz etmek, söylemek, bildirmek, konuşmak, söz söylemek anlamlarında kullanılan n-t-k kökünden gelen Arapça bir kelimedir.¹⁵ Arapça talep manasını veren istifal babı kullanılarak üretilen istintak kelimesi de bu kökten doğmuştur.¹⁶ İstintak söyletmek, konuşturmak, ifadesini almak anlamlarına gelir. *Müstantik* ise istintak kelimesinin ismi failidir. Söylenen, konuşturan, ifade alan anlamlarına gelir. Osmanlı hukuk literatüründe soruşturma eylemi için "istintak" soruşturmayı yapan kişi için "müstantik" ibaresi kullanılmıştır.

Osmanlıda Tanzimat öncesi ceza yargılamasında soruşturma aşaması kadı gözetiminde yapılmaktaydı. Bu aşamada kadı yardımcılıkları da kadı gözetiminde çeşitli görevler ifa ediyorlardı. Bu dönemde subaşı adeta bir savcı işlevine sahipti. Suç ihbarında bulunanları ve zanlıları kadı önüne genellikle subaşı getirmekteydi. Soruşturma aşamasında daha detaylı incelemeler naibler tarafından yapılmaktaydı. Tahkikat aşamasında yapılan işlemler naibler tarafından genellikle maruz defterlerine kaydedilmekteydi. Özellikle insan öldürme ve yaralama suçlarında kadının veya naibin olay mahalline giderek keşif ve soruşturma yaptığı bilinmektedir.¹⁷

Osmanlıda kadılar dışında Divan-ı Hümayun'un da yargı yetkisi bulunmaktadır. Divan yerine göre bir yüksek mahkeme yerine göre ilk derece mahkemesi sıfatıyla yargılamalar yapmıştır. Divan-ı Hümayun'a ulaşan bir suç ihbarı üzerine divan tarafından müfettiş görevlendirilerek soruşturma yaptırılabilirdi gibi yöre kadısından veya civar kadılarından iddialarla ilgili soruşturma yapması istenebiliyordu.¹⁸ Divan-ı Hümayun'dan gönderilen bazı emirlerde yapılan soruşturma sonunda kararın yerel kadılar tarafından verilmesi istenirken, bazı kararlarında ise yapılan soruşturma sonunda soruşturma raporlarının gönderilmesi ve kararın Divan-ı Hümayun'da verileceği bildirilmiştir. Divan kararlarının kaydedildiği mühimme defterlerinde bu konuda tutulan birçok kayıt günümüze ulaşmıştır.¹⁹ Sarayda ve Divan-ı Hümayun'un toplantılarında çeşitli görevleri olan Çavuşbaşı, ifa ettiği diğer görevlerin yanı sıra sadrazamın emriyle şikayetleri dinleyerek bunları sadrazam divanına arz etmek üzere fezleke yapar ve sadrazam divanında veziriazamın solunda oturarak görülecek davalar hakkında özet malumatlar verirdi. Uzunçarşılı, Çavuşbaşı'nın ifa ettiği görevler nedeniyle sorgu hakimi ve emniyet-i umumiye vazifesi gördüğünü söylemektedir.²⁰

¹⁴ 3206 Sayılı Kanun Geçici Madde "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte unvanı sorgu hâkimi olanların kadro unvanları, o yer hâkimi olarak değiştirilmiştir, Bunların yeniden atanmaları gerekmez." 4 Haziran 1985 tarih ve 18774 sayılı Resmi Gazete, s. 14.

¹⁵ GÜNEŞ, Kadir, Arapça Türkçe Sözlük, İstanbul 2011, s. 1138

¹⁶ UZUN, Taceddin, Muhittin UYSAL, Ayhan ERDOĞAN, Latif SOLMAZ, Muhammet TASA, Orhan PARLAK ve Şahabeddin KIRDAR, *Sarf Bilgisi*, Editör İsmail Hakkı Sezer, Konya 2015, s. 147.

¹⁷ AKMAN, Mehmet, Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması, İstanbul 2004, s. 113; ORTAYLI, İlber, Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti'nde Kadı, İstanbul 2017, s. 45-46; BAYINDIR, Abdülaziz, İslam Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması), İstanbul 2015, s. 117; İLGÜREL, Mücteba "Subaşı" Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, İstanbul 2009, C. 37, s. 447.

Kadı sicillerinde mahkeme kararıyla bizzat kadı tarafından veya görevlendirdiği bir memur aracılığı ile keşif yapıldığına dair birçok kayıt bulunmaktadır. Örneğin 1655 yılına ait kayıt şöyledir: "Terkos nahiyesinde Mağlova kemeri kurbunda vâki' Nakkaş Paşazade Çayırında târih-i kitâbdan bir gün mukaddem İsteyan nâm zimmî maktûl ve Miho v. Dedo nâm zimmî mecruh bulunmuştur, hâlen cânib-i şer'-i şerifden üzerlerine varılıp eser-i cerhleri keşif ve müşahede olunmak muradımızdır dediklerinde, kâbel-i şer'-i kavîmden fahrü'l-kuzât Mevlânâ Mehmed Efendi b. Nasuh ırsal olunup ol dahi zeyl-i kitâbda mastüretü'l-esâmî müslimîn ile üzerlerine varıp keşif olundukda merkûm İsteyan'ın ensesinde ve sol kulağı yanında ve perçemi içinde âlet-i harb darbandan katil olduğu müşahede olunup..." İstanbul Kadı Sicilleri, Eyüb Mahkemesi (Havass-ı Refia) 61 Numaralı Sicil, İstanbul, 2010(H. 1065- 1066 / M. 1655) C. 27, s. 77.

¹⁸ MUMCU Ahmet, Divan-ı Hümayun Hukuksal ve Siyasal Karar Organı Olarak, Ankara 1986, s. 86; CİN, AKYILMAZ, s. 141; AKMAN, s. 36; KOÇ, Yunus-TUĞLUCA, Murat, "Klasik Dönem Osmanlı Ceza Hukukunda Yargılama ve Toplumsal Yapı" Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, S: 2, s. 24.

¹⁹ 39 numaralı Mühimme Defteri'nde yer alan bir kayıta Ma'arra Beyine ve Ma'arra ve Hama Kadısına Divanı Hümayun'dan gönderilen yazıda divanı hümayuna ihbar edilen bir suçla ilgili gerekli soruşturmanın yapılarak soruşturma sonucunun bildirilmesi istenmiştir. "Sen ki Sancak beyisin mektup gönderip livâ-i mezbûrda Necmeddin nâm kimesne ehl-i fesâd ve haramzâde ve harâmî yatağı olup daima Verikboğazı nâm mahalde kat'-ı tarîk eden eşerr-i mezkûrun evine gelip yataklanıp fesâd ve şenâ't ettiği ecilden cümle ahâlî-i vilâyet mezbûrun şirret ve şakâvetinden muztarlardır diye bildirdiğin ecilden mezbûr ele getirilip ahvâli şer'le teftiş olunmasın emredip buyurdu ki:

Varıkdâ mezbûru meclis-i şer'a ihzar edip dahi bir defa şer'le fasl olunmayıp üzerinden on beş yıl mürûr etmiş değilse şer'le onat vehile teftiş ve tefahhus edip göresin mezbûr arz olunduğu üzere ehl-i fesâd ve şenâ't olup hursuz yatağı olduğu şer'le sâbit ve zâhir olursa mezbûru hapsedip dahi sübut bulan maddelerin sûret-i sicilleri ile yazıp arz eylesin sonra emrim ne vehile olursa ana göre amel eylesin." YAZICI, Murat, 39 Numaralı Mühimme Defteri'nin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Erzurum 2013, s. 134. Benzer kayıtlar için aynı eserde yer alan 120, 160, 167, 182, 193, 216, 237 numaralı hükümlere bakılabilir.

²⁰ UZUNÇARŞILI, İsmail Hakkı, Osmanlı Devleti'nde Saray Teşkilatı, Ankara 2014, s. 397.

III. Tanzimat Dönemi'nde 1879 Usul-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanun-ı Muvakkatine Kadar Soruşturma İşlemleri

Bu başlık altında Tanzimat'ın ilanından 1879 UMCKM yürürlüğe girinceye kadar ceza soruşturma aşamasında ortaya çıkan gelişmeler ve yenilikler kronolojik sırayla ve özet olarak verilmeye çalışılmıştır. Bu süreçte aslında her aşama, hakkında yeni bir eser yazılacak kadar derinliğe sahiptir. Ancak bu çalışmanın konusunu ve amacını aşacağı için detaylara girilmemiştir.

Tanzimat'ın ilanından sonra vergide düzeni ve adaleti sağlamak için muhassıllar görevlendirilmiş ve bu muhassıllara yardımcı olmaları için vilayet, sancak ve kazalarda 1840 yılında muhassıllık meclisleri kurulmuştur. Bu meclislerde kadının da bulunduğu devlet görevlilerinin yanı sıra müslim ve gayrimüslim halk arasından seçilen temsilciler de görev yapıyordu. Bu meclislerin idari görevlerinin yanı sıra yargı yetkileri de bulunmaktaydı. Meclisler 1840 Ceza Kanunu yürürlüğe girdikten sonra bu kanunun kapsamındaki suçları soruşturma ve suçlular hakkında kanun hükümlerini uygulama yetkisine sahiptiler.²¹ 1841 yılında muhassıllıkların kaldırılmasına rağmen meclisler “memleket meclisleri” adıyla varlığını ve yargı yetkisini devam ettirmiştir.²²

İstanbul'da 1847 yılına kadar ceza hukukuna dair konulara Meclis-i Vala bir ilk derece mahkemesi gibi çalışırken bu tarihte²³ Zaptiye Müşirliğine bağlı olarak kurulan Zaptiye Meclisi belirli suçların soruşturmasını ve yargılamasını yapmak üzere görevlendirilmiştir. Zaptiye Meclisi'nin vermiş olduğu cezalar Meclis-i Vala'nın onayı ile infaz edilecektir. Katl, sirkat gibi ağır suçlarda ise Zaptiye Meclisi sadece gerekli tahkikatı yaparak karar verilmek üzere dosyayı Meclis-i Vala'ya gönderecektir.²⁴

1849 yılına gelindiğinde taşrada kurulan memleket meclisleri, eyalet merkezinde büyük meclis, sancak merkezlerinde ise küçük meclis olarak değiştirilmiştir. Aynı yıl çıkarılan bir talimat²⁵ ile eyalet meclislerinin işleyişi düzenlenmiştir. Bu talimata göre meclis eyalet valisi, meclis reisi, defterdar, ulamadan tayin olunan bir zat, hakim, belde müftüsü ve mahallinde seçilmiş 4 azadan oluşmaktadır.²⁶ Bu talimatname hükümlerinden anlaşıldığı üzere Eyalet Meclisi diğer işlerin yanı sıra ceza soruşturma ve kovuşturma işlemlerini de yapacaklardır. Talimatın 55. maddesine göre meclisin yetkili olduğu bölgede suç işlenmesi durumunda, olay ve taraflara ait bilgiler yöre halkından ayrıntılı olarak istintak olunarak, ifadeleri ve suçu işleyenlerin işi, şöhet ve eşkalleri ile istintak suretleri, bir varakaya bend bend kaydedilecektir. Bu belgenin meclisçe altı mühürlenip, ilgili kişilerin beyanları alındıktan sonra bunlar kendilerine okunacak, ilgiliye tasdik ve mühürlendirilecektir. Bu şekilde oluşan belge istintakname, adını alıyordu. Hüküm her neyse açıkça izah edilerek, mazbatası düzenlendikten sonra şer'i hükmü belirten ilâm ile birlikte Dersaadet'e gönderilmek üzere valiye arz olunacaktır. Sadece suçun belirtildiği belgeler, Dersaadet'çe kabul edilmeyecekti. Bu yüzden hakikat-ı hâlin mazbata ve istintaknamelere yazılması, gerçeği ortaya çıkaracağından mutlaka soruşturmaların hakkıyla yazılması gerekiyordu.²⁷

Büyük meclislerin iş yükü nedeniyle gelen şikayetler üzerine bu meclislerin içerisinde bir ihtisas komisyonu niteliğinde önce meclis-i cinayetler kuruldu. Daha sonra 1854 yılında soruşturma ve yargılama yetkisine sahip Meclis-i Tahkikler kurularak Meclis-i Ahkam-ı Adliye tarafından meclis-i tahkiklerin görevlerini belirleyen bir nizamname çıkarıldı.²⁸ Bu meclisler suçlular hakkında gerekli tahkikatları yapacak kabahatin derecesine göre kanunda gösterilen cezayı tayin edip valinin tasdiğiyle bu ceza infaz olunacaktır. Bu nizamnameye göre meclis, tarafların ifadelerini almaya ve ifade esnasında bilgisi bulunduğu anlaşılan kişileri meclise çağırarak ifadelerine başvurmaya yetkili idi. Bu nizamnamede “*her cins ve milletten adamların ifadelerini bila istisna istima eylemek*” denilerek Müslüman olmayan kişilerin de şahitliğine itibar edileceği vurgulanmıştır. Meclis hakikatin ortaya çıkarılması için çalışacak ve bu amaç için lehe ve aleyhe olan hususları gözeterek zanlının beraet-i zimmetini ispat için vaki olacak şeylere dahi ol derece ihtimam olunacaktır. Ayrıca yabancı ülke vatandaşlarının istintak ve muhakemesi esnasında ilgili konsolosluktan tercüman istenmesi de hüküm altına alınmıştır. Kısas ve diyet cezalarını gerektiren suçlarda hiçbir şekilde hüküm vermeyip tahkikat evraklarını ve tahkikat hakkındaki bilgileri valiye verecek vali bu tahkikatı büyük meclise vererek cezasına burada hükümlenacaktır.²⁹

IV. İlk Müstantiklerin Görevlendirilmesi

8 Ağustos 1858 tarihinde yeni Ceza Kanununun kabul edilmesinden sonra 14 Şubat 1859 tarihinde Zaptiye Meclisi kapatılarak iki yeni meclis kurulmuştur. “Divan-ı Zaptiye” adıyla kurulan birinci meclis her türlü kabahat ile belirli dereceye kadar cünha³⁰

²¹ ENGELHARDT, s. 108; DAVİSON, s. 50; Bingöl, bu dönemde şer'i mahkemelerin şahıs hukukunu ilgilendiren ceza davalarına bakmaya devam ettiğini şer'i mahkemede görülen bir adam öldürme davasında kısas uygulanırsa memleket meclisinde dava görülemeyeceğini ancak kısas uygulanmaması durumunda olayın kamu hukukunu ilgilendiren yönü dolayısı ile muhassıl meclisinde davanın görülerek ayrıca bir cezanın verildiği ifade etmektedir. BİNGÖL, Sedat, Tanzimat Devrinde Osmanlı'da Yargı Reformu (Nizamîye Mahkemelerinin Kuruluş ve İşleyişi 1840-1876), Eskişehir 2004, s. 63.

²² DAVİSON, s. 50; ORTAYLI, İlber, Tanzimattan Sonra Mahalli İdareler, Ankara 1974, s. 16; BİNGÖL, s. 51-65; EKİNCİ, s. 147.

²³ İkinci, bu meclisin kuruluş yılını 1846 olarak zikrederken; Bingöl 29 Ocak 1847 (12 Safer 1263) yılını Zaptiye Meclislerinin kuruluş yılı olarak belirtmektedir.

²⁴ EKİNCİ, s. 159; BİNGÖL, s. 87-88.

²⁵ 19 Rabiulahir 1265 tarihli Eyalet Meclislerine Verilen Talimat-ı Seniyye, yer bilgisi için bkz: KARAKOÇ Sarkis Külliyyat-ı Kavanin, Haz.: M. Akif Aydın-Fethi Gedikli-Mehmet Akman-Ekrem B. Ekinci-M.Macit Kenanoğlu, C. 1, Ankara 2006, s. 229.

²⁶ ÇADIRCI, Musa, Tanzimat Döneminde Anadolu Kentlerinin Sosyal ve Ekonomik Yapısı, Ankara 2013, s. 218-219; EKİNCİ, s. 154-155.

²⁷ BİNGÖL, s. 71.

²⁸ “Eyalet Tahkik Meclislerinin Zeaif ve Salahiyetleri Hakkında Nizamname”, KARAKOÇ, s. 258; Bu nizamnamenin transkripsiyonu için bkz: BİNGÖL, s. 321.

²⁹ “İşbu Tahkik Meclisi Meclis-i Kebir-i Memleket ve Meclis-i Ticaretten başka olarak ber-minval muharrer erbâb-ı töhmet ve kabahatin tahkik-i ahval ve keyfiyetleri için Dersaadette olan Zaptiye Meclisi gibi tesis olunacağından...” BİNGÖL, s. 321.

³⁰ Divan-ı Zaptiye kabahat suçları ile 3 aya kadar hapis veya 10 mecdiye kadar para cezasını gerektiren cünha suçlarına bakabilecektir. BİNGÖL, s. 91.

suçlarının soruşturma ve muhakemesini yürütmeye yetkiliydi. “Meclis-i Tahkik” adli ikinci meclis ise belirli derecenin üstünde cünhalar ile her türlü cinayet suçlarında gerekli tahkikatı yürütmek ve muhakemesini yapmakla görevliydi. Bu tahkikat ve yargılama sonucunda tahkikat evrakları Meclis-i Vala’ya gönderilecek ve ceza tayini Meclis-i Vala tarafından yapılacaktır.³¹

Bu iki meclisin nasıl çalışacağına ilişkin bir muvakkat nizamname de çıkarılmıştır.³² Bu nizamnameye göre Zaptiye Divanı ulemadan bir kişi dört müslüman, dört gayrimüslim olmak üzere dokuz aza ve bir başkandan oluşuyordu. Bu divanın bir de kalem teşkilatı bulunmakta, burada bir başkatip, iki müsevvid, iki mübeyyiz, görev yapmakta idi. (4.-5.m).

Meclis-i Tahkik ise zaptiye müsteşarı başkanlığında ulemadan bir zat müslümanlardan 4, gayrimüslimlerden 3 kişiden oluşmakta idi. Bu meclislerde müslümanlar arasındaki anlaşmazlıklarda görüşmelere gayrimüslim üyeler katılamazlardı. Meclisi Tahkikte bir başkatip, iki müsevvid, üç mübeyyiz, iki mukayyit bulunuyordu. Ayrıca bu mecliste istintakiyeyi (soruşturmaya) idare etmek üzere bir istintak mübeyyizi ile istintak işi için kanun terimlerini bilen kişilerden on müstantik, on istintak katibi ve 10 adette istintak katibi mülazımının görev yapacağı düzenlenmiştir. Ayrıca müstantikler iki sınıfa ayrılıp beşi birinci sınıf beşi ikinci sınıf müstantikler olacaktır. (m.7-8)³³

Müstantiklerin görevleri on beşinci maddede sayılmıştır. “*Müstantik efendiler ve istintak kâtipleri ve bunların mülazımları istintak mümeyyizinin maiyetinde olarak tayin olunacak usul ve kaide mücibince kendilerine havale olunan ashab-ı töhmeti kemâl-i dikkat ve bâtaraf ile istintak edeceklerdir ve bunların ber-mutâd Meclis-i Tahkikin maiyetlerinde bulunacaklar ise de icap ettikçe Divân-ı Zabtiye maiyetinde dahi istihdam olunacaklardır.*”³⁴

Turinay, “müstantiklik” olarak adlandırılan sorgu hakimliği kurumunun Osmanlıda ilk kez yukarıda zikrettiğimiz nizamnamede düzenlendiğini beyan etmektedir.³⁵ Nizamname hükümleri incelendiğinde müstantiklerde aranacak vasfın “*sebk ü ibare-i kavanine layıkıyla anlar adamlar*”, görevlerinin ise “*kendilerine havale olunan ashab-ı töhmeti kemâl-i dikkat ve bâtaraf ile istintak etmek*” olduğu anlaşılmaktadır. Nizamnamede müstantiklerin atanmalarına ve görevlerine ilişkin detaylı hükümlerin bulunmadığı görülmektedir. Bu nizamname ile düzenlenen müstantiklerin vasıf ve yetkilerinin bir sorgu hakiminden çok uzak olduğu görülmekte olup nizamnamede düzenlendiği hali ile o dönemde müstantikin sorgu hakiminden daha çok sorgulama yapan kolluk görevlisi mahiyetinde olduğu söylenebilir. Ancak bu nizamname *müstantik* kelimesinin ilk kullanıldığı ve bu kurumun Osmanlıda ilk ortaya çıktığı nizamname olması açısından önemlidir.

Ekinci, Meclis-i tahkiklerin 1864 yılına kadar varlığını sürdürdüğünü bu tarihte çıkarılan “Vilayet Nizamnamesi” ile taşrada divan-ı deavi, meclis-i temyiz ve divan-ı temyizlerin kurulduğunu ve meclisi tahkiklerin vazifesinin bunlara verildiğini beyan etmektedir. İstanbul’da bulunan Meclis-i Tahkik de isim değiştirerek Zaptiye Müşirliği’ne bağlı olarak adli görevine devam etmiştir.³⁶

1864 yılında vilayet nizamnameleri ile başlayan süreçte Nizamiye Mahkemeleri olarak isimlendirilen yeni mahkemeler kurulmuştur.³⁷ Tuna Vilayet Nizamnamesinin yargılamaya ilişkin ikinci bölümünde soruşturma evresine ilişkin bilgiler yer almaktadır. Altıncı maddede iki kısım dava olduğu birincisinin mala ilişkin hukuki şahsi davaları, diğerinin ise “*zabıta-i hükümete müteallik olarak yahut mahsus-ı canibinden veyahut idare memurları taraflarından eşhas aleyhinde vuku bulan davalar ve muamelatı saireden hasıl olan davalar.*”³⁸ olduğu belirtilmiştir. Bu davaların hükümetçe dinlenmesi mutlaka müddei tarafından arzuhal veyahut zabıta memurları tarafından müzekkere ile talep edilmesine bağlıdır. Bu nedenle arzuhalsiz veya müzekkeresiz bir dava görülmesi caiz değildir. Yedinci maddede ise bir kişinin cünha veya kabahat gibi hukuka aykırı hareketlerinden dolayı sorgusu ve mahkemesi gerektiğinde zabıta ve idare memurları tarafından jurnal ve takriri yapıp mülki amir tarafından yetkili meclise havale olacağı düzenlenmiştir.³⁹ Bu düzenlemelerde ceza davalarının zabıtanın gelecek bir müzekkere ile görülebileceği açıkça anlaşılmaktadır. Bu düzenlemeden yola çıkarak nizamiye mahkemelerinin kurulmasından sonra da önceden olduğu gibi suçlar hakkında ilk soruşturmanın zabıta teşkilatı tarafından yürütüldüğü söylenebilir.

³¹ BİNGÖL, s. 90-91; EKİNCİ, s. 163; TURAN, s. 1173.

³² Sarkis Karakoç Külliyyat-ı Kavaninde “*Dersaadet’te Ceraimin Mahalli Muhakemesiyle Usul-i Muhakemeye Dair Nizam-ı Muvakkat*” olarak isimlendirmiştir. KARAKOÇ, s. 308; Orijinal adı: “*Derecât Mütenevviada Olan Ceraiime Müteallik Deaviyi Rüyey Edecek Mehakim ile Bunların Usûl-i Muhakemelerine Dair Derdest-i Tanzım Olan Kavanin-i Esasiye İlan Oluncaya kadar Dersaadette Ceraimin Mahall-i Muhakemesiyle Usûl-i Muhakemeye Dair Tertip Olunmuş Olan Nizam-ı Muvakkattir.*” Nizamnamenin isminden de anlaşıldığı üzere ceza kanunu ile aynı tarihlerde ceza usul kanunu çalışmaları da başlamıştır. Herhalde bu çalışmaların gecikeceği anlaşılmış ki asıl düzenleme yürürlüğe girinceye kadar bu muvakkat nizam yayınlanmıştır. Bu nizamname Takvim-i Vekayi’de 569-572. nüshalar arasında parça parça yayınlanmıştır. 1-11. maddeler için bkz.: Takvim-i Vekayi, No: 569, 29 Şaban 1275 (3 Nisan 1859); 12-19. maddeler için bkz.: Takvim-i Vekayi, No: 570, 4 Zilkade 1275 (5 Haziran 1859); 20-24. maddeler için bkz.: Takvim-i Vekayi, No: 571, 5 Zilhicce 1275 (6 Temmuz 1859); 25-28. maddeler için bkz.: Takvim-i Vekayi, No: 572, 13 Safer 1276 (11 Eylül 1859) TURAN s. 1174; Nizamnamenin transkripsiyonu için bkz.: BİNGÖL, EK-II. s.324.

³³ BİNGÖL, EK-II. s. 325; Başbakanlık Osmanlı Arşiv kayıtlarında Hicri 11.06.1280 (Miladi: 23 Kasım 1863) tarihli zaptiye maaş defterinde maaş alan memurlar arasında *müstantikler* bulunmaktadır. Başbakanlık Osmanlı Arşivi (BOA), MAD.d., Gömlek: 9071; Yine aynı yıla ait başka bir belgede “Bab-ı Zabtiye’de bulunan müstantiklerin çoğaltılması ve maaşlarına zam yapılması” konusu yer almıştır. BOA, MVL Gömlek: 858, Sıra: 84, Hicri 08, Recep 1280(19 Aralık 1863).

³⁴ BİNGÖL, EK-II. s. 327.

³⁵ TURINAY, s. 207.

³⁶ EKİNCİ, s. 164.

³⁷ EKİNCİ, s. 198; KENANOĞLU M. Macit “Nizamiye Mahkemeleri” Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, İstanbul 2007, C. 33, s. 185; DAVİSON, s. 156; ENGELHARDT, s. 185-188.

³⁸ Ahmet Lütfi, Mir’at-ı Adalet Yahud Tarihçe-i Adliye-i Devleti Aliyye, İstanbul 1304, s. 184.

³⁹ Ahmet Lütfi, s. 184.

8 Haziran 1869 yılında Divan-ı Ahkam-ı Adliye tarafından hazırlanmış olan ceza muhakemesi soruşturma ve yargılama işlemlerini düzenleyen muvakkat bir talimat yürürlüğe girmiştir.⁴⁰ Bu talimatta bir suç işlendiğinde suç mahalline giderek suçun ve suçlunun açığa çıkarılması için gerekli tahkikatı yürütme görevi önceden olduğu gibi zabıta memurlarına verilmiştir. (6. Paragraf)⁴¹

Bu talimatta müstantikin görevi önceki düzenlemelere göre daha detaylı olarak 19. paragraftan itibaren düzenlenmiştir. Buna göre müstantik, mümeyyizlerden bir ve zaptiye görevlileri veya teftiş memurlarından bir zat mevcut olduğu halde zanlının sorgusunu açık ve anlaşılır bir şekilde icra edecektir. İfade tutanağının sual yazan kısmına soruyu yazıp hazır bulunan görevlilerce imzalandıktan sonra cevap hanesine zanlının veya sorguya çekilen şahsın cevabı yazılacak ve ifadesi alınan şahsa okunduktan sonra imza ve mühürtlecektir. Eğer imzadan imtina ederse imtina sebebi yazılarak hazır bulunan memurlarca imzalanacaktır.

İfadesine başvuru olan kişinin kendisine atfedilen suçu işlemediği yönünde ciddi kanaat oluşturacak ifade ve deliller sunması durumunda müstantik derhal bu durumu açıklayan bir fezleke düzenleyecek ve orada hazır bulunan diğer görevlilerce de imzalanan fezlekeyi amirine göndererek zanlının tahliyesini talep edecektir. (24. paragraf)

Müstantikin görevi gerçeği ortaya çıkarmaktır. Bu nedenle ifade esnasında işkenceye başvurmayacak, tehdit, vaadde bulunma yoluyla ifade almaktan kaçınacaktır. Zanlıyı konu ile ilgili dinledikten sonra ağzından çıktığı şekilde ifadesini kaydetmelidir. (25. paragraf)

Talimatın devam eden paragraflarında müstantikin sorgulama yaparken ve fezlekeyi düzenlerken dikkat etmesi gereken hususlar ele alınmaktadır. Belirtilen usul ile ikmal edilen fezleke hazır bulunanlar tarafından imzalanıp mühürlendikten sonra yargılama yetkisine sahip olan meclise verilecektir. (30. paragraf)⁴²

Turan, her ne kadar bu talimattaki düzenlenmiş müstantik için sorgu hakimi ibaresini kullanmış olsa da⁴³ talimatta düzenlenen yetki ve görevler göz önüne alındığında müstantikin görevinin bugün sıradan bir karakolda ifade alan polis memurunun yetkilerini geçemediği görülmektedir. O nedenle bu talimatta düzenlenen müstantik, sorgu hakimi değil ifade alan uzman kolluk görevlisi olarak nitelendirilebilir.

Yaptığımız araştırmalarda bu talimattan sonra 1879 tarihli UMCKM'ne kadar müstantik ile alakalı esaslı bir düzenlemeye rastlanmamıştır. Ancak 1870 yılında çıkarılan Dersaadet ve Mülhakatı İdare-i Zabıta ve Mülkiye ve Mehâkim-i Nizamiyesine Dair Nizamname'de müstantiklerin adliyede vekil sıfatıyla dava takip edemeyecekleri ve bizzat mahkemeye celbi mümkün olmayan kişilerin mümeyyiz, müstantik ve müfettiş tarafından adreslerinde ifadelerinin alınacağı hüküm altına alınmıştır.⁴⁴

Osmanlıda 1858 Ceza Kanunu yürürlüğe girdiğinde bu kanunun uygulamasını gösterecek müstakil bir usul kanunu bulunmamaktaydı. Ancak o dönemde çeşitli sebeplerle ceza kanununun kabulünden hemen sonra bir ceza usul kanunu hazırlanarak yürürlüğe konulması tercih edilmemiş, önce 1859 yılında yukarıda bahsedilen muvakkat(sürelî)⁴⁵ bir nizamname çıkarılarak bu alandaki ihtiyaç giderilmeye çalışılmıştır. 1869 yılına gelindiğinde bu nizamnamenin soruşturma ve yargılama alanındaki eksiklikleri gözetilerek Divan-ı Ahkam-ı Adliye tarafından daha detaylı hükümler içeren muvakkat bir talimat çıkarılmıştır. Ancak Ali Şehbaz, bu talimatın bu alandaki eksikliklerin giderilmesine katkı sunmadığını, mahkemelerin bu talimat hükümlerine uygun hareket etmediklerini beyan eder.⁴⁶

Tanzimat döneminde ceza soruşturma aşamasına ilişkin bazı hukuki düzenlemeler yapılmış olsa da UMCKM'na kadar bu alanda detaylı düzenlemelerin yapılmamış olması bazı keyfi uygulamalara ve hak kayıplarına sebebiyet vermiştir. Bu eksikliğin giderilmesi ve bu alanın muhkem kurullarla düzenlenerek görevliler ile muhatapların hak ve yetkilerinin ortaya konulması gerekiyordu. Bu ihtiyaç 1879 yılında UMCKM ile giderilmiştir. Nitekim Şurayı Devlet Müstantiki Osman Saib 1879 UMCKM kabul edilinceye kadar müstantiklerin tahkikat esnasında herhangi bir kural ve şarta bağlı olmadan hareket ettiklerini söyledikten sonra, kanunun yürürlüğe girmesi ile bu alanda bir düzen sağlandığını şu sözlerle ifade eder: “*Usul-i Muhakemat-i Cezaiye kanununun vazıyla dahi bilcümle memurin-i adliyenin vezaifi icab-ı hakikiyesi üzere tahdit ve taksim olundu. Muamelat-ı tahkikiye ve istintakiye dahi her tarafça bir kaide-i muttaride ve adile tahtında cereyana başlayıp. . .*”⁴⁷

⁴⁰ TURAN, s. 1179; Bu talimat hükümleri incelendiğinde yukarıda bahsedilen 1859 yılında yayınlanan nizamnamenin daha detaylı düzenlemeler içerdiği görülmektedir. Nizamnamenin uygulamasında ortaya çıkan aksaklıklar gözetilerek bu talimatname ile mevzuatta eksik olan hususların giderilmeye çalışıldığı söylenebilir.

⁴¹ TURAN, s. 1200.

⁴² TURAN, s. 204-206.

⁴³ TURAN, s. 1185.

⁴⁴ Nizamnamenin 78. maddesinde “*Meclislerde rüyet olunacak deâvide reis ve aza ve katib ve mümeyyiz ve müstantikler ve zabıtan ve neferat-ı askeriye vekalet edemeyeceklerdir.*”; 79. maddesinde ise “*Tarafeyn veya muhbirlerden birinin özri şer'îye mebni bizzat celb ve istintaki mümkün olamadığı halde bir mümeyyiz ve bir müstantik ve bir teftiş memuru birlikte hanesine giderek takririni alıp zabt eder.*” TURAN, s. 1195-1196.

⁴⁵ Gerek 1859 tarihli nizamnamede, gerekse 1869 tarihli talimattın isimlerinde muvakkat(sürelî) kelimesinin kullanılmış olması bu alanda müstakil bir ceza usul kanunu çalışmalarının yapıldığı ve bu kanun çıkarılıncaya kadar süreli olarak uygulanmak üzere bu düzenlemelerin yapıldığı şeklinde yorumlanabilir.

⁴⁶ Ali Şehbaz, s. 10.

⁴⁷ Osman Saib, Tahkikatı Evveliye ve İstintakiye, İstanbul 1302, s. 6.

V. 1879 UMCKM'den Sonra Müstantik

Önceki düzenlemelerde sorgu eylemini yapan kolluk görevlisi olarak düzenlenen müstantik, 1879 UMCKM'den sonra ise sorgu hakimini ifade etmek için kullanılan teknik bir terim haline gelmiştir. Nitekim Kamus-ı Türki'de "muhakemeden evvel maznunu suale çekip isnat edilen cürüm ve kabahatin hakikatini meydana çıkarmaya memur olan hakim" şeklinde tanımlanmıştır.⁴⁸

A. Kanuna Göre Müstantiklerin Tayini

Yukarıda belirtildiği üzere müstantik ibaresi bazı görevliler için kullanılmış olsa da sorgu hakimi olarak Osmanlı hukuk sisteminde ilk kez 1879 yılında Usul-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanun-ı Muvakkati'nin yürürlüğe girmesi ile dahil olmuştur. Müstantikin tayini, görev ve yetkileri UMCKM 50-131. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre her kazada padişahın irade-i seniyyesi ile üç yıl görev ifa etmek üzere bir müstantik görevlendirilecek sürenin dolması durumunda görev süresi uzatılabilecektir.⁴⁹ Bu kanuna şerh yazan Halid Bey bu sürenin üç yıl ile sınırlandırılmasında müstantikin görev ifa edeceği mahalde cürümleri soruştururken bir çok kişi ile muhatap olacağını bunlardan bazıları hakkında tutuklama vb. kararlar verebileceğini bu nedenle halkın bir kısmı ile arasında düşmanlık olabileceği ihtimalinin göz önünde tutulduğunu belirtmektedir. Yine sürenin uzatılmasını müstantikin kemal-i itidal ile hareket ederek tarafsızlık ilkelerine bağlı kalması ve vazifesini hüsnü ifa ile yaparak halkın hoşnutluğunu kazanması durumunda mümkün olabileceğini dile getirmiştir.⁵⁰

Bir yerde müstakil olarak müstantik bulunmadığı durumlarda bidayet mahkemesi azalarından biri müstantik olarak görevlendirilebilecektir. Gerekli durumlarda asıl müstantikin yanı sıra mahkeme başkanı tarafından geçici süreliğine bir mahkeme azası müstantiklik vazifeleri için görevlendirilebilir. Müstantikler adliye memurları sıfatıyla görevleri esnasında istinaf mahkemesi müddeiumumisinin nezareti altında bulunacaklardır.⁵¹ Kanun müstantiklerin ifa edeceği görevin önemini göz önünde bulundurarak böyle bir tasarrufta bulunmuştur. Dokuzuncu ve iki yüz kırk birinci madde birlikte değerlendirildiğinde müstantiklerin tüm vazifelerine ilişkin işlemleri istinaf mahkemesi müddeiumumisinin nezareti altındadır.⁵² Ancak bir diğer bakış açısı ile müstantik tahkikat hakimi sıfatı ile ifa ettiği vazifeden dolayı hiçbir tarafın müdahalesine ve hiçbir tarafın emrine tabi olmaması gerekir.⁵³

Bir yerde yalnız bir müstantik bulunur, hastalığı veya diğer bazı sebeplerle görev ifa edemezse bidayet mahkemesi reisi, azalarından birini seçerek müstantik yerine görevlendirir.⁵⁴ Kanunun elli üçüncü maddesi ile getirilen bu düzenleme ile müstantikliğin bidayet mahkemesi dahilinde bulunduğu bir kere daha vurgulanmıştır. Ayrıca bir müstantikin çalışmasına devam ettiği bir zamanda ihtiyaç halinde geçici bir süreliğine bir mahkeme azasını müstantik görevi ile görevlendirme yetkisine sahip bir mahkeme başkanının müstantikin görevini ifa edemeyeceği durumlarda evleviyetle bu yetkisini kullanması mümkündür.⁵⁵

Yukarıda Halid Bey'in İstanbul için paylaşmış olduğu gecikme yurt genelinde diğer vilayetlerde de yaşanmıştır. Müstakil olarak görev yapacak hakimler tayin edilip göreve başlayıncaya kadar kanunun verdiği bu yetki ile bidayet mahkemesi birinci başkanları tarafından mahkeme azalarından biri müstantik olarak görevlendirilmiş ve asli görevinin yanı sıra bu vazifeyi de yürütmüştür. Osmanlıda yerleşim yerlerinde görev yapan görevlilerin isim ve görevlerinin de yer aldığı salname kayıtları incelendiğinde bidayet mahkemelerinde müstantik olarak görevlendirilen hakimlere 1881 yılından sonra rastlanmaktadır.⁵⁶

O devrin hukukçularına göre müstantik hakim sınıfındadır. Bu nedenle hakimin haiz olması gerekli vasıflara sahip olması gerekmektedir. Cevdet Ferid, İstanbul müstantiklerinin tamamının mekteb-i hukuk mezunu olduğunu beyan etmektedir. Ancak memleketin tamamında her kazada görev yapacak müstantiklerin hepsinin mekteb-i hukuk mezunu olanlardan seçilmesinin

⁴⁸ Şemseddin Sami, Kamus-ı Türki, Yayına hazırlayan: Ahmet Cevdet, Dersaadet 1317, s. 1341.

⁴⁹ Usul-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanun-ı Muvakkati 50. madde; "Üç sene mürrurunda müstantik uhdesinden tahkikat vazifesi ref' olunmadıkça müddet-i mezkure zımnen temdit edilmiş demek olur. Bazı kere işbu müddetin hitamından evvel dahi infisal edebilir." Düstur, 1. Tertip, 4. Cilt, s. 141; Yorgaki Efendi, Usul-i Cezaiyye Ameli ve Nazari, Dersaadet 1327, s. 194.

⁵⁰ Halid Bey, Mizanü't-Tatbik-i Usul-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanunu Şerhi, Dersaadet 1310, C. 1, s. 309; Halid Bey maaşlarına karşılık bulunamadığı için müstantiklerin görevlendirilmesinin tehir edildiğini ve 25 Mayıs 1302 tarihinde Dersaadet, Beyoğlu ve Üsküdar mahkemelerine irade-i seniyye ile müstantikler tayin olunduğunu bildirmektedir. Halid Bey, s. 309.

⁵¹ 1340 (1924) yılında Ceza "Nazari ve Ameli Tatbikat-ı Cezaiyye" kitabını yazan Cevdet Ferit İstanbul'da o anda altı müstantikin görev yaptığını ve İzmir, Konya, Ankara, Kastamonu gibi merkez mahallerde ise bir müstantikin yeterli olmadığı için sayılarının çoğaltıldığını söylemektedir. Cevdet Ferid, Nazari ve Ameli Tatbikat-ı Cezaiyye, İstanbul 1340, s. 361.

⁵² Yorgaki Efendi s. 196; Ziya, Şerhli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiyye, İstanbul 1300, s. 23; Arşiv kayıtlarında haklarında adliye müfettişleri tarafından yapılan tahkikat sonucunda azli kararlaştırılan Bidayet Mahkemesi Müstantiki Salih Ağa'nın azledildiği ve yerlerine yenisinin atandığına dair Selanik İstinaf Müddeiumumiliğinin yazısı bulunmaktadır. BOA, TFR.I.SL., Gömlek: 115, Sıra: 11478, 15 Cemaziyelahir 1324 (6 Ağustos 1906).

⁵³ Halid Bey, s.315 "Zabuta-yı adliye memurlarını kaffesi ve müstantikler mahkeme-i istinafiye müddeiumumisinin taht-i nezaretinde bulunacak ve işbu nizamnamenin dokuzuncu maddesi hükmünce muhakeme taalluku olan idare memurları dahi memuriyetlerinin adliye cihetince kezalik mahkeme-i istinafiye müddeiumumisinin nezareti altında olacaktır." UMCKM, 241. madde, 1. Tertip Düstur, 4. Cilt s.174.

⁵⁴ Cevdet Ferid, s. 487.

⁵⁵ Ziya, s. 23. Temyiz Mahkemesi Birinci Ceza Dairesi 2 Kanunu Evvel 1927 tarih ve 51-58 numaralı kararında Müstantikin azaya vekaleten mahkeme heyetine dahil olarak yargılamaya katılmasını diğer bozma sebepleri ile birlikte zikretmiştir. Adliye Vekaleti Temyiz Kararları Hukuk ve Ceza, Yeni Tertip, Cilt 4, Ankara 1927, s. 3.

⁵⁶ Halid Bey, C. 1, s. 316.

⁵⁷ 1879 (Hicri 1296) yılına ait Konya Salnamesi incelendiğinde Konya'da Divan-ı Temyiz Vilayet dairesinde 4 müstantikin görev yaptığı, Konya'ya bağlı Teke (Antalya) Sancağında Meclis-i Temyiz-i Liva'da bir müstantik görev yaptığı, ancak sancaklara bağlı kaza bidayet mahkemelerinde müstantik bulunmadığı görülmüştür. Ancak 1881 (Hicri 1298) yılı Konya Salnamesinde ise birçok kazada da müstantik ve müstantik muavininin görev yaptığı görülmektedir. Örneğin Konya Sancağı, Ereğli Kazası'nda Mahkeme-i Bidayet'te "Müstantik İbrahim Efendi", "Muavini Sabit Efendi" olarak gösterilmiştir. Hicri 1296 Konya Vilayeti Salnamesi, Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, Konya, 2011; Hicri 1298 Konya Vilayeti Salnamesi, Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, Konya 2011, s.70.

mümkün olmadığını dile getirerek müstantiklerin hariçten bilhassa mahkeme kalemlerinde bir müddet bulunmuş kimseler arasından imtihan ile tayin edilme usulünün benimsendiğini dile getirmiştir.⁵⁷

B. Cürümüşhur Durumunda Müstantikin Görevi

Cürüm, suç anlamına gelmekte olup ceza hukuku yaptırımını ile karşılanan herhangi bir yasak fiil olarak tanımlanmaktadır.⁵⁸ Başka bir tanımı “Kanun-ı Ceza’nın ahkamı hilafına hareket etmek demektir.”⁵⁹ şeklinde yapılmıştır.

Günümüzde “suçüstü”⁶⁰ olarak kullanılan cürümüşhur kavramının ne olduğu UMCKM’nin 38. maddesinde tanımlanmıştır. “İcra olunmakta veyahut henüz icra olunmuş olan cürüm, cürm-i meşhuddur. Velvele-i nas üzerine tutulan veyahut cürmün irtikabını müteakiben onun faili veyahut şeriki olduğunu müeyyid olan eşya ve esliha ve edevat ve evrak ile derdest edilen eşhasın mürtekip oldukları ceraim dahi cürm-i meşhud kabilinden addolunur.”⁶¹

UMCKM ikinci kısımda suç ihbarlarının müddeiumumilere yapılacağı ve cürümüşhur halinde müddeiumuminin gerekli inceleme ve tahkikatı yapacağı olayın açıklığa kavuşması için gerekli tedbirleri alacağı 29-43 maddeleri arasında detaylı olarak anlatılmıştır. Ancak kanun koyucu cürümüşhur halinde alınması gereken tedbirlerin hemen alınması ve suç delillerinin zamanında tespit edilerek olayın gerçek boyutunun açığa çıkarılması için 54. maddede cürümüşhur halinde gerekli inceleme ve işlemleri yapma konusunda müstantiki de yetkili kılmıştır.

Geçekten de Kanun cürümüşhur haline özel bir önem vermiştir. Zira olay daha yeni olmuş olaya ilişkin deliller halen ulaşılabılır bir durumda ve şahitlerin bu konudaki bilgileri tazedir. Bu durumda devletin yetkili kişileri harekete geçerek delil tespiti ve gerekli işlemleri yapmalıdır. Kanun bu konuda birden fazla mercii yetkili kılarak mümkün olan en hızlı şekilde gerekli işlemlerin yapılmasını amaçlamıştır. Bu nedenle müddeiumumi, müstantik, müddeiumumiye muavenet vazifesi ile mükellef olanlar cürümüşhur halinde bir suç işlenmiş olduğuna ilişkin bir bilgi alırlarsa derhal suç mahalline intikal etmeli ve gerekli tahkikatı yürütmelidir. Şu kadar ki müddeiumumi giderse olay mahalline gittiğini müstantike bildirmek ve bizzat müstantik gidecek olursa müddeiumumi ile zabıt katibi birlikte bulundurmak icap eder ise de şayet müstantik veya müddeiumuminin bir mazereti olur veyahut diğer bir cürmün tahkikatını icra ile meşgul bulunur ise yekdiğerinin gitmesini beklemeyen olay mahalline ulaşmaları ve vazife ifasında süratle hareket etmeleri caizdir.⁶²

Madde 54. “Müstantikler ceraim-i meşhude vukuunda müddeiumuminin vezâifinden olan kaffe-i muamelatı müddeiumumiler ile muavinlerine dair olan babda muayyen olan usul ve kavaide tevfikân doğrudan doğruya ve hod be hod icra edebilirler ve muamelat-i mezkûreyi kat’a tehir etmemek üzere müddeiumuminin hazır bulunmasını dahi talep etmeye mehzundur.”⁶³

Bu madde hükmü gereğince müstantikler cürümüşhur halinde bir suç işlendiğinde gerekli işlemlere başlamak için müddeiumumi veya müddeiumumi muavinlerinden bir talep gelmesini beklemek zorunda değillerdir. Bu durumda delilleri toplamak ve olayı aydınlatmak için gerekli tüm işlemleri müddeiumuminin iznine gerek olmadan yapabilirler. Bu kapsamda keşif, olay yeri incelemesi, olayla ilgili şahitlerin dinlenerek ifadelerinin tespit edilmesi, gerektiğinde işlemler tamamlanana kadar ilgili şahıslar hakkında harice çıkış veya olay yerinden uzaklaşma yasağı gibi tedbirlere başvurulabilir. Bu tedbirlere uymayanları derdest ettirerek tevkifhaneye gönderebilirler.⁶⁴ Müstantikler bu kapsamda zanlının suç işlemek için temin ettiği veya hazırladığı anlaşılabilir veya suç işlemek için kullandığı tespit edilen silah ve sair eşyaya el koyarak zanlı hazır ise onun da beyanını alarak zabıt varakası düzenlemeye, gerektiğinde bilirkişi incelemesi yaptırmaya⁶⁵, yaralama ve adam öldürme suçlarında tabip ve cerrahların celbi ile

⁵⁷ Cevdet Ferid, s. 359; Arşiv kayıtlarında tahsisat yetersizliği dolayısıyla mevcut katiplerden seçilen müstantiklerin istenilen liyakatte bulunamayacakları cihetle bunların muhakeme yapmalarının önlenmesi, geçici ve sürekli tutuklama ve serbest bırakma işlemlerinin mahkeme reisleri tarafından tasdik edilmesi lüzumuna dair Ceza Usulü Kanunu’na zeylen bir madde ilavesi hakkında bir çalışma yapılarak padişaha arz olunmak üzere sadaret makamına sunulduğu görülmektedir. BOA, Y.A.RES. Gömlek: 32, Sıra: 17, 19 Rabiulevvel 1303(26 Aralık 1885). Yine Şurayı Devlet’ten yazılan bir yazıda “Usul-i Muhakemat-ı Cezaîye Kanunu’nun müstantiklara tahsis ettiği salahiyetlerden en mühim ve mutenası, maznunların men-i muhakemesine muvafakat ve gayr-ı muvafakat etmeleri ve tevkifleriyle tahliyeleri ayrıca onların tarafından kararnameler tanzim olunabilmesi için müstantikların malumat ve emniyet erbabi olmaları gerektiği...” hususunun vurgulandığı görülmektedir. BOA, Ş.D. Gömlek: 2453, Sıra: 4, 22 Cemaziyelahir 1299(11 Mayıs 1882).

⁵⁸ AVCI, Mustafa, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018, s. 28.

⁵⁹ Miralay Hüseyin Remzi, Lügat-i Osmanîyye, İstanbul 1282, s. 384.

⁶⁰ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu “Tanımlar” başlığını taşıyan 2 maddesi J bendinde “Suçüstü: 1. İşlenmekte olan suçtu, 2. Henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suçtu, 3. Fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suçtu ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır. <https://www.mevzuat.gov.tr > 1.5.5271.pdf E.T.:25.08.2022>.

⁶¹ Düstur, 1. Tertip, 4. Cilt, s. 138; GÖKCEN, s. 210; Bir başka tanım şu şekilde yapılmıştır. “İcra olunmakta olan cürüm ile velvele-i nas üzerine tutulan veyahut cürmün irtikabını müteakiben onun faili veya şeriki olduğunu müeyyid eşya ve esliha ve edevat ve evrak ile derdest olunan eşhasın mürtekip oldukları ceraim denilir.” Miralay Hüseyin Remzi, s. 384.

⁶² Osman Saib, s. 7-8.

⁶³ Düstur, 1. Tertip, 4. Cilt, s. 141; GÖKCEN, s. 212.

⁶⁴ “Bu memnuiyet hilafında hareket edenleri derdest edebilir ise tevkifhaneye göndermeye salahiyetleri vardır. Fakat Usul-i Muhakemat-ı Cezaîye Kanun-ı Muvakkatî’nin otuz birinci maddesi mucibince bu makulelerin üç günü tecavüz etmemek üzere hapsine veyahut kendilerinden iki altına kadar ceza-yı nakdi ahzına münhasıran müstantik tarafından karar verilir.” Osman Saib, s. 8.

⁶⁵ 1322 yılına ait arşivde yer alan bir evrakta zehirlenerek vefat eden bir çocuğun, ölüm sebebinin içtiği morfinli şuruptan olup olmadığının tahkiki için, kimyahaneye ve müstantik raporları ile birlikte otopsi için gerekli organların gönderildiği ve heyet-i itibbanın raporunun tanzim edilip yollanması istendiği görülmektedir. BOA., ZB. Gömlek: 345, Sıra: 50, 27 Nisan 1322(1906).

gerekli muayeneyi yaptırmaya, bu işlemlere ilişkin tutanakları düzenlemeye yetkili kılınmıştır. Müstantik bu işlemleri yaparken gerekli görürse müddeiumuminin hazır olmasını da isteyebilir.⁶⁶

Cürümüşhut halinde olay yerine intikal edecek müstantik, müddeiumumi veya zabıta-i adliye memurları icabına göre güvenlik güçlerinden veya tabip veya cerrah yahut bilirkişilerden birkaç kişinin kendilerine refakat etmesini isteyebilirler.⁶⁷

Müstantik cürümüşhut halinde yapmış olduğu işlemleri kanunda gösterildiği şekilde ikmal edip tutanağa bağlamalıdır. Müstantik bu aşamada şüpheli hakkında ceza talebinde bulunamaz kanun bu konuda yetkiyi müddeiumumiye vermiştir. O nedenle müstantik inceleme aşamasındaki işlemler tamamlandıktan sonra dosyayı müddeiumumiye gönderecektir. Müddeiumumi dosya üzerinde yapacağı inceleme sonucunda yapılan soruşturmada bir eksiklik bulunduğunu tespit eder ise müstantikten ikmal-i tahkikat talebinde bulunacaktır. Bu durumda müstantik eksikliği giderecektir. Müddeiumumi soruşturmada bir eksiklik görmez ise iddianame düzenleyecek müstantik ise bu iddianamenin altına kararnamesini yazacaktır.⁶⁸

Cürümüşhudun vukuundan vaktiyle haberdar olmaz ve gerekli muamele zabıta-i adliye vazifesini haiz bulunanlar tarafından yapılarak tutanaklar müstantike gönderilirse 55. maddede düzenlendiği üzere müstantikler bu evrakları öncelikle ve dikkatle incelemelidirler. Müstantik şahit ifadelerinde eksiklik, evrakların düzenlenmesinde kanunda belirtilen usulün uygulanmaması gibi eksiklikler tespit edildiği takdirde ivedilikle bu eksiklikleri gidermek için gerekli işlemleri yapmalıdır. Yapılan işlemlerin bazı eksikliklerden dolayı olayı aydınlatacak nitelikte olmadığı kanaati hasıl olursa hemen keşif, şahit ifadesi almak gibi olayın aydınlatılması için lazım gelen işlemleri tekrar yapmaya da yetkilidir.⁶⁹

C. Müstantikin Tahkikat Görevi

Cevdet Ferit tahkikatın gayesini şu şekilde açıklamaktadır: “Tahkikatın gayesi failin derdest ve zahire ihracı ve fiil-i cürmiyenin delail-i esbab-ı subutiyelerini cem’ ve taharri (araştırma) ve cürmün suret-i ikamı(işlenme şeklini) bütün ahval-i mahsusa ve şeraitiyle tespitittir.”⁷⁰ Bu amaca ulaşmak için tahkikat aşamasında gerekli işlemleri yapma konusunda her türlü salahiyet müstantike verilmiştir.⁷¹

UMCKM göre müddeiumumiler ancak kanunda belirtilen cürümüşhut gibi bazı istisnai durumlarda tahkikat icara edebilirler. Bu istisnalar dışında yaptıkları tahkikat gayrikanuni olacaktır.⁷² Bu durum kanunun 44 maddesinde açıklanmaktadır. Bu maddeye göre 29. ve 43. maddede belirtilen durumlar dışında⁷³ müddeiumumilere kendilerine suç ihbarı ulaşması durumunda gerekli tahkikatın yapılmasını ve gerektiğine olay yerine bizzat giderek gerekli tutanakların tutulmasını müstantikten talep etme hakkı verilmiştir.

Gerçekten de UMCKM göre cürümüşhut dışında müddeiumumilere bir ihbar veya şikayet ulaştığında bu hususta müstantikten tahkikat-ı kanuniye talebinde bulunurlar ve buna mukabil müstantikler tahkikatı icra ederler. Müstantik cürümüşhut dışında müddeiumuminin yazılı bir talebi olmaksızın tahkikat icra edemezler.⁷⁴

Bu konuda eser yazan ve kendisi de Şura-yı Devlet müstantiki olan Osman Saib şikayetleri müddeiumumi tarafından müstantike gönderilmeden evvel bazı eksikliklerin tamamlanması gerektiğini söylemiştir. “Ceraim-i meşhudenin gayri ahvalde müddeiumumiye verilen ihbar ve şikayetnameler iddianame-i mahsusa ile müstantike gönderilmeli ve fakat gerek ihbar ve gerek şikayet edenler izahat-ı tahririye vermemiş iseler ya kendilerini veya vekillerini müddeiumumi huzuruna celp edip izahat aldıktan sonra yazacağı iddianameye işbu izahatı ve maznunun aleyhin hangi maddeden dolayı ne suretle taht-ı zanda bulunduğunu ve şahit olduğu haber verilmiş ise onların dahi celp ve isticvabı lüzumunu derç ve tahrir ve hukuk-ı umumiye namına olan iddiasını tasvir etmelidir.”⁷⁵

UMCKM 65. maddesi mucibince müstantik nezdinden şikayetle hukuk-ı şahsiye talebinde bulunulduğu takdirde müstantik

⁶⁶ Halid Bey, C. 1, s. 319.

⁶⁷ Osman Saib, s. 8.

⁶⁸ Halid Bey, C. 1, s. 321.

⁶⁹ Halid Bey, C. 1, s. 326.

⁷⁰ Cevdet Ferid, s. 437.

⁷¹ Cevdet Ferid, s. 437; Arşiv belgelerinde bir bölgede çıkan olaylar üzerine gerekli tahkikatın yapılması için müstantikler görevlendirildiği görülmektedir: “Meşrutiyet’in ilanı üzerine Mekke’de karışıklık çıkıp yakalanan kişiler hakkında tahkikat yapılması için civar vilayetlerden müddei umumi muavini ve mustantik getirilmesi” BOA., DH.MUİ., Gömlek: 1, Sıra: 17, 08 Safer 1327 (1 Mart 1909); “Kayseri’deki patlamayı tahkik için gidip gelen heyet azasından Müstantik Kamil Bey’in talep ettiği harcırahın karşılanması” BOA., ZB., Gömlek: 309, Sıra: 89, 23 Haziran 1322(1906); “Tahkikat için Sivas’a gidip gelen Beyoğlu Bidayet Mahkemesi Müstantik azasından Şevket Bey ile Heyet-i Tahkikiye azasından Kamil Efendi’nin harcırahları” BOA., DH.MKT., Gömlek: 1094, Sıra: 1, 3 Cemaziyellevvel 1324 (25 Haziran 1906).

⁷² Cevdet Ferid, s. 387-389.

⁷³ 29. maddede “cürmün meşhudenin vukuu halinde eğer irtikap olunan şey mücazat-ı terhibiyyeyi (idam, kürek, kalebentlik, müebbet sürgün gibi cezaları gerektiren fiiller bu kabildendir) istilzam eder ceraimden ise müddeiumumi derhal cinayetin mahalli vukuuna azimet edip (suçun işlendiği yere gidip) keyfiyet-i azimetini müstantike bildirecek ise de işbu faslında beyan kılınmış üzere onun vüruduna intizara mecbur olmayacaktır.” GÖKÇEN, s.208 Bir diğer istisna ise 43. maddede düzenlenen hane derununda (ev içinde) vuku bulan cürümlerdir. Düstur, 1. Tertip, 4. Cilt, s. 139.

⁷⁴ Cevdet Ferid, s. 397.

⁷⁵ Osman Saib, s. 16.

hukuk-ı şahsiye talebini müddeiumumiye tevdi ve bu husustaki talebini beyana davet eder. Müddeiumuminin talebi ne şekilde bulunursa bulunsun müstantik tahkikata derhal başlamalı veya bir men-i muhakeme kararı vermemelidir.⁷⁶

Müstantik tahkikat hakimi olması dolayısıyla müddeiumuminin tahkikat için gönderdiği yazı doğrultusunda doğrudan doğruya tahkikat başlatmak zorunda değildir. Müddeiumumiden gelen yazı üzerine müstantik tahkikata gerek olup olmadığına kendisi karar verecektir. Ancak tahkikat yapılmaması yönünde bir karar verirse gerekçesini de açıkça belirtmek zorundadır. (m.123-124)

Dört halde tahkikat-ı kanuni icrasına gerek yoktur:

1-İşlenen fiil hakkında zaten bir tahkikat mevcuttur. Bu durumda yeni bir tahkikat yürütmeye gerek yoktur.

2-Hukuk-ı umumiye(kamu) davasının ikamesine imkan olmayan durumlarda tahkikat icrasına da lüzum yoktur. Örneğin işlenen fiilin doğrudan doğruya memur suçlarından olup soruşturma için izin ise tahkikat icrasına da imkan yoktur.⁷⁷

3-İcra kılınan fiil cürüm teşkil etmemesi durumunda tahkikat icra olunmaz.

4-Fiil kabahat nevinden ise müstantik tahkikat yapmadan evrakı sulh hakimine tevdi eder.⁷⁸

Kanunun 56. maddesinde müstantikler tarafından yürütülen tahkikat kapsamında yapılan işlemlerin müddeiumumiye bildirilmesi ve müddeiumuminin müstantikten bu yönde talepte bulunabileceği de hüküm altına alınmıştır. “*Müstantikler ceraim-i meşhudedan maada ahvalde bir cürmün emr-i tahkik ve takibine dair icra etmiş oldukları her güna muamelatı müddeiumumiye bildireceklerdir ve müddeiumumi tahkikat müddeti içinde her ne vakit isterse muamelat-ı mezkûrenin kendisine bildirilmesini talep edebilecek ise de ahzettığı evrakı 24 saat zarfında iade etmeye mecbur olacaktır. Fakat müstantikler icabı takdirinde müddeiumumi tarafından talep vukuundan evvel dahi ihzar müzekkeresi veyahut muvakkat tevkif müzekkeresi itasına mezundurlar.*”⁷⁹

Bu maddede getirilen bilgilendirme yükümlülüğünün sadece müddeiumumiye tanınmasını İstanbul Hukuk Mektebi hocalarından Cevdet Ferit şu şekilde eleştirmektedir: “56. maddenin . . . müddeiumumilerin lehine olarak hafif ve gayri şifahi cereyan etmesi icap eden tahkikattaki muvazene bozulmuştur. Hatta umumiyetle müddeiumumiler mahall-i cürmün keşfi, zabt ve müsadere ikametgâhın taharrisi ve delail-i cürmiyenin tefriki gibi muamelat-ı tahkikiyeye iştirak etmekte arzu ettikleri halde isticvap sırasında da hazır bulunabilmektedirler. Öteden beri müddeiumumileri bitaraf bir makam olarak telakki ve kabul ettiğimize nazaran gerçi tatbikatta bunun bir mahzuru yoksa da bilmukabele maznuna da şu muamelata iştirake mezuniyet vermek tatbiki adalet noktasından daha faide-bahşdır.

Fransız Usul-i Muhakeme-i Cezaîyesi 1897 tarihli tadilatıyla bu hususta tahkikat faslında mühim bir inkılap vücuda getirmiştir. Kanunun zübde-i meali tahkikatın fimâ-ba’d maznunun vekilinin huzuruyla cereyanı evrak-ı tahkikiyenin maznun vekili tarafından tetkiki, isticvaptan huzuru ve bilcümle mühim muamelat-ı tahkikiyede vekilin huzuru gibi bazı hususattan ibarettir.”⁸⁰

Kanunun 57. maddesinde “*Müstantik bizzat mevki-i cürme azimet edecek olduğu halde müddeiumumi ve zabıt katibi birlikte bulunacaktır.*” hükmünü ihtiva etmektedir. Cevdet Ferit bu düzenlemenin her durumu kapsayan bir hüküm ihtiva etmediğini beyan etmektedir.⁸¹

Kanunun 58-121. maddeleri arasında tahkikat aşamasında yapılacak işlemlere ilişkin detaylı hükümler bulunmaktadır. Bunlar genel olarak şikayet, şahitlerin dinlenmesi, yazılı delil, suçun açığa çıkmasına etki eden eşya, celp ihzar ve tevkif, tahliye ve kefalet konularıdır.

Müstantikler bir olay hakkında tahkikat başlattıktan sonra tahkikatın tamamlanmasına kadar işlemleri yürütme konusunda tek yetkilidir. Tahkikatın tamamlanmasına kadar kanunda belirtilen yetkileri dilediği gibi kullanır.⁸²

Müstantikler tahkikatın adalet dairesinde icra edilmesi ve tarafsız olarak yürütülmesi için gerekli hassasiyeti göstermelidirler. Bir yandan müddeinin iddiasını dinleyerek iddia edilen suç ile alakalı delilleri toplayacak; diğer taraftan zanlıyı dinleyerek lehine olan delilleri ihzar edecektir.⁸³

Bir yerde müstakil olarak görevli bir müstantik olmadığı durumlarda bidayet mahkemesi azalarından birinin müstantiklik vazifesi ile görevlendirileceğini belirtmiştik o dönem hukukçuları müstantik olarak tahkikat yürüten bir hakimin daha sonra

⁷⁶ Cevdet Ferid, s. 398; Mahmud Esad Şeydişehri, Şerh-i Kanun-u Ceza, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş Mahmud Esad Şeydişehri'nin Ceza Hukuku Dersleri, (Editörler: Mehmet AYKANAT – İbrahim ÜLKER), İstanbul 2020, s. 127.

⁷⁷ 26.11.1337 (23 Ağustos 1919) tarihli bir arşiv belgesine göre memurlukları sırasında cürüm işleyenler hakkında yapılan ilk tahkikat üzerine idare meclisi tarafından alınacak kararların, müstantik kararname mahiyetinde olacağı bildirilmiştir. BOA., DH. H.MŞ., Gömlek: 3, Sıra: 1.

⁷⁸ Cevdet Ferid, s.399-400.

⁷⁹ Düstur, 1. Tertip, 4. Cilt, s. 142; GÖKCEN, s. 213.

⁸⁰ Cevdet Ferid, s. 394-395.

⁸¹ “57. maddede zikrolunan mecburiyet umumiyetle müddei şahsinin doğrudan doğruya müstantike hukuk-ı şahsiye talebiyle müracaatı üzerine hod be hod ve hukuk-ı umumiye davası ikame olunmaksızın tahkikata başlayamayacağı ve bir de tahkikat hitam bulunduğu halde müddeiumuminin talebi mesbuk olmaksızın tahkikatı kapayamayacağı halini tayin ve tasrih zımında vaz edilmiş ve bu taktirde müstantik için evrakı müddeiumumiye tevdi etmek mecburiyetinden mütevellit bulunmuştur.

⁸² Cevdet Ferid, s. 400.

⁸³ Osman Saib, s. 27; Cevdet Ferid, s. 394.

yargılamalara katılıp katılmayacağını tartışmışlardır. Ceza usul kitabı yazarı Yorgaki Efendi bu konuda şunları söylemektedir: “Müstantikin tahkikat icra etmiş olduğu davanın mahkemesinde bulunup bulunmayacağına dair sarahat-i kanuniye yok ise de lüzumu muhakeme kararnameyi vermekle müstantik o dava hakkında beyanı rey etmiş olacağından icra-i muhakeme esnasında hazır bulundurulmaması kaide-i esasiyeye daha muvafıktır.”⁸⁴

D. Tahkikatın Tamamlanması

Tahkikat-ı istintakiye, suç hakkında müstantik tarafından tahkiki icap eden tüm muamelenin yapılması ile tamamlanmış olur. Gerek müddeiumumi gerekse müddei şahsinin talebi üzerine başlayan tahkikat tamamlandıktan sonra müstantik bir karar verebilmek için müddeiumuminin mütalaasını istemek zorundadır. Müddeiumumi evrakın kendisine tevdiinden itibaren üç gün içinde iddiasını beyan etmelidir.⁸⁵ Müddeiumumi müstantik tarafından kendisine gönderilen tahkikat aşamasına ilişkin evrakları incelemler tahkikatın ikmalini için bir eksiklik bulunduğunu tespit eder ise müstantikten eksikliğin ikmalini talep eder. Bu eksiklik tahkikatın icrasında ortaya çıkan bazı usulî eksiklikler olabileceği gibi daha önce hakkında tahkikat talep edilmemiş bir kişinin suça karıştığı tespit edilmesi durumunda bu kişi hakkında da tahkikat yapılması talebi olabilir.⁸⁶ Bu durumda müstantikin eksikliği tamamlaması gerekir. Ancak müstantik, müddeiumuminin bu yönde taleplerini kabul etmez ve tahkikatın mevcut hali ile iddianame talebinde ısrar ederse bu durumda keyfiyeti istinaf müddeiumumiliğine beyan etmelidir.⁸⁷ Bunun dışında müddeiumumi iddianamesinde men-i muhakeme, lüzum-ı muhakeme, fiilin sulh hakimleri dairesinde kaldığı kanaatinde olursa dosyanın bidayet mahkemesi hakimliğine gönderilmesi şeklinde görüşler ortaya koyabilir.

Müstantikler tahkikatı tamamladıktan sonra 123. madde gereğince evrakları müddeiumumiye göndermek ve onun iddianamesini istemek zorundadır. Müddeiumuminin mütalaası geldikten sonra tahkikatta ortaya çıkan ahvali ve müddeiumuminin mütalaasını dikkate almalıdır. Ancak müstantik müddeiumuminin görüşü doğrultusunda hareket etmek zorunda değildir.⁸⁸ Yapılan tahkikat sonucunda müstantik vaki olan fiilin ne cinayet ve cünha ne de kabahat nevinden olmadığı kanaatine ulaşır veyahut isnat olunan fiilin zanlı tarafından işlendiğine dair yeterli delil ve emare görmezse men-i muhakemeyi yani muhakemeye mahal olmadığını bir kararname ile beyan edecek ve zanlı tevkif olunmuş ise tahliye edilecektir.⁸⁹ Müddeiumuminin işlenen fiilin bir suç olduğu iddiasında bulunduğu veya zanlının yargılanması için yeterli delil bulunduğu yönünde bir mütalaasına karşılık müstantik aksi görüşte ise görüşünün dayandığı gerekçeleri kararında belirtmelidir.⁹⁰ Müstantik dosyanın durumuna göre yetkisizlik (adem-i salahiyet) kararları da verebilecektir. Salahiyet konusunda önce fiili ikinci olarak zanlının şahsını üçüncü olarak suç mahallini gözeterek karar vermelidir.⁹¹

Müstantik isnat olunan fiilin kabahat nevinden olduğuna kanaat getirirse ilgili evrakları bidayet mahkemesine gönderecek zanlı tutuklu ise tahliye edecektir. (m.124)⁹² UMCKM'nin 58. maddesinde müstantik tarafından ikame olunacak davaların cinayet ve cünha derecelerinde olan fiillere ilişkin olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle müstantik tahkikat sonucunda işlenen fiilin cinayet veya cünha kabilinden olmadığına kanaat getirir, işlenen fiilin kabahat nevinden olduğunu tespit ederse cünha ve cinayetten men-i muhakemeye ve kabahat dolayısıyla ait olduğu kaza bidayet mahkemesine gönderilmesine karar vermekle mükelleftir. Müstantikin bu hususta vereceği karar Kanunun 130. maddesinde düzenlendiği üzere gerek müddeiumumi gerekse müddei şahsi tarafından itirazı kabil bir karardır. Kanunda bu durumda zanlının tahliye edileceği yazılsa da yukarıda 123. madde ile ilgili açıklamada bahsedildiği gibi tahliye kararı için itiraz süresinin dolmasının beklenmesi, itiraz halinde itiraz sonucunun beklenmesi kanunun diğer maddeleri ile birlikte yorumlandığı zaman en doğru hareket tarzı olarak ortaya çıkmaktadır.⁹³

Kanunun 125 ve 126. maddesi tahkikat konusu cürmün ceza kanununda mücazat-ı tedbiyye olarak isimlendirilen ve cünhalar için verilecek cezayı gerektirecek bir fiil olması durumunda müstantik tarafından yapılacak işlemleri düzenlemektedir. “Cürm-i vâki

⁸⁴ Yorgaki Efendi, s.195.

⁸⁵ Osman Saib, s. 40; Burada üç günlük süre tahkikat aşamasının hızlı neticelendirilmesi içindir. Bu nedenle üç günlük sürenin aşılması durumunda verilen iddianamelerin süre aşımı nedeniyle hükümsüz oldukları söylenemez. Cevdet Ferid, s. 469.

⁸⁶ Osman Saib, s. 17.

⁸⁷ Halid Bey, C. 2, s. 243.

⁸⁸ “Müstantikler sıfat-ı hakimiyeti haiz serbest fikir ve vicdana malik olduklarından kanunun kendilerine vermiş olduğu vazife ve salahiyeti kemal-i serbesti ve istiklal ile hüsn-i istimal edip verecekleri kararların ne müddeiumuminin iddiasına ve ne de hiçbir tarafın arzu ve rızasına mutabakatını göstermeyip ancak nefsülemre ve kanuna muvafakatine dikkat etmeleri lazımdır.” Osman Saib, s. 45.

⁸⁹ Tahkikat sonucunda müstantik tarafından men-i muhakeme kararları şu durumlarda verilebilir: 1- 123. maddede beyan olduğu üzere isnat olunan fiilin cünha, cinayet ve kabahat cinsinden olmadığı tespit edilmişse; 2- Isnat olunan fiilin zanlı tarafından işlendiğine dair yeterli delil ve emare bulunmadığı takdirde; 3- Vefat, umumi af, kaziye-i muhkeme (kesin hüküm), müruruzaman, sebeplerden birinin bulunduğu, cebir, ikrah, meşru müdafaa veya emr-i kanuni gibi sebeplerin bulunması veya zanlı memur olup ilgili makam tarafından usulî dairesinde izin verilmemiş olası durumudur. Cevdet Ferid, s. 475.

Men-i muhakeme kararı verilmesi üzerine tevkif olunmuş zanlının tahliye edileceğine dair 123. maddede hüküm bulunmasına karşılık 130. maddede yazılı olduğu üzere müddei şahsi ya da müddeiumumi tarafından men-i muhakeme kararına karşı itiraz vuku bulunduğu durumlarda itiraz hakkında bir karar verilmeye kadar zanlının tahliyesi mümkün olmayacaktır. Halid Bey, C. 2, s. 288.

⁹⁰ Halid Bey, C. 2, s. 287-288.

⁹¹ Cevdet Ferid, s. 468, 471.

⁹² Cevdet Ferid, s. 477.

⁹³ Halid Bey, C. 2, s. 298.

mücazat-ı tedbiyeyi müstelzim mevaddan addolunduğu halde müstantik maznununaleyhi mahkemeye irsal eyleyecek ve cürm-i vâki hapsi istilzam edebileceği takdirde maznununaleyh zaten tevkif olunmuş ise muvakkaten mevkuf kalacaktır.

126- *Cürüm hapis cezasını mucip olmadığı takdirde maznununaleyhin yevm-i muayyeninde iktiza eden mahkemeye gelmek şartıyla sebili tahliye kılınacaktır.*⁹⁴

İlgili maddelerde de açıklandığı üzere işlenen cürüm hapis cezasını gerektiren bir fiil olduğu takdirde zanlı zaten tevkif olunmuş ise mahkemeye bu şekilde gönderilmesi, işlenen cürümün hapis cezasını gerektirmeyecek bir fiil olması ve zanlının tahkikat aşamasında tevkif edilmiş olması durumunda zanlının mahkemeden gönderilecek davetiyeye icabet ederek mahkemeye gelmek koşulu ile ve ikametgah senedi alınarak tahliye edilmesi gerekecektir.⁹⁵ Zanlı tutuklu olarak mahkemeye sevk edildiği takdirde mahkeme reisi mevkufen (tutuklu) muhakemeye lüzum olduğuna kanaat getirirse müstantikin kararnamesinin altına tasdik etmek suretiyle imza edecek aksi takdirde tevkif emrinin devamına lüzum olmadığına dair kararname altına işaret edildiği halde müstantik zanlıdan bir ikametgâh senedi alarak derhal tahliye edecektir.⁹⁶

Bir filden dolayı haklarında tahkikat yürütülen zanlılardan bazılarının işlenen fiil ile alakalarının olmağı ortaya çıkarsa müstantik dilerse bunlar hakkında müddeiumumiden iddianame isteyerek karar verir; dilerse diğerleri hakkında tahkikatın tamamlanmasına kadar bekler ve tamamı hakkında iddianame talep ederek her biri hakkında gerekli kararları verebilir. Yine müstantik zanlının mahkum edilmesi için yeterli delil olup olmadığını araştırmak zorunda değildir. Bir zanlı hakkında lüzum-ı muhakeme kararı vermek için katiyet aramaz yerine göre şüphe veya tereddüt halinde de lüzum-ı muhakeme kararı verebilir.⁹⁷

Tahkikatın tamamlanarak lüzum-ı muhakeme kararı verilmesi durumunda müddeiumumi dava ile ilgili tüm evrakları düzenleyerek numaralandırmalıdır. Bu şekilde hazırladığı evrakları 48 saat içinde ait olduğu mahkemeye göndermelidir. Dava cünhaya ilişkin bir dava ise müddeiumumi 168. maddedeki mehil kaidesine uygun olarak çağrılmasından sonra 48 saat zarfında mahkemeye gelmek üzere zanlıyı davet ettirecektir. (m.127)⁹⁸

Bu madde 124 ve 125. maddelerle bağlantılıdır. Bu maddelerde cürümün kabahat ya da cünha derecesinde görüldüğü durumlarda zanlının mahkemeye gönderilmesine müstantik karar verecektir. Bu maddelere uygun olarak müstantikin vereceği kararnameler üzerine dava gerek kabahat nevinden olsun gerekse cünha derecesinde bulunsun bilcümle evrak 48 saat içerisinde mahkemeye tevdi ve irsal etmek gerekmektedir.⁹⁹ Dikkat edilirse bu konuda karar verme yetkisi müstantikte olmasına karşın kanun ilgili evrakların ilgili mahkemelere gönderilmesi görevini müddeiumumiye vermiştir.

Müstantik vaki olan cürümün mücazat-ı terhibiyeyi¹⁰⁰ gerektirdiği ve suç isnadı için yeterli derecede delil olduğu kanaatinde ise lüzum-ı muhakeme kararı verecektir. Bu durumda müddeiumumi tarafından tahkikatı içeren evrakın, zabıt varakalarının ve sübutu cinayete medar olacak eşyanın bilgileri geciktirilmeksizin cinayet davasını görmekle görevli olan mahkemenin müddeiumumiliğine tebliğ olunması görevli memurdan istenecektir.¹⁰¹ Suçla ilgili eşya 210 ve 246. maddeler ahkâmına hâlel gelmemek üzere müstantikin mensup olduğu mahkemede kalacaktır. (m.128)¹⁰² Bu eşyalar mahkeme tarafından talep edildiğinde gönderilecektir. Zanlının beraatine karar verilirse zaptedilmiş eşyası kendisine teslim edilir. Ancak kalpazanlıkta kullanılan alet ve edevat gibi zararlı eşyalar hiçbir kimseye iade edilmeyip bu gibi eşyaların imha edilmesi gerekir.¹⁰³

Yukarıda belirtilen durumlarda zanlı hakkında verilen muvakkat tevkif müzekkeresinin hükmü, liva bidayet mahkemesi ve istinaf mahkemesi tarafından karar verilinceye kadar geçerli olacaktır. 123 ila 128. maddeler ahkâmınca müstantik tarafından yazılacak kararnameler müddeiumuminin iddianamesinin altına yazılacak ve bu kararnamelerde zanlının isim, şöhret ve yaşı, doğum yeri, ikametgâhı, sanatı, kendisine isnat olunan fiilin tarifi ve kanunen hangi nevi cürümden olduğu, ilgili kanun maddesi ve suç isnadına yeter delil olup olmadığı yazılacaktır.¹⁰⁴

Suç işlediği yönünde hakkında kanaat oluşan zanlı ile ilgili müstantik tarafından verilmiş olan tevkif müzekkeresi muvakkat olsa bile 98. maddedeki otuz gün müddete tabi olmayacaktır. Evrakların istinaf müddeiumumiliğine gönderilmesi ile iş müstantiklikten çıkmış olsa da istinaf müddeiumumiliğine evraklar ulaşır ilgili mahkemeye tevdi ile tetkikatın neticesi ortaya çıkıncaya

⁹⁴ Düstur, 1. Tertip, 4. Cilt, s. 155; GÖKÇEN, s. 224-225; Ziya, s. 47.

⁹⁵ Halid Bey, C. 2. s. 306.

⁹⁶ Cevdet Ferid, s. 477.

⁹⁷ Cevdet Ferid, s. 368 ve s. 574.

⁹⁸ Düstur, 1. Tertip, 4. Cilt, s. 155; GÖKÇEN, s. 225.

⁹⁹ Halid Bey, C. 2. s. 312.

¹⁰⁰ "Cinayet, mücazat-ı terhibiyeyi istilzam eden ef'aldır. Mücazat-ı terhibiye katl ve maa't-teşhir müebbeden ya da muvakkaten küreğe konmak ve kalebent olmak maddeleriyle nefy-i ebed ve müebbeden rütbe ve memuriyeten mahrumiyet ve hukuk-ı medeniyeden iskat maddeleridir." 1858 Ceza Kanunnamesi, 3. madde Düstur, 1. Tertip, 1. Cilt, s. 537; AKGÜNDÜZ, s. 623.

¹⁰¹ İşlenen fiil cinayet nevinden ise müstantikin lüzum-ı muhakeme kararından sonra doğrudan yargılama başlanamaktadır. UMCKM 199-231. maddeleri hükmünce liva bidayet mahkemesi azaları arasından üç kişilik bir heyet-i ithamiye oluşturulup bu heyet tarafından dosya üzerinden ve 3 gün içinde inceleme yapılarak müstantik kararına bağlı olmaksızın yargılama gerekip gerekmediğine karar verilecektir. Mazhat-Talat, Usûl-i Muhâkemat-ı Cezaiye Birinci Kitâb Esbab-ı Nakziye-i Temyiziye ve Mesalih-i Mütenevvia-i Adliye, İstanbul 1328, s. 180.

¹⁰² Cevdet Ferid, s. 477-478; Ziya, s. 48.

¹⁰³ Osman Saib, s. 49.

¹⁰⁴ Cevdet Ferid, s. 478.

kadar müstantik tarafından verilen muvakkat tevkif müzekkeresinin gayri muvakkat tevkif müzekkeresi gibi değerlendirilmesi gerekecektir. Bu durumda evrakları gönderen müddeiumumi tarafından zanlının tutulduğu tevkifhaneye bir müzekkere yazılarak durumun bildirilmesi yerinde olacaktır. Yoksa 30 günlük sürenin sona ermesi ile zanlının tevkifhaneden salıverilmesi ihtimali bulunmaktadır.¹⁰⁵

E. Müstantik Kararlarına Karşı İtiraz

Müstantikin kararlarına karşı kanuni süresi içinde itiraz edilebilir. İtiraz üzerine mahkeme reisi tarafından verilen karara karşı da temyiz yoluna başvurulabilir.¹⁰⁶

Müstantik tarafından tahkikat-ı istintakiye icrası sırasında salahiyet veya adem-i salahiyet(yetkisizlik) tahliye veya adem-i tahliye hakkında bir karar verebilir. Diğer taraftan tahkikat tamamlandıktan sonra lüzum veya men-i muhakeme hakkında bir karar verecektir. Bu kararlara karşı alakadarların kanun yoluna müracaat hakkı bulunmaktadır. Bu hakka "itiraz yolu" denilir.¹⁰⁷ Müddeiumumi, müstantik tarafından yazılan her türlü kararname aleyhine itiraz edebilir.¹⁰⁸ Yine müddei şahsi 109 (kefaletle tahliye), 123 (men-i muhakeme kararı), 124 (müstantikin fiili kabahat olarak görüp verdiği tahliye kararı), 126 (işlenen fiilin cezası gerektiren bir fiil olmadığı ve bu nedenle zanlının tahliyesi kararı), ve 431 (nakli dava dilekçesinin müstantike tevdi edilip müstantik tarafından verilmiş karar) maddelerde düzenlenen kararnameler aleyhine kendilerini ilgilendiren hususlarda itiraz hakkına sahiptir. Zanlı ancak 109. maddede düzenlenecek kararname aleyhine ve 431. maddede belirtilen hal vuku bulduğu zaman itiraz edebilir. (m.130)¹⁰⁹

Kararnamelere karşı itiraz müddeti 3 gün olup müddeiumumi hakkında süre kararname tarihinde başlayacaktır. Müddei şahsi için süre kendisi tarafından mahkemeye bildirilen adrese tebliğ yapıldıktan sonra işleyecek olup zanlının itiraz süresi yine kararın kendisine tebliği ile başlayacaktır.¹¹⁰ Tebliğler kararname tarihinden itibaren 24 saat zarfında yapılmalıdır. İtirazlar bir dilekçe ile itiraz sebepleri gösterilerek yapılmalıdır.¹¹¹ İtiraz doğrudan doğruya müstantike yapılabileceği gibi itirazı değerlendirmekle görevli mahkemeye de yapılabilir. İtirazın üzerine verildiği tarih işlenerek ve mahsus deftere kaydedilir.¹¹² İtiraz ile ilgili evraklar derhal ilgili mahkemeye gönderilecektir. Bu itirazlar diğer işlere göre öncelikli olarak karara bağlanacaktır. Müstantikin kararına itiraz üzerine mahkeme 5 gün içinde karar vermelidir. Mahkeme reisinin itiraz üzerine vereceği karar müstantikin kararını tasdik yada bila tasdik şeklinde olmalıdır. Mahkeme reisi müstantikin kararını feshedemez olsa olsa kararın noksan yönlerini göstererek niçin kararı tasdik etmediğini izah eder.¹¹³

İtiraz inceleme mercii öncelikle itiraz edenin bu hakka sahip olup olmadığını daha sonra itirazın süresinde yapıp yapılmadığını üçüncü olarak da itirazın kanunda belirtilen şartları taşıyıp taşımadığına bakması gerekmektedir. Bu hususlarda bir eksiklik olması durumunda itirazın esasına girilmeden reddedilmesi gerekecektir.¹¹⁴

Yüz otuzuncu maddede itiraz edipte haksız çıkan müddei şahsinin zanlıya tazminat vermesinin itiraza dair kararla beraber hüküm altına alınacağı düzenlenmiştir. Müddei şahsinin itirazı tutuklu bulunan bir zanlının meni muhakeme kararına veya tahliyesine yönelik ise itiraz sonucunda heyetin vereceği karara kadar ilgili kişinin tutukluluk hali devam edecek, tutuklu bulunmayan bir zanlının bulunduğu yerde kalıp ticaret veya diğer işleri için başka yere gidememek gibi durumlar ortaya çıkacaktır. Bu maddede düzenlendiği üzere bu tür mağduriyetler karşısında itirazında haksız bulunan müddei şahsi aleyhine kararı veren heyet tarafından bir tazminata hükmedilecektir.¹¹⁵

Müstantikin vazifesini ifa esnasında kanuna aykırı muamelesi görülür ise bundan zarar gören kimseler müstantike karşı iki suretle dava takibinde bulunabilirler. Öncelikle kanuni sebeplerin mevcut olması durumunda adliye nezaretinden verilecek emir üzerine müstantik hakkında muhakeme yapılacağından zarara uğrayanlar bu davaya müdahale ile zarar ve ziyanının tazminini hukuku şahsiye ile talep ve dava edebilirler. İkinci olarak müstantikin fiili yalnız zarar ve ziyana sebep olmuş ise zarara uğrayan kimse hakimden şikayetçi olma (iştika ani'l-hükkam) yoluyla zararının tahsilini hukuk mahkemesinde dava edebilir.¹¹⁶

¹⁰⁵ Halid Bey, C. 2, s. 332.

¹⁰⁶ Cevdet Ferid, s. 480.

¹⁰⁷ Cevdet Ferid, s. 480.

¹⁰⁸ Müstantikin idari muameleler diyebileceğimiz işlemler için aldığı kararlara karşı itiraz yolu yoktur. Nasıl mahkemenin şahit dinlenmesi veya bilirkişi incelemesi yapılmasına ilişkin idari kararlarına karşı başlı başına bir müracaat hakkı yoksa müstantikin tahkikatın idaresi yönündeki kararlarına karşı da itiraz yolu yoktur. Cevdet Ferid, s. 481.

¹⁰⁹ Cevdet Ferid, s. 482; Ziya, s. 49.

¹¹⁰ Halid Bey, C. 2, s.334.

¹¹¹ Halid bu karara karşı başlıca muhtemel itiraz sebepleri olarak şunları sıralamaktadır. 1-Noksan tahkikat: Bir tahkikatta kanunen gerekli delillerin toplanmaması gerek zanlı aleyhine gerekse zanlının masumiyetine işaret eden ve ifadesinde belirtilen delillerin toplanmamış olması. 2-Kanunen delil olmayacak emarelerin müstantik tarafından delil olarak toplanması ve kararnamede delil olarak gösterilmesi. 3-İşlenen fiil ile müstantikin kararnamesinde işaret ettiği kanun maddesinin münasebet olmaması veya işlenen fiilin suç olduğuna ilişkin ceza kanununda bir hüküm bulunmaması. Halid Bey, C. 2, s. 345-346.

¹¹² Cevdet Ferid, s. 484.

¹¹³ Cevdet Ferid, s. 487.

¹¹⁴ Halid Bey, C. 2, s. 347.

¹¹⁵ Halid Bey, C. 2, s. 505-506.

¹¹⁶ Yorgaki Efendi, s. 197; Arşiv kayıtlarında haklarında yapılan şikayet neticesinde Adliye müfettişliği tarafından soruşturma yapılan ve görevlerinden alınan müstantiklere ilişkin

VI. Sonuç

Tanzimat Dönemi'nde 1879 yılında Usul-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanun-ı Muvakkati ile Osmanlı hukuk sistemine giren müstantik (sorgu hâkimi) Cumhuriyetin ilanından sonra da 1985 yılına kadar Türk hukuk sisteminde varlığını devam ettiren bir kurumdur. O dönemki kanun koyucu ceza yargılamasında önemli bir aşama olan suçlunun belirlenmesi, suç mahallinin suç işlenir işlenmez görülerek sıcağı sıcağına delillerin tespit edilmesi, şahitlerin dinlenmesi ve sorumlu kişiler hakkında yargılamaya gerek olup olmadığı kararının verilmesi görevini iki hukukçu olan müddeiumumi ve müstantik arasında bir denge mekanizması kurarak paylaşmıştır.

Ceza hukukunun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. Ceza usul hukuku ise bu amaca ulaşmak için oluşturulan yargı örgütünün çalışma kurallarını ve bu sürece katılan kişilerin hak, yetki ve yükümlülüklerini içerir. Hukuk kuralları ile bu amaç için kurulan yargı örgütü günün ihtiyaçlarına göre dönüşüm ve değişim geçirmektedir. Bugün ülkemizde soruşturma aşamasında bazı önemli kararlar hakim tarafından verilse de işlemlerin neredeyse tamamı savcılar tarafından yapılmakta ve soruşturma sonucunda iddianame hazırlayarak sanığın mahkemeye sevk edilmesi görevi savcılar tarafından yerine getirilmektedir.

Ağır bir suçla itham edilen kişinin sonuçta beraat edebilmesi mümkündür. Ancak beraat edinceye kadar davanın devamı boyunca azap ve endişe duyacak, halk önünde teşhir olacaktır. Bu durum hem kendi şahsında hem ailesinde telafisi pek de mümkün olmayan maddi ve manevi zararlara sebebiyet verecektir. İşte bu sebeple bir kişi hakkında yürütülen soruşturmanın çok özenli bir şekilde yürütülmesi gerekmektedir. Sorgu hakimliği uygulaması bu endişe ile önemli suçlarda soruşturma ve karar aşamasında iki hukukçunun bulunması, bir denge mekanizması kurularak adalete ve hakkaniyete daha uygun sonuçlar elde edilmesi düşüncesi ile tesis edilmiştir.

Günümüzde haklarında soruşturma yürütülen ve savcının hazırladığı iddianame ile ağır ceza mahkemesinde haklarında dava açılan ve ilk duruşmada yeni bir delil toplanmaksızın haklarında beraat kararı verilen kişilere bizzat şahit oluyoruz. Beraat kararı verilinceye kadar geçen sürede bu kişilerin yaşadığı mağduriyet telafisi pek de mümkün olmayan bir boyutta olmaktadır. Bu duruma bir çözüm olması açısından sorgu hakimliği müessesesinin hukuk sistemimiz açısından yeniden düşünülmesi gerektiği kanaatindeyim.

Bu çalışmada ulaşılan sonuçlardan biri de Tanzimat Dönemi'nde Osmanlı yargı sisteminin ulaştığı seviyenin bir nebze de olsa ortaya konulmuş olmasıdır. Bu dönemde İslam hukuku uygulamalarından mezalim mahkemesi gibi uygulamaları gerekçe göstererek yargı örgütündeki değişim caiz görülmüş ve bu noktadan hareketle başlayan dönüşüm sonucunda günün ihtiyaçlarına cevap verebilecek kapsamlı bir adli yapı kurulmuş ve bu yapı yeni kurulan Türkiye Cumhuriyeti'ne miras bırakılmıştır.

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 have no conflict of interest to declare.

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

KAYNAKLAR / REFERENCES

- Adliye Vekaleti Temyiz Kararları Hukuk ve Ceza Yeni Tertip Cilt 4, Ankara 1927.
- Ahmet Lütfi, Mir'at-ı Adalet Yahud Tarihçe-i Adliye-i Devleti Aliyye, İstanbul 1304.
- Akgündüz, Ahmet, İslam Ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı Kamu Hukuku, İstanbul 2011.
- Akman, Ahmet, "Tanzimat Sonrası Osmanlı Usul Hukukundaki Gelişmeler", Manas Sosyal Araştırmalar Dergisi, Y:2019, C: 8, S: 1, S. 431-450.
- Akman, Ahmet, 1917 Tarihli Usul-İ Muhakeme-İ Şeriyye Kararnamesi Çerçevesinde Tanzimat Sonrası Osmanlı Adliye Teşkilatı Ve Yargılama Usulü, Ankara 2022.
- Akman, Mehmet, "Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Osmanlı Hukuk Mevzuatı I. Tertip Düstürün Tarihî Fihrist Ve Dizini", Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, Yıl: 2007, Sayı: 3 S. 67-224.
- Akman, Mehmet, Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması, İstanbul 2004.
- Ali Şehbaz, Usul-İ Cezaiye, İstanbul 1310.

kayıtlara rastlanmaktadır. BOA., TFR.I.. SL..., Gömlek: 115, Sıra: 11478; 15 Cemaziyelahir 1324 (6 Ağustos 1906) "Akova Kazası Bidayet Mahkemesi Müstantiki Hasan Tahsin Efendi'nin, cinayet suçlusunu olan Darovik ailesiyle olan münasebetinden dolayı azledildiği ve mahkemeye alındığına dair Kosova Adliye Müfettişliğinin tahriratı" TFR.I.. KV.. Gömlek: 188, Sıra: 18799, 01 Muharrem 1326 (4 Şubat 1908); "Delvine Kazası Naibi ve Bidayet Mahkemesi Reisi Halil, Başkatibi Şemsi ve Mustantık Muavini Abdüsselam Efendilerin su-i hallerinden dolayı azledilmeleri hususunda Adliye Nezareti'nden izin isteyen Müfettişliğin yazısı" BOA., TFR.I.. MKM. Gömlek: 3, Sıra: 279, 27 Rabiulevvel 1321 (23 Haziran 1903).

- Atar, Fahrettin, İslâm Adliye Teşkilatı, İstanbul 2017.
- Avcı, Mustafa, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018.
- Avcı, Mustafa, Türk Hukuk Tarihi, Ankara 2022.
- Bayındır, Abdülaziz, İslam Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması), İstanbul 2015.
- Bingöl, Sedat, Tanzimat Devrinde Osmanlıda Yargı Reformu (Nizamiye Mahkemelerinin Kuruluş Ve İşleyişi (1840-1876), Eskişehir 2004.
- Bozkurt, Gülnihâl, Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi: Osmanlı Devleti’nden Türkiye Cumhuriyeti’ne Resepsiyon Süreci (1839-1939), Ankara, 1996.
- Cevdet Ferid, Nazari ve Ameli Tatbikat-ı Cezaiyye, İstanbul 1340.
- Cevdet Paşa, Tezâkir, Yayınlayan: Cavit Baysun, Ankara 1991, C:4, s.194.
- Cin, Halil & AKYILMAZ, Gül, Türk Hukuk Tarihi, Ankara 2021.
- Cin, Halil: “Tanzimat Dönemi’nde Osmanlı Hukuku ve Yargılama Usulleri”, 150. Yılında Tanzimat, Ankara, 1992, s. 11-32.
- Çadırcı, Musa, Tanzimat Döneminde Anadolu Kentlerinin Sosyal ve Ekonomik Yapısı, Ankara 2013.
- Davison, Roderic H. Osmanlı İmparatorluğu’nda Reform, Çev: Osman Akınhay, İstanbul 2005.
- Düstur, 1. Tertip, 4. Cilt, İstanbul 1289.
- Düstur, 1. Tertip, 5. Cilt, Ankara 1937.
- Ekinci, Ekrem Buğra, Osmanlı Mahkemeleri Tazminat ve Sonrası, İstanbul 2017.
- Engelhardt, Tanzimat ve Türkiye, Çev: Ali Reşad, İstanbul 1999.
- Erem, Faruk, Ceza Usul Hukuku, Ankara 1978, s.271-281.
- Gayretli, Mehmet, Tanzimat’tan Cumhuriyet’e Kanunlaştırma Çalışmaları, İstanbul, 2015.
- Gedikli, Fethi, Şura-yı Devlet: Belgeler, Biyografik Bilgiler ve Örnek Kararlarıyla, İstanbul, 2018.
- Gökçen, Ahmet, “1296 (1879) Tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-u Muvakkati” Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 1994, Cilt: 4, Sayı: 1-2, s. 203-288.
- Güneş, Kadir, Arapça Türkçe Sözlük, İstanbul 2011.
- Halid Bey, Mizanü’t-Tatbik-i Usul-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanunu Şerhi, Dersaadet 1310.
- Hicri 1296 Konya Vilayeti Salnamesi, Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, Konya, 2011.
- Hicri 1298 Konya Vilayeti Salnamesi, Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, Konya 2011.
- İbnü’l Hazım Ferid, Siyaset-i Şer’iyye, (Editörler: Mehmet AYKANAT – Melikşah AYDIN) Ankara 2022.
- İlgürel, Mücteba “Subaşı” Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, İstanbul 2009, C: 37, s. 447-448.
- İstanbul Kadı Sicilleri, Eyüb Mahkemesi (Havass-ı Refia) 61 Numaralı Sicil, İstanbul, 2010 (H. 1065- 1066 / M. 1655) Cilt: 27.
- Karakoç Sarkis Külliyyat-ı Kavanin, Haz.: M. Akif Aydın - Fethi Gedikli – Mehmet Akman – Ekrem B. Ekinci – M.Macit Kenanoğlu, C.1, Ankara 2006.
- Kenanoğlu M.Macit “Nizamiye Mahkemeleri” Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, İstanbul 2007, C. 33, s. 185-188.
- Koç, Yunus – TUĞLUCA, Murat, “Klasik Dönem Osmanlı Ceza Hukukunda Yargılama ve Toplumsal Yapı” Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, S: 2, s. 7-24.
- Kunter, Nurullah, “Sorgu Yargıcının Verebileceği Asli Kararlar” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y: 1949, S: 4, C: 15, s. 924-950.
- Kunter, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1981.
- Mahmud Esad Şeydişehri, Şerh-i Kanun-u Ceza, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş Mahmud Esad Seydişehri’nin Ceza Hukuku Dersleri, (Editörler: Mehmet Aykanat – İbrahim Ülker), İstanbul 2020
- Mazhat - Talat, Usûl-i Muhâkemat-ı Cezaiye Birinci Kitâb Esbab-ı Nakziye-i Temyiziye ve Mesalih-i Mütenevvia-i Adliye, İstanbul 1328.
- Miralay Hüseyin Remzi, Lügat-i Osmaniyye, İstanbul 1282.
- Mumcu Ahmet, Divan-ı Hümayun Hukuksal ve Siyasal Karar Organı Olarak, Ankara 1986.
- Ortaylı, İlber, Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti’nde Kadı, İstanbul 2017.
- Ortaylı, İlber, İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı, İstanbul 2016.
- Ortaylı, İlber, Tanzimattan Sonra Mahalli İdareler, Ankara 1974.
- Osman Saib, Tahkikatı Evveliyeye ve İstintakiye, İstanbul 1302.
- Şemseddin Sami, Kamus-ı Türki, Yayına hazırlayan: Ahmet Cevdet, Dersaadet 1317.
- TANER, Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul 1955.
- Tevfik Tarık, Kanun-ı Ceza ve Usul-i Muhakemat-ı Cezaiyye Tadilatı, İstanbul 1343.
- Turinay, Faruk Yasin, "1879 Tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu (Usul-İ Muhakemat-I Cezaiye Kanun-I Muvakkati) Üzerine Bir İnceleme", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 11, S: 1, S. 169-228.
- Uzun, Taceddin, Muhittin Uysal, Ayhan Erdoğan, Latif Solmaz, Muhammet Tasa, Orhan Parlak, Ve Şahabeddin Kırdar, Sarf Bilgisi, (Editör:

- İsmail Hakkı Sezer), Konya 2015.
- Uzunçarşılı, İsmail Hakkı, Osmanlı Devleti'nde Saray Teşkilatı, Ankara 2014.
- Üçok, Coşkun / Mumcu, Ahmet / Bozkurt, Gülnihâl, Türk Hukuk Tarihi, Ankara 2020.
- Veldet, Hıfzı, "Kanunlaştırma Hareketleri Ve Tanzimat" Tanzimat 1, 1940 İstanbul, S. 139-208.
- Yazıcı, Murat, 39 Numaralı Mühimme Defteri'nin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Erzurum 2013.
- Yorgaki Efendi, Usul-i Cezaiyye Ameli ve Nazari, Dersaadet 1327.
- Ziya, Şerhli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiyye, İstanbul 1300.

ATIF BİÇİMİ / HOW CITE THIS ARTICLE

Ülker, İbrahim, 'Osmanlı Ceza Yargılamasında Müstantik (Sorgu Hâkimi)' (2023) 11(1) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-
Journal of Penal Law and Criminology, 41.

Violence by a Female Confidant in Türkiye in the Covid-19 Pandemic: The Gender Shadow Pandemic*

Nuray ÖZKAN¹  Sevil ATASOY² 

¹Teacher, Kalamış Şehit Murat Özyalçın Primary School, İstanbul, Türkiye

²Prof. Dr. Üsküdar University, Institute of Addiction and Forensic Sciences, İstanbul, Türkiye

ABSTRACT

This research aims to determine the impact of "stay-at-home" practices on violence against women during the Covid-19 epidemic process, contribute scientifically to the regulation of practices based on existing policies, and develop recommendations for remedial and preventative policies. In the research designed as a scanning model, violence against women news was searched for retrospectively in all national and local newspapers and news sites published online before the pandemic (12.03.2019-12.03.2020) and during the pandemic (13.03.2020-13.03.2021) using keywords. In the study, the data were compiled from a total of 545 news articles, 247 of which were from before the pandemic and 298 during the pandemic period. The SPSS 25 statistical analysis program was used in the analysis of the data. In summary, it was determined that the number of cases during the epidemic was significantly higher than the number of cases before the pandemic ($p < 0.05$), and the number of cases of violence (83.4%) before the pandemic decreased (65.1%) during the pandemic period. It was determined that violence, which is a crime of intentional injury, increased by 34.9% during the pandemic period compared to the pre-epidemic (16.6%) ($p < 0.05$). It is thought that the research will shed light on the development of policies to prevent violence against women, early intervention, and recovery.

Keywords: Violence Against Women, Intimate Partner Violence, Domestic Violence, Covid-19

Introduction

The Covid-19 outbreak emerged in Wuhan, China in 2019 and was officially declared a pandemic by the World Health Organization (WHO) on March 11, 2020 (WHO, 2020). In the Covid-19 pandemic, which was the most severe and comprehensive epidemiological event since the second quarter of the twentieth century, governments had to take a series of proactive and reactive measures to prevent the increase in mortality and morbidity and to limit its spread. The most important characteristic of the Covid-19 pandemic compared to other pandemic cases in terms of criminology is the "stay at home (shelter in place)" orders applied on a global scale. Although time and practice differences (travel restrictions, quarantine and social isolation, closure of education, culture, art or sports facilities) have been observed in the strategies of countries to combat the epidemic, such large-scale restrictions have been experienced for the first time in history (Cheng et al., 2020). The epidemic conditions, in which daily habits were disrupted, limited the living spaces of criminals. The 'stay at home' measures to protect individual and social health significantly increased the likelihood of women, who are victims of violence based on gender inequality and who are quarantined in the same house with their partner, being confronted with violence (Usher et al., 2020). Therefore, violence against women has become a global crisis with the Covid-19 pandemic (Fornari et al., 2020). The United Nations Women's Unit has defined the increasing domestic violence due to economic and social problems related to the pandemic with the term "shadow pandemic". Media coverage and reports from organizations that intervene in violence against women show that the factors causing domestic violence against women increased to the detriment of women during the quarantine measure applied during the epidemic, and there was a large increase in cases of intimate partner violence (Alon et al., 2020). Stressful conditions such as large-scale restrictions and quarantine practices, hindering access to basic needs and service networks, economic losses, anxiety and fear caused by uncertainty have increased. The deterioration of social and protective networks has transformed the dimensions of violence against women into acts of violence with more severe consequences. After the emergence of Covid-19, significant increases in domestic

* This study was produced from the thesis study "The Case of Violence Against Women in Effective Prevention, Early Intervention and Recovery Policies during COVID-19 Pandemic", directed by Prof. Dr. H.H. Sevil Atasoy and prepared by Nuray Özkan.

Corresponding Author: Nuray ÖZKAN **E-mail:** nuray.ozkan.adlibilimleruskudar@gmail.com

Submitted: 28.10.2022 • **Revision Requested:** 08.01.2023 • **Last Revision Received:** 14.01.2023 • **Accepted:** 18.01.2023 • **Published Online:** 03.03.2023



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

violence cases have been observed in marginalized societies such as the Middle East and North Africa. In China, where the virus has spread, it has been reported that domestic violence incidents due to quarantine practices during the Covid-19 period increased three times compared to the previous year (Wanqing, 2020). Lemmon (2021) found that during the pandemic, calls to helplines and domestic violence increased in Latin American countries (such as Mexico and Brazil). In their study, Bradbury-Jones and Isham (2020) evaluated the applications made to the emergency hotline regarding domestic violence during the pandemic period and found that the application rates were 20% in Spain, 25% in England, 91% in Colombia, and Mexico during the pandemic period compared to the previous year. They found that it increased by 60% in Australia, 30% in Cyprus and 20% in the USA. In the research of the Federation of Women's Associations of Turkey (TKDF), the rate of physical violence against women increased by 80%, the rate of psychological violence increased by 93% and the rate of demand for women's shelters increased by 78% during the Covid-19 epidemic period in Turkey (TKDF, 2020). In general, it can be seen that the pandemic conditions pave the way for the increase in violence against women and that intimate partner violence against women during the pandemic is an important social problem that needs to be investigated. In the study, firstly, general information about the effects of the Covid-19 pandemic and the increase in violence against women are presented. Then, the effects of the Covid-19 pandemic process, the concept of violence, violence against women, intimate partner violence and the effects of violence on women and society are emphasized. Finally, the results were evaluated and suggestions are presented.

CONCEPTUAL FRAMEWORK

Conceptual Definitions

Covid-19 Pandemic

Covid-19 has affected societies in many ways, economically, politically, socially and psychologically, and assessing its impact in these areas has been an important area of research (Bozkurt et al., 2020). The “stay at home” orders, which are part of the measures to protect against the negative health effects of the virus, have had negative effects on social life (Karakas, 2020). Staying at home for longer hours, maintaining physical distances, wearing masks, hygiene measures, curfews and problems in the supply chain have had a negative impact on the social fabric of society. These negativities in social interaction and communication have led to many problems that affect the life of the individual and collective community, such as stress, anxiety, depression, mental disorders and various health problems (Singh, Singh, 2020). In this context, the Covid-19 epidemic is perhaps one of the most dangerous social events (Afacan and Avci, 2020). As perceptions of the threat posed by infectious diseases increase, people affected by stress and anxiety may experience abnormal actions resulting from feelings such as fear, anxiety, panic, and anger. For this reason, the way in which the psychological and emotional impact of a crisis and the uncertainty during a pandemic is managed and dealt with is of great importance to the individual and society. Because of their potential strength, risk factors for epidemics negatively affect community confidence, hope for the future, and feelings of well-being (Wang et al., 2020). The coronavirus outbreak also paves the way for mental health issues such as anxiety, panic and depression that arise alongside physical health issues and sudden deaths. (Wallace et al., 2020). This epidemic should not only be seen as a medical health crisis, but also one that requires mental and mental health measures (Bozkurt et al., 2020). In a sample of 1,143 Italian and Spanish parents, children aged 3 to 18 years reported difficulty concentrating (76.6%), boredom (52%), anxiety (38.8%), irritability (38%), loneliness, emotional and behavioral problems 31.3%, and was identified (30.1%) (Orgilés et al., 2020). College students during the epidemic in China, and a companion study determined that anxiety levels among young people were mediated by certain protective factors such as living in urban areas, and economic stability (Cao et al., 2020).

Violence

It is quite difficult to examine the phenomenon of violence, which manifests itself in different forms, within a certain definition. Violence is a multifaceted, complex, universal phenomenon that can occur depending on the social structures, cultures, and written or unwritten rules of societies. cannot be explained by a single reason and can be encountered in all areas of life.

The definition of the concept of violence within the Regulation on the Implementation of Law No. 6284 (Family Protection And Violence Against Women Law On Prevention) in the Constitution is given as follows; “Physical, sexual, psychological, or verbal acts that result in or are likely to result in physical, sexual, psychological or economic harm and suffering to the person, including threats, pressure or arbitrary deprivation of liberty, or any kind of economic attitude and behavior.” (Official Gazette, 2012). The concept of violence by the World Health Organization (WHO) is defined as “the intentional use of physical force or coercion against oneself, another person, a group or community that is likely or likely to cause actual injury, death, psychological harm, maldevelopment or deprivation” (WHO, 2002).

In short, violence is defined as any kind of physical and moral denial of physical and mental integrity based on delinquency, aggression, force and crime. The most important reason for the rising trend of violence and the fact that violence has become a global crisis is the intense experience of violence within the family, which is the most basic unit of society.

The presence of violence in such an important structure can prevent the development of positive personalities (Taghisoylu, 2021). Poor social conditions such as an unhealthy family and social structures, low levels of education and faulty media policies, negatively affect the personality development of individuals, and unhealthy and disordered personality structures lead to aggressive behavior and violence. Although violence is justified in the world of traditions and customs from the past to the present day, violence is recognized as a crime against humanity, regardless of the period. Violence against women is one of the most common forms of violence, and various studies have been conducted to raise awareness of this issue (Dişsiz, Hotun, 2008).

Violence Against Women

Violence against women is an important public social problem that emerges as a result of unequal power relations between men and women. Regardless of language, religion, race and ethnicity, women face violence in many parts of the world. Over the past quarter of a century, violence against women has come to be seen as a violation of women's human rights and has emerged as a social problem affecting the health of society (Zara and İnci, 2008). Acts of violence have an imbalance of power and are intended to provide control based on fear.

All women in the world may experience gender-based violence in a number of ways, including physical, economic, psychological and sexual (Atan and Atan, 2017). In most societies, women were forced to perform certain duties by rules established by men and subjected to violence when they were believed to have crossed the line. Also, in femicide, the mindset that sees the offender right and believes that the dead woman deserves it is a prevalent understanding in these societies (Uçar, 2016). Violence against women is defined as a violation of human rights and discrimination in developed societies and includes all actions that lead to the prevention or arbitrary restriction of freedoms in private life or in society, which can cause physical and psychological harm due to these reasons (Odman, 2012).

Prevalence of Intimate Partner Violence

Unequal power relations in the hierarchy between men and women are accepted as the most important factor in the emergence of violence against women. In this context, intimate partner violence, a form of violence against women, is seen as an effective tool for maintaining hierarchical power relationships and maintaining traditional patriarchy (Korkmaz et al., 2014).

Intimate partner violence, considered within the scope of interpersonal violence in the world and among the most common forms of violence, is examined within the framework of bidirectional relationships (marital, verbal, engagement, lover, dating). Intimate partner violence is a social problem that deprives women of their rights and activities such as survival, protection, a sense of safety, belonging to a social structure, love and the fulfillment of their valuable needs. Scientific studies indicate that cases of violence against women have increased, and the dimensions of violence have become a social and even global rather than regional problem.

Although it is possible for intimate partner violence to be bilateral between men and women, most studies have found that violence is predominantly directed against women in marriages and close bilateral relationships (Tjaden, Thoennes, 2000). According to the United Nations (UN) report examining the gender-related murder rates of young girls and women in 2017, it was determined that more than half of the women killed worldwide were killed by their spouses, loved ones or family members (UNODC, 2019). In a study covering 28 European Union member countries, it was determined that between 10% and 39% of women were exposed to intimate partner violence (WHO, 2014). It has been determined that more than 1 in 3 women who died as a result of the act of violence they inflicted were killed by their close partners (spouse, lover, ex-spouse, ex-lover) (UNODC, 2019). According to the research data of the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) in 2019, Pakistan ranks first, Guinea is the second and Senegal is the third among the countries where violence against women is intense. In Turkey, this human rights violation makes its presence felt as a social problem. Again, according to the OECD's 2019 research data covering 37 member countries, the rate of physical or sexual intimate partner violence against women is quite high in Turkey (OECD, 2019).

In the research conducted by the KAMER Foundation in our country in 2015, 91% of women stated that they have experienced violence, and that they are also exposed to all types of violence, less sexual violence. However, 16% of women stated that they experienced physical, 16% economic, 16% verbal, 16% psychological, 11% sexual, and 22% all types of violence. It was determined that 70% of the women who were exposed to violence did not take any action to get rid of the violence, and 30% of them first applied to their families and then to their security units or friends to get rid of the violence (KAMER, 2015). The reason for the majority of women who do not attempt to protect themselves from violence or to get rid of it, is that they are afraid of the perpetrator or do not know where to apply (Görücü, 2018). In the research conducted by the Ministry of Family and Social Policies in 2015; While 37% of female individuals state that they have been subjected to physical violence and 11% to sexual violence at any point in their lives, the fact that 37% of female individuals face at least one of the 2 types of violence reveals that sexual violence is generally applied together with physical violence. Increasing the level of education reduces the level of exposure to physical or sexual violence (T.C. Ministry of Family and Social Policies, 2015).

The results of such studies conducted in different periods and societies show that types of violence usually coexist. In this

context, acts of violence with traumatic effects such as verbal, emotional and sexual violence as well as physical violence create severe consequences for female victims (Martı, 2014).

Exposure to intimate partner violence of any kind creates certain effects and serious damage not only to physical health but also to psychological health. One of the most basic psychological problems experienced by women exposed to intimate partner violence is post-traumatic stress disorder; It is stated that this psychological problem is seen in 30% to 85% of women who are exposed to violence (Cao et al., 2020). In a similar study, it was determined that symptoms of post-traumatic stress disorder and symptoms of depression coexist (O'Campo et al., 2006). Other symptoms observed are suicidal tendencies, anxiety, embarrassment, eating disorders, and deterioration in social relations.

Periodic, continuous and different forms of physical violence against women are defined as "battered women". Women who experience repeated, unpredictable and uncontrolled violence learn to be helpless and assume they have no control over their situation. Therefore, according to Walker (2000), unresolved systematic violence causes the development of learned helplessness, and learned helplessness causes the "battered woman syndrome" (Palmer-Corell, Marcus, 2004). As a result of traumatic situations, 'post-traumatic stress disorder' may occur for a certain period of time and at a certain level (Yılmaz, 2006). Particularly it involves reactions such as thoughts that may cause discomfort about the event, avoidance actions that enable the evasion of all stimuli that remind women of the situation, and arousal symptoms that make it difficult for people to concentrate and sleep.

In this context, it was aimed to statistically analyze the news of violence against women in various media outlets during certain periods before and during the pandemic, covering acts of violence based on gender inequality against women which have physically and psychologically destructive and abrasive results.

The Effects of the Pandemic on Violence Against Women in the World and in Turkey

It has been determined that intimate partner violence or domestic violence against women has increased significantly with the outbreak of Covid-19. With the practice of "staying at home," women spend more time at home with their abusive husbands and go through a process in which being in an abusive relationship increases the risk of domestic violence.

According to research, domestic violence has increased by 30-36% in France, 40-50% in Brazil, 33% in Singapore, 25% in Argentina, and 10-35% in the United States, compared to previous years (John et al., 2020). It has been determined that since the early days of stay-at-home requests, calls to emergency hotlines for domestic violence have increased by 20% in Spain, 30% in Cyprus, and 25% in the UK (Bradbury-Jones, Asham, 2020). In the studies conducted in Turkey, it was determined that physical and psychological violence against women and the demand for shelter increased during the pandemic. The Socio-Political Field Research Center conducted a survey in 2020 with the participation of 1873 women living in 28 cities. According to this survey study, it was observed that violence against women increased by 27.8% during the pandemic (Ergönen et al., 2020). According to the statements of the We Will Stop Femicide Platform (KCDP); With the Covid-19 measures, it was determined that the number of people seeking aid organizations increased by 55% in April and 78% in May, compared to previous periods. It was noted that the highest number of applications were due to sexual violence in April, the highest number of applications due to psychological violence in May, and the highest number of applications for violence by married women (KCDP, 2020). UNFPA (2020) considers that violence against women at home during the crisis is more frequent in direct proportion to the increase in stress and tensions, as a risk factor that should be evaluated. He stated that the impact of social systems that protect girls and women in home isolation may be weaker than before. As the duration of the measures taken with the Covid-19 pandemic lengthened, its sexist effects began to draw more attention. In the reports published by the organizations in the media and intervening in violence against women, it is stated that there is an alarming situation regarding the increase in intimate partner violence.

One of these reports was from a police department in Jianli County, Hubei Province, China, which states that in February 2020, domestic violence cases tripled compared to February 2019, with 90% of them related to the Covid 19 outbreak. In a project on violence against women in the United Kingdom, it was reported that between 23 March 2020 and 12 April 2020, deaths from domestic abuse more than doubled (16 fatal cases) compared to the average for the previous 10 years (Gupta, Stahl, 2020).

As a result, it has been determined that the restriction of women's access to the mechanisms they can access to protect themselves from violence, together with the quarantine application, is a reason for the increase in violence against women. The Council of the European Union states that measures should be taken to prevent violence against women (Jang, Farise, Gender, 2020).

Research Method and Methodology

The content analysis method, a survey model, was used to analyze the data obtained in the research. In content analysis, a text or event related to a specific topic within the scope of research objectives is examined in the context of certain variables. By working in a medium that does not already have research technologies, such as online text, the "mixed methods" approach, which uses

qualitative methods along with quantitative methods, helps the researcher see what he can do. / set in the background of the text (Vergeer and Hermans,2008). In the study, violence cases were analyzed quantitatively and qualitatively, and data was collected by classifying them.

Research; The intimate partner of a woman, the crime of wilful killing and intentional injury, is published in all national and local newspapers and news sites on the Internet in the one-year period before the pandemic (12.03.2019-12.03.2020) and epidemic (13.03.2020-13.03.2021). It covers a total of 545 news stories, 247 of which were before the pandemic and 298 during the pandemic. A total of 17,250 stories were reached, and the same story published in different newspapers and news sites was evaluated or republished on different days of the week only once. As part of the research, 545 victims and 545 perpetrators were examined. A statistical analysis of some demographic characteristics of victims and perpetrators was performed.

The content of the examined news related to the research topic was categorized by creating a text encoding table in the news. After the coding scale was established, the following method was used to calculate the reliability of the content analysis.

$$\text{Confidence} = 2M / (N1 + N2)$$

m: two cipher compatibility,

N: The first and second encoders.

The scores obtained in the formula range from 0-1 and a score of "1" was accepted as the most ideal and reliable score. In the study, 36 stories randomly selected from the sample were analyzed and reliability coefficients were calculated. The variables were coded and analyzed by two experts, excluding the researcher, to analyze the data within the scope of the data and information provided. Then, the researcher and two expert programmers were randomly tested from the sample groups, and the reliability coefficient was calculated as 0.94. According to this result, the codes developed for the analysis are consistent and reliable with each other. Data were analyzed using SPSS 25 software. Relationships between variables in different scales were tested with the chi-square test. In cases where it is not possible to assign a value to a variable in the observation (for example, the age of the victim is unknown), the value is classified as 'undefined' and reported by the analysis. I was not included. Tables in which the results of the analysis are presented.

In data analysis, frequency, percentage, chi-square, and Fisher's exact analysis were used. To answer the research questions, descriptive statistics (minimum, maximum, mean, standard deviation) were calculated, and a t-test was applied for unrelated samples to calculate the differences.

Results

According to Table 1, it was determined that the number of cases during the pandemic process (n=298, 54.7%) was higher than the number of cases before the pandemic (n= 247, 45.3%). In the study, a significant difference was found between the number of cases before and during the pandemic (p<0.05). It has been determined that women are exposed to more violence during the pandemic process than before the pandemic.

Table 1.Comparison of Case Numbers Before and During the Pandemic

| | Observed | Expected n | Residual |
|------------------|----------|------------|----------|
| Pre-Pandemic | 247 | 272.5 | -25.5 |
| Pandemic Process | 298 | 272.5 | 25.5 |
| Total | 545 | | |

$\chi^2 = 4.77$ sd = 1 p=0.029

According to Table 2, there is a significant decrease in the number of cases (n=206, 83.4%) in the pandemic process compared to the pre-pandemic period (n=194, 65.1%). However, there was a significant increase in the number of cases of intentional injury (n=41, 16.6%) during the pandemic process compared to the pre-pandemic period (n=104, 34.9%). In the study, a significant difference was found between the number of cases of wilful killing and intentional injury before and during the pandemic (p<0.05).

According to Table 3, it is seen that while the cases of violence that occurred during the dates coinciding with the partial closure before the pandemic in the nature of wilful murder constituted 86.7% of the total violence cases, it decreased to 52% during the pandemic period. In addition, it is seen that the violence cases that occurred during the dates that coincided with the partial closure before the pandemic in the nature of intentional injury constituted 13.3% of the total violence cases, while it increased to 48% during the pandemic process. In the study, it was found that there was a significant difference between the number of cases on

Table 2. Comparison of Case Numbers of Intentional Killing and Intentional Injury Before and During the Pandemic

| | | Intentional killing | Intentional injury |
|------------------|---|---------------------|--------------------|
| Pre-Pandemic | n | 206 | 41 |
| | % | 83,4 | 16,6 |
| Pandemic Process | n | 194 | 104 |
| | % | 65,1 | 34,9 |
| Total | n | 400 | 145 |
| | % | 73,4 | 26,6 |

$\chi^2 = 23.163$ sd = 1 p=0.000

the days of partial closure during the pandemic process and the days that coincided with the days of partial closure before the pandemic (p<0.05).

Table 3. Comparison of the Number of Cases of Intentional Killing and Intentional Injury on the Dates Coinciding with Partial Closure Days during the Pandemic Process and Pre-Pandemic Partial Closure Days

| | | Intentional killing | Intentional injury | Total |
|------------------|---|---------------------|--------------------|-------|
| Pre-Pandemic | n | 13 | 2 | 15 |
| | % | 86,7 | 13,3 | 100,0 |
| Pandemic Process | n | 13 | 12 | 25 |
| | % | 52 | 48 | 100,0 |
| Total | n | 26 | 14 | 40 |
| | % | 65 | 35 | 100,0 |

$\chi^2 = 4.952$ sd = 1 p=.040

In the research, the distribution of the number of cases according to the place where the action took place before and during the pandemic; According to the place where the action took place, the most violent acts were seen in the house where the victim lived with the perpetrator before and during the pandemic. In the study, it was determined that there was no significant difference in terms of places where violence took place before and during the pandemic (p>0.05). When the distribution of the number of cases according to the place where the act of violence took place is examined in Table 4, it is seen that there was a 20% increase in the acts of violence in the house where the victim lived with the perpetrator, and a 50% increase in the acts of violence in the house where the victim lived, while there was a 14% decrease in the acts of violence in the public place.

Table 4. Comparison of the Number of Cases by the Place of the Action Before and During the Pandemic

| | | The house where the victim lived with the perpetrator | The victim's home | Public Place | Car | Other |
|------------------|---|---|-------------------|--------------|-----|-------|
| Pre-Pandemic | n | 105 | 44 | 63 | 12 | 18 |
| | % | 43,4 | 18,2 | 26,0 | 5,0 | 7,4 |
| Pandemic Process | n | 127 | 66 | 54 | 12 | 34 |
| | % | 43,3 | 22,5 | 18,4 | 4,1 | 11,6 |
| Total | n | 232 | 110 | 117 | 24 | 52 |
| | % | 43,4 | 20,6 | 21,9 | 4,5 | 9,7 |

$\chi^2 = 7.306$ sd = 4 p=.121

According to Table 5, when the means of violence used before and during the pandemic are examined, it is seen that the number of cases in which firearms were used before the pandemic (n=115, 46.6%) decreased during the pandemic period (n=118, 39.9%). It is seen that the number of cases (n=85, 34.4%) in which knives were used before the pandemic decreased (n=81, 27.4%) during the pandemic period. In addition, it is seen that the number of cases (40%) in which battering (130%), strangulation (70%), and

other means of violence were used increased during the pandemic compared to the pre-pandemic period. In the research, the distribution of the number of cases according to the violence tool used in the act of violence before and during the pandemic; it is seen that the most used means of violence is a firearm with 46.6% before the pandemic and 39.9% during the pandemic period. It is seen that there is a significant difference between the weapon used before and during the pandemic and the number of cases ($p < 0.05$). Accordingly, it can be stated that the pandemic process has a significant effect on the weapons used.

Table 5.Comparison of Case Numbers According to Violence Tools Used Before and During the Pandemic

| | | Fire arm | Cutting- drilling tool | Minting (hard object etc.) | Strangling (rope etc.) | Other |
|---------------------|---|----------|---------------------------|----------------------------------|---------------------------|-------|
| Pre- Pandemic | n | 115 | 85 | 30 | 12 | 5 |
| | % | 46,6 | 34,4 | 12,1 | 4,9 | 2 |
| Pandemic Process | n | 118 | 81 | 69 | 21 | 7 |
| | % | 39,9 | 27,4 | 23,3 | 7,1 | 2,4 |
| Total | n | 233 | 166 | 99 | 33 | 12 |
| | % | 42,9 | 30,6 | 18,2 | 6,1 | 2,2 |
| $\chi^2 = 13.779$ | | sd = 4 | p=.007 | | | |

According to Table 6, it was determined that the pandemic process did not have a significant effect on the degree of intimacy of the woman who was the victim of violence with the perpetrator. In the research, the distribution of the victim in terms of the number of cases according to the degree of closeness with the perpetrator before and during the pandemic; There is an increase in the number of cases compared to the pre-pandemic relationship types except for the partners who are in the divorce phase. Compared to the pre-pandemic period, during the pandemic, in the degree of proximity of the victim to the perpetrator; there was an increase of 34% in spouses, 22% in lovers, 6% in ex-spouses, 19% in spouses with religious marriage, and 89% in ex-lovers, and a decrease of 8% in the divorce phase. It was determined that there was no significant difference between the number of cases according to the degree of closeness of the perpetrator before and during the pandemic ($p > 0.05$).

Table 6.Comparison of the Number of Cases According to the Degree of Proximity of the Victim with the Perpetrator Before and During the Pandemic

| | | Spouse | In the divorce phase | Beloved | Ex partner | Religious spouse | Ex girlfriend | Other |
|---------------------|---|--------|----------------------------|---------|------------|---------------------|---------------|-------|
| Pre- Pandemic | n | 95 | 46 | 37 | 32 | 16 | 9 | 12 |
| | % | 38,5 | 18,6 | 15 | 13 | 6,5 | 3,6 | 4,9 |
| Pandemic Process | n | 127 | 42 | 45 | 34 | 19 | 17 | 14 |
| | % | 42,6 | 14,1 | 15,1 | 11,4 | 6,4 | 5,7 | 4,7 |
| Total | n | 222 | 88 | 82 | 66 | 35 | 26 | 26 |
| | % | 40,7 | 16,1 | 15 | 12,1 | 6,4 | 4,8 | 4,8 |
| $\chi^2 = 3.769$ | | sd = 6 | p=.708 | | | | | |

According to Table 7; The perpetrators of 39.2% of victims aged 30 and under are 30 years of age or younger, 35.1% of them are in the 31-40 age range, 14.9% are in the 41-50 age range, and 10.8% are 51 years old and younger. Of the victims aged 31-40, 8.6% of the perpetrators are 30 years or younger, 48.3% are between the ages of 31-40, 37.9% are between the ages of 41-50, and 5.2% are aged 51 and above. The perpetrators of 11.4% of the victims in the 41-50 age range are 30 years or younger, 11.4% are in the 31-40 age range, 36.4% are in the 41-50 age range, and 40.9% are 51 years old and above. The perpetrators of 11.1% of the victims aged 51 and over are 30 years of age or younger, 5.6% of them are between the ages of 31-40, 22.2% are between the ages of 41-50, and 61.1% are aged 51 and over.

In the analyzes performed, it was found that there was a significant difference between the groups ($p < 0.05$).

Age differences in the number of cases during the pandemic according to age categories are given in Table 8 Accordingly, 52.2% of the victims aged 30 and under are 30 years of age or younger, 37.7% are between the ages of 31-40, 4.3% are between the ages of 41-50 and 5.8% appear to be 51 years or older. Of the victims aged 31-40, 11.8% were perpetrators aged 30 and under, 39.7% were between the ages of 31-40, 32.4% were between the ages of 41-50 and 16.2% were aged 51 and above. Of the victims aged

Table 7. Comparison of Case Numbers by Age Category of Victim and Perpetrator Before the Pandemic

| | | Perpetrator Age Category | | | | | Total |
|----------|-------|--------------------------|-------|-------|------|-------|-------|
| | | 30 years and under | 31-40 | 41-50 | 51+ | | |
| Victim | n | 29 | 26 | 11 | 8 | 74 | |
| Age | % | 39,2 | 35,1 | 14,9 | 10,8 | 100,0 | |
| Category | 31-40 | n | 5 | 28 | 22 | 3 | 58 |
| | % | 8,6 | 48,3 | 37,9 | 5,2 | 100,0 | |
| | 41-50 | n | 5 | 5 | 16 | 18 | 44 |
| | % | 11,4 | 11,4 | 36,4 | 40,9 | 100,0 | |
| | 51+ | n | 2 | 1 | 4 | 11 | 18 |
| | % | 11,1 | 5,6 | 22,2 | 61,1 | 100,0 | |
| Total | n | 41 | 60 | 53 | 40 | 194 | |
| | % | 21,1 | 31,2 | 26,1 | 21,6 | 100,0 | |

$\chi^2 = 75.159$ $sd = 9$ $p=0.000$

41-50, 12.1% were perpetrators aged 30 and under, 33.3% were between the ages of 31-40, 33.3% were between the ages of 41-50 and 21.2% were 51 years old or older. It is seen that 7.1% of the victims aged 51 and over are 30 years of age or younger, 7.1% are between the ages of 31-40, and 85.7% are aged 51 and over. A Chi-square test was not performed to determine whether these observed differences were significant or not. The number of cells with an expected value below 5 is above 20%. In addition, it can be stated that the age categories of victims and perpetrators are generally the same or close, to those before the pandemic.

Table 8. Comparison of Case Numbers by Age Category of Victim and Perpetrator During the Pandemic Process

| | | Perpetrator Age Category | | | | | Total |
|----------|-------|--------------------------|-------|-------|------|-------|-------|
| | | 30 years and under | 31-40 | 41-50 | 51+ | | |
| Victim | n | 29 | 26 | 11 | 8 | 74 | |
| Age | % | 39,2 | 35,1 | 14,9 | 10,8 | 100,0 | |
| Category | 31-40 | n | 5 | 28 | 22 | 3 | 58 |
| | % | 8,6 | 48,3 | 37,9 | 5,2 | 100,0 | |
| | 41-50 | n | 5 | 5 | 16 | 18 | 44 |
| | % | 11,4 | 11,4 | 36,4 | 40,9 | 100,0 | |
| | 51+ | n | 2 | 1 | 4 | 11 | 18 |
| | % | 11,1 | 5,6 | 22,2 | 61,1 | 100,0 | |
| Total | n | 41 | 60 | 53 | 40 | 194 | |
| | % | 21,1 | 31,2 | 26,1 | 21,6 | 100,0 | |

When Table 9 was examined, it was determined that there was a significant difference between the mean age of the victim and the perpetrator before the pandemic ($t(203) = 4.22, p < .05$). Before the pandemic, the average age of the perpetrator ($\bar{X} = 40.54$) was higher than the average age of the victim ($\bar{X} = 35.94$). It was also found that there was a significant difference between the average age of the victim and the perpetrator during the pandemic ($t(205) = 3.41, p < .05$). During the pandemic, the average age of the perpetrator ($\bar{X} = 39.70$) is higher than the average age of the victim ($\bar{X} = 36.06$).

Within the scope of the research, the distribution of the number of cases in terms of the history of violence before and during the pandemic; It is seen that at least 54.7% of the victims of 545 cases have a history of violence. It is seen that 68.1% of the victims with a history of violence died as a result of the last act of violence they were exposed to, and 31.9% were injured.

In the study, the distribution of the number of cases according to the victim's threat history before and during the pandemic is given in Table 11 According to the table, it is seen that at least 36.1% of the victims of 545 cases had a history of threats. It is seen that 62.9% of the victims with a history of threats died as a result of the last act of violence they were exposed to, and 37.1% were injured.

In the study, the distribution of the number of cases regarding the victim's prior criminal complaint against the perpetrator

Table 9.Comparison of Average Ages of Victims and Perpetrators Before and During the Pandemic

| | Group | n | \bar{X} | S | Sd | T | P |
|------------------|-------------|-----|-----------|-------|-----|------|------|
| Pre-Pandemic | Perpetrator | 203 | 40,54 | 11,83 | 426 | 4.22 | .000 |
| | Victim | 225 | 35.94 | 10.71 | | | |
| Pandemic Process | Perpetrator | 205 | 39.70 | 12.44 | 468 | 3.41 | .001 |
| | Victim | 265 | 36.6 | 10.66 | | | |

Table 10.Distribution of Case Numbers by Victim's History of Violence Before and During the Pandemic

| | | There is | Intentional Killing as a Crime | Deliberately Injury Criminal | Not determined |
|--------------|---|----------|--------------------------------|------------------------------|----------------|
| Pre-Pandemic | n | 145 | 117 | 28 | 102 |
| | % | 58,7 | 80,7 | 19,3 | 41,3 |
| Pandemic | n | 153 | 86 | 67 | 145 |
| | % | 51,3 | 56,2 | 43,8 | 48,7 |
| Pre-Pandemic | n | 298 | 203 | 95 | 247 |
| | % | 54,7 | 68,1 | 31,9 | 45,3 |

Table 11.Distribution of the Number of Cases by Threat Story in the Victim Before and During the Pandemic

| | | There is | Intentional Killing as a Crime | Deliberately Injury Criminal | Not determined |
|--------------|---|----------|--------------------------------|------------------------------|----------------|
| Pre-Pandemic | n | 100 | 75 | 25 | 147 |
| | % | 40,5 | 75 | 25 | 59,5 |
| Pandemic | n | 97 | 49 | 48 | 201 |
| | % | 32,6 | 50,5 | 49,5 | 67,4 |
| Pre-Pandemic | n | 197 | 124 | 73 | 348 |
| | % | 36,1 | 62,9 | 37,1 | 63,9 |

before and during the pandemic is given in Table 12 Accordingly, it is seen that at least 25.1% of the victims of 545 cases filed a criminal complaint against the perpetrator. It is seen that 62.8% of the victims who have filed a criminal complaint against the perpetrator died as a result of the latest act of violence, and 37.2% were injured.

Table 12.Distribution of the Number of Cases Regarding the Victim's Preliminary Denunciation of the Perpetrator Before and During the Pandemic

| | | There is | Intentional Killing as a Crime | Deliberately Injury Criminal | Not determined |
|--------------|---|----------|--------------------------------|------------------------------|----------------|
| Pre-Pandemic | n | 61 | 47 | 14 | 186 |
| | % | 24,7 | 77,0 | 23,0 | 75,3 |
| Pandemic | n | 76 | 39 | 37 | 222 |
| | % | 25,5 | 51,3 | 48,7 | 74,5 |
| Pre-Pandemic | n | 137 | 86 | 51 | 408 |
| | % | 25,1 | 62,8 | 37,2 | 74,9 |

In the study, the distribution of the number of cases related to the history of the suspension of the perpetrator before and during the pandemic is given in Table 13 Accordingly, it is seen that at least 18.2% of the perpetrators of 545 cases had a history of removal. Table 14 shows that 61.6% of perpetrators with a history of suspension killed the victims and 38.4% injured them.

Table 13. Distribution of Cases Regarding Suspension of the Perpetrator Before and During the Pandemic

| | | There is | Intentional Killing as a Crime | Deliberately Injury Criminal | Not determined |
|---------------------|---|----------|-----------------------------------|---------------------------------|----------------|
| Pre- Pandemic | n | 41 | 30 | 11 | 206 |
| | % | 16,6 | 73,2 | 26,8 | 83,4 |
| Pandemic Process | n | 58 | 31 | 27 | 240 |
| | % | 19,5 | 53,4 | 46,6 | 80,5 |
| Pre- Pandemic | n | 99 | 61 | 38 | 446 |
| | % | 18,2 | 61,6 | 38,4 | 81,8 |

In the study, the distribution of the number of cases according to the pre-pandemic and period of the victim and the perpetrator having a child is given in Table 14 Accordingly, it is seen that at least 62.6% of 545 cases had children.

Table 14. Distribution of the Number of Cases by Childbearing Status of the Victim and Perpetrator Before and During the Pandemic

| | | There is | Not determined |
|---------------------|---|----------|----------------|
| Pre- Pandemic | n | 161 | 86 |
| | % | 65,2 | 34,8 |
| Pandemic Process | n | 180 | 118 |
| | % | 60,4 | 39,6 |
| Pre- Pandemic | n | 341 | 204 |
| | % | 62,6 | 37,4 |

In the study, the distribution of the number of cases according to the witnessing of the act of violence by the children of the victim and the perpetrator before and during the pandemic is given in Table 15 According to this, it is seen that at least 28.1% of 545 cases witnessed violence by their children.

Table 15. Distribution of the Number of Cases by the Status of Witnessing Violence by the Children of the Victim and the Perpetrator Before and During the Pandemic

| | | There is | Not determined |
|---------------------|---|----------|----------------|
| Pre- Pandemic | n | 71 | 176 |
| | % | 28,7 | 71,3 |
| Pandemic Process | n | 82 | 216 |
| | % | 27,5 | 72,5 |
| Pre- Pandemic | n | 153 | 392 |
| | % | 28,1 | 71,9 |

The distribution of the number of cases according to the suicide history of the perpetrator before and during the pandemic is given in Table 16 According to this, it is seen that at least 18.9% of the perpetrators of 545 cases had a suicide history, 68% of the perpetrators with a suicide history resulted in death, and 32% in injury.

Discussion

A significant difference was observed in the number of cases during the two time periods, pre-pandemic and during the pandemic, and women have been exposed to more violence during the pandemic. The findings that mandatory quarantine practices during epidemics lead to domestic violence are fairly new. However, a limited number of reports and research findings from international institutions and organizations support our findings that violence against women has increased with the pandemic. Akalın and Ayhan (2021) conducted their cross-sectional study, which aimed to determine the prevalence and risk factors for intimate partner violence during the COVID-19 epidemic, with 1036 women in Turkey who were married or who lived with partners. As a result of the regression analysis, they found that exposure to intimate partner violence during the epidemic was associated with marriage,

Table 16.Distribution of the Number of Cases by Suicide Story of the Victim and the Perpetrator Before and During the Pandemic

| | | There is | Number of Cases Resulting in Death | Number of Cases Resulting in Injury | Not determined |
|----------|---|----------|---------------------------------------|--|----------------|
| Pre- | n | 56 | 44 | 12 | 191 |
| Pandemic | % | 22,7 | 78,6 | 21,4 | 77,3 |
| Pandemic | n | 47 | 26 | 21 | 251 |
| Process | % | 15,8 | 55,3 | 44,7 | 84,2 |
| Pre- | n | 103 | 70 | 33 | 441 |
| Pandemic | % | 18,9 | 68,0 | 32,0 | 80,9 |

childbearing, unemployment, decreased marital/relationship satisfaction, and increased workload at home, and was significantly associated with negative effects of quarantine. Anecdotal research shows that violence against women has increased with the pandemic, with increases of 30-36% in France, 40-50% in Brazil, 33% in Singapore, 25% in Argentina, and 10% in the United States. 35%. (Ergönen et al., 2020; John et al., 2020). Based on these findings, it can be said that the Covid-19 pandemic has had an impact on the phenomenon of violence against women, a structural problem that creates risks to women's lives.

Another result of the research is that there is a significant difference between the number of cases of wilful killing and deliberate injury before and during the pandemic. During the pandemic, the number of cases of wilful murder decreased when compared to before. However, the number of cases involving intentional injury crimes have increased considerably during the pandemic. Studies have revealed that there is a decrease in crime rates in many parts of the world with social isolation measures and quarantine, but there is an increase in women-oriented domestic violence, and in this respect, results supporting the results of our research have been obtained. Similar to the results of our research, Koyuncu (2020) emphasizes that crime rates have decreased with the Covid-19 epidemic, but domestic violence has risen. It can be concluded, based on these results, that a pandemic and quarantine practice increase the rate of domestic violence while reducing general security crime rates.

In order to assess violence against women during the COVID-19 pandemic in Turkey Zeyrek (2022) used the Routine Activities Theory (RAT). In the study, statistics published by government units and official sources, as well as newspaper news and data from non- governmental organizations were analyzed. The examples given were evaluated in terms of the three main elements of the routine activity's theory. These were the motivated offender, the appropriate target, and the absence of a competent protector. As a result of the research, it was determined that there was a significant rise in the rates of violence against women in a short time after the start of the pandemic in Turkey.

Another result obtained within the scope of the research is that there is no significant difference in the number of cases according to the degree of proximity of the victim to the perpetrator before and during the pandemic. During the epidemic, it was determined that the greatest increase in violence occurred between spouses compared to previous periods, and lovers were in second place.

A report published by the World Health Organization said that during the pandemic, one in four women between the ages of 15 and 24 experienced violence in marriage or in a relationship with a partner, and only 6% of women were assaulted by someone they had nothing to do with (WHO, 2020). A report published by the United Nations Population Fund(2020) indicates that women and girls are more vulnerable to spousal/partner violence and other forms of domestic violence during the COVID-19 pandemic (UNFPA, 2020). They were also reported to be at increased risk of other forms of gender-based violence, including sexual exploitation and abuse. All of these findings support the findings of our research. As a result of the research, it was determined that more than half of the women who were victims of violence before and during the pandemic were exposed to systematic violence, and more than half of the women who were exposed to violence died as a result. Social trauma affects the functionality of people in their social lives and also brings many social problems to the agenda. Research reveals that systematic violence against women, which existed before the pandemic and increased with the pandemic process, is one of these problems (Bullinger et al.,2020; Leslie, Wilson, 2020; United Nations Development Program, 2020). In the report titled "Gender Equality, Violence and Covid-19 (2020)" published by the United Nations Population Fund (UNFPA), it was reported that the epidemic period aggravated the responsibilities of women in the household and increased the domestic workload of women (UNFPA, 2020). When these situations experienced by women are combined with social isolation and quarantine practices, it is determined that there has been an increase in the cases of systematic violence.

In the study, it was determined that at least a third of female victims of violence were threatened by an offender before and during the pandemic, and at least a quarter of women filed a criminal complaint against the offender. At least one-fifth of the women decided to remove the offender. In addition, it was determined that more than half of the women died as a result of the most recent act of violence they experienced. This circumstance indicates that the act of violence was not surprising and that there is a history of previous threats, criminal complaints and deportation orders between the parties. This conclusion is supported by other

research findings in the literature. The study by Sahin et al. (2021), in which they discussed the impact of the pandemic period on violence against women through cases reflected in the print media, found that most female victims of violence were married, and that these women were the victims of violence.

Another result obtained within the scope of the research is that a firearm is the most used means of violence both before and during the pandemic, and there is a significant difference between the means of violence used before and during the pandemic; It has been observed that the number of cases in which firearms and knives were used before the pandemic decreased during the pandemic process, and the number of violence cases as a result of beating and strangling before the pandemic increased during the pandemic period (Güneş and Yıldırım, 2019). With the spread of the epidemic, it was determined that arms sales increased in the USA (Euronews, 2020).

The results of the study showed that more than half of the women who experienced violence before and during the COVID-19 pandemic witnessed violence in their children. There are numerous research findings and literature that indicate that children who witness violence are less able to control their anger, exhibit similar patterns of violence, and resort to violence in intimate partner relationships. Therefore, children who witness violence are more likely to commit or experience violence in the future.

In the research, more than half of the women who were victims of violence before and during the Covid-19 pandemic were exposed to systematic violence, more than half of the women who were exposed to violence died as a result of the last act of violence, and at least one-third of them were threatened by the perpetrator before, and more than half of the women who were threatened were the most vulnerable. In the study conducted by Şahin et al. (2021), it was concluded that more than half of the women who experienced violence before and during the pandemic lost their lives and the detention rate of the perpetrators increased.

When evaluated in general, it is seen that the results of the research that the compulsory quarantine practice applied during the pandemic process triggers domestic violence are consistent and supported by the reports of international institutions and organizations and the limited number of research results.

Result

According to the results obtained in the research, women have been exposed to more violence during the pandemic than before the pandemic. During the pandemic, there is a decrease in the nature of the crime of wilful killing and an increase in the crime of wilful injury. The pandemic has had a significant effect on the months in which the protest took place, there was a decrease in violence cases in the first three months, including March, when the pandemic was declared, and an increase in the following months; it has a significant effect on the type of tools of violence used during the pandemic process, there has been an increase in violence cases as a result of beating and strangulation. It has been determined that the pandemic process has an effect on the average age of the victim and perpetrator, that the average age of the perpetrator is higher than the victim's, and that the highest risk group for both perpetrators and victims is the age range of 31-40.

However, before and during the pandemic, more than half of the women who were victims of violence were exposed to systematic violence. More than half of the women who were exposed to violence died as a result of the last act of violence they were exposed to. At least one-third of the women who were victims of violence were threatened by the perpetrator, and more than half of the women who were threatened were victims of violence. Before the pandemic and during the pandemic, at least one-fourth of the women who were victims of violence filed a criminal complaint against the perpetrator, and more than half of the women who filed a criminal complaint died as a result of the last act of violence they were subjected to, and that at least one-fifth of the women who were victims of violence had a restraining order in place against the perpetrator. At least one-fifth of the women who were exposed to violence witnessed the act of violence done by their children. It was determined that at least one-fifth of the perpetrators of the violence had a history of suicide, and they resulted in death or injury in more than half of the cases.

A study found that gender equality has been violated more during the Covid-19 pandemic, and in this context, acts of violence against women have risen significantly in most regions of the world. In our country, in the context of preventing positive discrimination against women as well as ensuring social-gender equality, the adoption of Law No. 6284 on the protection of the family and the prevention of violence against women, the National Action Plan for Combating Violence Against Women, and the Gender Equality National Action Plan are some of the most important practices. Other important practices include the creation of the Men's Equal Opportunity Commission and the impartial and fair implementation of international declarations and sanctions to which it is a party. In this context, severely binding provisions regarding the rehabilitation of the person who has been suspended should be included in the Law 6284 on the Protection of the Family and the Prevention of Violence Against Women. Studies that will support the effect of the suspension decision on the perpetrator with scientific grounds should be emphasized and regulations should be made taking into account the result. The concept of persistent pursuit should take its place in the law. Violent crimes should be excluded from the evaluations of the Administration and Monitoring Board, which was established based on the 13th

and 89th articles of the Law on the Execution of Penalties and Security Measures No. 5275, and a separate and special unit should be established. It is of great importance to seriously implement training programs for raising awareness in societies of gender equality and to take preventive, protective, and remedial measures at the level of states for the factors that cause the increase in acts of violence.

Ethics Committee Approval: N/A.

Peer Review: Externally peer-reviewed.

Author Contributions: Conception/Design of Study- N.Ö., S.A.; Data Acquisition- N.Ö., S.A.; Data Analysis/Interpretation- N.Ö., S.A.; Drafting Manuscript- N.Ö., S.A.; Critical Revision of Manuscript- N.Ö., S.A.; Final Approval and Accountability- N.Ö., S.A.

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.

REFERENCES

- Afacan, E., & Avcı, N. (2020). A sociological view of epidemics through the example of the coronavirus (Covid-19). *Journal of Eurasian Social and Economic Studies*, 7 (5), 1-14.
- Akalın, A. & Ayhan, F. (2021). Intimate partner violence against women in Turkey during the COVID-19 pandemic. *Issues in Mental Health Nursing, Online*, 68-75. <https://doi.10.1080/01612840.2021.1949764>
- Alon, T., Doepke, M., Olmstead-Rumsey, J., & Tertilt, M. (2020). The impact of covid-19 on gender equality. National Bureau of Economic Research. Date of Access: 17.04.2022, Access Address: <http://www.nber.org/papers/w26947.pdf>
- Atan, S.V., & Atan, M. (2017). The effects of violence on women's employment. *TBBB,(Special Issue)*, 285-302.
- Bozkurt, Y., Zeybek, Z., & Aşkın, R. (2020). Covid-19 pandemic: Psychological implications and therapeutic interventions. *Istanbul Commerce University Journal of Social Sciences*, 19 (37), 304-318.
- Bradbury-Jones, C., & Isham, L. (2020). The pandemic paradox: The consequences of COVID-19 on domestic violence. *J ClinNurs*, 29, 2047-9.
- Bullinger, L.R., Carr, J.B., & Packham, A. (2020). Covid-19 and Crime: Effects of Stay-at-Home Orders on Domestic Violence, *National Bureau of Economic Research Working Paper No: 27667*, 1-45.
- Cao, W., Fang, Z., Hou, G., Han, M., Xu, X., Dong, J., et al. (2020). The psychological impact of the COVID-19 epidemic on college students in China. *Psych. Res.* 287:112934.
- Cheng, K. K., Lam, T. H., & Leung, C. C. (2020). Wearing face masks in the community during the COVID-19 pandemic: altruism and solidarity. *The Lancet.* 399(10336), e39-e40.
- Dişsiz, M. ve Hotun, Ş. (2008). A universal women's health problem: violence against women. *Maltepe University Journal of Nursing Science and Art*, 1 (1), 50- 58
- Organization for Economic Cooperation and Development (OECD). (2019). Ranking of countries with the highest prevalence of violence against women. Date of Access: 26.03.2022, Access Address: <https://tr.euronews.com/2022/03/31/erkeklerden-fiziksel-veya-cinsel-siddet-gorenkad-nlar-n-oran-avrupa-ve-oecd-nin-lideri-tu>
- Ergönen, A. T., Biçen, E., & Ersoy, G. (2020). Domestic violence during the covid-19 pandemic. *The Bulletin of Legal Medicine*, 25, 47-56.
- Euronews. (2020). Pandemi ABD'de silah satışları arttı. Date of Access: 19.04.2022, Access Address: <https://tr.euronews.com/2020/03/25/abd-de-koronavirus-endisesi-silah-sat-slar-n-yuzde-800-art-rd>
- Federation of Women's Associations of Turkey [TKDF]. (2020). Terrible picture from TKDF: Violence against women increased by 80 percent in the days of coronavirus. Date of Access: 03.03.2022, Access Address: <https://www.evrensel.net/haber/401726/tkdfdenvahim-tablo-koronaviru-s-gunlerinde-kadina-yonelik-siddet-yuzde-80-artti>
- Fornari, L. F., Lourenço, R. G., Oliveira, R. N. G. D., Santos, D. L. A. D., Menegatti, M. S., & Fonseca, R. M. G. S. D. (2021). Domestic violence against women amidst the pandemic: coping strategies disseminated by digital media. *Revista Brasileira de Enfermagem*, 74, 1-8.
- Görücü, M. (2018). *Legislation in the prevention of violence against women in Turkey, practice in police departments, and the example of Antalya*. Master's thesis, Akdeniz University Institute of Social Sciences, Antalya.
- Gupta, A.H., & Stahl, A. (2020). For abused women, a pandemic lockdown holds dangers of its own. *The New York Times*, Date of Access: 24.03.2022. Access Address: <https://www.nytimes.com/2020/03/24/us/coronavirus-lockdown-domestic-violence.html>
- Güneş, G., & Yıldırım, B. (2019). A Gender-Based War: An Evaluation of the Media Representation of Femicide. *Community and Social Service*, 30(3), 936-964.
- Jang, B., Farise, K., & Gender, B. (2020). Violence during the covid-19 pandemic and economic, social, and cultural rights. Date of Access: 20.03.2022. Access Address: <http://opiniojuris.org/2020/04/23/genderbased-violence-during-the-covid-19-pandemic-andeconomic-social-and-cultural-rights/>
- John, N., Casey, S. E., Carino, G., & McGovern, T. (2020). *Lessons never learned: crisis and gender-based violence*. *Dev World Bilet*.
- KAMER. (2015). 2015 Household Visits Results. Date of Access: 14.04.2022. Access Address: https://www.kamer.org.tr/icerik_.php?id=256

- Karakaş, M. (2020). Covid-19 salgınının çok boyutlu sosyolojisi ve yeni normal meselesi. *İstanbul Üniversitesi Sosyoloji Dergisi*, 40 (1), 541-573.
- KCDP. (2020). We Will Stop Femicide Platform.Nisan 2020 Başvuru Karşılama Raporu. Date of Access: 24.04.2022. Access Address: <http://kadincinayetleriniurduracagiz.net/aciklamalar/2912/nisan-2020-basvuru-karsilama-raporu>.
- Koyuncu, H. (2020). After the Covid-19 outbreak, crime rates have fallen, and domestic violence is increasing. Euronews. Date of Access: 12.04.2022. Access Address: <https://tr.euronews.com>.
- Lemmon, G. T. (2021). Advancing the rights of women and girls in the middle east: an analysis of current trends and u.s. policy. Date of Access: 17.03.2022. Access Address: <https://www.cfr.org/report/advancing-rights-women-and-girls-middle-east-analysis-current-trends-and-us-policy>.
- Leslie, E., & Wilson, R. (2020). "Sheltering in Place and Domestic Violence: Evidence from Calls for Service During COVID-19", *Journal of Public Economics*, Forthcoming, 1-25
- Martı, H. Ö. (2014). *Thematic evaluation of the theses made in the last 10 years on violence against women. Master's thesis. Ege University Institute of Social Sciences, İzmir.*
- O'campo, P., Kub, J., Woods, A., Garza, M., Jones, A. S., Gielen, A. C., & Campbell, J. (2006). Depression, PTSD, and comorbidity related to intimate partner violence in civilian and military women. *Brief Treatment and Crisis Intervention*, 6(2):99.
- Odman, T. (2012). Sexual violence against women. Violence Against Women and Children Symposium with International Participation, Ankara: 27-28 April 2012
- Official Gazette. (2012). Law on Protection of Family and Prevention of Violence Against Women. Law No. 6284, dated 20/3/2012.Date of Access: 19.04.2022. Access Address: <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6284.pdf>
- Orgilés, M., Morales, A., Delvecchio, E., Mazzeschi, C., & Espada, J. P. (2020). Immediate psychological effects of the COVID-19 quarantine in youth from Italy and Spain. *Frontiers in Psychology*, 11, 29-86.
- Palker-Corell, A., & Marcus, D. K. (2004). Partner abuse, learned helplessness, and trauma symptoms. *Journal of Social and Clinical Psychology*, 23 (4), 445-462.
- Singh, J., and Singh, J. (2020). COVID-19 and its impact on society. *Electronic Research Journal of Social Sciences and Humanities*, 2(1):102-106.
- Şahin, H., Çakmak, A., & Erdem, Y. (2021). Examining the effect of the pandemic on violence against women through the cases reflected in the print media. *OPUS International Journal of Society Researches*, 18 (43), 7348-7367.
- T.C. Ministry of Family and Social Policies, (2015). Research on domestic violence against women in Turkey. Hacettepe University Institute of Population Studies, Ankara.
- Taghisoylu, R. (2021). *Investigation of self-confidence and anger control in individuals who have been exposed to domestic violence in childhood.* Master's thesis, Selcuk University Institute of Social Sciences, Konya.
- Tjaden, P., & Thoennes, N. (2000). *Full report of the prevalence, incidence, and consequences of violence against women.* Washington, DC: U.S. Department of Justice.
- Uçar, A. (2016). Violence against women in the national press with statistical data. *Journal of İnönü University Faculty of Law*, 7 (2), 315-364.
- UNFPA (2020). World Population Report 2020 Summary.Date of Access: 12.03.2022. Access Address: <https://turkey.unfpa.org/tr/publications/unfpa-d%C3%BCnya-n%C3%BCfus-raporu-2020-%C3%B6zeti.adresinden>
- United Nations Development Programme, (2020), Covid-19 Global Gender Response Tracker. Date of Access: 11.04.2022. Access Address: <https://data.undp.org/gendertacker/>.
- United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). (2019). 2019 Global Murder Report. Date of Access: 22.03.2022, Access Address: 22.03.2022 <https://www.indyturk.com/node/50046/haber/bm-kad%C4%B1n-cinayetleri-raporu-kad%C4%B1nlar-i%C3%A7in-en-tehlikeli-yer-evleri>
- Usher, K., Bhullar, N., Durkin, J., Gyamfi, N., & Jackson, D. (2020). Family violence and COVID-19: Increased vulnerability and reduced options for support. *Int J Ment Health Nurs*. 29(4): 549-552.
- Vergeer, M. and Hermans, L. (2008). Analyzing online political discussions: methodological considerations. *Javnost/The Public* 15, 37–56.
- Walker, L.E.A. (2000). *The Battered Women Syndrome*. 2ed Edition, USA: Springer Publishing Company.
- Wallace, C. L., Wladkowski, S. P., Gibson, A., & White, P. (2020). Grief during the COVID-19 pandemic: considerations for palliative care providers. *Journal of Pain and Symptom Management*, 60, 70-76.
- Wang, C., Pan, R., Wan, X., Tan, Y., Xu, L., Ho, C. S., & Ho, R. C. (2020). Immediate psychological responses and associated factors during the initial stage of the 2019 coronavirus disease (COVID-19) epidemic among the general population in China. *International journal of environmental research and public health*, 17 (5), 1729
- WHO. (2014). World health organization. Healthcare for women subjected to intimate partner violence or sexual violence a clinical handbook -field testing version. Geneva, Switzerland: world health organization, Date of Access: 17.04.2022. Access Address: <https://www.who.int/reproductivehealth/publications/violence/vaw-clinical-handbook/en/>.
- WHO. (2020). COVID-19 and violence against women: What the health sector/system can do. World Health Organization Date of Access: 09.05.2022. Access Address: <https://www.who.int/reproductivehealth/publications/vaw-covid-19/en/>
- WHO. (2002). Word Report on Violence and Health: Summary. Geneva. Date of Access: 17.04.2022. Access Address: http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/42495/9241545615_eng.pdf;jsessionid=E51A2EEB2DDCA368479972BAD2628CA?sequence=1

- Yılmaz, B. (2006). *Posttraumatic stress symptoms and variables associated with posttraumatic growth in Search and Rescue studies*. Unpublished doctoral thesis, Ankara University Institute of Social Sciences. Ankara.
- Zara, A., & İnci, M. (2008). A compilation on domestic violence. *Turkish Psychological Writings*, 11 (22), 81-94.
- Zeyrek, R. (2022). Evaluation Of Violence Against Women During The Covid- 19 Pandemic In Turkey In Terms Of Routine Activities Theory. Master's Thesis. Istanbul University, Institute of Social Sciences, İstanbul.

HOW CITE THIS ARTICLE

Özkan N, Atasoy S, 'Violence by a Female Confidant in Turkiye in the Covid-19 Pandemic: The Gender Shadow Pandemic' (2023) 11(1) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 57.

Uluslararası Sözleşmeler Işığında Türk Hukukunda Çocuk Pornografisi Kavramı

The Concept of Child Pornography in Turkish Law in Consideration of International Conventions

Şölen ÇAKIROĞLU^{1,2} 

¹Araştırma Görevlisi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye

²Doktora Öğrencisi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku, İstanbul, Türkiye

ÖZ

Çocukların istismarının en uç noktasını çocuk pornografisi teşkil etmektedir. Bu nedenle çocuk pornografisinin önlenmesi için uluslararası düzenlemeler yapılmış ve bu düzenlemelerde devletlerin kendi iç hukuklarında çocuk pornografisine ilişkin fiilleri suç olarak düzenlemelerine ilişkin çağrılarda bulunulmuştur. Bu doğrultuda da çocuk pornografisi birçok ülkede suç olarak düzenlenmiş ve çocuklar korunmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda her ne kadar birçok uluslararası ve ulusal düzenlemede konuya ilişkin çeşitli tanımlar bulunsa da günümüzde hala kavramın içeriğine ilişkin problemler bulunmaktadır. Bunların çözümü adına çalışma kapsamında uluslararası mevzuatlarda ve mahkeme kararlarında verilen tanımlara ve bu tanımlarda vurgulanan çocuk pornografisinin değişik boyutlarına ve özellikle problemler noktalara değinilecektir. Bu kapsamda çocuk pornografisi kavramına ilişkin olarak genel bir çerçeve çizilmeye çalışılacaktır. Kavramın içeriğinin doldurulması bu kapsamda kalan suçların kapsamının belirlenmesi açısından oldukça önemlidir.

ABSTRACT

Child pornography tops the list of child abuse. For this reason, international regulations have been made to prevent child pornography, and states have been requested to regulate acts related to child pornography as crimes within their domestic laws. Accordingly, child pornography has been regulated as a crime in many countries with the aim of protecting children. In this context, although various definitions exist regarding the concept of child pornography in many international and national regulations, problematic issues still exist regarding the contents of the concept. In order to provide a legal remedy, this study will discuss within its scope the definitions provided in international regulations and court decisions, as well as the different dimensions of child pornography these definitions emphasize, especially the problematic points. In this context, the study will attempt to draw a framework for the concept of child pornography. Filling out the content of the concept will also be substantial in terms of determining the scope of the crime.

Anahtar Kelimeler: Çocuk pornografisi, müstehcenlik, çocuğun yüksek yararı

Keywords: Child pornography, obscenity, children's best interests

EXTENDED ABSTRACT

Child pornography has become more widespread with the development of the Internet and virtual platforms and has created one of the biggest dangers on the Internet for children. When considering that child pornography also involves their being sexual abused, the importance of the issue becomes too great to ignore. For this reason, child pornography has been seen as a problem that should be solved not only by legal experts, but also by psychiatrists, sociologists, educators, and parents, with studies also having been carried out in every discipline to prevent the current problem. In line with this purpose, some regulations have been passed to prevent child pornography, with international regulations having called upon states to criminalize acts related to child pornography, as well as allowing children access to pornographic products. Despite states having regulated child pornography as a crime in their domestic laws, uniformity generally does not exist in its definitions. To say that the reason for these inconsistencies is due to how the concept is interpreted differently in terms of social understanding would not be wrong. For instance, even

Corresponding Author: Şölen Çakiroğlu E-mail: solencakiroglu@hotmail.com

Submitted: 21.09.2022 • **Revision Requested:** 16.03.2023 • **Last Revision Received:** 07.04.2023 • **Accepted:** 10.04.2023 • **Published Online:** 17.05.2023



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

different interpretations within the legal sense of the concept of child exist, despite this concept being considered very basic. As an accordant example, different penalties in German criminal law are given regarding the use of children between 14-18 and those under 14 years of age in pornographic products. Should this type of grouping be made among children in this regard? Various interpretations of even simple-looking concepts, such as children have major practical significance. For this reason, consensus regarding the child pornography concept must first be reached so that standard regulations can be made regarding the prevention of child pornography within the framework of international requirements, as well as to regulate and adapt domestic law in light of international conventions. Although definitions of the subject are found in many international and domestic regulations, the concept still has problematic points.

One of the points that should be mentioned in this regard is the concept of child pornography itself. When considering that a child's best interests is a value that needs to be protected to a high degree, how accurate would be the use of the concept of pornography? Despite the familiarity of the usage of child pornography, the concept of pornography here is insufficient for protecting children from sexual abuse. As a matter of fact, when looking at general definitions, the concept of pornography is briefly described as materials in which people are made into sexual objects and shown with just aesthetic concern for the purpose of sexual arousal. In this case, if child pornography is interpreted as the use of children in pornographic products within the scope of its literal meaning, only very grave actions on children would be considered within the scope of child pornography. Although child pornography is more commonly used as a general concept, the Turkish Penal Code does not contain the concept of child pornography, with all acts related to child pornography being regulated under the crime of obscenity.

Obscenities are defined as products that carry no artistic, scientific, or literary value; that offend the sense of social Decency; that aim at feelings of lust; and that are produced only to satisfy these feeling. When considering both concepts in the light of the definitions and explanations in the doctrine, the scope of the concept of obscenity can clearly be seen to be more comprehensive than the concept of pornographic products. Therefore, to say that the term "obscenity" as used in the Turkish Criminal Code rather than the term "child pornography" and the search for obscene products in terms of the occurrence of a crime provide more effective protection for children would not be wrong. This study discusses the distinctions between obscenity and pornography and compares them with other concepts in this context. In addition, the study emphasizes what criteria determine the distinction between these concepts.

In conclusion, the study has first compiled within its scope the definitions in international regulations regarding the concept of child pornography. Rather than giving only definitions here, the study also compares the definitions found in these regulations with one another. Afterward, the study evaluates the regulations regarding child pornography in the Turkish Penal Code in light of all these definitions and discusses which of these definitions is able to provide more effective protection for children. When making these determinations, the study also takes into consideration Turkish and foreign judgments, as well as the criteria that have been brought in the context of these decisions. In addition, comparing concepts and criteria developed within the framework of court decisions will in fact be very useful in determining what content the concepts should contain.

GİRİŞ

Teknolojinin gelişmesinin ve internetin yaygınlaşmasının olumlu yanları bulunduğu kadar olumsuz da birçok yanı bulunmaktadır. Günümüzde teknoloji, bilişim sistemleri ve iletişim alanındaki gelişmeler ile birlikte suçların işlenmesi de kolaylaşmış ve farklı tipte suçlar meydana gelmiştir. Bu nedenle ulusal mevzuatlardaki düzenlemeler bu suçlar açısından yetersiz kalmış ve uluslararası sözleşmeler bu konuda yön gösterici olmuştur.

Nitekim suçların daha kolay işlenebilir bir hal alması özellikle de müstehcen ve pornografik içerikli görüntülerin bilişim sistemleri aracılığıyla iletiminde, dağıtımında ve satımında kendini göstermektedir. Çocuk pornografisi de internetin, yani sanal ortamın gelişmesi ile birlikte oldukça yaygın bir hale gelmiş ve internetin çocuklar üzerindeki en önemli zararlarından birini oluşturmuştur. Çocuk pornografisinin önlenmesi için çeşitli düzenlemeler yapılmış ve uluslararası düzenlemelerle devletlerin çocuk pornografisine ilişkin fiilleri ve çocukların pornografik ürünlere erişiminin suç olarak düzenlenmesi için çağrıda bulunulmuştur. Her ne kadar bu doğrultuda devletler çocuk pornografisini iç hukuklarında suç olarak düzenlemiş olsa da bu düzenlemeler çeşitli şekillerde yapılmıştır. Bu nedenle bu çalışmada internet üzerinde yaygınlaşan ve suçun sınırlarının belirlenmesi açısından oldukça önemli bir yere sahip olan çocuk pornografisi kavramı incelenecektir. Nitekim her ne kadar birçok uluslararası ve ulusal düzenlemede konuya ilişkin tanımlar bulunsa da günümüzde hala kavrama ilişkin problemler bulunmaktadır.

Böylelikle çalışma kapsamında uluslararası mevzuatlarda ve Türk hukuku bakımından Yargıtay kararlarında verilen tanımlar ve bu tanımlarda vurgulanan çocuk pornografisinin değişik boyutlarına ve özellikle problemler noktalara değinilecektir. Bu kapsamda çocuk pornografisi kavramına ilişkin olarak genel bir çerçeve çizilmeye çalışılacaktır.

I. ÇOCUK PORNOGRAFİSİ KAVRAMINA İLİŞKİN ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

A. GENEL OLARAK

Çocuk pornografisi çocukların cinsel istismarının ulaştığı en uç nokta olarak kabul edilmektedir¹. Bu nedenle de çocuk pornografisi sadece hukukçuların değil psikiyatrların, sosyologların, eğitimcilerin, bilişim sistemi ile ilgili olanların, ebeveynlerin de ilgi alanı olmuş ve çocuk pornografisinin önlenmesi için herkes çalışmalar yürütmüştür. Yürütülen bu çalışmalar neticesinde de çocuk pornografisinin farklı yönlerine odaklanan birçok tanım ortaya çıkmıştır. Ayrıca çocuk pornografisinin aynı zamanda ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğü ile de bir bağlantısı olduğundan bu durum da çeşitli tartışmalara sebebiyet vermiştir. Fakat her ne kadar çocuk pornografisi bu şekilde farklı tanımlamaların ve farklı alanların ilgi alanı da olsa çocuk pornografisinin yasaklanması ve konuya bu denli önem verilmesinin asıl sebebi çocukların cinsel olarak sömürülmesinin önüne geçilmesinin ve çocukların cinsel istismardan korunmasının amaçlanmasıdır.

Gerçekten de çocuk pornografisinde çocuklar cinsel olarak sömürülmekte ve yetişkinlerin yer aldığı pornografinin aksine burada bu sömürünün önlenmesi temel amacı yer almaktadır. Türk Ceza Kanunu'nda yer alan mevcut düzenlemelere de bakıldığında suç kapsamında genel olarak yetişkinlerin yer aldığı pornografik ürünlerin üretilmesinin yasaklanmadığı görülmektedir. Fakat bu ürünlerin üretiminde çocukların kullanılması, bunların çocuklara iletilmesi yasaklanmaktadır. Bu nedenle burada özellikle çocukların cinsel istismarının yani çocukların cinsel olarak sömürülmesinin önüne geçilmek istendiği açıkça görülmektedir.

Çocukların cinsel istismarının önlenmesi, çocukların genelde bir istismar içerisinde olduklarını bilmedikleri de göz önüne alındığında oldukça önemlidir. Genellikle aynı zamanda geniş anlamda bir cinsel istismar da olan çocuk pornografisinin önlenmesi açısından ilk olarak çocuk pornografisine ilişkin bir tanımın yapılması ve bu kapsamda çocuk pornografisinin sınırlarının çizilmesi oldukça önemlidir. Burada tanımlamanın doğru bir şekilde yapılmaması çocuk pornografisinin cinsel istismar veya diğer kavramlarla karışmasına sebebiyet verecek ve bu durum da uygulama alanını ve çocukların korunmasını etkileyecektir. Nitekim örneğin her ne kadar çocuk pornografisi genel olarak çocukların cinsel olarak istismarına neden olabileceği de çocuk pornografisi için pornografiye konu olan materyalin çocuğun cinsel istismarının bir sonucu olması şart değildir². Tam tersi bir etki olarak internet ile bu tarzdaki görüntülerin iletiminin kolaylaşması çocukların cinsel istismara ve şiddete daha çok maruz kalmalarına neden olmaktadır³. Bu nedenle çalışma kapsamında söz konusu kavramlara ilişkin belirlemeler üzerinde durulacaktır.

Türk Ceza Kanunu bağlamında çocuk, 6. maddede belirtildiği üzere henüz on sekiz yaşını doldurmamış olan kişidir. Çocuğa ilişkin tanım genel olarak bu şekilde kabul edilmekle birlikte bu konuda çeşitli ayrımlar yapıldığı görülmektedir⁴. Örneğin Alman Ceza Kanunu'na bakıldığında çocuk pornografisinin düzenlendiği 184b maddesinde çocuk tabiri ile 14 yaşını doldurmamış çocuklar kast edilmektedir. 184c maddesi ile ise genç pornografisi altında 14 yaşını tamamlayan fakat henüz 18 yaşını tamamlamayan gençler korunmaktadır⁵. Nitekim Avusturya Ceza Kanunu'nun pornografiye ilişkin 207a. maddesindeki düzenleme ise 18 yaşını doldurmamış kişileri korumaktadır⁶. Fakat söz konusu maddenin 3. fıkrasında belirtildiği üzere 14 yaşını dolduran ama 18 yaşını doldurmamış ve 14 yaşını doldurmamış çocukların pornografik ürünlerde kullanımı için farklı miktarda cezalar öngörülmüştür. Tüm bunlar göz önüne alındığında genel olarak 18 yaş altının çocuk olarak nitelendirildiği fakat bu kapsamda ceza miktarlarının belirlenmesine ilişkin çeşitli grupların yer aldığı görülmektedir. Bu durum çocuk pornografisine ilişkin düzenlemelerde de kendini göstermiştir. Gerek uluslararası düzenlemeler gerekse ülkelerin mevzuatlarında çocuk pornografisi değişik şekillerde düzenlenmiş olup bu durum tanımlamaların da farklı şekillerde olmasına neden olmuştur.

Bu noktada ilk olarak çocuk pornografisine ilişkin mevcut tanımlamalar incelenmelidir.

B. ULUSLARARASI DÜZENLEMELERDE YER ALAN TANIMLAMALAR

Çocukların bu tür pornografik materyallere ulaşmalarının engellenmesi ve bu tür materyallerin hazırlanmasında bir nesne olarak kullanılması hem Avrupa Birliği hem BM hem de Avrupa Konseyi'nce çeşitli düzenlemelerle yasaklanmış ve devletlere bu yasaklamaları yapmaları konusunda çağrıda bulunulmuştur.

1. Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi

Bu kapsamda çocuk pornografisi kavramı açısından yol gösterici olması amacıyla uluslararası düzenlemelere bakıldığında ilk olarak çocuk pornografisine ilişkin geniş bir düzenlemeye yer veren Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi⁷'ne değinilmelidir. Nitekim

¹ Irina Franke ve Marc Graf, 'Kinderpornografie' [2016] (10) Forens Psychiatr Psychol Kriminol 88- 89; Şerife Çam, 'Çocuk Pornografisi Tartışmalarına İlişkin Sorular' [2003] 1 (2) İletişim Araştırmaları Dergisi 55, 56.

² Veli Özer Özbek, Müstehcenlik Suçu (Seçkin Yayıncılık 2009) 118.

³ Recep Benzer, 'Siber Suçlar ve Teorik Yaklaşımlar' in Hüseyin Çakır, Mehmet Serkan Kılıç (eds), Güncel Tehdit: Siber Suçlar (Seçkin Yayıncılık 2014) 25.

⁴ Avrupa'da çeşitli ülkelerdeki düzenlemeler ve yaş sınırları için ayrıntılı bilgiler için bkz. Marc Liesching, 'Pornografieverbote in Staaten der Europäischen Union' [2003] MMR 156-163.

⁵ Alman Ceza Kanunu madde 184b ve 184c için bkz. <<https://dejure.org/gesetze/StGB/184c.html>> Erişim Tarihi 05 Haziran 2022.

⁶ Avusturya Ceza Kanunu madde 204a için bkz. <<https://www.jusline.at/gesetz/stgb/paragraf/207a>> Erişim Tarihi 05 Haziran 2022.

⁷ Convention On Cybercrime, ETS 185, Budapest, 23.XI.2001.

söz konusu Sözleşme ile de çocuk pornografisine ilişkin ve çocukların bu materyallere erişmelerinin engellenmesi gibi konulara ilişkin olarak devletlere düzenleme yapma yükümlülüğü yüklenmiştir. Ayrıca söz konusu Sözleşme'nin 47'si Avrupa Konseyi üyesi olan ve 25'i Avrupa Konseyi üyesi olmayan ülke üzere ve Türkiye'nin de içerisinde bulunduğu toplamda 72 ülke tarafından imzalandığının da belirtilmesi gerekmektedir⁸. Nitekim bu durum çocuk pornografisine ilişkin düzenlemelerin imzalayan ülkeler tarafından yerine getirileceği düşünüldüğünde oldukça büyük bir önem taşımaktadır.

Siber Suç Sözleşmesi'nin temelinde internet ve bilgisayar ağları araç olarak kullanılarak işlenen suçların önlenmesi ve bu amaçla uluslararası işbirliğinin sağlanması ve bu konuda alınması gereken önlemlerin önemi vurgulanmaktadır. Bu amaç doğrultusunda Sözleşme özellikle bilimsel veri veya sistemlerinin gizliliği, bütünlüğü ve kullanıma açık bulunmasına yönelik suçlar (yasadışı erişim, yasadışı müdahale, verilere, sisteme müdahale), bilişim sistemleri aracılığıyla işlenen sahtecilik suçları, çocuk pornografisi ve fikri mülkiyet haklarının ihlali konuları üzerinde yoğunlaşmaktadır⁹. Nitekim buradan da açıkça anlaşıldığı üzere çocuk pornografisinin yayılması açısından bilişim sistemleri, bilgisayar ağları ve internet büyük bir tehlike doğurmaktadır.

Siber Suç Sözleşmesi'nin çocuk pornografisine ilişkin olan 9. maddesinde ceza hükümlerinin çocuklara karşı işlenen cinsel suçların bilişim sistemleri kullanılarak yapılmasını da kapsamı ve böylelikle çocukların cinsel olarak sömürülmesinin önlenmesi açısından koruyucu önlemlerin artırılması ve bu doğrultuda ülkelerin yasal mevzuatlarını yeniden düzenlemeleri amaçlanmıştır¹⁰.

Siber Suç Sözleşmesi'nin 9. maddesinde bilişim sistemleri kullanılarak çocuk pornografisi ile ilgili suçların işlenmesi hali düzenlenmiş ve suç sayılması gereken fiillerin neler olduğu [bilişim sistemi vasıtasıyla üretmek, temin edilebilir hale getirmek veya göstermek (sunmak, erişim sağlamak), aktarmak, dağıtımını yapmak, yaymak, bilgisayar sistemi vasıtasıyla kendisine veya başkasına temin etmek, sahip olmak (elde bulundurmak)] sayılmıştır. Fakat sözleşme açısından asıl önemli olan husus çocuk pornografisine ilişkin bir tanımın yapılmasıdır. Bu nedenle söz konusu sözleşme çocuk pornografisi açısından oldukça önemli bir yere sahiptir.

Siber Suç Sözleşmesi'nin 9. maddesine göre çocuk pornografisi cinsel içerikli eylemlere reşit olmayan ya da reşit görünmeyen bir kişinin katılımını gösteren veya bunu gerçekçi bir şekilde betimleyen görüntüler olarak tanımlanmaktadır¹¹. Böylelikle sayılan şahısların cinsel içerikli davranışlarda bulunduğu görüntüler çocuk pornografisi açısından yeterli sayılmış madde kapsamında ayrıca cinsel içerikli davranış tanımlanmamış, söz konusu tanıma ilişkin açıklamalara açıklayıcı metinde yer verilmiştir. Söz konusu açıklamalar uyarınca gerçek veya taklit suretiyle olduğuna bakılmaksızın belirtilenlerden birinin gerçekleşmesi "cinsel içerikli eylemin" varlığı için yeterlidir¹²: a) cinsel organ-cinsel organ, oral-cinsel organ, anal- cinsel organ veya oral-anal olmak üzere reşit olmayan kişiler arasındaki, bir yetişkin ve bir reşit olmayan kişi arasındaki aynı ya da farklı cinsiyetler arasında gerçekleşen cinsel ilişki; b) hayvanlarla cinsel ilişki; c) mastürbasyon; d) cinsel anlamda sado- mazoşist kötü muamele; e) reşit olmayan bir kişinin cinsel organlarının ya da cinsel bölgesinin şehvet uyandırıcı bir şekilde teşhiri. Açıklanan şekillerdeki eylemlere çocukların katılması halinde diğer gerekli unsurların da bulunması halinde çocuk pornografisinin unsurları tamamlanmış olmaktadır.

Ayrıca burada söz konusu eylemlerin pornografik bir materyal şeklinde olması gerekmektedir. Maddede yer alan "pornografik materyal" teriminin içinin doldurulması, söz konusu materyallerin müstehcen, genel ahlak kurallarına aykırı veya benzer şekilde yozlaşmış olarak sınıflandırılmasına ilişkin olarak ulusal standartlara tabi tutulmuştur¹³. Böylelikle hangi materyallerin pornografik olarak değerlendirileceği ve bunun sınırları Sözleşme'ye taraf devletlerin iç hukuklarına bırakılmış olmaktadır. Bu durum oldukça yerinde olmakla birlikte bu tür kavramların içeriklerinin ülkeden ülkeye hatta coğrafyadan coğrafyaya değişeceği aşikardır. Nitekim aslında ulusal standartlara tabi tutma çok çeşitli ülkelerin kültürel farklılıklardan da kaynaklanmaktadır¹⁴. Bununla birlikte sanatsal, tıbbi, bilimsel veya benzer bir değeri olan materyaller pornografi kapsamı dışarısında bırakılabilecektir.

Söz konusu tanım açısından diğer problemler nokta ise maddedeki tanımda yer alan görsel tasvir ibaresidir. Bu kapsamda pornografik materyalin görsel tasvir yani bilgisayar disketinde ya da görsel bir görüntüye dönüşebilen diğer elektronik depolama araçlarında saklanan verilerde olması gerekmektedir¹⁵. Bu durumda çocuğa ait bir sesin pornografik bir materyalde kullanılması görsel anlamda tasvir eden pornografik materyal kapsamında değerlendirilecek midir? Nitekim burada her ne kadar görsel tasvir

⁸ İmzalam tarihleri ve imzalayan ülkelerin listesi için bkz. <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185/signatures>> Erişim Tarihi 01 Nisan 22.

⁹ Murat Volkan Dülger, 'Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Çocuk Pornografisinin İnternet Aracılığıyla Yayılmasına Karşı Yapılan Düzenlemeler' [2004] LXXVIII (4) İstanbul Barosu Dergisi, 1487-1488.

¹⁰ Füsün Sokullu-Akıncı, 'Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'nde Yer Alan Maddi Ceza Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle İnternette Çocuk Pornografisi' [2001] LIX (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 30; Dülger (n 9) 1488; Helmut Baier, 'Die Bekämpfung der Kinderpornografie auf der Ebene von Europäischer Union und Europarat' [2004] ZUM, 42.

¹¹ "Çocuk pornografisi: "madde 9'da aşağıda belirtilenleri görsel anlamda tasvir eden pornografik materyalleri içerecektir: a) reşit olmayan bir kişinin yer alması/reşit olmayan şahsın cinsel içerikli davranışta bulunması b) reşit olmayan şahıs görüntüsüne haiz şahsın cinsel içerikli davranışta bulunması c) reşit olmayan şahsın cinsel içerikli eylemlerde bulunmasını betimleyen gerçekçi görüntüler". Bkz. TBMM, Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun Tasarısı ve Dışişleri Komisyonu Raporu (1/676), Sıra Sayısı: 380, 16, <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss380.pdf>> Erişim Tarihi 15 Mart 2022.

¹² Explanatory Report to the Convention on Cybercrime, parç. 100 <<https://rm.coe.int/16800cce5b>> Erişim Tarihi 07 Haziran 22.

¹³ Explanatory Report to the Convention on Cybercrime, parç. 99.

¹⁴ Baier (n 10) 43.

¹⁵ Explanatory Report to the Convention on Cybercrime, parç. 99.

ibaresine yer verilmiş olsa da söz konusu örnek çocuğun cinsel içerikli eylemlerde bulunduğunu betimleyen davranışlar (c bendi) altında pornografik materyal olarak değerlendirilebilecektir. Ayrıca burada sözleşmenin amacı ortak asgari bir standart oluşturmak olduğundan bunun ülkeler tarafından geliştirilmesi de mümkündür¹⁶.

Sonuç olarak maddenin ikinci fıkrasının bentlerinde korunan hukuksal yararları değinilmelidir. Nitekim reşit olmayan bir kişinin cinsel içerikli davranışta bulunmasını düzenleyen a bendi ile birlikte çocukların kötü muameleden doğrudan korunmaları amaçlanmıştır. B ve c bentlerinde ise burada a bendindeki gibi çocuğun uğradığı doğrudan bir zarar bulunmasa da ve hatta c bendi açısından gerçek bir çocuk bulunmasa bile burada bu hususları teşvik edebilecek ya da çocukları ayartabilecek ve böylelikle çocuklara kötü muameleyle izin verebilecek bir anlayışın oluşmasına katkıda bulunabilecek bir alt kültürün oluşmasının önlenmesi amaçlanmıştır¹⁷.

Ayrıca Siber Suç Sözleşmesi'nin 9. maddesinin 3. fıkrasında çocuk pornografisi açısından 18 yaşın altındaki tüm kişilerin reşit olmayan terimi içerisinde değerlendirildiği ama bu konuda imzalayan ülkelerin 16'dan daha küçük olmamak şartıyla daha düşük bir yaş sınırını talep edebileceği belirtilmiştir. Her ne kadar söz konusu düzenleme çocukların korunması açısından yaş olarak sınırlı bir düzenleme getirirse de direktifler¹⁸ de göz önüne alındığında 18 yaşının altındaki çocukların istisnasız bir şekilde korunduğu görülmektedir¹⁹.

Sonuç olarak çocuk pornografisinin üretiminde ve dağıtımında başlıca bir araç olarak internetin kullanılmasının yaygınlaşması bu konunun önemini arttırmış ve konuya ilişkin uluslararası mahiyette genel bir düzenlemenin ihtiyacını göstermiştir. Nitekim internet üzerinden bu şekilde kolaylaşan iletimlerin çocuklara karşı cinsel suçların işlenmesini kolaylaştırdığı ve bazı durumlarda teşvik ettiği dahi ileri sürülmektedir²⁰. Bu nedenle de konuya ilişkin olarak Siber Suç Sözleşmesi'nde ayrıntılı bir düzenleme yapılmış ve çocuk pornografisinin üretiminden bulundurulmasına kadar zincirin tüm halkaları Sözleşme uyarınca çocuk pornografisi altında düzenlenmiştir²¹. Bu kapsamlı düzenlemede ayrıca sadece yasal olarak çocuk olanlar değil çocuk görünümündeki kişiler, çizgi filmler de (gerçek veya kurgusal) çocuk pornografisi altında değerlendirilmiştir. Çünkü çocuklar dış görünüşten bağımsız olarak korunmalıdırlar²². Ayrıca buna ek olarak maddede her ne kadar cinsel içerikli davranışta bulunması dense de burada çocuk pornografisinden söz edilmesi için söz konusu görüntülerin çocukların cinsel istismarı sonucunda elde edilmiş olması şart da değildir²³. Nitekim her ikisi ayrı birer suç olarak düzenlenmiş olup birinin oluşması diğerine bağlı değildir.

2. Çocuk Hakları Sözleşmesi

Çocuk haklarını düzenleyen en temel sözleşmelerden biri olan ve çocukların "Magna Cartası" olarak tanımlanan²⁴ 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilerek 2 Eylül 1990 yılında yürürlüğe giren BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde²⁵ çocuk hakları çok yönlü boyutları ile ele alınmıştır. Sözleşme'nin 34. maddesinde çocukların, herhangi bir cinsel faaliyete zorlanmalarının, fahişeliğe sürüklenmelerinin veya pornografik nitelikteki gösterilerde ve malzemede kullanılarak sömürülmesinin önlenmesi için ulusal düzeyde yasal tedbirlerin alınması devletlerden talep edilmektedir. Çocuk pornografisine söz konusu Sözleşme'de sadece cinsel sömürü ve suistimale karşı taraf devletlerin güvence vermesini öngören 34. maddede yer verilmiştir. Buna ek olarak çocuk pornografisi ayrı bir maddede düzenlenmemiştir. Ayrıca Sözleşme'de internet aracılığıyla çocuk pornografisiyle mücadeleyle yönelik düzenlemeler, o dönem internet yeni gelişmekte olduğundan yer almamaktadır²⁶. Bu nedenle eksikliklerin giderilmesi amacıyla Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol²⁷ kabul edilmiştir.

Söz konusu Protokol de içerisinde çocuk pornografisine ilişkin bir tanım barındırdığından önemli bir yere sahiptir. Protokol'ün 2-c. maddesinde yer alan tanım uyarınca çocuk pornografisi; "*çocuğun gerçekte veya taklit suretiyle bariz cinsel faaliyetlerde bulunur şekilde herhangi bir yolla teşhir edilmesi veya çocuğun cinsel bölgelerinin ağırlıklı olarak cinsel amaç güden bir şekilde gösterilmesi anlamına gelir.*"²⁸ Verilen tanımda da gerçek çocukların ve taklit edilmek suretiyle çocukların cinsel faaliyetlerde bulunur şekilde gösterilmesi çocuk pornografisi kapsamında değerlendirilmiştir. Burada yer alan "gerçekte veya taklit suretiyle

¹⁶ Baier (n 10) 43.

¹⁷ Explanatory Report to the Convention on Cybercrime, parç. 102; Sokullu-Akıncı (n 10) 33.

¹⁸ 13.12.2011 tarih 2011/95/EU sayılı Direktif madde 2/k için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32011L0095>> Erişim Tarihi 19 Haziran 22.

¹⁹ Ulrich Sieber, İnternetteki Suçlar ve Suçun İnternette Takibi (Yener Ünver ed, Yener Ünver, Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu trs, Seçkin Yayıncılık 2014) 81.

²⁰ Sokullu-Akıncı (n 10) 31. Çocuk pornografisinin de cinsel suçlar kapsamında temas gerektirmeyen bir suç olduğuna ilişkin olarak bkz. Franke ve Graf (n 1) 88.

²¹ Sokullu-Akıncı (n 10) 32; Dülger (n 9) 1493.

²² Tatjana Hörnle, 'StGB § 184b' in Münchener Kommentar zum StGB (Band 3, 4. bs., C.H. Beck 2021) p. 12.

²³ Özbek (n 2) 118.

²⁴ Sokullu-Akıncı (n 10) 3.

²⁵ Türkiye tarafından 14.10.1990 tarihinde imzalanan Sözleşme, Bakanlar Kurulu'nun 23 Aralık 1994 tarih ve 94/6423 sayılı kararının 27.01.95 tarih ve 22184 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanması ile yürürlüğe girmiştir.

²⁶ Pınar Memiş Kartal, Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı (Der Yayınları 2014) 71.

²⁷ Türkiye Protokolü 9 Mayıs 2002'de onaylamış ve onaylayan Kanun 14 Mayıs 2002'de Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

²⁸ Protokol'ün tamamının çevirisi için bkz. <<https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4755.html>> Erişim Tarihi 15 Haziran 2022. İngilizce metni için bkz. <<https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/crc-sale.pdf>> Erişim Tarihi 15 Haziran 2022.

(*simulated*)” ibaresi her ne kadar çocuk görüntüsüne haiz bir yetişkini kapsasa da çocuğun cinsel içerikli eyleme katılımını betimleyen gerçekçi görüntüleri kapsayıp kapsamadığı söz konusu ibareden tam olarak çıkarılamamaktadır. Bu nedenle burada söz konusu Protokol’ün çevrilmesinde taklit suretiyle ibaresinden çok temsili bir şekilde/benzeştirerek ibaresinin kullanılması Protokol’ün kapsamının belirtilmesi açısından daha uygun bir nitelikte olacaktır. Çünkü burada kast edilmek istenen gerçek gibi görünen ama aslında gerçek olmayan bir şeyin gerçekleştirilmesi veya yapılmasıdır.²⁹

Ayrıca burada diğer tanımlarda yer almayan bir ibare olarak çocuğun cinsel bölgelerinin ağırlıklı olarak cinsel amaç güden bir şekilde gösterilmesi ifadesi dikkat çekmektedir. Böylelikle bazı durumlarda çocuğun cinsel uzuvlarının çekilmesi her ne kadar cinsel bir amaç gütmese de çocuk pornografisi altında değerlendirilebilecektir. Bu nedenle söz konusu tanımlamanın diğer tanımlamalara kıyasen daha geniş mahiyette olduğu gözükmektedir. Ayrıca Protokol’ün 3. maddesinin 1. fıkrasının c bendi uyarınca çocuk pornografisinin belirtilen amaçlar için üretimi, dağıtımı, yayılması, ithali, ihracı, sunumu, satışı veya bulundurulmasının cezalandırılmasının taraf devletlerce garanti edilmesi öngörülmüştür. Nitekim Protokol kapsamında taraf devletlerden bu fiilleri vahametini dikkate alan, uygun cezalarla cezalandırılan düzenlemeleri yapması beklenmektedir (madde 3/3).

3. Kötü Şartlardaki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Eylem Sözleşmesi

Çocuk pornografisinin yasaklandığı diğer bir sözleşme de Uluslararası Çalışma Örgütü’nün temel haklara ilişkin 8 sözleşmesinden biri olan 17 Haziran 1999 tarihinde kabul ettiği 182 No’lu Kötü Şartlardaki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Eylem Sözleşmesi³⁰ dir (C182 - Worst Forms of Child Labour Convention, (No. 182)). Sözleşme Türkiye tarafından 4623 sayılı Kanun ile 25 Ocak 2001’de onaylanmış ve 3 Şubat 2001’de Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Sözleşme’de her ne kadar çocuk pornografisine ilişkin bir tanım yer almamaktaysa da Sözleşme’nin 3. maddesinde çocuk pornografisi “en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliği” olarak değerlendirilmiştir. Nitekim söz konusu belirleme oldukça yerindedir çünkü günümüzde çocuk köleliği/işçiliği; çocukların ticareti, çocuk fahişeliği ve çocuk pornografisi haline bürünmüştür³¹. Sözleşme’nin 3. maddesi uyarınca pornografik yayınların üretiminde veya pornografik gösterilerde kullanılması, bu yayınlar için çocuğun tedarik edilmesi veya bir çocuğa bunun teklif edilmesi halleri en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliği olarak değerlendirilmiştir. Maddede yer alan bu fiiller her ne kadar diğer düzenlemelerdeki kadar kapsamlı olmasa da çocuk pornografisine ilişkin düzenlemelerin birçok alanda yer alması açısından önem arz etmektedir. Nitekim belirtildiği üzere çocuk pornografisinin birçok boyutu olduğundan bu sözleşmede de çocuk pornografisinin çocuk işçiliği boyutu vurgulanmış olmaktadır.

4. Avrupa Birliği Çocukların Cinsel Sömürüsü ve Çocuk Pornografisi ile Mücadele Hakkında 22.12.2003 Tarihli ve 2004/68/JHA Sayılı Çerçeve Kararı

Avrupa Birliği Konseyi’nin çerçeve kararı genel olarak çocukların cinsel istismarı ve çocuk pornografisi ile mücadele açısından büyük bir önem taşımaktadır. Belgede anılan ilk önemli husus, çerçeve kararda kullanılan tanımların zorunlu olarak yapılmasına ilişkindir³². İlk olarak burada çocuk tanımının 18 yaşından küçük herkesi kapsadığı vurgulanmıştır. Buna ek olarak çocuk pornografisine ilişkin kavramsal açıklama da yer almaktadır. Bu tanım uyarınca çocuk pornografisi; “cinsel organların veya çocuğun kasık bölgesinin şehvet duygusu uyandıracak şekilde gösterimini içeren cinsel içerikli bir davranış ile bağlantılı olan veya cinsel içerikli bir davranışa katılan gerçek bir çocuğu veya cinsel içerikli bir davranış ile bağlantılı olan veya cinsel içerikli bir davranışa katılan çocuk görünümünde olan gerçek bir kişiyi veya gerçekte olmayan bir çocuğu gerçekçi görüntülerle resmeden veya açıkça betimleyen pornografik materyaller” olarak tanımlanmaktadır³³.

Tanımda da açıkça belirtildiği üzere burada görünüşte çocuk pornografisi olarak adlandırılan ve yetişkin olduğu halde çocuk gibi görünen kişiler de çocuk pornografisi altında değerlendirilmiştir. Görseldeki kişinin çocuk olup olmadığının tespiti her zaman kolay olmayabilmektedir. Nitekim bu durum yetişkin fakat çocuksu bir görünüme sahip olan kişiler açısından da geçerlidir. Bu durumda sadece salt yaş tespitinin temel alınması çocukların korunması açısından yeterli görülmemelidir. Her ne kadar yaşı 18’den büyük bir yetişkin söz konusu da olsa görünümü çocuk gibi ise yine çocuk pornografisine ilişkin korumalar uygulanmalıdır. Fakat burada örneğin mağdurun kimlik veya yaş tespitinin yapılamadığı veya yetişkin fakat çocuk görünümünde olmanın tespiti nasıl yapılacaktır? Bu doğrultuda yetişkin bir bireyin çocuksu görünümünün belirlenmesinde objektif/nesnel bir gözlemci tarafından yapılacak bir tespitin temel alınması önerilmektedir. Böylelikle objektif gözlemci nezdinde çocuk görünümüne sahip olma çocuk pornografisi olarak değerlendirme için yeterli olacaktır. Tereddüt edilen durumlarda ise örneğin açıkça fark edilecek şekilde

²⁹ <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/simulate>> Erişim Tarihi 15 Haziran 2022.

³⁰ Sözleşme’nin Türkçe çevirisi için bkz. <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss457m.htm>> Erişim Tarihi 19 Haziran 2022. Sözleşme’nin orijinal hali için bkz. <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/fp=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C182> Erişim Tarihi 19 Haziran 2022.

³¹ Sokullu-Akinci (n 10) 36.

³² Leo Stilo, ‘Çocuk Pornografisine Karşı Avrupa Birliğinin Müdahalesi: 22 Aralık 2003 Tarihli 2004/68 GAI Konseyin Çerçeve Kararı Hakkında Bir Yorum’ (Vesile Sonay Evik tr) in Yener Ünver (Ed), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi-4, Çocuklar ve Suç- Ceza (Seçkin Yayıncılık, 2005) 471.

³³ Council Framework Decision 2004/68/JHA of 22 December 2003 on Combating The Sexual Exploitation of Children and Child Pornography, Metin için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32004F0068&from=en>> Erişim Tarihi 25 Haziran 2022.

bir çocuk odasının bulunduğu bir ortam gibi açık etkenlerin çocuk pornografisi kapsamında değerlendirilmede etkili olacağı belirtilmektedir³⁴.

Ayrıca çerçeve karar, çocuk pornografisini daha da genişleterek aslında gerçekte var olmayan bir çocuğun pornografik materyaller içerisinde yer almasını da tanım içerisinde değerlendirmiştir. Nitekim çocuk pornografisinin bu şekilde gerçekleştirilmesi hali de doktrinde sanal çocuk pornografisi olarak belirtilmektedir³⁵. Söz konusu çerçeve karar diğer düzenlemelerde de olduğu üzere çocuk pornografisini kapsamlı bir şekilde düzenlemiş ve çocuk pornografisini cinsel içerikli davranış ile birlikte değerlendirmiştir. Fakat burada farklı olarak çocuk pornografisi için çocukların cinsel organlarının veya kasık bölgelerinin şehvet duygusu uyandıracak bir şekilde gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu şekilde bir ibare çocukların cinsel organlarının veya kasıklarının gözükmeyeceği durumları kapsam dışı bırakacağından çocuk pornografisine ilişkin genel tanımı oldukça daraltmaktadır. Fakat burada söz konusu ibarenin esasında örnekleyici bir mahiyette olduğu ve burada kanun koyucu tarafından bilinçli olarak önceki pornografik materyal tanımı içerisine giren pornografik materyale basit bir örnek verilmek istendiği ileri sürülmüştür³⁶.

Ayrıca çerçeve karar çocuk pornografisini oluşturan hareketler açısından kapsamlı bir belirleme yaparak tanımlanan pornografik materyallerin üretimi, dağıtımı, yayımı, iletimi, temin ve tedarik edilmesi, sunulması, bulundurulması, tedarik edilmesi hareketlerinin ve bu hareketlere azmettirme, yardım, yataklık ve teşebbüs hallerinin cezalandırılabilir kılınması gerektiğini öngörmüştür.

5. Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin Çocukların Cinsel İstismarı, Cinsel Sömürüsü ve Çocuk Pornografisiyle Mücadele ile İlgili 13 Aralık 2011 tarih ve 2011/93/EU sayılı Direktifi

Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin Çocukların Cinsel İstismarı, Cinsel Sömürüsü ve Çocuk Pornografisiyle Mücadele ile İlgili 13 Aralık 2011 tarih ve 2011/93/EU sayılı Direktifi çocuk pornografisi tanımına ve bu kapsamda değerlendirilen fiillere ilişkin aşağıda ayrıntılı ele alınacak olan Lanzarote Sözleşmesi'ni geliştirmiş ve güncellemiştir³⁷. Bu nedenle bu benzer kısımlarla ilgili ayrıntılı açıklamalara tekrara düşmemek adına alt başlık altında yer verilecektir.

2009 Stockholm programında çocuk pornografisi ve internet suçlarına ilişkin önlemlere ve çalışmalara öncelik verilmiş ve bu kapsamda eylem planında üç önlem belirtilmiştir. Bunlardan ilki çocuk pornografisi ile mücadeleye ilişkin bir direktif, diğerleri de internet üzerinden çocuk pornografisinin yayılması ile bağlantılı para transfer süreçlerinin önlenmesini amaçlayan kamusal veya özel şirketlerin teşviki ve daha güvenli internet ortamının sağlanması için önlemlerin teşvikidir³⁸. Bu doğrultuda çıkan 2004/68/JHA sayılı Çerçeve Kararı'nın yerine geçen Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin çocukların cinsel istismarı ve cinsel sömürüsüyle çocuk pornografisine karşı mücadeleyle ilgili 13 Aralık 2011 tarih ve 2011/93/EU sayılı Direktif'i de çocuk pornografisinin tanımlanmasına ilişkin temel belge olup eksikliklerin tamamlanması açısından büyük bir önem arz etmektedir³⁹. Diğer belgelerdeki gibi burada da temel argüman yeni teknolojiler ve özellikle internetin kullanımı ile birlikte çocukların cinsel istismarını doğuran çocuk pornografisinin artması ve yaygınlaşmasıdır.

Direktif kapsamında diğer düzenlemelerdeki gibi 18 yaşın altındakiler çocuk kabul edilmekle birlikte çocuk pornografisi 4 alt başlık altında ele alınmıştır: (1) Bir çocuğun gerçek veya temsili/benzeştirilmiş (*simulated*) şekilde cinsel içerikli bir davranış ile bağlantılı olarak tasvir eden herhangi bir materyal veya (2) bir çocuğun cinsel organının esas itibarıyla ve öncelikle cinsel bir amaçla ve herhangi bir şekilde tasvir edilmesi/gösterilmesi; (3) çocuk gibi görünen birinin gerçek veya temsili/benzeştirilmiş (*simulated*) şekilde cinsel içerikli bir davranış ile bağlantılı olarak veya cinsel organının esas itibarıyla ve öncelikle cinsel bir amaçla ve herhangi bir şekilde gösteren herhangi bir materyal; (4) cinsel amaç doğrultusunda cinsel içerikli bir davranış ile bağlantılı olarak bir çocuğun veya çocuğun cinsel organının gerçekçi görüntüleri çocuk pornografisi kapsamında değerlendirilmektedir.

Özetle bir çocuğun veya çocuk gibi görünen birinin gerçek veya temsili/benzeştirilmiş (*simulated*) şekilde cinsel içerikli bir davranış ile bağlantılı olarak veya cinsel bir amaçla cinsel organın tasviri çocuk pornografisi kapsamında kalmaktadır. Bu kapsamda diğer düzenlemelerdeki gibi sadece çocuklar değil, çocuk görünümünde veya bu görünüme bürünmüş yetişkinlerin bulunması halinde de cezalandırma gerekecektir.

Ayrıca Direktif kapsamında çocukların cinsel istismara karşı korunması temel alındığından çocukların fiziksel temas içermeyen fiillere karşı da korunduğu görülmektedir. Bu amaç doğrultusunda çocukların cinsel faaliyetlere ve pornografik içeriklere tanık olmalarına ilişkin düzenlemelere de yer verilmiştir.

Devletler bu kapsamda kalan ürünlerin üretilmesi, edinilmesi, bulundurulması, erişim sağlanması, dağıtımı, yayımı, iletimi, teklif edilmesi, sunulması, temin ve tedarik edilmesi, ulaşılabilir hale getirilmesi ve bilgi ve iletişim teknoloji kullanarak çocuk

³⁴ Fakat örneğin fiziksel olgunluğu ile yetişkin olduğu açıkça belli olan biri söz konusu olduğunda, çocuk kıyafeti veya oyuncak gibi aksesuarlar bulunmasının tek başına çocuk pornografisi kapsamında değerlendirilmek için yeterli olmadığı yönünde bkz. MüKoStGB/Hörmle (n 22) p. 13.

³⁵ Stilo (n 32) 472.

³⁶ Stilo (n 32) 472.

³⁷ International Centre for Missing and Exploited Children, Online Grooming of Children for Sexual Purposes: Model Legislation & Global Review (1. Edition, 2017) 24.

³⁸ Marco Gercke, 'Die EU Richtlinie zur Bekämpfung von Kinderpornographie' [2012] (8) Computer und Recht 521.

³⁹ Tam metin için bkz. < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:L:2011:335:TOC>>.

pornografisine bilerek erişmeyi cezalandırmak üzere gerekli önlemleri almakla mükelleftir. Cezalandırılması gereken hareketlere bakıldığında 2004/68/JHA Sayılı Çerçeve Kararı'nda belirtilenlerin aynen sayıldıkları görülmektedir⁴⁰. Fakat bunlara bilgi ve iletişim teknoloji kullanarak çocuk pornografisine bilerek erişmek de eklenmiştir⁴¹. Bu ekleme ile kalıcı depolamayla ilişkili olmayan videoların görüntülendikten sonra kaybolduğu (Streaming Video) tüketici faaliyetleri de kapsam altına alınmıştır⁴². Böylelikle internet ve teknolojinin gelişimi ile doğru orantılı olarak suç oluşturan hareketlerin de revizesi ve çağın gereksinimlerine uyarlama sağlanmaya çalışılmıştır.

6. Avrupa Konseyi “Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi” Lanzarote Sözleşmesi

Çocuk pornografisi açısından diğer önemli bir düzenleme ise Avrupa Konseyi'nin 25.10.2007 tarihinde imzaya açılan ve 01.07.2010 tarihinde yürürlüğe giren ve Lanzarote Sözleşmesi olarak da anılan “Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi”dir (Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse). Söz konusu Sözleşme Türkiye tarafından da 07.12.2011 tarihinde onaylanmış 01.04.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁴³. Ayrıca bu sözleşme çocuklara karşı işlenen cinsel suçların önlenmesi ve çocuk mağdurların korunması açısından da oldukça önemli bir yere sahiptir. Nitekim Sözleşme'nin giriş bölümünde çocukların özellikle çocuk pornografisi ve fuhuş yoluyla cinsel suiistimallerinin ve çocukların her türlü cinsel istismarlarının çocukların gerek sağlığı gerekse de gelişimleri üzerinde önemli seviyede bir zarara sebebiyet verdiği belirtilmiştir. Ayrıca çocuklara yönelik cinsel istismarlarda genellikle bunları gerçekleştiren kişilerin bilişim sistemlerine ilişkin teknolojileri daha çok kullanmaya başladığı ve bu durumun da çocukların cinsel istismarının korkunç bir seviyede artmasına sebebiyet verdiği ve bu nedenle de Sözleşme ile asıl olarak çocukların cinsel istismarının önlenmesinin amaçlandığı vurgulanmıştır⁴⁴. Ayrıca Sözleşme ile çocuklar için telefon ve internet yardım hatlarının kurulması ve çocukların cinsel istismarının ve taciz şüphelilerinin ihbar edilmesi hususunda kişilerin teşvik edilmesine ilişkin konular da düzenlenmiştir⁴⁵.

İlk olarak Sözleşme'de yer alan çocuk pornografisi tanımına değinilirse 20. maddenin 2. fıkrası uyarınca “bir çocuğun gerçek veya temsili/benzerleştirilmiş (simulated⁴⁶) bir şekilde bir cinsel davranış ile bağlantılı olarak görsel olarak tasvir eden veya bir çocuğun cinsel organının esas itibarıyla cinsel bir amaçla tasvir eden/gösteren”. her türlü materyal çocuk pornografisi olarak değerlendirilmektedir. Söz konusu tanım incelendiğinde burada da diğer kaynaklarda olduğu üzere cinsel içerikli bir davranış aranmış olmakla beraber buna alternatif olarak çocuğun cinsel organlarının tasvir edilmesi/gösterilmesi de belirli amaçlar doğrultusunda gerçekleştiğinde çocuk pornografisine ilişkin bir materyal olarak adlandırılmasına sebebiyet verecektir. Nitekim Sözleşme'nin amacı göz önünde bulundurulduğunda bu şekilde geniş bir açıklamanın yapılması amacıyla bağdaşmaktadır.

Ayrıca 20. maddenin birinci fıkrasında çocuk pornografisine ilişkin suçlar sayılmış ve taraf devletlerin suç olarak sayılan bu davranışları kendi ülkelerinde suç olarak düzenlemeleri için gerekli yasal tedbirleri almaları gerektiği belirtilmiştir. Suç oluşturan fiiller diğer uluslararası düzenlemelerde olduğu gibi geniş bir şekilde düzenlenmiş ve maddede fiiller şu şekilde sayılmıştır: çocuk pornografisi üretmek, çocuk pornografisi sunmak veya temin etmek, çocuk pornografisini dağıtmak veya iletmek, kendisi veya başkası için çocuk pornografisi temin ve tedarik etmek, çocuk pornografisi bulundurmak, bilgi ve iletişim teknolojilerinden yararlanarak kasıtlı olarak çocuk pornografisine erişim sağlamak ve temin etmek. Nitekim sayılan fiiller görüldüğü üzere gayet kapsamlı olmakla birlikte burada diğer düzenlemelere ek olarak bilgi ve iletişim teknolojileri vasıtasıyla çocuk pornografisine erişim de cezalandırılmaktadır. Ayrıca Sözleşme'de temsili/benzerleştirilmiş bir çocuğun veya gerçekte var olmayan bir çocuğun gerçekçi tasvirini taraf devletler kısmen veya tamamen kapsam dışı tutabilirler. Bu istisna hükmü Sözleşme'nin amacı ile pek de uyum içerisinde değildir. Nitekim istisna tutulan bu tip hallerde her ne kadar gerçekten bir çocuk doğrudan mağdur olmasa da daha önce belirtildiği üzere bu tip haller hem çocukların bu davranışları sıradanlaştırmasına hem de çocuk istismarının teşvikine yol açmaktadır. Ayrıca maddede belirtilen diğer istisnalardan bir diğeri de bilgi ve iletişim teknolojileri vasıtasıyla çocuk pornografisine erişimin cezalandırılmasının (Sözleşme md. 20/1-f) taraf devletlerce saklı tutulabileceğidir. Diğer bir istisna hali de Sözleşme'de (Sözleşme md. 20/3) taraf devletlerin takdirine bırakılan yaş sınırına ulaşmış çocuklara ait pornografik ürünlerin onların rızasıyla ve yalnızca kendi özel kullanımları için üretilip muhafaza edilmesi halidir. Son istisna hükmündeki yaş sınırı ile cinsel istismara ilişkin olarak devletlerin belirleyecekleri yaş sınırı (Sözleşme md. 18/2) kast edilmektedir. Bu kapsamda cinsel istismarın bulunmadığının kabul edildiği bir aşamada pornografik materyallerin de istisna kapsamında değerlendirilmesi tutarlı kabul edilebilmektedir. Fakat diğer istisna hükümleri açısından aynısını söylemek pek mümkün olamayacaktır. Sözleşme'nin temel amaçlarından birinin de çocukların cinsel istismarının önlenmesi olduğu göz önünde bulundurulduğunda bu istisna hükümlerinin Sözleşme'nin amacı ile çeliştiği söylenebilecektir.

⁴⁰ Gercke (n 38) 523.

⁴¹ Lanzarote Sözleşmesi'nde de aynı ekleme ile ilgili bilgiler için “Avrupa Konseyi “Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi” Lanzarote Sözleşmesi” başlığına bakınız.

⁴² Gercke (n 38) 523.

⁴³ İmzalayan devletler ve yürürlüğe giriş tarihleri için bkz <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/201/signatures>> Erişim Tarihi 26 Haziran 2022.

⁴⁴ Sözleşme metni için bkz. <<https://rm.coe.int/1680084822>> Erişim Tarihi 20 Haziran 2022.

⁴⁵ Ahmet Çubukçu, ‘İnternet Düzenlemeleri’ in Hüseyin Çakır, Mehmet Serkan Kılıç (eds), Güncel Tehdit: Siber Suçlar (Seçkin Yayıncılık 2014) 74.

⁴⁶ Kavrama ilişkin tartışmalar için Çocuk Hakları Sözleşmesi başlığına bakınız.

Nitekim bu düzenlemeye ek olarak Avrupa Konseyi'nin tavsiye kararlarında da çocukların çevrimiçi ortamlarda korunmasına ilişkin olarak güvenli bölgeler oluşturulması, sivil toplum ve özel sektörün işbirliği yapması ve internette yaşa uygun bir şekilde derecelendirmelerin ayarlanmasına yönelik tavsiyeler de sunulmuştur⁴⁷.

7. Değerlendirme

Uluslararası düzenlemeler ışığında yapılan tanımlamalardan ortak bir tarif çıkartılırsa çocuk pornografisi; “çocuklara ait cinsel davranışların görsel olarak tasvir edildiği materyaller” olarak özetlenebilir.

Siber Suç Sözleşmesi ile söz konusu Protokol'de (Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi İle İlgili İhtiyari Protokol) yer alan tanımlar karşılaştırıldığında ilk olarak her ikisinin de çocuğun cinsel içerikli hareketlere katılımının tanım içerisinde yer aldığı gözükmektedir. Fakat Protokol buna ek olarak çocuk pornografisinin tanımlanmasında çocuğun cinsel uzuvlarının, ağırlıklı olarak cinsel amaç güden bir şekilde gösterilmesi ibaresine de yer vermiştir. Böylelikle bazı durumlarda çocuğun cinsel uzuvlarının çekilmesi her ne kadar cinsel bir amaç gütmese bile çocuk pornografisi altında değerlendirilebilecektir. Örneğin bir çocuğun ailesi tarafından çekilen çıplak fotoğraflarının bu amaçla kullanılması hali de bu düzenleme ile korunabilecektir. Bu nedenle düzenlemenin Siber Suç Sözleşmesi'nden daha geniş bir mahiyette olduğu görülmektedir.

Ayrıca uluslararası düzenlemelerde görüldüğü üzere hepsinde gerçek çocukların ve temsili/benzeştirilmiş (*simulated*) çocukların cinsel bir davranış içerisinde gösterilmesi aranmaktadır. Böylelikle “*Look- Alikes*”⁴⁸ olarak da adlandırılan her ne kadar kişi reşit veya kanunda öngörülen yaşın üzerinde de olsa bu yaş sınırının altındaymış izlenimi veriyorsa bu kişinin cinsel içerikli davranışlara katılımını içeren görüntüler ve gerçekte var olmayan bir çocuğun gerçekçi bir şekilde cinsel içerikli davranış içerisinde betimlenmesi de bütün düzenlemelerde çocuk pornografisi kapsamında korunmaktadır. Her ne kadar bazı düzenlemelerde istisnaların yapılması öngörülmüşse de bu şekilde üç olasılığı içerisinde barındıran tanımlamaların yapılması oldukça yerinde olmuştur. Çünkü teknolojinin gelişmesiyle birlikte artık günümüzde fotoğraflar üzerinde oynanabilmekte ve böylelikle aslında cinsel içerikli olmayan görüntüler cinsel içerikli olabilmektedir. Örneğin bir çocuğun fotoğrafının cinsel içerikli ve çıplak hale getirilmesi veya yetişkin bir bireye ait müstehcen bir fotoğrafa çocuğun suratının monte edilmesi gibi. Ayrıca mesela sanal çocuk pornografisinde bir çocuğa bile ihtiyaç duyulmamaktadır. Nitekim “çocuksuz çocuk pornografisi” olarak da isimlendirilen sanal çocuk pornografisinin her ne kadar yasal olması gerektiği ileri sürülmüş olsa da burada hem günümüzdeki teknolojinin aldığı boyut göz önünde bulundurulduğunda sanal ile gerçek görüntüler arasındaki ayrımın yapılması çok güç olduğundan hem de bu görüntülerin çocuklara yönelik cinsel istismarı teşvik edici nitelikte olduğundan ve bu görüntülerin çocuklar açısından görüntülerde yer alan eylemleri sıradanlaştırdığından bu görüntülerin sanal ya da gerçek olması açısından herhangi bir fark bulunmamaktadır⁴⁹. Bu nedenle de bu tarzdaki görüntüler de çocuk pornografisinin yasaklanmasının temel amaçlarını taşımaktadır. Ayrıca pornografik bir materyalin üretiminde doğrudan çocuğun kullanılmaması fakat sonradan çocuğun yüzünün pornografik materyale dahil edilmesi halinde de her ne kadar doğrudan zorlanan bir çocuk bulunmasa da izinsiz görüntülerinin kullanılması ile istismar edilen bir çocuğun bulunduğu da aşikardır. Sanal çocuk pornografisinin yasal olmasına ilişkin görüşler genellikle burada gerçekte bir çocuğun kullanılmamasından dolayıyla da bir çocuğun istismar edilmediğinden doğmaktadır⁵⁰. Fakat belirtildiği üzere her ne kadar bu materyallerin üretiminde gerçek bir çocuk kullanılmamış da olsa bu tip görüntüler çocuklara yönelik istismarı teşvik edip talebi arttırmakta ve çocuklar açısından istismarı sıradanlaştırmaktadır⁵¹. Tüm bu nedenlerle sanal ve gerçek görüntülerin çocuk pornografisi kapsamında değerlendirilmesi oldukça yerindedir.

Ayrıca konuya ilişkin olarak uygulamadan bir örnek verilirse; *Ashcroft v Free Speech Coalition* Davası'nda⁵² gerçek çocukların katılımı olmadan üretilen tasvirleri, sanal çocuk pornografisini yasaklayan düzenlemenin Anayasa Ek Madde 1'e yani ifade özgürlüğüne aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Bu bağlamda davalı taraf söz konusu düzenlemenin “bir küçüğü cinsel olarak açık davranışla ilişkilendiren veya bu şekilde gösteren görsel tasviri. . . veya bunu içeren materyal olduğu izlenimini ifade edecek bir şekilde duyuran. . .”⁵³ kısmındaki “gibi görünmek” ve “izlenimi bırakmak” ifadelerinin çok geniş ve belirsiz olduğunu iddia etmiştir. Ayrıca davada gerçek çocukların kullanıldıkları ürünlere ilişkin yasaklamanın yapımına ilişkin olduğu, fakat gerçek olmayan çocuklara ilişkin getirilen yasaklamanın yapımdan çok içeriğe ilişkin olduğu ve bu durumun da ifade özgürlüğü ile çeliştiği ileri sürülmüştür. Buna karşı olarak sanal çocuk pornografisi niteliğindeki materyallerin pedofilileri kışkırtabileceği ve bu durumun da

⁴⁷ Tavsiye Kararlar için bkz. Çubukçu (n 45) 73-74; Memiş Kartal (n 26) 78.

⁴⁸ Giorgia Rollo ve Frank Neuerbach, 'Çocuk Pornografisi ve İnternet- Karşılaştırmalı Hukuk Çerçevesinde Bir Bakış' (İlker Tepe tr) in Yener Ünver (ed), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi-4, Çocuklar ve Suç- Ceza (Seçkin Yayıncılık 2005) 656.

⁴⁹ Çam (n 1) 69.

⁵⁰ Çam (n 1) 69.

⁵¹ Rollo ve Neuerbach (n 48) 656.

⁵² Söz konusu davaya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. ABD Kongre Araştırma Servisi (Congressional Research Service), 'Müstehcenlik, Çocuk Pornografisi ve Ahlakı Aykırılık: Kısa Arkaplan ve Mevcut Gelişmeler' (Türker Ertaş tr) in Yener Ünver (Ed), İnternet Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 13, Jan C. Joerden'a Armağan, (Seçkin Yayıncılık 2013) 363.

⁵³ Selman Dursun, 'İnternette Kaynaklanan Ceza Sorumluluğundaki Gelişmeler' [2003] (1-2) MHB, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, 261.

çocuk istismarını arttıracığı ayrıca teknolojinin gelişmesiyle birlikte artık gerçek çocuk kullanılıp kullanılmadığının anlaşılmasının çok zor olduğu belirtilmiştir. Mahkeme değerlendirmesi sonucunda bu hükmün çok geniş bir yasaklama getirdiği ve anayasaya aykırı olduğundan ifade özgürlüğünün sınırladığına karar vermiş ve yasaklamanın yer aldığı bölüm düzenlemeden çıkarılmıştır⁵⁴. Söz konusu dava sanal çocuk pornografisine ilişkin olarak görüşlerin netleştirilmesi açısından da oldukça önemlidir⁵⁵.

Nitekim tüm fiillere bakıldığında aslında çocuk pornografisini oluşturan filler üreticiden ya da son kullanan kişiden suç oluşturan materyali alıp farklı bir kişiye satana kadarki tüm aşamaları içinde barındıran üç ana grup şeklinde düzenlenmiştir: “üretme/imal etme, yayma, bulundurma”⁵⁶. Sonuç olarak söz konusu düzenlemelerde çocukların cinsel istismarının önlenmesi amaçlandığından çocukların cinsel olarak sömürülmesine neden olan çocuk pornografisine ilişkin olarak hazırlık hareketlerinin de dahil olduğu tüm hareketlerin cezalandırılabilir kılınması ve düzenlemelerde yer alması oldukça yerindedir. Çünkü burada her ne kadar üretilen çocuk pornografisi materyali satışa arz edilmese, sadece bireysel kullanım için üretilse ve hatta izlenmesi bile tek başına pornografik bir ürünün üretiminde çocukların kullanılması yasaklanmıştır⁵⁷. Bu durum söz konusu ürünlerin üretiminde çocukların cinsel olarak sömürülmesinden kaynaklanmaktadır. Gerçekten de belirtilen düzenlemelerdeki tanımlara bakıldığında sadece yetişkinlerin yer aldığı cinsel içerikli ürünler yasaklanmamaktadır. Bu tip ürünlerde kullanılan çocuklar çoğunlukla cinsel içerikli bir hareket içerisinde bulduklarının veya ne amaçla bu hareketlerde bulduklarının farkında olmamakta ve bu ürünleri üreten kişiler bu durumdan faydalanmaktadırlar. Bu nedenle çocuklar yetişkinlere nazaran daha fazla korumaya muhtaçlardır ve çocukların cinsel olarak istismarını doğuracak nitelikteki davranışların önüne geçilmelidir.

II. TÜRK HUKUKU ÇERÇEVESİNDE ÇOCUK PORNOGRAFİSİ KAVRAMI

A. MÜSTEHCENLİK KAVRAMI

Türk Ceza Kanunu’nda açıkça çocuk pornografisi kavramına yer verilmemekle birlikte çocuk pornografisine ilişkin düzenleme Türk Ceza Kanunu’nun 226. maddesinin 3. fıkrasında müstehcenlik başlığı altında yer almaktadır. Nitekim doktrinde de söz konusu madde ile cezalandırılmak istenenin aslında çocuk pornografisi olduğu ileri sürülmektedir⁵⁸. Böylelikle çocuk pornografisi TCK kapsamında müstehcenlik suçu bağlamında “topluma karşı suçlar” içerisinde “genel ahlaka karşı suçlar” altında ele alınmaktadır. Böylelikle müstehcenliğe ilişkin olan bu hükümlerle hem genel ahlak ve genel adaba aykırı olan hem de çocukların psikolojik ve fiziksel bütünlüğüne zarar veren davranışlar suç oluşturmaktadır. Fakat TCK’da çocuk pornografisinin de içerisinde değerlendirildiği müstehcenlik kavramına ilişkin bir tanım veya açıklama yer almamaktadır. Bu nedenle TCK’da yer alan çocuk pornografisi kavramının çerçevesinin net bir şekilde belirlenebilmesi için öncelikle müstehcenlik kavramı incelenmeli ve doktrin ve içtihatlardan faydalanılmalıdır.

İlk olarak kelimelerin kökenine bakılırsa müstehcen kelimesi Arapça olan “hücnet” kelimesinden türemiştir. Hücnet kelimesinin anlamı ise “ayıp, noksan, kusur, bayağılık, soysuzluk”⁵⁹ olarak belirtilmektedir. Müstehcen kelimesinin kelime anlamı ise “istihcan edilmiş, açık saçık, edepsizce olan”⁶⁰ olarak açıklanmaktadır. Edep kelimesi ise “iyi ahlak, incelik, terbiye” anlamlarına gelmektedir. Aynı zamanda müstehcen ile eş anlamlarda kullanılan perde-bi-runane kelimesi ise “utanmazcasına, açık seçik”⁶¹ anlamlarına gelmektedir. Nitekim müstehcen ile ahlak ve edep kavramı arasındaki yakınlık da tanımlarda açıkça gözükmektedir. Bu bağlantıya bir gösterge olarak da müstehcenlik suçunun genel ahlaka karşı suçlar altında ele alınması gösterilmektedir⁶². Nitekim müstehcenlik suçu kanunda kişilere karşı suçlar altında değil topluma karşı suçlar altında düzenlenmiştir⁶³. Bu düzenleme şekli suçun toplumsal değerlerden biri olan genel ahlaka ve genel edebe aykırılık yönünü gösterdiği de ileri sürülmüştür⁶⁴.

B. HUKUKİ BOYUTUYLA MÜSTEHCENLİK VE SINIRLARI

Yukarıda verilen tanımlar müstehcenliğin kelime anlamına yönelik tanımlar olup hukuki anlamda müstehcenliğin ne olduğunun belirlenmesi gerekmektedir.

Müstehcenlikle ilgili cezai düzenlemelere 765 sayılı Kanun’da “genel adap” başlığı altında “ırza geçme”, “ırza tasaddi”, “sarkıntılık” gibi suçlarla birlikte düzenlenmişken 5237 sayılı Kanun’da “genel ahlak” başlığı altında “hayasızca hareketler”,

⁵⁴ Dursun (n 53) 265.

⁵⁵ ABD Kongre Araştırma Servisi (Congressional Research Service) (n 52) 364-365. Karar ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun (n 53) 260-266.

⁵⁶ Rollo ve Neuerbach (n 48) 656.

⁵⁷ YCGK, 14-603/66, 24.3.2015 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 1 Temmuz 2022.

⁵⁸ Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (2.bs., C.V, Adalet Yayınevi 2014) 6777; Özbek (n 2) 122.

⁵⁹ Ferit Devellioğlu, Osmanlıca- Türkçe Ansiklopedik Lügat, (1970) 463.

⁶⁰ ibid 892.

⁶¹ ibid 1029.

⁶² Özbek (n 2) 16.

⁶³ Almanya’da da eskiden “adaba karşı suçlar” altında düzenlenmiş olmakla birlikte ilgili değişiklikten sonra “cinsel davranışı tayin hakkına karşı suçlar” altında yer verilmiştir. İtalyan Ceza Kanunu’nda da “kişilere karşı suçlar” altında düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Süheyl Donay, ‘Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı’ [1968] 1 (2) İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 134.

⁶⁴ Devrim Güngör, ‘Türk Ceza Hukukunda Çocuk Pornografisi’ [2015] 1, Prof. Dr. Nevzat Torostlu’ya Armağan, 547.

“fuhuş”, “kumar oynanması için yer ve imkan sağlama” ve “dilencilik” ile birlikte düzenlenmiştir. Nitekim bu düzenleme ahlak ve edep kavramlarının birbirlerinden ayrı kavramlar olduğu ve müstehcenliğin toplumsal niteliğe sahip olan edep ile ilgili olduğundan bahisle eleştirilmiştir⁶⁵.

Türk Ceza Kanunu’nda müstehcenliğe ilişkin net bir tanım verilmemle birlikte müstehcenlik suçunun düzenlendiği 226. maddenin gerekçesinde kavramın içeriğinin belirlenmesinde bir önceki maddede suç olarak düzenlenen hayasızca hareketler suçunun gerekçesindeki hayasızca hareketler kavramına ilişkin yapılan açıklamaların dikkate alınacağı belirtilmiştir. Hayasızca hareketlere ilişkin açıklamaların yer aldığı TCK’nın 225 maddesinin gerekçesinde ise “*toplumun sahip bulunduğu ortak edep (ar ve haya) duygularının, edep törelerinin ihlali, incitilmesi ve her ne suretle olursa olsun edep ve ahlâk temizliğine alenen saldırı niteliği taşıyan hareketler, tutum ve davranışlar ve takılan durumlar*” bu kapsamda değerlendirilmiştir. Böylelikle doktrinde müstehcenlik ile toplumun ortak edep, ahlak temizliğine yönelik saldırıların temel alındığı ve bu kapsamda 5237 sayılı Kanun’un yelpazesinin 765 sayılı Kanun’a göre daha geniş olduğu ileri sürülmüştür⁶⁶.

Müstehcenlik ile ilişkili olarak genel edep ve ahlak ile ilgili konuları belirlerken kanun koyucu ahlak ile cezalandırılması gereken fiillerin sınırlarını dikkatlice belirlemelidir. Fakat ahlak söz konusu olduğunda ahlak ile hukuk arasındaki sınırı belirlemek bir hayli zor olacaktır. Nitekim bu amaçla burada cinsel ahlak veya kişilerin cinsel içgüdüleri cezalandırılmadığından müstehcenliğin cezalandırılmasının temelinde genel edebe aykırılıkların cezalandırılması ve bu doğrultuda sosyal düzeni ihlal etme kriteri temel alınmalıdır⁶⁷.

Genel adaba aykırı bir fiilin cezalandırılabilmesi için cinsel özgürlüğün kullanılmasına saldırı teşkil eden hareketler; başkasının fuhşa teşvik edilmesi, sömürülmesi; umumun edep ve iffet duygusunu ihlal eden ve failin cinsel saik veya maddi yarar sağlama amacının bulunduğu suçlar gibi çeşitli kriterlerin aranması gerektiği tespit edilmiştir⁶⁸. Belirtilen kriterlerde de gözüktüğü üzere burada aslında cinsel özgürlüğe ve genel ahlak duygusuna alenen tecavüz eden, alenen işlenerek başkalarının namus, edep ve iffet duygusuna bir saldırı teşkil eden hareketler cezalandırılmaktadır⁶⁹. Yoksa sadece kişilerin cinsel içgüdüleri ya da cinsel ahlakları gibi kişisel ahlaka ilişkin hareketler genel edebe aykırı olarak kabul edilmemektedir.

Nitekim ister genel ahlak isterse genel adap kabul edilsin her iki kavram da ülkeden ülkeye, yer ve zaman koşullarına bağlı olarak değişiklik gösterebilen kavramlardır. Bu nedenle de genel adap kavramının sınırlarının belirlenmesi büyük önem arz etmekte ve ülkeler arasında bu belirtilen durumlardan dolayı ortak bir genel adap tanımı getirilmesi mümkün olmadığından Devletlerin kendi takdirlerine bırakılmaktadır⁷⁰.

Belirtildiği üzere TCK’da müstehcenliğe ilişkin bir tanımlama yer almamakla⁷¹ birlikte müstehcenliğe ilişkin birtakım tanımlamalara İtalyan Ceza Kanunu ve 1876 sayılı ve 8 Ağustos 1931 tarihli mülga Matbuat Kanunu’nda rastlanılmaktadır.

İtalyan Ceza Kanunu’nun 528. maddesinde suç oluşturan davranışlar sayıldıktan sonra 529. maddesinde yer alan tanım uyarınca müstehcen (Osceno) “*müşterek duyguya göre edebe/toplumun utanma/haya duygusuna zarar veren fiiller ve şeyler*” olarak tanımlanmıştır⁷². Nitekim söz konusu tanımda da genel edebe ve toplumun utanma duygusuna aykırılıklar temel alınmış genel ahlaka ilişkin bir vurgu yapılmamıştır.

Diğer bir tanıma bakıldığında İtalyan Ceza Kanunu ile benzer bir düzenleme göze çarpmaktadır. Mülga Matbuat Kanunu’nun “*Müstehcen neşriyat*” başlıklı dokuzuncu fasılsı altında 31. maddede⁷³ yer alan tanım uyarınca müstehcen olarak belirlenenler “*halkın âr ve haya duygularını inciten ve ayıp sayılan şeylerdir*”. Nitekim her iki tanımlamada da görüldüğü üzere müstehcen ürünlerin yasaklanması ile birlikte toplumu oluşturan bireylerin ar ve haya (utanma) duygusu incitilerek toplumda ahlak çöküntüsüne yol açılması önlenmek istenmiştir⁷⁴. Ayrıca ilgili maddenin devamında belirtildiği üzere bir sanat veya ilim eserinin ilgililerine kullanmaları için verilmesi halinde bunların müstehcen sayılmayacağı düzenlenmiştir⁷⁵. Böylelikle genel adaba tanı-

⁶⁵ Zeki Hafızoğulları, ‘Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu’ [2005] Türk Hukuk Kurumu 71 Kuruluş Yılı Armağanı, 359; Özbek (n 2) 16, dN. 6.

⁶⁶ Gökhan Taneri, ‘Müstehcenlik Suçu’ [2018] XIII (1) ERÜHFD 566. Bu yönüyle düzenlemenin kanunilik ilkesini ihlal ettiğine ilişkin olarak bkz. Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (16. bs., Seçkin Yayıncılık 2021) 864-865.

⁶⁷ Sulhi Dönmezer, *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler* (4. bs., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1975) 33.

⁶⁸ Dönmezer (n 67) 33.

⁶⁹ Dönmezer (n 67) 25. Aynı yönde Doğan Soyaşlan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (10. bs., Yetkin Yayıncılık 2014) 562-563.

⁷⁰ Dönmezer (n 67) 195. Bu yöndeki AIHM kararı için bkz. “*Özellikle, Sözleşmeciler Devletlerin iç hukuklarında tek tipte bir Avrupa ahlak anlayışı bulmak mümkün değildir. Özellikle bir konuya ilişkin fikirlerin hızlı ve geniş ölçüde başka bir yöne evrilebildiği günümüzde zamana ve mekana göre değişebilmektedir. Devlet yetkilileri, ülkelerinin yaşayan güçleriyle (vital forces) doğrudan ve sürekli ilişkide bulunmaları nedeniyle, ahlaki gereksinimlerin tam içeriklerine ve onlar için öngörülen “gereklik”, “sınırlama” ve “cezalandırma”nın belirlenmesine ilişkin fikir yürütürken uluslararası bir yarığtan genellikle daha iyi bir durumdadırlar.*” *Handyside v The United Kingdom* Başvuru no 5493/72 (07 Aralık 1976) <file:///C:/Users/USER/Desktop/Downloads/CASE%20OF%20HANDYSIDE%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM.pdf> Erişim Tarihi 1 Temmuz 2022.

⁷¹ Müstehcenlik kavramının ahlak kavramı ile yakın ilişki içerisinde olduğundan zamana ve toplumsal faktörlere göre değişiklik göstereceği ve bu nedenle Kanun’da açık ve net bir tanımın yapılmasının mümkün ve gerekli olmadığı, fakat açıklanmasında ölçütlerin belirlenmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Gülden Atilla Öztürk, *Türk Ceza Kanunu’nda Müstehcenlik Suçu* (1. bs., Seçkin Yayıncılık 2021) 28-29.

⁷² Dönmezer (n 67) 204; Liesching (n 4) 156-157.

⁷³ *Madde 31 - Türk Ceza Kanununun 426 ve 427 nci maddeleri mucibince müstehcen sayılan maddeler halkın âr ve haya duygularını inciten ve ayıp sayılan şeylerdir.*

⁷⁴ Necdet Yalkut, ‘Türk ve İtalyan Ceza Hukukunda Müstehcen’ [1976] VI-VII (3-4) Adalet Dergisi, 279.

⁷⁵ “*Yukarıki tarifin şümülüne giren bir san’at veya ilim eseri, alâkadarlarının istifadesi için neşredilir, bu da eserin mevzu ve şekli ile neşir vasıta ve mahallinin nevi ve cinsi arasındaki münaasebet karinelerile anlaşılırsa müstehcen sayılmaz.*”

nan bu geniş özgürlük alanı sınırlandırılmış olmaktadır. Nitekim belirtildiği üzere genel adabın tanımlanmasına ilişkin tanınan bu takdir hakkının bu şekilde sınırları çizilmiştir.

Tüm bunların neticesinde bir eserin sanat veya ilmi bir eser ya da müstehcen olup olmadığının belirlenmesine ilişkin çeşitli kıstaslar belirlenmiştir⁷⁶. İlk kıstas olarak bir eserin müstehcen olup olmadığının belirlenebilmesi için eserin bütünü incelenmelidir. Eserinin bütününcünün incelenmesinde ise yazılma zamanı, amacı, eserdeki ifadelerin tamamı, hitap ettiği kişiler gibi kıstaslar dikkate alınmalıdır⁷⁷.

Nitekim inceleme neticesinde eserin sadece bir kısmının müstehcen kabul edilmesi tüm eserin müstehcen olarak nitelendirilmesi açısından yeterli değildir⁷⁸. Diğer bir kıstas olarak eseri meydana getiren kişinin amacı yani sadece maddi menfaat temin etme amacı taşıyıp taşımadığı değerlendirilmiştir. Bunlara ek olarak eserin halkın ar ve haya duygularını incitmesi aranmaktadır. Burada ar ve haya duygularını incitmek ile “cinsiyete münasebetle, müşterek hayatın mutad kurallarının tümünden çıkan ortalama edep duygusu”⁷⁹ kast edilmektedir. Söz konusu ortalama edep duygusu ise orta halli bir okuyucunun ar ve haya duygusunun bozulması ile ölçülmektedir⁸⁰. Ayrıca genel edep ve genel ahlaka ilişkin açıklamalarda da belirtildiği üzere halkın ar ve haya duygusu da nisbi bir kavram olup mekan ve zamana göre değişmektedir. Bu nedenle bu kavramlar belirli bir dönemin veya yerin ahlakına göre belirlenmelidir. Nitekim Amerika’da verilen kararlarda da müstehcenlik için “seks konusunda, şehvet ilgisine hitap edici nitelik ve edebi, artistik, siyasal ya da bilimsel ciddi değer taşımama aranmakta olduğu ama bu unsurların belirlenmesinde eyaletler arası farklı ölçütlerin uygulanabileceği” ileri sürülmüştür⁸¹. Bunlara ek olarak önemli kıstaslardan bir diğeri de müstehcen eserin başkası üzerinde cinsel bir tahrik ve şehvet duygusunu tahrik edici bir etki doğurmaya yönelik olmasıdır⁸². Nitekim bu kıstas müstehcen bir ürünün tespit edilmesi açısından temel bir özelliktir. Burada herhangi bir sanatsal, bilimsel veya edebi bir değer taşımayan sadece insanların şehvet duygusuna yönelik olan ve toplumda olağan karşılanmayan eserler kast edilmektedir.

Bu bağlamda müstehcenliğin sınırlarının belirlenmesi açısından önemli kriterler getiren Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin Miller v. California kararına değinilmelidir⁸³. Mahkeme, Miller v. California davasında ilk olarak müstehcen ürünlerin satım ve dağıtımının ABD Anayasası’nın Birinci Ek Maddesi (*First Amendment*) ile korunup korunmadığına ilişkin sorunu tespit eder ve böyle bir korumanın olmadığına karar verir. Söz konusu kararda birinci ek madde yani ifade özgürlüğü ile müstehcenliğin özellikle de “*hardcore pornography*”nin korunmadığını belirtir⁸⁴. Fakat bu noktada çeşitli sınırların belirlenmesi gerekmektedir. Bu amaçla Mahkeme, Miller v. California kararında bir eserin müstehcen olarak nitelendirilebilmesi için Miller testi olarak adlandırılan üç kriter ortaya koymuştur. Çalışmanın bu üç kritere uyması halinde çalışma ifade özgürlüğü kapsamında Anayasa ile korunmaktadır. Kararda bu kriterler şu şekilde belirtilmiştir⁸⁵:

1. Çağdaş toplum standartlarına uygun olan bir insanın söz konusu çalışmayı bir bütün olarak ele aldığına yoğun bir şehvet duygusuna/cinsel arzusuna hitap edip etmediği
2. Çalışmanın bir cinsel davranışı açıkça saldırgan ve rahatsız edici bir tarzda tasvir edip etmediği
3. Eserin bir bütün olarak değerlendirildiğinde edebi, sanatsal, politik veya bilimsel değere sahip olup olmadığı

Fakat daha sonra Mahkeme, önüne gelen davalarda müstehcenliğin zamanla değişebilen bir kavram olduğu belirtmiş ve Miller testine çeşitli eklemeler yapmıştır. Bu eklemeler doğrultusunda “çıplaklık, cinsellik ve ifrazat ile ilgili utanç verici ya da hastalıklı arzulara” hitap etme gibi çeşitli kıstaslar eklenerek sınırlar genişletilmiştir⁸⁶. Ayrıca kararda da belirtildiği üzere çocuk pornografisi özünde çocukların cinsel istismarı ile ilgili olduğundan çocuk pornografisinin söz konusu olması halinde Miller testindeki kriterlere sahip olması aranmamakta ve çocuk pornografisi ifade özgürlüğü kapsamında korunmamaktadır⁸⁷.

⁷⁶ Dönmezer (n 67) 205-211.

⁷⁷ Anayasa Mahkemesi, İrfan Sancı Başvurusu, Başvuru No: 2018/5652, 30/03/2022, p. 58 <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/08/20220816-10.pdf>> Erişim Tarihi 16.08.2022. Örneğin müstehcenlik nedeniyle dava konusu olmuş bir eserin başkahramanının yaşının sırf 18 altı olmasının otomatik olarak müstehcenlik suçunu akla getirmeyeceği burada eserin bir bütün olarak değerlendirilerek örneğin hedef alınan belirli bir zümrenin olup olmadığının tespitine ilişkin olarak bkz. ibid, p. 70.

⁷⁸ Yargıtay’ın eserin bir bütün olarak değerlendirilmesini kabul ettiği yönündeki karar için bkz. Yargıtay 8 Ceza Dairesi, 872/1682, 3.4.1985 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 3 Temmuz 2022.

⁷⁹ Dönmezer (n 67) 208.

⁸⁰ Ayhan Önder, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (4. bs., Filiz Kitabevi 1994) 540. Ayrıca burada toplumda geçerli olan objektif kriterlerin temel alınması yönünde bkz. Öztürk (n 71) 26.

⁸¹ Karar ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Dönmezer (n 67) 209.

⁸² Burada hem objektif hem de sübjektif bir değerlendirme yapılması gerektiği, sübjektif değerlendirmede failin amacının objektif değerlendirmede ise suçla korunmak istenen hukuki yarar olarak çocukların gelişiminin temel alınacağı ve sübjektif belirlemede eserin konusu, yayın aracı ve yayınlandığı yer arasında ilişki kurularak belirleme yapılacağına ilişkin olarak bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 66) 866.

⁸³ Miller v California davasından önce müstehcenliğin konu olduğu ve inceleme konusu kararın da göndermelerde bulunduğu 1957 tarihli Roth kararındaki kriterler için bkz. Nevzat Güreli, ‘Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı’ [1996] XXXII (2-4) İÜHF, 573- 574.

⁸⁴ Miller v California, [1973] 413 U.S. 15 <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/413/15/case.html>> Erişim Tarihi 5 Temmuz 2018.

⁸⁵ Miller v California, [1973] 413 U.S. 24-25.

⁸⁶ ABD Kongre Araştırma Servisi (Congressional Research Service) (n 52) 362.

⁸⁷ ABD Kongre Araştırma Servisi (Congressional Research Service) (n 52) 363.

Mahkeme'nin söz konusu kararında müstehcenliğe ilişkin belirleme yaparken toplumsal ölçütler kullanmaya başladığı görülmektedir. Nitekim kararda da açıkça toplumsal değeri kullanmayan tamamen anayasal ölçütlerin kabul edilmediği de vurgulanmıştır⁸⁸. Nitekim Miller testindeki her kriterin toplumsal değerlerle doğrudan alakalı olduğu açıkça gözükmektedir. Örneğin birinci kriterde çağdaş toplum standartlarındaki bir kişinin şehvet duygusuna bakılmaktadır ya da üçüncü kriterde çalışmanın bir sosyal değere sahip olup olmadığı aranmaktadır. Bu nedenle söz konusu karar hem bu konuda çeşitli kriterlerin belirlenmesi hem de sosyal değerlerin genel olarak bu konuda hakim olduğunun belirtilmesi açısından oldukça önemlidir.

C. ÖĞRETİDE MÜSTEHCENLİK

Son olarak müstehcenliğe ilişkin olarak öğretilerde yer alan tanımlamalara kısaca değinilirse ilk olarak eserin bir bütün olarak değerlendirildiğinde şehvet duygusu uyandıracak ve ar ve haya duygularını ve genel adabı rencide etmesi hali müstehcen olarak tanımlanmıştır⁸⁹. Bu sayılan kıstaslara ek olarak eserlerin yayılmasının neden olacağı tesirlerin aile müessesesi açısından zararlı neticeler meydana doğurması gerektiği de ileri sürülmüştür⁹⁰. Böylelikle bu görüş çerçevesinde tanıma ek olarak aile müessesesi açısından zararlı olması kıstası getirilmiş ve toplumun varlığını sürdürmek için dayandığı sosyal müessese olarak aile kabul edilmiştir⁹¹. Diğer bir yazar ise müstehcenin belirlenmesinde birlikte yaşayan bireyler arasındaki müşterek hicap duygusunun temel alınması gerektiği ve böylece genelin ar ve haya duygusunun rencide edileceğini ileri sürmüştür⁹². Ayrıca diğer bir yazar tarafından bir eserin müstehcen olarak kabul edilmesi için eserin umumun edep ve haya duygularını rencide etmesine ek olarak cinsiyet ile ilgili olması (cinsi hayata ilişkin) ve şehvet konusu ele alması gerektiği belirtilmiştir⁹³. Burada diğer bir tanım olarak müstehcenliğin belirli bir dönemde ve belirli bir yerde geçerli olan sosyal değerlere göre gerçekleşeceği de belirtilmiştir⁹⁴: Ayrıca genel olarak bu tanımları içinde barındıran diğer bir tanımlama olarak “şehvet hissine yönelik olan”, “bu hissi tahrik”, “ar ve haya duygusunu rencide eden” şeyler müstehcen olarak değerlendirilmiştir⁹⁵. Bu kıstaslara ek olarak “çocukların psikolojilerini kötü etkileyebilen, muhatap olan kişiyi saldırgan hislere sürükleyen, ... basit, sıradan, bayağı olan şey”ler de müstehcenliğin belirlenmesinde kıstas olarak alınmıştır⁹⁶.

Son olarak burada Manzini'nin görüşüne de değinilirse bu görüş çerçevesinde toplumun edep hissini rencide edecek ruhi tesirler uyandırmaya elverişli hareketler müstehcen kabul edilmektedir⁹⁷. Fakat burada mutlak ve nisbi müstehcen fiiller olarak ikili bir ayırım yapılmalıdır. Mutlak müstehcen fiiller ile nitelikleri gereği kendi başlarına müstehcen olan fiiller, nisbi müstehcen fiiller ile ise anlamları değişik olarak anlaşılabilen, nitelikleri gereği tek başına değil de ancak mevcut durum ve şartlarla birlikte değerlendirildiklerinde müstehcen kabul edilen fiiller kast edilmektedir. Örneğin çıplaklık tek başına müstehcen sayılmamaktadır. Çıplaklığın müstehcen olarak nitelendirilmesi için onun görünüş şekline bakılmalı cinsel arzusunun vurgulandığı şekilde resmedilmesi veya salt cinsellik içermesi halinde çıplaklık müstehcen olarak nitelendirilmelidir⁹⁸. Nitekim benzer şekilde Alman Ceza Kanunu'nda da cezalandırılma için çocukların çıplak cinsel organının cinsel yönden tahrik edecek şekilde gösterilmesi gerekmektedir⁹⁹.

Müstehcen sayılabilmesi için gösterimin ar ve haya duygusunu rencide edici nitelikte olması gerekmektedir¹⁰⁰. Diğer bir görüşe göre ise bu ölçütler tam olarak olmasa da genel itibarıyla üç kriter altında toplanmış olup bunlar ürünün bütününe cinsel dürtüleri tahrik amacını taşıması, insanı obje haline getiriyor olması, cinsel hareketlerin estetikten uzak, kaba, rahatsız edici bir şekilde tasvir edilmesi veya gösterilmesidir¹⁰¹. Aslında bu görüş çerçevesinde müstehcenliğin tanımı pornografiye kaymakla birlikte bunun nedeni görüşte Kanun'da müstehcenliğin pornografi olarak yorumlanması gerektiğinin savunulmasından kaynaklanmaktadır.

Söz konusu bu tanımlamalara bakıldığında tanımlamalar arasında büyük bir fark olmadığı, tanımların temelde benzer olup eklenen bazı unsurlarla birbirlerini tamamlar nitelikte oldukları gözükmektedir. Ayrıca tüm bu açıklamalar neticesinde müstehcenliğin

⁸⁸ Miller v California, [1973] 413 U. S. 25.

⁸⁹ Dönmezer (n 67) 205.

⁹⁰ Eser sahibinin amacı, eserin muhtevası, eserin icra edeceği tesirin aile müessesinin ayakta durmasını sağlayan değer yargılarını zaafa uğratarak uğratmadığının değerlendirilmesi gerektiğini ileri süren görüş için bkz. Gürelli (n 83) 583.

⁹¹ Yalkut (n 74) 282-283.

⁹² Faruk Erem ve Nevzat Toroslu, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (4. bs., Savaş Yayınları 1983) 332-333.

⁹³ Donay (n 63) 137, 144, 145.

⁹⁴ Duygun Yarsuvat, ‘Türk Ceza Kanununda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar’ in *Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 yılı ve Geleceği*, (Sermet Matbaası 1977) 669. Ayrıca müstehcenlik kavramının içeriğinin tespitinde örf ve adetten yararlanılacağına ilişkin bkz. Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel* (23. bs., Adalet Yayınevi 2020) 26.

⁹⁵ Özbek (n 2) 18.

⁹⁶ Öztürk (n 71) 34.

⁹⁷ Yalkut (n 74) 280; Gürelli (n 83) 576-577.

⁹⁸ Önder (n 80) 543; Öztürk (n 71) 38, 308.

⁹⁹ Martin Heger, ‘StGB § 184b Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Inhalte’ in Karl Lackner, Kristian Köhl, Martin Heger, *Strafgesetzbuch Kommentar* (30. bs., C.H. Beck 2023) p.2. Müstehcen pozların çocuk pornografisi kapsamında kaldığı, fakat cinsel organın normal bir kıyafetle kapalı olduğu hallerde bu kapsamda değerlendirilmeyeceği, ayrıca bir çocuğun yatakta çıplak yatması şeklindeki normal ve doğal bir pozun da cinsel içeriğinin bulunmadığına yönelik olarak bkz. Wilhelm Laufhütte ve Ellen Roggenbuck, ‘§ 184b: Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften’ in Cirenre G, Laufhütte H, Radtke H, Rissing-van Saan R, Rönnau T, Schluckebier W ve Tiedemann K (Ed.), *Leipziger Kommentar StGB*, (De Gruyter 2014) p. 3.

¹⁰⁰ Erem ve Toroslu, (n 92) 333.

¹⁰¹ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 66) 866.

net bir tanımının yapılmasının oldukça güç olduğu da bellidir. Doktrinde yer alan tanımlar ve açıklamalar ışığında ortak bir tanım ortaya çıkarılırsa müstehcen ürünler; bir bütün olarak değerlendirildiğinde herhangi bir sanatsal, bilimsel veya edebi bir değer taşımayan toplumun ar ve haya duygusunu rencide eden, şehvet duygusuna yönelik ve sadece şehvet duygusunu tatmin amacıyla üretilmiş olan ürünler olarak tanımlanabilir¹⁰².

Nitekim buradaki temel zorluk müstehcenliğe ilişkin tanımlamanın yapılmasında değil, müstehcenliğe ilişkin tanımda yer alan hususlarının (ar ve haya, şehvet duygusu, genel edep, genel ahlak gibi) sınırlarının belirlenmesindedir. Bu kavramlar nisbi kavramlar olup mekan ve zamana göre toplumdaki topluma, ayrıca aynı toplum içerisinde bile günden güne değişmektedir¹⁰³. Bu nedenle müstehcenliğe ilişkin hususlar belirlenirken belirli bir coğrafyada, belirli bir dönem içerisinde sosyal değerlere bakılması gerekmektedir¹⁰⁴. Ayrıca bu noktada unutulmamalıdır ki bir fiilin suç olarak tanımlanıp tanımlanmasında genel olarak toplumda var olan sosyal değerler etkili olmaktadır¹⁰⁵. Bu nedenle uluslararası hukuka bakıldığında müstehcenliğin değişik boyutlarla ele alındığı ve suç olmaktan çıkarıldığı gözükmektedir. Bazı ülkelerde de her ne kadar düzenleme kanunlarında yer alsada kovuşturmada hoşgörü içerisinde davranılmakta ve kişiler cezalandırılmamaktadır. Bu nedenle müstehcenliğe ilişkin düzenlemenin kalkması yönünde görüşler ileri sürülse de günümüzdeki mevcut durum dikkate alındığında somut şartlar altında uygulamanın yerinde olduğu kabul edilmelidir. Nitekim bu durum toplumun tepkileri dikkate alınarak belirlenecek ve zamanla müstehcenliğe ilişkin sınır toplumun ar ve haya duygularına ilişkin olarak daralacak ya da genişleyecektir.

III. DEĞERLENDİRME

Çalışma kapsamında verilen tüm bu tanımlar genel olarak değerlendirildiğinde her ne kadar çocuk pornografisine ilişkin olarak birçok düzenleme yer alsada hala problemlerli noktaların bulunduğu ve birtakım kavramların hala tam olarak belirlenmediği gözükmektedir.

A. MÜSTEHCENLİK SUÇU HAKKINDA DEĞERLENDİRME

Belirtilen bu tanım karmaşasının daha rahat çözümlenebilmesi açısından ilk olarak müstehcenlik suçu incelenmelidir. Nitekim bir önceki başlık altında ayrıntılı olarak müstehcenlik suçunun genel adap, genel ahlak gibi değişken ve nisbi kavramlara dayandığı ve bu nedenle gelinen noktada bazı ülkeler tarafından zamanla müstehcenliğin belirli boyutlarının suç olmaktan çıkartıldığına ve bu yöndeki görüşlere değinilmişti. Bu noktada ilk olarak müstehcenliğe ilişkin TCK'da yer alan düzenleme incelendiğinde buradaki düzenlemenin genel ahlak bekliliği yapmaktan ziyade çocukları koruyan bir düzenleme olduğu gözükmektedir.

Bu kapsamda söz konusu madde incelendiğinde birinci fıkranın ilk iki bendinde bir çocuğa müstehcen ürünlerin verilmesi, bu ürünleri çocukların görmesinin sağlanması hali suç olarak düzenlenmiştir. Burada görüldüğü üzere müstehcen ürünler değil bu nitelikteki ürünlerin çocuklara verilmesi suç oluşturmaktadır. Diğer bentlere bakıldığında ise müstehcen ürünlerin izin verilen yerler dışında satılması, kiraya verilmesi, bu ürünleri sair mal veya hizmet satışları yanında veya dolayısıyla bedelsiz olarak vermek veya dağıtmak, bu ürünlerin reklamını yapmak ve bu ürünleri içeriğine vakıf olunabilecek şekilde satışa veya kiraya arz etmek fiilleri suç oluşturmaktadır.

Özetle burada eleştirildiği gibi sadece genel ahlak ve adap değil, esas olarak çocuklar korunmak istenmiştir¹⁰⁶. Nitekim bu durum dolaylı olarak Anayasa Mahkemesi kararında da belirtilmiştir. Kararda belirtildiği üzere müstehcen bir eserin söz konusu olması halinde çocukların korunması için eserde, örneğin üzerinde "küçüklere zararlıdır" yazması gibi, ekstra bir tedbir alınması gerekmekte¹⁰⁷ ve bu tarz bir kitabın söz konusu olduğu hallerde basım şekli ve niteliği gözetildiğinde çocukların bu içeriğe maruz kalma ihtimallerinin düşüklüğü¹⁰⁸ de dikkate alınmaktadır. Bu tutumla da madde ile temelde çocukları koruyan bir düzenlemenin bulunduğu doğrulanmış olmaktadır.

Özellikle a ve b bendi temel alındığında burada korunmak istenen çocukların bedensel, zihinsel, ahlaki, ruhsal ve duygusal

¹⁰² Nitekim Yargıtay da kararlarında müstehcenliğe ilişkin olarak aynı kıstasları temel almaktadır. "Müstehcenlik suçunda; kitapta hiçbir olay örgüsüne yer verilmeden sadece cinsel dürtüleri harekete geçirmeye yönelik basit, sıradan ifadelerle ters lezbiyen, doğal olmayan ve hayvanlarla yapılan cinsel ilişkilerin, çocuklar kullanılmak suretiyle bayağı bir dil kullanılarak anlatılması, ifadelerin toplumun ar ve haya duygularını incitici, cinsel arzuları tahrik ve istismar edecek şekilde aynı zamanda kişilerin dışlamaları dahi tiksinti verecek şekilde ifade edilmek suretiyle hiçbir sanatsal ve edebi değer katılmadan kurgulanmıştır." Ayrıntılı bilgi için bkz. Yargıtay 14. Ceza Dairesi, 13056/1527, 19.2.2013 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 10 Temmuz 2022. Bu kapsamda örneğin cinsel tatmin amaçlamayan cinsel sağlık veya psikolojik yayınlarda çocukların cinselliğine ilişkin tartışmaların pornografi kapsamında değerlendirilmeyeceğine ilişkin olarak bkz. MüKoStGB/Hörmle (n 22) p. 15. Ayrıca çocuğun cinsel istismarını doğuran pornografik içerikler sanatsal özgürlük kapsamında değerlendirilmez. Çatışan değerler dikkate alındığında sanatsal özgürlük pek tabiidir ki ikinci planda kalacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. MüKoStGB/Hörmle (n 22) p. 57.

¹⁰³ Donay (n 63) 134. Aynı yönde bkz. Soyaslan (n 69) 561.

¹⁰⁴ Duygun Yarsuvat, "Müstehcenliğin Neresindeyiz" [9 Eylül 2004] (9) Güncel Hukuk, 49.

¹⁰⁵ Yarsuvat, "Türk Ceza Kanununda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar" (n 94) 667.

¹⁰⁶ Özbek (n 2) 39; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 66) 866; Öztürk (n 71) 29. Bu kapsamda müstehcenlik gibi kavramlar çocukları korumayı değil de etik veya ahlaki temelleri korumayı amaçlıyorsa bu durumda müstehcenlik kavramının yorumunun da farklı olacağına ilişkin olarak bkz. Liesching (n 4) 163.

¹⁰⁷ Anayasa Mahkemesi, İrfan Sancı Başvurusu, Başvuru No: 2018/5652, 30/03/2022, p. 70.

¹⁰⁸ ibid p. 73.

bütünlüğü ve çocuğun kişiliğini sağlıklı bir şekilde geliştirme hakkıdır¹⁰⁹. Nitekim belirtildiği üzere söz konusu bentler çocukların korunması amacı üzerinde şekillenmektedir¹¹⁰.

Diğer bentlerde yer alan fiiller incelendiğinde ise diğer bir korunan hukuki değer ile karşılaşılmaktadır: yetişkinlerin istemedikleri halde müstehcen ürünlerle karşılaşması. Gerçekten de insanların her yerde müstehcen ürünlerle karşılaşması onların istemedikleri de varsayıldığında çekilmez bir durum olabilmektedir. Nitekim bunları görmek isteyen yetişkinlerin kendi çabalarıyla bu ürünlere ulaşmaları ve hatta yetişkinlere ait müstehcen görüntülerin üretilmesi veya yayımlanması genel olarak yasaklanmamakta ve önemsenmemektedir¹¹¹. Böylelikle söz konusu madde tersten okunduğunda sınırlamalar ve izin verilen haller şu şekilde özetlenebilmektedir: Yetişkinler arasında müstehcen ürünlerin verilmesi, gösterilmesi, okutulması, dinletilmesi serbest olup bu ürünler çocukların giremeyeceği veya göremeyeceği yerlerde gösterilebilir; içeriği hakkında bilgi sahibi olunamayacak şekilde satışa veya kiraya arz edilebilir; ancak bunların satışına mahsus olan alışveriş yerlerinde satılabilir, satışa arz edilebilir, kiraya verilebilir; ancak ücretli ve tek olarak satılabilir ve reklamı yapılamaz. Madde bu şekilde yorumlandığında gözüktüğü üzere söz konusu madde ile temelde çocuklar korunmakla birlikte buna ek olarak aslında müstehcen ürünlerin satım-dağıtımına ilişkin izin verilen sınırlar ve usuller gösterilmek istenmiştir¹¹².

Ayrıca belirtilen bu amaçlara ek olarak bu şekilde müstehcen ürünlerin alenileşmesiyle yine çocukların da bu ürünlerle karşılaşması dolaylı olarak önlenmekte ve bu olasılık sifıra indirilmektedir. İlgili maddenin 2. fıkrasında müstehcen ürünlerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması da aynı amaçlar doğrultusunda yasaklanmıştır. Ayrıca burada buna ek olarak müstehcen ürünlerin genel olarak kamuya bu denli aleni yayılması toplumun ahlak düzenini bozmakta ve cinsel suçların işlenmesini teşvik ettiği de ileri sürülmektedir¹¹³. Ayrıca bu noktada belirtilmelidir ki çocukların pornografik ürünlerde kullanılmasında olduğu gibi çocuklara pornografik veya müstehcen yayınların izlettirilmesi de çocukların cinsel istismarına neden olmaktadır. Çünkü aslında çocuklara cinsel içerikli ürünlerin izletilmesi, dinlettirilmesi, okutulması ya da verilmesi gibi hareketlerle temelde çocuklarda cinsel duyguların uyandırılması amaçlanmaktadır¹¹⁴.

Böylelikle özetle 226. maddenin 1. (a,b) (müstehcen ürünlerin yayılması), 3. (çocuk pornografisi), 5. (çocuk pornografisi, şiddet içeren (sado-mazoşist) pornografik ürünlere ve hayvan pornografisine çocukların erişiminin engellenmesi) fıkralarının özellikle çocuklara ilişkin düzenlemeler olduğu, böylelikle her ne kadar madde ile müstehcenlik fiili cezalandırılrsa da temelde çocukların ve çocukların cinsel dokunulmazlığının korunduğu görülmektedir¹¹⁵. Ayrıca tüm bu nedenlerden dolayı temel amacın aslında çocukların müstehcen ürünlere vakıf olmasının önlenmesi olduğu ve bu nedenle suçun aslında çocuklara yönelik müstehcen ürünleri kanuna aykırı satma suçu olarak tanımlanması gerektiği bile ileri sürülmüştür¹¹⁶.

Ayrıca müstehcenlik suçuna ilişkin elde edilebilen tek veri olan 2006, 2007 ve 2008 yılına ait TÜİK verileri incelendiğinde¹¹⁷; 2006 yılında müstehcenlik suçu hakkında toplam 1996 kişi hakkında dava açıldığı ve bu kişilerden toplam 1617'sinin 18 yaşından büyük olduğu; 2007 yılında toplam 1808 kişi hakkında dava açıldığı ve bu kişilerin 1688'inin 18 yaşından büyük olduğu; 2008 yılında ise hakkında dava açılan 1615 kişiden 1539 kişinin 18 yaşından büyük olduğu görülmektedir. Bu verilerde de görüldüğü üzere müstehcenlik suçundan hakkında dava açılan kişilerin büyük bir çoğunluğu 18 yaşından büyüktür. Nitekim müstehcenlik suçu kapsamında ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere genel olarak çocukların cinsel istismarının önlenmesi amaçlandığından burada bu oranın endişe verici niteliktedir¹¹⁸. Ayrıca burada her ne kadar sadece 3 yıllık bir veri elde edilse de müstehcenlik suçundan dolayı hakkında dava açılan kişilerde 2006 yılından 2008 yılına doğru bir azalma olduğu görülmektedir. Nitekim bu azalma suçun işlenme oranının azalmasından kaynaklanabileceği gibi gözüken bu azalma yanıltıcı da olabilmektedir. Nitekim forumlar ve sohbet odaları gibi kapalı internet platformlarında yer alan çocuk pornografisi fotoğraf ve videolarının tespiti internetin anonimliği de göz önünde bulundurulduğunda oldukça zordur¹¹⁹.

Burada son olarak müstehcen kavramı açısından Amerika'da yakın bir kavram olarak "ahlaka aykırılık" değerlendirilmelidir. Amerika'da her ne kadar "ahlaka aykırı" yani cinsel içerikli yayın araçları açısından çağdaş toplum standartları açısından açıkça rahatsız edici olarak tanımlanan haller Anayasa'nın Birinci Ek maddesi ile korunmakta ise de bazı eyaletlerde çocukların üstün yararının korunması için çocuklara zararlı nitelikte olabilecek bu materyallerin televizyon, basın araçları aracılığıyla çocuklara

¹⁰⁹ Gökhan Taneri, Cinsel Suçlar (Bilge Yayınevi 2015) 291.

¹¹⁰ Özbek (n 2) 39.

¹¹¹ Sokullu-Akıncı (n 10) 37.

¹¹² Taneri (n 109) 293.

¹¹³ Donay (n 63) 133.

¹¹⁴ Memiş Kartal (n 26) 32,33.

¹¹⁵ Memiş Kartal (n 26) 31,32.

¹¹⁶ Taneri (n 109) 293.

¹¹⁷ "TCK ve Özel Kanunlara Göre Ceza Mahkemelerine Açılan Dava ve Yaş Grubuna Göre Sanıklar" başlığı altında bkz. <http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1070> Erişim Tarihi 16 Haziran 2022.

¹¹⁸ Almanya'da da çocuk pornografisine ilişkin içeriklerin yayılması, edinilmesi veya bulundurulmasının cezalandırıldığı Alman Ceza Kanunu'nun 184b. maddesinin sık uygulama alanı bulunduğu belirtilmektedir. Bu kapsamdaki verilere bakıldığında 2016 yılında 1.847, 2017 yılında 1.909 und 2018 yılında ise 2.078 kişinin yargılandığı görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. MüKoStGB/Hörnle (n 22) p. 6.

¹¹⁹ Sieber (n 19) 54.

dağıtımının kısıtlandığı (yasaklanmadığı) ve çocukların korunmasının amaçlandığı hükümler yer almaktadır¹²⁰. Belirtildiği üzere müstehcen olarak nitelendirilen bir bütün olarak değerlendirildiğinde herhangi bir sanatsal, bilimsel veya edebi bir değer taşımayan toplumun ar ve haya duygusunu rencide eden, şehvet duygusuna yönelik ve sadece şehvet duygusunu tatmin amacıyla üretilmiş olan ürünler ile genel ahlak benzer nitelikte kavramlar olup bu ürünlerin çocuklara ulaşılabilir şekilde yayınlanması temelde çocukların üstün yararı ve korunması amacıyla yasaklanmaktadır. Nitekim bu şekildeki düzenleme ve tanımlama çocuklar üzerinde daha yoğun bir koruma sağlamaktadır.

B. ÇOCUK PORNOGRAFİSİ KAVRAMINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

Önemli ve sorunlu diğer bir nokta ise çocuk pornografisi kavramının bizzat kendisine ilişkindir. Yargı organlarının yorumlarına, ulusal sınırlara, akademik ve yasal bağlamlarda kullanımına göre farklılık arz eden kavramın uygunluğu konusu da tartışmalara neden olmuştur¹²¹. Nitekim “çocuk pornografisi” kavramından çocukların cinsel olarak istismar edilerek pornografik bir üründe kullanılması yönünde bir anlam çıkmaktadır¹²². Bu durumda ilk olarak çocuk pornografisi kavramının içerisinde de geçen pornografi kavramının kelime anlamına bakıldığında sözlükte “cinsel ilişkiyi veya çıplak insanları cinsel olarak uyarmak amacıyla betimleyen veya gösteren sanatsal değeri olmayan kitaplar, dergiler, filmler vb.” olarak tanımlanmaktadır¹²³. Bir içeriğin pornografik olarak nitelendirilmesinde önemli olan aşırı derecede, rahatsız edici bir şekilde cinsel süreçlerin ön planda tutulduğu ve ağırlıklı olarak cinsel uyarıların hedef alınmasıdır¹²⁴. Ağırlıklı olarak veya sadece cinsel uyarılmayı hedef alan ve rahatsız edici, aşırı kaba bir şekilde temsil edilen bu içerikler ilgili dönemin kültürü, toplumsal değerler çerçevesinde toplumun genelindeki cinsel edep sınırlarını aşmaktan olduğundan pornografik olarak değerlendirilmektedir¹²⁵. “Cinsel olarak uyarmak, tahrik etmek amacıyla cinsel organların veya cinsel ilişkinin betimlenmesi veya gösterilmesini içeren basılı veya görsel materyaller” olarak da tanımlanan pornografi kelimesinin kökeni de 19. yüzyılın ortalarına doğru Yunanca’dan gelmekte olup “fahişelik hakkında yazan” anlamına gelen “pornographos” kelimesinden türemiştir¹²⁶.

İlk planda cinsel uyarılmayı hedef alma kistası pornografik olarak nitelendirilmede başvurulsa da çocuklar söz konusu olduğunda sınırın yetişkinlere kıyasen daha düşük olduğu ve bazı durumlarda çocukların cinsel organlarının fotoğraflarının yetişkinlerinkinin aksine pornografik olarak nitelendirmek için yeterli olabileceği belirtilmektedir¹²⁷. Çünkü bu tip durumlarda çocuklar cinsel obje haline getirilmekte ve başka kişilerin cinselliğinin mağduru haline gelmektedir¹²⁸. Ayrıca kavramın tanımlanmasında yetişkin pornografisi ile yapılan karşılaştırmaların kavramın temelinde yatan istismar içeriğini azalttığı da belirtilmektedir¹²⁹. Bu nedenle çocuk pornografisi kavramı eleştirilere maruz kalmakta ve bu kavram yerine istismar etme karakterinin daha ön planda tutulduğu “çocuk istismarı/sömürüsü materyalleri”nin (*child abuse/exploitation material*) kullanılması önerilmektedir¹³⁰.

Tanımlardan da anlaşıldığı üzere pornografi söz konusu olduğunda cinselliğin değil aslında onun yayınlanması ön plandadır. Bir eserin pornografik olarak belirlenmesi açısından içerik ve biçimsel olmak üzere iki yönlü bir ayrımın yapılması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre bir eserin pornografik olarak nitelendirilmesi için öncelikle içerik olarak cinselliği vahşileştirerek anlatması, cinsel isteği mutlaklaştırması ve insanı cinsel bir şehvet objesi haline dönüştürerek estetik kaygıdan uzak, abartılı, kıskırtıcı ve kaba bir şekilde göstermesi gerekmektedir¹³¹.

Tüm bu tanımlarda gözüktüğü üzere özetle pornografi; sadece cinsel dürtülerin uyarılması amacıyla salt cinselliğin söz konusu

¹²⁰ ABD Kongre Araştırma Servisi (Congressional Research Service) (n 52) 366. Amerika’da konuya ilişkin yer almış dava örnekleri için bkz. ibid 367-368.

¹²¹ Anthony R. Beech, Ian A. Elliott, Astrid Birgden ve Donald Findlater, ‘The Internet and Child Sexual Offending: A Criminological Review’ [2008] (13) *Aggression and Violent Behavior* 218.

¹²² Özbeke (n 2) 118; Benzer (n 3) 25.

¹²³ Cambridge Dictionary <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/pornography>> Erişim Tarihi 16 Temmuz 2022. Ayrıca “cinsel dürtülere yönelik olan, ahlaki değerlere aykırı düşen yayım, resim vb.” tanımları için bkz. <http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5b3260da359644.15525715> Erişim Tarihi 16 Temmuz 2022. Buna ek olarak “müstehcen şey” olarak tanımlanmasına ilişkin olarak bkz. Özbeke (n2) 19.

¹²⁴ Klaus Weber, *Rechtswörterbuch* (24. bs., Verlag C.H. Beck 2022) Başlık: “Pornographische Inhalte”.

¹²⁵ Martin Heger, ‘StGB § 184 Verbreitung pornographischer Inhalte’ in Karl Lackner, Kristian Kühn, Martin Heger, *Strafgesetzbuch Kommentar* (30. bs., C.H. Beck 2023) p. 2; Jörg Eisele, ‘StGB § 184 Verbreitung pornographischer Schriften’ in Adolf Schönke, Horst Schroeder, *Strafgesetzbuch Kommentar* (10. bs., C.H. Beck 2019) p. 8. Ağırlıklı olarak veya sadece cinsel uyarılma ve toplum genelindeki cinsel edep sınırlarını aşmanın pornografik olarak nitelendirme için yeterli olduğuna ilişkin olarak bkz. Tatjana Hörnle, ‘StGB § 184’, in Münchener Kommentar zum StGB (Band 3, 4. bs., C.H. Beck 2021) p. 21-22; Wilhelm Laufhütte ve Ellen Roggenbuck, ‘§ 184: Verbreitung pornographischer Schriften’ in Cirener G, Laufhütte H, Radtke H, Rissing-van Saan R, Rönnau T, Schluckebier W ve Tiedemann K (Ed.), *Leipziger Kommentar StGB*, (De Gruyter 2014) p. 5. Cinsel istismara dayanan ve cinsel kaderini kendi başına tayin edemeyen çocuğa ilişkin cinsel hareketlerle bir kişinin cinsel olarak uyarılmasının zaten kaba ve rahatsız edici bir tasvir niteliğinde olduğuna ilişkin olarak bkz. Jörg Eisele, ‘StGB § 184b Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften’ in Adolf Schönke, Horst Schroeder, *Strafgesetzbuch Kommentar* (10. bs., C.H. Beck 2019) p. 6.

¹²⁶ Oxford Dictionary <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/pornography>> Erişim Tarihi 16 Temmuz 2022. “Pornographos” kelimesi fahişelik anlamına gelen “prostitute” ve yazmak anlamına gelen “graphein” kelimelerinin birleşiminden meydana gelmiştir.

¹²⁷ Baier (n 10) 40.

¹²⁸ Benjamin Krause, ‘Kinderpornographie im Internet’ [2016] *MMR* 667.

¹²⁹ Beech, Elliott, Birgden ve Findlater (n 121) 218.

¹³⁰ Franke ve Graf (n 1) 88.

¹³¹ Özbeke (n 2) 20. Aynı yönde Schönke/Schröder/Eisele, StGB § 184, p. 8. Ayrıca cinsel süreçleri kaba, rahatsız edici bir şekilde anlatan ve bu bağlamda toplumun çıkarını tehdit ve rahatsız eden içeriklerin pornografik ürünler kapsamında değerlendirileceğine ilişkin olarak bkz. Leipziger Kommentar/Laufhütte/Roggenbuck (n 99) p. 4. Burada erotik eserlerle bir benzerlik olsa da farklı oldukları aksine örneğin erotik bir ürünün söz konusu olması halinde cinsel çağrışımlar söz konusu olsa da bunlar sanatsal bir estetik çerçevesinde verilme kaygısıyla yansıtıldığından pornografi ve müstehcenlik kapsamında değerlendirilmeyeceğine ilişkin olarak bkz. Öztürk (n 71) 36, 42.

olacağı şekilde insanların cinsel bir obje haline getirilerek estetik kaygıdan uzak bir şekilde gösterildiği materyaller olarak tanımlanabilmektedir.

Konuya ilişkin olarak uygulamadan bir örnek vermek gerekirse evli bir kadının kocasını aldatmasına ilişkin olarak yaşananlar, kadının yaşadığı bunalımlar ve bu ilişkiden kurtulma çabaları ile utanç duygusu, pişmanlık ve kadının kendisine yönelik özeleştirilerinin yer aldığı kitabın dava konusu olduğu bir olayda Yargıtay, dava konusu kitabın müstehcen bir nitelik taşıyıp taşımadığına ilişkin bir belirleme yaparken kararında pornografi, müstehcenlik ve erotizm kavramlarına ilişkin birtakım kıstaslara yer vermiştir¹³². Bu doğrultuda Yargıtay pornografiyi “aşırı, çok şiddetli, makul olmayan bir biçimde şehvet duygularının tahrik edilmesi” olarak tarif ederken müstehcenliğe ilişkin olarak Kanun’daki tanım doğrultusunda bir ayırım yaparak halkın ar ve haya duygularının incitilmesini aramaktadır. Ayrıca Yargıtay söz konusu kararda ek bir kavram olarak erotik kavramına da yer vererek bu kavramı “sevginin cinsel yönünü ve cinsel aşkı anlatması açısından edebiyat, resim, tiyatro, fotoğraf, film gibi her türlü sanat dalının bir türü” olarak kabul etmiştir. Ayrıca Yargıtay sonuç olarak dava konusu kitabı bir bütün olarak değerlendirerek kitabın erotik olduğuna karar vermiştir.

Sonuç olarak söz konusu tanımlamalarda da açıkça gözüktüğü üzere müstehcenliğin; pornografi ve çocuk pornografisini de kapsayan üst bir terim olduğu açıkça gözükmemektedir¹³³. Nitekim belirtildiği üzere “*her müstehcen şey pornografik değildir; ancak her pornografik şey aynı zamanda müstehcendir.*”¹³⁴ Bu kavramların dışarısında yer alan erotik eserler ise sevginin cinsel yönünü ele almakta ve bu kapsamda müstehcen veya pornografik olarak değerlendirilmemektedir. Bu durumda kelime anlamı kullanılarak ibare, çocukların pornografik ürünlerde kullanılması olarak yorumlanırsa ancak çocuklar üzerinde belirtilen niteliklere sahip yani çok ağır hareketler çocuk pornografisi kapsamında değerlendirilecektir. Bu nedenle TCK’da çocuk pornografisi tabirinden müstehcenlik ibaresinin benimsenmiş olması ve suçun oluşması açısından müstehcen ürünlerin aranması çocuklar açısından daha etkin bir koruma sağlamaktadır¹³⁵. Çünkü burada “çocuk pornografisine” ilişkin düzenleme olan 3. fıkra ile temelde müstehcenliğe karşı çocukların korunması amaçlanmaktadır¹³⁶.

Ayrıca uluslararası mevzuatta da her ne kadar direk çeviri yapıldığında çocuk pornografisi kavramına yer verilmiş de olsa bu haller genel pornografi kavramından ayrı değerlendirilmektedir¹³⁷. Bu kapsamda çocuk pornografisi, çocukların istismarı ile ilgili olup sunumun normal pornografideki gibi kaba veya sansasyonel olması aranmamaktadır¹³⁸. Benzer şekilde çocuk pornografisi kavramının kapsamının normal pornografiye göre daha geniş kapsamlı olduğunu gösteren bir örnek olarak çocuk pornografisi içeren görsellerin içeriklerinin değerlendirilmesi için ünlü tipoloji çalışması olan *COPINE* ölçeğinde cinsel açıklık ve şiddetin artmasına bağlı olarak on düzey tanımlanmaktadır. Görsellere ilişkin aşamalar şu şekilde sıralandırılmıştır¹³⁹: (1) cinsel içerik barındırmayan iç çamaşırı ile fakat olağan davranışlarla olağan durumları gösteren aile albümleri gibi görseller; (2) havuz, sahildeki gibi çıplaklığın normal olduğu çıplaklık; (3) çocukların kısmen giyinik (mesela iç çamaşırı olduğu, oyun parkları veya yaşam alanları veya benzeri korunan yerlerde çocukların gizli veya örtülü olarak alındığı anlaşılabilir kayıtlardan oluşan erotik görseller; (4) poz verme; (5) erotik poz verme; (6) detaylı erotik poz verme; (7) çocuğun cinsel davranışlarını içeren görseller; (8) temas içeren saldırılar; (9) ağır saldırılar barındıran görseller; (10) sadist ve hayvanlarla çocukların cinsel davranışlarına ilişkin görseller. Bu görüşler kapsamında da çocuk pornografisi kavramı ile aslında pornografik ürünlerde çocukların bulunması değil çocukların istismarını doğuran müstehcen içeriklerin dikkate alındığını söylemek yanlış olmayacaktır.

C. TÜRK CEZA KANUNU İLE ULUSLARARASI DÜZENLEMELERİN KARŞILAŞTIRILMASI

Diğer başlıklar altında ayrıntılı olarak ele alınan tanımlamalara genel olarak bakıldığında çocuk pornografisinin belirlenmesinde genel eğilimin görsel ürünler temelli olduğu gözlemlenmektedir. Bu konuda da TCK’daki düzenlemeye bakıldığında çocukları daha çok koruyan bir düzenleme bulunmaktadır. Nitekim her ne kadar madde metni biraz ifade olarak problemlidir de olsa “müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları, temsili çocuk görüntülerini veya çocuk gibi görünen kişiler” ile kast edilen çocuk pornografisine ilişkin görüntülerin, yazıların veya pornografik ürünlerde çocuk izlenimi veren seslerin kullanılması

¹³² Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 872/1682, 3.4.1985 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 18 Temmuz 2022.

¹³³ YCGK, 14-603/66, 24.3.2015 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 18 Temmuz 2022. Ayrıca müstehcenliğin daha çok hukuki bir kavram olduğu yönünde bkz. Taneri (n 66) 566.

¹³⁴ Özbek (n 2) 21.

¹³⁵ Aynı yönde toplumsal ve zamansal faktörlere göre değişkenlik arz eden müstehcenliğe ilişkin Kanun’da net bir tanımlama yapılmasının maddenin asıl amacı olan çocukların korunmasını olumsuz etkileyeceği yönünde bkz. Öztürk (n 71) 29. Buna karşı olarak Kanun’da müstehcenlik kavramının kanunilik ilkesini ihlal ettiği ve burada müstehcenlik ile pornografinin anlaşılması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 66) 865-868. Ayrıca kanunilik ilkesini ihlal etmediğine ilişkin görüş için bkz. Öztürk (n 71) 31-32. Ahlakî kavramlarla ilgili hukuk alanlarının ele alınmasının ülkeler bazında değişkenlik gösterebileceği, bu nedenle de uluslararası düzenlemelerde yeknesak bir şekilde pornografi bile dense müstehcen, ahlaksız gibi terimlerin kullanıldığına ilişkin olarak bkz. Liesching (n 4), 163.

¹³⁶ YCGK, 14-603/66, 24.3.2015 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 18 Temmuz 2022. Öztürk (n 71) 56.

¹³⁷ Lackner/Kühl/Heger/Heger (n 99) p. 2. Ayrıca yalnızca ve ağırlıklı olarak cinsel tatmin amacı taşıma ile genel toplumun cinsel edep sınırlarını aşma şeklindeki iki özelliğin pornografiye ilişkin genel bir tanımın yapılması için yeterli olduğu, cinsel arzuya ilişkin bir nesne olarak gösterilme gibi başka unsurların aranmasına gerek olmadığı; bu nedenle de çocuk pornografisi özelinde ayrı bir tanımlama yapılmasına gerek olmadığı yönünde bkz. MüKoStGB/Hörnle (n 22) p. 14; (n 123) p. 22.

¹³⁸ Lackner/Kühl/Heger/Heger (n 99) p. 2.

¹³⁹ Franke ve Graf (n 1) 89.

olarak anlaşılmalıdır¹⁴⁰. Madde metni bu şekilde yorumlandığında hukukumuzda çocuk pornografisinin sadece görsel değil diğer boyutlarının da yasaklandığı gözükmektedir. Nitekim genel olarak düzenlemelerde çocuk pornografisi kapsamında sözel ve yazılı ürünler değil de görsel ürünlere önem verilmesinin sebebinin genelde pornografinin teşhire dayalı olmasından ve yazılı ve sözel ürünlerde ise genellikle kurgusal niteliğin daha baskın olmasından kaynaklandığı da ileri sürülmüştür¹⁴¹. Burada kurgusal olan sözel veya yazılı ürünlerin çocuk pornografisi kapsamında değerlendirilmemesi yönündeki eğilimin temelinde bu ürünlerde çocuklara ilişkin doğrudan bir suiistimalin yer almaması yatmaktadır¹⁴². Bu nedenle de örneğin Siber Suç Sözleşmesi'nde kurgusal olarak yapılan çocuk pornografisinin yasaklanmasına ilişkin düzenlemeler devletlerce istisna tutulabilmektedir. Fakat her ne kadar burada doğrudan bir suiistimalin yer almadığı iddia edilse de burada bu tarzdaki eserlerin yayınlanması çocukların bu hareketleri olağan kabul etmeye başlaması ve suistimale daha açık hale gelmelerine neden olmakta ayrıca pedofili yönelimi olan kişileri ve diğer kişileri de bu hareketleri yapmaya teşvik etmektedir¹⁴³. Bu nedenle burada her ne kadar gerçek bir çocuk yer almasa da çocuklar bu durumdan dolayı olarak etkilenmektedirler.

Tanımlamalar ışığında bakıldığında diğer bir problem ise çocukların cinsel bir şekilde veya cinsel bir davranış içerisinde görüntülenmesi gereğidir. Bu durumda bir eserin çocuk pornografisi altında değerlendirilmesi örneğin Siber Suç Sözleşmesi'nde yer alan tanım değerlendirildiğinde bir çocuğun veya çocuk gibi görünen bir kişinin cinsel içerikli bir davranışta bulunmasının tasvir edilmesi gerekmektedir. TCK'da ise yukarıda da belirtildiği üzere "müstehtecen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları, temsili çocuk görüntülerini veya çocuk gibi görünen kişilerin" kullanılması bu kapsamda değerlendirilmiştir. Bu durumda her iki düzenleme arasındaki farkın "cinsel içerikli davranış" ile "müstehtecen" ifadelerinde yattığı gözükmektedir. Bu durumda müstehtecenlik ile cinsel içerikli davranış, yani çocukların cinsel bir bağlamda görüntülenmesi arasındaki farkların neler olduğu aynı anlama mı geldiği ortaya konmalıdır. Örneğin burada bir çocuğun sevimli bir fotoğrafının bazı kişiler açısından cinsel tatminde kullanılabilmesi söz konusu olduğunda bu hareket hangi kapsamda değerlendirilecektir? Bu tip durumlarda cinsel bağlamda ve cinsel içerikli bir davranış içerisinde çocukların gösterilmesine ilişkin nasıl bir kıstas belirleneceği aslında temelsiz kalmıştır. Bu noktada cinsel içerikli davranış ve müstehtecenliğin her ikisinin de yoruma bağlı ibareler olduğu ve somut olayın şartları altında değerlendirileceği söylenmelidir. Nitekim müstehtecenliğin bir noktada cinsel içerikli davranışı da kapsadığı ve bu durumda burada amacın belirtildiği üzere çocukların korunması olduğu da gözetildiğinde oldukça yerinde bir ibare olduğu unutulmamalıdır. Çünkü cinsel içerikli davranış ile neyin kast edildiği net bir şekilde belirtilmemekte bu konu açıklanmaya ihtiyaç duymaktadır. Örneğin cinsel içerikli davranış pornografi kavramı ile birlikte değerlendirilerek sadece cinsel ilişkiye yönelik olan davranışları mı kapsayacaktır? Cinsel organların gösterilmesi veya çıplaklık bu durumda cinsel içerikli davranış sayılacak mıdır?

Bu problemlere ilişkin bir örneği de Alman hukukunda çocuk pornografisi kavramının genişletilmesini ve bu kapsamdaki kanun değişikliğini tetikleyen *Edathy Olayı* olarak adlandırılan SPD'li bir siyasetçinin çıplak çocuk resimleri buldurması skandalı teşkil etmektedir. Yaşanan bu skandalda cinsel bir davranış içermeyen çıplak çocuk fotoğrafları ve videolarının buldurulmasının niteliği tartışma konusu yapılmıştır. Bu kapsamda söz konusu olay temelde çıplak çocuklara ilişkin resim ve videoların çocuk pornografisi mi yoksa cezalandırılmayan çıplak görüntüler olarak mı değerlendirileceğine ilişkin olup mahkeme bunları sınır alanda görüntüler olarak nitelendirmiştir¹⁴⁴. Doğabilecek tüm bu sorunlardan dolayı düzenlemelerde sadece cinsel içerikli davranış ibaresine yer verilmesi açıklamaya muhtaçtır. Nitekim Amerika'da bu açıklama Federal Yasa'da yer almış ve cinsel içerikli davranışın sadece cinsel davranışı değil bununla birlikte bir kişinin cinsel organının veya cinsel organ çevresinin şehvet uyandırıcı bir şekilde gösterilmesini de kapsadığı belirtilmiştir¹⁴⁵.

Ayrıca örneğin kanunda belirtilen şekilde pornografik bir amaçla üretilmeyen veya çocukların cinsel istismarını doğurmayan görüntülerin pornografik amaçla dağıtılması halinde - nitekim bu durum pedofili olanlar arasında yaygın olarak gözükmektedir - bu ürünler kanun kapsamında korunmamakta ve çocuk pornografisi altında değerlendirilmemektedir. Örneğin çocuk bezi reklamları gibi çocukların yer aldığı reklamlar ya da aile, arkadaşlar ve akrabalar arasında paylaşılmak üzere konulmuş günlük resim veya görüntüler ya da başka amaçlarla hazırlanan ama çocukların üzerinde kıyafet olmayan görüntüler, örneğin iç giyim, mayo, bikini katalogları gibi ya da internette çocuk mankenlerin yer aldığı internet siteleri gibi aslında cinsel bir boyutu olmayan görüntüler

¹⁴⁰ Bu yöndeki Yargıtay kararı için bkz. "Buradaki müstehtecen ürün içeriğinde müstehtecenlik unsuru olarak çocuğun kullanıldığı resim, film, video, fotoğraf, grafik, imge, heykel, çizgi film, animasyon gibi görsel veya sesli ürünler ile şarkı sözü, roman, hikaye gibi yazılı ürünleri ifade etmektedir." YCGK, 14-603/66, 24.3.2015 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 17 Temmuz 2022. Bu kapsamda içeriğin ve konunun çocukların cinsel istismarı ile ilgili olması gerektiği ve istismar ile ilişkilendirilemeyen çizim, resim gibi içeriklerin buldurulmasının cezalandırılmayacağına ilişkin olarak bkz. Lackner/Kühl/Heger/Heger (n 99) p. 6; Leipziger Kommentar/Laufhütte/Roggenbuck (n 99) p. 11.

¹⁴¹ Çam (n 1) 59.

¹⁴² Çam (n 1) 59. Örneğin Almanya'da gerçekçi temsile yakın kurgusal ürünlerde objektif/nesnel bir gözlemcinin bakış açısı doğrultusunda kurgusal kişinin çocuğu görünüşünün belirleneceğine ilişkin olarak bkz. MüKoStGB/Hörnle (n 22) p. 11, 13; Schönke/Schröder/Eisele, StGB § 184b, p. 18.

¹⁴³ İzlenilenlerin çocuklara yönelik cinsel çekimi artırabileceği, yaygın bir uygulama alanı bulduğu şeklinde yanlış bir izlenim yaratabileceği ve çocukların daha fazla cinsel mağduriyetlerine yol açacak bir pazar yaratılmasını doğurduğuna ilişkin olarak bkz. Beech, Elliott, Birgden ve Findlater (n 121) 222. Nitekim aynı şekilde çocuklara pornografik veya çocukların cinsel istismarının yer aldığı içeriklerin gösterilmesi de çocukları manipüle etmekte, cinsel aktiviteleri normalleştirerek duyarsızlaştırmakta ve benzer fotoğrafları kendilerinin yollamalarının önünü açmakta olduğuna ilişkin olarak bkz. International Centre for Missing and Exploited Children (n 37) 16.

¹⁴⁴ Krause (n 128) 666.

¹⁴⁵ ABD Kongre Araştırma Servisi (Congressional Research Service) (n 52) 363.

pedofili olan kişiler açısından cinsel tatminde kullanılmakta ve bu materyaller pornografik olarak iletilebilmektedir¹⁴⁶. Fakat bu durumda çocuklara ilişkin her görüntünün pornografik olarak değerlendirilmesi gibi bir ihtimal doğmaktadır. Bu nedenle de tanımlamadaki önem tekrar kendini göstermektedir.

SONUÇ

Sonuç olarak belirtilmelidir ki çocuk pornografisi ve çocukların cinsel istismarı özellikle en zararlı ve etkili halini internet aracılığı ile almıştır. İnternet hem çocuk pornografisine ilişkin olan ürünlerin tüm dünyada çok kolay bir şekilde yayılmasını sağlamakta hem de çocuk istismarcılarının ve pedofililerin birbirlerini ve de çocukları kolayca bulup kandırmalarına olanak sağlamaktadır. Gerçekten de internetin global bir medya olduğu ve aracılığıyla her türlü verinin tek bir tuşla tüm dünyaya saniye kadar kısa bir süre içerisinde yayılabileceği unutulmamalıdır¹⁴⁷. Ayrıca internetteki anonim hesapların da her zaman bulunmasının kolay olmadığı nazara alındığında çocuklarla cinsel amaçlı paylaşımlar söz konusu olduğunda bunların tespitinin ne denli zor olduğu da açıkça gözükmektedir. Bu noktada internet gelişen teknoloji açısından çok büyük bir nimet olmakla birlikte internetin çocuk pornografisinde olduğu üzere çok zararlı yönleri de bulunmaktadır. Nitekim internetin gelişimi ile birlikte çocuk pornografisinin iletiminin yaygınlaşması ve farklı bir boyut alabilmesine ilişkin bir örnek olarak Blockchain ağındaki finansal olmayan içeriklerin analizine ilişkin yapılan bir araştırma belirtilmelidir. Bu çalışmada yapılan yedeklemelerde çocuk pornografisine ilişkin linklerin yer aldığı fark edilmiştir. Blockchain sistemine ilişkin finansal işlemlerin kişisel yedeklenmelerinde rastlanan çocuk pornografisi linkleri bağlamında Blockchain ağının kullanıcılarının çocuk pornografisine ilişkin ürünlerin bulundurulmasından dolayı cezai sorumluluğu problemi doğmaktadır. Bu tartışmalarda da ceza hukukundaki problemlerle bir takım noktaların önemi ortaya konmuştur. Nitekim bulundurma fiili için linkin bilgisayara indirilmiş olması yeterli olacak mıdır? Buna ilişkin olarak ise Blockchain ağı içerisinde cezalandırılabilirliğin sınırlarını ve ortalama bir kullanıcının işlemlerin tüm içeriğini bilmesinin beklenemez olduğundan yetkililere ne zaman bildirimde bulunması gerektiğini belirleyen kanuni düzenlemelerin yapılması gerektiği belirtilmektedir¹⁴⁸. Örnekte de görüldüğü üzere gelişen teknoloji ve zamanla istismarın boyutu ve iletimin kolaylığı farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Bu nedenle toplu bir internet veya erişim engelinin de orantılı bir önlem olacağını savunmak mümkün değildir. Fakat pek tabiidir ki çocuk pornografisinin ve müstehcen ürünlerin yaygın bir hal alması ve bunların çocukların erişimlerinin olduğu ortamlarda yapılması ve dolayısıyla çocukların bu ürünleri görmesi, izlemesi, okuması, dinlemesi çocukların zamanla bu tip hareketleri olağan ve normal karşılamasına ve ruh sağlıklarının bozulmasına sebebiyet vermektedir. Bu zararlı yönlerinden dolayı internetin kullanılmasının yasaklanması söz konusu olamayacağından ifade özgürlüğünün de korunacağı şekilde çocukların üstün yararı ve sağlığı açısından getirilecek sınırlamalar dikkatlice belirlenmelidir. Nitekim bir konuda önlemlerin alınması ve birtakım değerlerin korunabilmesi açısından temel adım tanımlamalarda ve belirlenen kavramlara ilişkin çerçevelerin iyi çizilmesinde yatmaktadır.

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 have no conflict of interest to declare.

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

KAYNAKLAR / REFERENCES

- ABD Kongre Araştırma Servisi (Congressional Research Service), 'Müstehcenlik, Çocuk Pornografisi ve Ahlaka Aykırılık: Kısa Arkaplan ve Mevcut Gelişmeler' (Türker Ertaş tr) in Yener Ünver (ed), *İnternet Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 13, Jan C. Joerden'a Armağan*, (Seçkin Yayıncılık 2013) 360-369.
- Anayasa Mahkemesi, İrfan Sancı Başvurusu, Başvuru No: 2018/5652, 30/03/2022, <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/08/20220816-10.pdf>>
- Baier H, 'Die Bekämpfung der Kinderpornografie auf der Ebene von Europäischer Union und Europarat' [2004] ZUM 39-52.

¹⁴⁶ Mehmet Sağır ve Yunus Bah, 'Çocuk Pornografisi Suçlarında Bilirkişi İncelemesi ve Dijital Görüntülerdeki Mağdurun Yaş Tespiti' [2014] 5 (2) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 76.

¹⁴⁷ Sieber (n 19) 55. İnternetin ve bu sayede iletimdeki kolaylıkların gelişimi ile birlikte çocuk pornografisi barındıran içeriklerin sayısında artış tespit edildiği, yapılan çalışmalarda çocukların istismarını barındıran internet sitesi sayısının 2010 yılında 1351, 2013 yılında 13.182 olduğu ve 2005 yılında İngiltere'de cinsel suçlara ilişkin verilen yargılamaların 1/3'ünün internet üzerinden işlendiğine ilişkin olarak bkz. Franke ve Graf (n 1) 90.

¹⁴⁸ Cathrin Hein, Wanja Wellbrock ve Christoph Hein, *Rechtliche Herausforderungen von Blockchain Anwendungen* (Springer 2019) 15-21.

- Beech A R, Elliott I A, Birgden A ve Findlater D, 'The Internet and Child Sexual Offending: A Criminological Review' [2008] (13) *Aggression and Violent Behavior* 216-228.
- Benzer R, 'Siber Suçlar ve Teorik Yaklaşımlar' in Hüseyin Çakır, Mehmet Serkan Kılıç (eds), *Güncel Tehdit: Siber Suçlar* (Seçkin Yayıncılık 2014).
- Cambridge Dictionary <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/pornography>>
- Cambridge Dictionary <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/pornography>>
- Council Framework Decision 2004/68/JHA of 22 December 2003 on Combating The Sexual Exploitation of Children and Child Pornography, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32004F0068&from=en>>
- Çam Ş, 'Çocuk Pornografisi Tartışmalarına İlişkin Sorular' [2003] 1 (2) *İletişim Araştırmaları Dergisi* 55-86.
- Çubukçu A, 'İnternet Düzenlemeleri' in Hüseyin Çakır, Mehmet Serkan Kılıç (eds), *Güncel Tehdit: Siber Suçlar* (Seçkin Yayıncılık 2014).
- Devellioğlu F, *Osmanlıca- Türkçe Ansiklopedik Lügat* (1970).
- Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on combating the sexual abuse and sexual exploitation of children and child pornography, and replacing Council Framework Decision 2004/68/JHA, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:L:2011:335:TOC>>
- Donay S, 'Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı' [1968] 1 (2) *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi* 129-145.
- Dönmez S, *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler* (4. bs., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1975).
- Dursun S, 'İnternette Kaynaklanan Ceza Sorumluluğundaki Gelişmeler' [2003] (1- 2) MHB, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan 251-294.
- Dülger M V, 'Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Çocuk Pornografisinin İnternet Aracılığıyla Yayılmasına Karşı Yapılan Düzenlemeler' [2004] LXXVIII (4) *İstanbul Barosu Dergisi* 1485-1496.
- Erem F, Toroslu N, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (4. bs., Savaş Yayınları 1983).
- European Court of Human Rights, *Handyside v The United Kingdom*, Başvuru no: 5493/72, 07.12.1976 <<file:///C:/Users/USER/Desktop/Downloads/CASE%20OF%20HANDYSIDE%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM.pdf>>
- Explanatory Report to the Convention on Cybercrime <<https://rm.coe.int/16800cce5b>>
- Franke I ve Graf M, 'Kinderpornografie' [2016] (10) *Forens Psychiatr Psychol Kriminol* 87-97.
- Gercke M, 'Die EU Richtlinie zur Bekämpfung von Kinderpornographie' [2012] (8) *Computer und Recht* 520-525.
- Gürelli N, 'Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı' [1996] XXXII (2-4) *IÜHF* 569-587.
- Hafizoğulları Z, 'Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu' [2005] *Türk Hukuk Kurumu 71 Kuruluş Yılı Armağanı*.
- Hakeri H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (23. bs., Adalet Yayınevi 2020).
- Hein C, Wellbrock W ve Hein C, *Rechtliche Herausforderungen von Blockchain Anwendungen* (Springer 2019)
- International Centre for Missing and Exploited Children, *Online Grooming of Children for Sexual Purposes: Model Legislation & Global Review* (1. Edition, 2017) <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.icmec.org/wp-content/uploads/2017/09/Online-Grooming-of-Children_FINAL_9-18-17.pdf>
- Krause B, 'Kinderpornographie im Internet' [2016] *MMR* 665-669.
- Lackner K, Kühl K, Heger M, *Strafgesetzbuch Kommentar* (30. bs., C.H. Beck 2023) [Lackner/Kühl/Heger/Bearbeiter]
- Laufhütte W ve Roggenbuck E, '§ 184b: Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften' ve '§ 184: Verbreitung pornographischer Schriften' in Cirener G, Laufhütte H, Radtke H, Rissing-van Saan R, Rönnau T, Schluckebier W ve Tiedemann K (Ed.), *Leipziger Kommentar StGB*, (De Gruyter 2014) [Kısaltma: *Leipziger Kommentar*/Bearbeiter]
- Liesching M, 'Pornografieverbote in Staaten der Europäischen Union' [2003] *MMR* 156-163.
- Memiş Kartal P, *Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı* (Der Yayınları 2014).
- Miller v. California, 413 U.S. 24-25 <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/413/15/case.html>>
- Münchener Kommentar zum StGB (Band 3, 4. bs., C.H. Beck 2021) [Kısaltma: MüKoStGB/Bearbeiter]
- Oxford Dictionary <<https://www.oxforddictionaries.com/>>
- Önder A, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (4. bs., Filiz Kitabevi 1994).
- Özbek V Ö, *Müstehcenlik Suçu* (Seçkin Yayıncılık 2009).
- Özbek V Ö, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (16. bs., Seçkin Yayıncılık 2021).
- Öztürk G A, *Türk Ceza Kanunu'nda Müstehcenlik Suçu* (1. bs., Seçkin Yayıncılık 2021).
- Rollo G ve Neuerbach F, 'Çocuk Pornografisi ve İnternet- Karşılaştırmalı Hukuk Çerçevesinde Bir Bakış' (İlker Tepe tr) in Yener Ünver (ed), *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi-4, Çocuklar ve Suç-Ceza* (Seçkin Yayıncılık 2005) 651-663.
- Sağır M ve Balı Y, 'Çocuk Pornografisi Suçlarında Bilirkişi İncelemesi ve Dijital Görüntülerdeki Mağdurun Yaş Tespiti' [2014] 5 (2) *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 69- 92.
- Schönke A, Schroeder H, *Strafgesetzbuch Kommentar* (10. bs., C.H. Beck 2019) [Kısaltma: Schönke/Schroeder/Bearbeiter]
- Sieber U, *İnternetteki Suçlar ve Suçun İnternette Takibi* (Yener Ünver ed, Yener Ünver, Mustafa Temmuz Oğlakcıoğlu trs, Seçkin Yayıncılık 2014).
- Sokullu-Akıncı F, 'Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'nde Yer Alan Maddi Ceza Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle İnternette

- Çocuk Pornografisi' [2001] LIX (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 11-38.
- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (10. bs., Yetkin Yayıncılık 2014).
- Stilo L, 'Çocuk Pornografisine Karşı Avrupa Birliğinin Müdahalesi: 22 Aralık 2003 Tarihli 2004/68 GAI Konseyin Çerçeve Kararı Hakkında Bir Yorum' (Vesile Sonay Evik tr) in Yener Ünver (ed), *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi-4, Çocuklar ve Suç- Ceza* (Seçkin Yayıncılık, 2005) 469-476.
- Taneri G, *Cinsel Suçlar* (Bilge Yayınevi 2015).
- Taneri G, 'Müstehcenlik Suçu' [2018] XIII (1) ERÜHFD 561-624.
- TBMM, Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tasarısı ve Dışişleri Komisyonu Raporu (1/676), Sıra Sayısı: 380, <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss380.pdf>>
- Weber K, *Rechtswörterbuch* (24. bs., Verlag C.H. Beck 2022).
- Yalkut N, 'Türk ve İtalyan Ceza Hukukunda Müstehcen' [1976] VI-VII (3-4) Adalet Dergisi 279-286.
- Yarsuvat D, 'Müstehcenliğin Neresindeyiz' [9 Eylül 2004] (9) Güncel Hukuk, 49.
- Yarsuvat D, 'Türk Ceza Kanununda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar' in *Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 yılı ve Geleceği*, (Sermet Matbaası 1977) 645-684.
- Yaşar O, Gökcan H T ve Artuç M, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu* (2. bs., C.V, Adalet Yayınevi 2014).

ATIF BİÇİMİ / HOW CITE THIS ARTICLE

Cakiroglu, S. 'Uluslararası Sözleşmeler Işığında Türk Hukukunda Çocuk Pornografisi Kavramı' (2023) 11(1) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 73.

Crime of Recording Audio or Visual Media (Article 286 of the Turkish Criminal Code)

Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması Suçu (Türk Ceza Kanunu Madde 286)

Mert ÜLGEN^{1,2} 

¹PhD Candidate, Istanbul University Institute of Social Sciences Department of Public Law, Istanbul, Türkiye

²Res. Asst., Istanbul Yeni Yüzyıl University Faculty of Law Department of Criminal and Criminal Procedure Law, Istanbul, Türkiye

ABSTRACT

The “Crime of Recording Audio or Visual Media”, which was not regulated under the former Turkish Penal Code numbered 765, was initially regulated in Article 286 of the Second Section titled, “Crimes against the Judiciary”. It is within the Fourth Part, titled “Crimes against the Nation and the State and Final Provisions”, in the Second Book titled “Special Provisions” of the Turkish Criminal Code numbered 5237. With this crime, the act that violates the prohibition -in Article 183 of the Criminal Procedure Code numbered 5271, titled “Prohibition of using audio and visual media recording devices”- is being penalized, and the same prohibition is also included in Article 153 of the Civil Procedure Law numbered 6100, titled “Prohibition of recording and broadcasting”. Regulations state that all devices capable of providing audio or visual media recording or transferring within the courthouse and in the courtroom after the start of the hearing are prohibited. Thus, Article 286 of the Turkish Criminal Code will be applied in case of violation of these rules, aiming to ensure that procedure takes place within a certain order and, in particular, to preserve the presumption of innocence in criminal proceedings. In this study, the “Crime of Recording Audio or Visual Media”, regulated in Article 286 of the Turkish Criminal Code numbered 5237, is examined according to the examination method of crime. Besides, suggestions for necessary amendments to certain provisions related to this type of crime are included.

ÖZ

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu döneminde düzenlenmemiş olan “Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması Suçu”, ilk defa 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “Özel Hükümler” başlıklı İkinci Kitabının, “Millele ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler” başlıklı Dördüncü Kısımının “Adliyeye Karşı Suçlar” başlıklı İkinci Bölümünde yer alan 286’ncı maddesi ile hükme bağlanmıştır. Bu suç ile birlikte, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun “Ses ve görüntü alıcı aletlerin kullanılması yasağı” başlıklı 183’üncü maddesindeki yasağa aykırılık oluşturan fiil cezalandırılmakta olup, söz konusu yasağın aynı zamanda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun “Kayıt ve yayın yasağı” başlıklı 153’üncü maddesinde yer almaktadır. Adliye binası içerisinde ve duruşma başladıktan sonra duruşma salonunda her türlü sesli veya görüntülü kayıt veya nakil olanağı sağlayan aletlerin kullanılmayacağı ve bu kurallara aykırılık olması durumunda Türk Ceza Kanunu’nun 286’ncı maddesinin uygulanacağı şeklindeki düzenlemeler, muhakemenin belli bir düzen içerisinde gerçekleşmesinin temin edilmesini ve özellikle ceza muhakemesi bakımından masumiyet karinesinin korunmasını amaçlamaktadır. Bu çalışmada 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 286’ncı maddesinde yer alan “Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması Suçu”, suç inceleme yöntemine göre incelenerek, bu suç tipi ile ilgili bazı madde metinlerinde yapılması gerekli görülen değişikliklere dair önerilere yer verilmektedir.

Keywords: Investigation and prosecution, audio or visual media, recording or transferring

Anahtar Kelimeler: Soruşturma ve kovuşturma, ses veya görüntüler, kayda almak veya nakletmek

Introduction

Although the development of technology has brought conveniences to the field of law, it has also brought some disadvantages.¹ Since every technical development may also involve new dangers, criminal law has been in a continuous process of development in order to react to hitherto unknown risks.² The new era’s technological achievements, as well as the use of technical means for

¹ Erdal Yerdelen, ‘Ceza Muhakemesinde Videokonferans Yönteminin (SEGBİS) Kullanımı’, (Erdal Yerdelen (tr)) (2019) 1(2) Bilişim Hukuku Dergisi 271.

² Arnd Koch, ‘Hukuka Aykırı Resim Çekimlerine Karşı Ceza Hukuku Koruması -Alman Ceza Kanunu md. 201a-’, Yener Ünver (ed), *Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku*, (Hakan Hakeri (tr)), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7 (Seçkin Yayıncılık 2007) 203-204.

Corresponding Author: Mert ÜLGEN **E-mail:** mert.ulgen@yeniyyuzuil.edu.tr

Submitted: 30.03.2023 • **Revision Requested:** 24.05.2023 • **Last Revision Received:** 31.05.2023 • **Accepted:** 12.06.2023



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

the transfer of audio and visual media, have resulted in a number of changes to traditional criminal law, not only speeding it up but also changing the attitude and understanding of the proceedings' conduct. Indeed, it is worth noting that the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia was one of the first in Europe to initiate trial hearings via video link or Skype, thus being referred to as a pioneer in this field.³

The adoption of technological changes without proper consideration of their possible disadvantages and the exploitation of their benefits has often led to unnecessarily negative reactions.⁴ Dizzying technical developments pose new types of dangers to the personal rights of the individual.⁵ Although it is necessary to make use of technical developments, this should be done in accordance with the principles of fair trial and equality, as well as justified and reasonable justification.⁶

The aim of criminal procedure law is to find the material truth by investigating it in a way that does not lead to human rights violations and to ensure justice.⁷ Technological advances in criminal procedure should be utilised to increase efficiency without compromising fair trials. However, it is argued that while technology is advancing, fundamental concerns centred on fair criminal proceedings and human dignity are increasingly being ignored.⁸ The increasing use of technology in criminal proceedings, even if it is considered beneficial in terms of speeding up the proceedings, may cause controversy in terms of many principles such as immediacy and orality, which are related to the right to a fair trial.⁹

It can be said that courts, like other organisations, are undergoing a transformation from paper-based processes and archiving to digital records, and from records that are primarily locally accessible to records that can be accessed online. The adoption of new media is not a new experience for courts, which have already adapted to audio and video recording, microfilm, and computer tape.¹⁰ The introduction of videotapes into the law is only a part of the development of the law of evidence regarding the use of mechanical recording devices. Audio recordings, on the other hand, entered the legal scene later but eventually reached a point where they were widely accepted.¹¹ Although duly filled and preserved¹² audio or video recordings are generally accepted as evidence, it is crucial that the material in question possesses the characteristics of admissible evidence, particularly that it is both "unmodified/intact" and "lawful".¹³ If there is a suspicion that the audio and videotapes have been tampered with or if they were not obtained in accordance with the law, they cannot be used as indicative evidence.¹⁴ In addition, in cases where the recording of audio and visual media is prescribed by the legislation, if it is carried out without complying with the procedure regulated in the legislation, the recordings made will be contrary to the law and they cannot be used as evidence in criminal proceedings.¹⁵

It is worth noting that a remote hearing refers to a hearing in which one, several, or all participants, including witnesses, experts, parties, lawyers, and judges, are not physically present in a courtroom but are instead connected through telephone or videoconferencing systems. It should also be noted that the term video-hearings may be used interchangeably with the concept of a remote hearing, where all or some of the participants are connected via a videoconferencing system that allows them to see each other using a camera.¹⁶

Videoconferencing system is composed of interactive telecommunication technologies that enable simultaneous interaction between two or more locations (via two-way video or audio transfer). This electronic communication technology aims to enhance information exchange among users. This technology permits real-time audio and video conversations between people in different locations, utilising a system of monitors, microphones, cameras, computer equipment, and other devices.¹⁷ However, there are

³ Zoran S. Pavlović, 'About Legality of On Line Trials in Criminal Procedure' (2020) 2 Journal of Eastern European Criminal Law 33, 34.

⁴ James P. Barber and Philip R. Bates, 'Videotape in Criminal Proceedings' (1974) 25(4) Hastings Law Journal 1017, 1041.

⁵ Koch (n 2) 220.

⁶ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay and Muhammet Özkes, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi' (*Lexpera Blog*) <<https://blog.lexpera.com.tr/hmk-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifinin-2020-degerlendirilmesi/>> accessed 17 March 2023.

⁷ Cumhur Şahin and Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku-1* (11th edn, Seçkin Yayıncılık 2020) 33.

⁸ Edie Fortuna Cimino, Zina Makar and Natalie Novak, 'Charm City Televised & Dehumanized: How CCTV Bail Reviews Violate Due Process' (2014) 45(1) University of Baltimore Law Forum 57, 103-104.

⁹ Gizem Dursun, 'Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı ve Bu Kapsamda Sesli ve Görüntülü Bilişim Sisteminin (SEGBİS) Değerlendirilmesi' (2016) 11(143-144) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 127, 128.

¹⁰ Amanda Conley and others, 'Sustaining Privacy and Open Justice in the Transition to Online Court Records: A Multidisciplinary Inquiry' (2012) 71(3) Maryland Law Review 772, 773.

¹¹ Barber and Bates (n 4) 1019-1020.

¹² Bahri Öztürk, 'Ses ve/veya Görüntü Kaydeden Araçlarla Yapılan Tespitlerin Ceza Muhakemesi Hukukundaki Değeri', *Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan* (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 2000) 226.

¹³ Yener Ünver, 'Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız' (2006) 1(2) CHD 103, 128.

¹⁴ Mahmut Koca, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller' (2006) 1(2) CHD 207, 218.

¹⁵ Ali Kemal Yıldız, 'Ses ve/veya Görüntü Kayıtlarının İspat Fonksiyonu' (2006) 1(2) CHD 253, 262.

¹⁶ Anne Sanders, 'Video-Hearings in Europe Before, During and After the COVID-19 Pandemic' (2020) 12(2) International Journal for Court Administration <<https://storage.googleapis.com/jnl-up-j-ijca-files/journals/1/articles/379/submission/proof/379-1-1849-2-10-20210506.pdf>> accessed 18 March 2023.

¹⁷ Eric T. Bellone 'Private Attorney-Client Communications and the Effect of Videoconferencing in the Courtroom' (2013) 8(1) JICLT 24, 26.

also various opinions in the doctrine regarding the positive¹⁸ and negative¹⁹ aspects of the videoconferencing system that can be applied in the proceedings.²⁰

Bellone suggests that technology provides high speed and efficiency in prosecuting defendants, which leads to cost savings. However, while cost savings and gains in administrative productivity are achieved, the negative effects of new technology alienate and depersonalise defendants.²¹ Indeed, in *Bruton v. United States*, Justice Brennan stated that if greater speed, economy, and convenience in the administration of the law were achieved at the expense of fundamental principles of constitutional liberty, then the price would be too high.²² However, *Bellone* also notes that the courtroom videoconferencing system can be reformed to protect lawyer-client communication by establishing appropriate procedures to ensure the free flow of this private communication and to safeguard the lawyer's ability to provide adequate assistance.²³

Although, it can be said that in a world that is rapidly digitalising due to the pandemic disease affecting everyone, it is no longer possible to give up the habits brought about by this digitalisation. Therefore, this issue has become an inevitable situation in terms of enabling the hearing to be held from another location by transferring the audio and visual media.²⁴

In this study, the "Crime of Recording Audio or Visual Media", which is regulated in Article 286 of the Turkish Criminal Code (TCC) numbered 5237, will be discussed. In this context, the legally protected interest, also the material elements, the mental element, and the unlawfulness element within the scope of the elements of this crime and the culpability related to this crime are first examined according to the examination method of crime. Then, the special forms of this crime will be highlighted, and the sanctions and rules of procedure in relation to this crime will be mentioned.

I. In General

According to Art. 378, para. 1 of the former Code of Criminal Procedure (CCP) No. 1412, there was no explicit provision in the law on whether audio and visual recordings could be made during a hearing. However, the chief judge had the duty to ensure the discipline of the hearing, and could remove from the courtroom any person who disturbed the discipline of the hearing. The chief judge also had the authority to decide whether or not to allow members of the media to record audio and visual media during the hearing.²⁵ The chief judge was also authorised to prohibit the use of audio and visual recording equipment in the courtroom in the event that members of the media caused a stampede and obstructed the course of the trial.²⁶ In addition, it was stated that audio and visual recordings may be prohibited according to Art. 377, para. 3 of the CCP on the grounds that audio and visual recordings would violate the "dignity, honour and rights of persons".²⁷ As a matter of fact, it is stated that regardless of the type of case, it is a fact that the publication of audio and visual recordings will touch the dignity, honour and rights of individuals.²⁸ It is also noted that audio and visual recordings of individuals during the trial would harm the right to protection of reputation and good name, and that audio and visual recordings should be prohibited during the trial in terms of the right to respect for private

¹⁸ According to *Hillman*, one of the most important benefits of videoconferencing system is the improved security of the courtroom. In this system, since the defendants are connected to the courtroom from the prison via video technology, the need to provide transport is eliminated. Prison and court officials would thus be relieved of the security concerns of transporting defendants through open parking lots and corridors within the court building. The use of video technology can alleviate a potentially dangerous situation between impulsive and hostile defendants. It may also alleviate the concerns of the victim who is afraid of seeing the defendant. In addition, with the removal of the need to provide transport for the defendants, fewer police and court officers are needed at the courthouse, enabling them to patrol the streets more. Another important benefit of this system realised by the government is the monetary savings achieved through the adoption of video technology. It is also argued by some commentators that the judge will be more focused on the defendant's case as all external interruptions are minimised. (Zachary M. Hillman, 'Pleading Guilty and Video Teleconference: Is a Defendant Constitutionally 'Present' when Pleading Guilty by Video Teleconference?' (2007) 7(1) *Journal of High Technology Law* 41, 47-48.).

¹⁹ *Bellone* argues that videoconferencing has a negative impact on the relationship between lawyers and clients, as well as on private communication between them. The author contends that the use of videoconferencing leads to a reduction in the personal relationship between users, which could potentially result in the alienation of defendants within the criminal justice system. This is because a lawyer cannot effectively represent a client without effective private communication. Videoconferencing, which is used during the trial when the defendant is under arrest and the defence counsel is in the courtroom, constitutes a major obstacle to communication between the lawyer and the client. According to this view, the first problem created by the videoconferencing system is the limited communication with the lawyer via video, and the second problem is the inability to communicate with the lawyer at all. As a matter of fact, the defendant's trust in his or her lawyer may decrease through video conferencing. Moreover, due to the lack of direct and unmediated communication with the lawyer, important aspects of the defendant's physical presence, such as changes in the defendant's demeanour, facial expression, and tone of voice, may be lost or misinterpreted in the video image. (*Bellone* (n 17) 27-28.).

²⁰ If the hearing of the person concerned is carried out outside the courtroom, different problems may be encountered in terms of both the seriousness of the proceedings and security. As a matter of fact, if the technical infrastructure and facilities are not sufficient in the place where the person is listened to, it is stated that it is a better practice to carry out the hearing in the courtroom of the court where the person is located, since there may be some problems such as the person being listened to may be influenced or the broadcast may be interrupted, or, for example, whether the person is playing a video that the person has previously recorded or whether the person is using "deepfake" technology. Furthermore, people who are not sufficiently interested in technology, such as the elderly, may behave differently than they would normally in front of the camera in these hearings with audio and visual media transfer. (Gökçe Varol Karaosmanoğlu, 'Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşma Yapılmasına İlişkin Olarak 7251 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişikliklerin Doğrudanlık İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi' (2022) 8(1) *AndHD* 71, 78, 80.).

²¹ *Bellone* (n 17) 47-48.

²² *Hillman* (n 18) 69; *Bellone* (n 17) 48.

²³ *Bellone* (n 17) 48.

²⁴ Selçuk Özbek, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Aleniyet İlkesine İlişkin 28 inci Maddesi ile Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla veya Başka Yerde Duruşma İcrasına İlişkin 149 uncu Maddesinde 7251 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Hakkında Bazı Düşünceler' (2021) 148(66) *Adalet Dergisi* 641, 663.

²⁵ Nur Centel, 'Dürüst Yargılama ve Medya Bakımından Demokrasi Kültürü' (1994) 49(3-4) *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* (Prof. Dr. Yılmaz Günel'a Armağan) 57, 62.

²⁶ Hamide Zafer, 'Medya Özgürlüğü ve Adli Haberlerin Verilişi' (1999) 11(1-3) *MÜHF-HAD* (Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan) 751, 771.

²⁷ Handan Yokuş Sevik, 'Adil Yargılanma Kapsamında Ceza Yargılamasında Aleniyet İlkesi', *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı* (Şan Ofset 2004) 760.

²⁸ Zafer (n 26) 771.

life under Art. 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR).²⁹ According to an opinion in legal doctrine, it is stated that Art. 378, para. 1 of the CCP was able to meet the needs at the time this Code entered into force, but it is necessary to make legal arrangements in terms of technical developments in this regard, and it is concluded that “the principle of public hearing” will not prevent the limitation of this issue.³⁰ Another opinion in legal doctrine has pointed out that even though the prohibition of audio and visual recordings is left to the discretion of the judges, the judges who exercise this discretion should be protected against criticism from the media. This opinion also emphasised that the regulations regarding the freedom of the media, which is considered one of the fundamental freedoms in democratic societies, should be clearly and unambiguously regulated by law, without allowing for interpretations and thus avoiding polemics^{31,32}.

In the new Criminal Procedure Code (CPC) No. 5271, an explicit provision has been introduced to prohibit the use of all kinds of audio and visual recordings or transfer devices within the courthouse building and in the courtroom after the start of the hearing, with the exception of the events in Art. 180, para. 5 and Art. 196, para. 4 of the CPC^{33,34}.

The crime of recording audio or visual media is also directly related to criminal procedure.³⁵ The right to a fair trial, which can be expressed as the most fundamental right in the field of procedural law, can only be realised in a procedure if the requirements of this right are fulfilled. Otherwise, both the parties and the public will not be able to have faith and trust in the proceedings.³⁶ However, the CPC No. 5271 is capable of meeting the principles and standards foreseen in terms of criminal procedure in international conventions and European Union criteria, including human rights and, in this context, the right to a fair trial.³⁷

It should be noted here that it cannot be said that the prohibition of audio and visual recordings regulated under Art. 183 of the CPC violates “the principle of publicity”, and it would not be possible to argue that the freedom of the press has been abolished since it is possible for the press to report the case by following the case in other ways.³⁸ Since the prohibition of audio and visual recordings does not contradict the principle of publicity, and therefore the media will always have the opportunity to follow the case and narrate the event, it cannot be said that the core of the freedom of the media is harmed here.³⁹

In order to protect the rights of the subjects involved in the justice mechanism, such as suspects, defendants, lawyers, judges, prosecutors, and other judicial subjects, the legislator has included various regulations under the heading “Crimes Against the Judiciary” of the TCC, the applicability of which is of utmost importance.⁴⁰ One of these regulations is the “Crime of Recording Audio or Visual Media”, which is the subject of our study. This crime is regulated in Art. 286 of the TCC under the heading “Crimes Against the Judiciary” as follows: “*Any person who records or transfers audio or visual media without authorisation during the investigation and prosecution proceedings shall be sentenced to up to six months’ imprisonment.*”. The crime of recording audio or visual media, which was not regulated in the Turkish Penal Code (TPC) No. 765, was regulated for the first time in the TCC No. 5237. This provision is one of the innovations within the framework of criminal law reform efforts and is also important in terms of emphasising the presumption of innocence.⁴¹

In the context of comparative law, although it is generally accepted in the American criminal justice system that the defendant must be physically present at the hearing, videoconferencing was introduced in the courts in the early 1980s.⁴² Since 1996, it has been stated in legal doctrine that the USA is the leading country among the countries that frequently apply the system of participation in hearings by means of audio and visual media transfer. In American law, not only experts, parties, or witnesses are heard, but also examinations of objects such as fingerprints and maps can be made with this system. Many monitors in the courtroom

²⁹ Yokuş Sevük (n 27) 760.

³⁰ Centel (n 25) 62.

³¹ Zafer (n 26) 772.

³² It should be noted that Art. 189 of the 2002 Draft CCP prohibits the use of all kinds of audio and visual recordings and transferring devices inside the courthouse and in the courtroom after the hearing has started. This regulation has been amended as a proper regulation to ensure the order of the court, to prevent the court from being influenced and the defendant from being harmed to his or her reputation and good name, to ensure that the defence is properly conducted, and in short, to ensure that justice is duly served. (Yokuş Sevük (n 27) 760.).

³³ Bilgehan Savaşçı, ‘Haberleşme Özgürlüğünün Kovuşturma Evresinde Sınırlandırılması’ (2011) 24(96) TBB Dergisi 269, 287.

³⁴ As a matter of fact, Art. 183 of the CPC titled “Prohibition of using audio and visual recording devices” states that “*Without prejudice to the provisions of fifth paragraph of Article 180 and the fourth paragraph of Article 196, no audio or visual recording or transferring devices of any kind may be used inside the courthouse and in the courtroom after the hearing has started. This provision also applies to the execution of other judicial proceedings inside and outside the courthouse.*”. Art. 180, para. 5 of the same Code, titled “Hearing of witnesses and experts by a delegated judge or by deposition” reads as follows: “*According to the content of the above paragraphs, if it is possible to hear the witness or expert witness by using visual and audio communication techniques at the same time, the testimony is taken by applying this method. The principles and procedures regarding the establishment and use of the technical equipment that will allow this shall be specified in the regulation.*” and Art. 196 para. 4 of the same Code titled “Immunisation of the defendant from the trial”, it is regulated as follows: “(Amended: 15/8/2017-Decree-Law No. 694/Art. 147; Adopted as amended: 1/2/2018-7078/Art. 142) *In cases where the judge or court deems it necessary, the defendant who is in the country may be interrogated or decided to attend the hearings by using the visual and audio communication techniques at the same time.*”.

³⁵ Kerim Çakır, ‘Gizliliğin İhlali Suçu (TCK m. 285)’ (Master’s thesis, Marmara University 2011) 30.

³⁶ Hakan Karakehya, ‘Ceza Muhakemesinde Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkına İlişkin Esaslar’ (2014) 1 Ombudsman Akademik 83, 84.

³⁷ Adem Sözüer, ‘Türk Ceza Hukuku Reformu: Dünü, Bugünü ve Yarını, Türk Ceza Hukuku Reformunun AB Üyesi Kara Avrupası Ülkelerindeki Reformlarla Karşılaştırılmasına İlişkin Notlar’ (2019) 21(SI) DEÜHFD (Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan) 3031, 3047.

³⁸ Sesim Soyer Güleç, ‘Ceza Yargılaması Hukukunda İnsan Haklarının Bir Güvencesi Olarak ‘Halka Açıklık’ İlkesi’ (2007) 2(5) CHD 73, 95.

³⁹ Zafer (n 26) 771.

⁴⁰ Çakır, ‘Gizliliğin İhlali Suçu (TCK m. 285)’ (n 35) 140.

⁴¹ Pınar Memiş Kartal, ‘Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması’, *Özel Ceza Hukuku-Cilt X: Adliye Karşı Suçlar (TCK m. 267-298)* (On İki Levha Yayıncılık 2021) 395.

⁴² Hillman (n 18) 45.

ensure that the videoconferencing system can be used in a procedural and correct manner.⁴³ The United States Constitution requires that all criminal proceedings be conducted in public.⁴⁴ However, courts across the country have suspended judicial proceedings, particularly criminal jury trials, in view of the clear and grave risks of exposure to the SARS-CoV-2 (COVID-19) virus.⁴⁵ It is noted that many courts today utilise a hybrid system that creates uncertainty about the long-term effects of the virtual platform.⁴⁶ However, *Hillman* argues that at this point, the use of video technology cannot be expected to be abandoned in criminal justice systems across the country.⁴⁷

In England, participation in hearings by means of audio and visual media transfer has been permitted in civil proceedings since 1999. Pursuant to the “Practice Direction 51Y-Video or Audio Hearings During Coronavirus Pandemic” dated March 25, 2020, among the new provisions introduced in terms of the videoconferencing method, there are regulations indicating that disputes such as cases without witnesses and non-contentious judicial proceedings of the courts can be heard by means of audio and visual media transfer.⁴⁸

In German criminal law, the principle of publicity of oral hearings is enshrined as a fundamental principle of judgement that is linked to the rule of law and democracy. This principle also serves as a public check to guarantee transparency in criminal proceedings, thus safeguarding against any arbitrariness on the part of the state and ensuring the general preventive purpose of punishment through public participation, information, and visibility. At the same time, this principle encompasses the protection of public access, guaranteeing the ability to passively participate in the main proceedings at any time without significant difficulty.⁴⁹ Article 169 of the German Courts Constitution Act provides that the hearing, decisions, and judgement are public, and the second sentence of this article provides that it is forbidden to make audiotapes, radio, or television recordings for the purpose of public broadcasting or playback.⁵⁰ It is also noted that many in Germany would like to see the development of regulations such as the example of the possibility of digital examination of witnesses in criminal proceedings, similar to what has long been established in civil proceedings under Section 128a of the German Code of Civil Procedure (ZPO).⁵¹ Stating that the demand for justice to be done is no different from a human right and that its violation is also a violation of international law, *Dauster* mentions that German criminal procedure law is also based on this rule, although it is not explicitly stated in German law.⁵²

In French law, the conduct of hearings by means of audio and visual media transfer was first regulated by Decree 98-729 of August 20, 1998, on the organisation of the judiciary, applicable in the overseas territories and in the territorial communities of Mayotte, Saint-Pierre and Miquelon.⁵³ In France, the Courts Constitution Act was amended in 2007 to include a separate provision on the conduct of hearings by means of audio and visual media transfer. Pursuant to Article L111-12 of the aforementioned Code, apart from the special provisions of some laws, such as the Criminal Procedure Code, hearings may be held *ex officio* by decision of the presiding judge or at the request of one of the parties, with the consent of all parties, by means of a means of communication enabling the transfer of audio and visual media in more than one courtroom directly connected to each other, ensuring the confidentiality of the broadcast.⁵⁴

In Romanian criminal law, the possibility of using audio or visual recordings was regulated for the first time by Law No. 141/1996, which added two new means of evidence, namely audio recordings and visual recordings (video or photographs), to the already existing means of evidence.⁵⁵ It welcomed the introduction of audio and visual recordings as new forms of evidence, which in many cases are the most important means of evidence leading to the resolution of a criminal case.⁵⁶

In terms of Serbian criminal law, Article 362 of the Serbian Code of Criminal Procedure provides that hearings are public, but only persons over the age of 16 may participate.⁵⁷ However, during the COVID-19 pandemic, criminal proceedings were also held online in Serbia in the form of remote hearings.⁵⁸ According to *Bošković*, the defendant’s participation in the trial by

⁴³ Varol Karaosmanoğlu (n 20) 83.

⁴⁴ Barber and Bates (n 4) 1036.

⁴⁵ Akua F. Abu, ‘Remote Justice: Confronting the Use of Video Teleconference Testimony in Massachusetts Criminal Trials’ (2020) 34(1) Harvard Journal of Law & Technology 307, 308.

⁴⁶ Madison C. DeRegis, ‘“Can You Hear Me Now?”: The Implications of Virtual Proceedings on Criminal Defendants’ Constitutional Rights’ (2022) 81(1) Maryland Law Review Online 71, 72.

⁴⁷ Hillman (n 18) 55.

⁴⁸ Varol Karaosmanoğlu (n 20) 83.

⁴⁹ Wilhem Bühner and Anni Rank, ‘The Effects of SARS-CoV-2 on Criminal Procedure in Germany’ (2022) 23(4) German Law Journal 672, 675.

⁵⁰ Yokuş Sevük (n 27) 759.

⁵¹ Bühner and Rank (n 49) 685.

⁵² Manfred Dauster, ‘Criminal Proceeding in Times of Pandemic’ *New Legal Reality: Challenges and Perspectives. II* (University of Latvia Press 2022) 254.

⁵³ Nur Bolayır, ‘Fransız Hukuku’ndaki Düzenlemeler Işığında Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşmaların İcrası’ (2020) 2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1175, 1179.

⁵⁴ *ibid* 1182.

⁵⁵ Ion Neagu and Mircea Damaschin, ‘Audio and Video Interceptions and Recordings in Criminal Law in Romania’ (2009) 16(1) Lex ET Scientia International Journal 202.

⁵⁶ *ibid* 214.

⁵⁷ Aleksandar Bošković, ‘Questioning the Defendant via a Video Link-The Violation of the Defendant’s Rights or Not?’, Zoran Pavlović (ed), *Yearbook Human Rights Protection The Right to Human Dignity 3* (Provincial Protector of Citizens-Ombudsman/Institute of Criminological and Sociological Research in Belgrade 2020) 209.

⁵⁸ Pavlović (n 3) 39.

videoconference was neither unlawful nor contrary to the principles of publicity and immediacy, as well as the right to a fair trial.⁵⁹ Pavlović emphasizes the necessity of implementing technical resources to ensure the highest standards in the transfer of audio and visual media, as well as the examination of witnesses and presentation of other evidence, in order to facilitate the effective participation of the defendant in criminal proceeding.⁶⁰

II. Legally Protected Interest

Currently, the task of criminal law is stated as “the protection of legal interests”, and essentially, this task aims to ensure citizens may live together in peace and freedom by securing the rights and freedoms of individuals.⁶¹ Along with the commission of the crime, these protected legal interests are violated.⁶² There is no crime that cannot be associated with a legal interest, and since every crime violates a legal interest, the scope of the crime is determined by the extent of the legal interest.⁶³

The crime of recording audio or visual media is regulated under the Second Section titled “Crimes Against the Judiciary” under the Fourth Part titled “Crimes against the Nation and the State and Final Provisions” of the TCC No. 5237. In fact, the “legally protected interests” in “Crimes Against the Judiciary” have a mixed nature.⁶⁴ The classical view suggests that the state has its own specific interests that need to be legally protected in terms of these crimes, such as “political interests”, “managerial/administrative interests”, and “judicial interests”. Therefore, crimes against the interests of the state, and crimes against the judiciary, which are sub-types of this crime, are regulated under these three groups and with this understanding. On the other hand, today there is an approach that takes human rights as a criterion for the protection of judicial functions, and this approach places the protection of the rights, freedom, and personality of the individual at the centre of crimes against the judiciary and thus determines the legally protected interest as the right to a fair trial.⁶⁵ It can be said that the main purpose of punishing crimes against the judiciary is to provide judicial security in terms of the rights of the individual. The function of criminal law to provide security and protect the rights of the individual is also valid in terms of crimes against the judiciary.⁶⁶ Therefore, it is aimed to protect the right of individuals to a fair trial in terms of crimes against the judiciary.⁶⁷

In addition to the regulations made in the CPC in order to protect the right to a fair trial, which also constitutes the basis of the state of law, the acts that may cause a violation of a fair trial are also criminalised under the “Crimes Against the Judiciary” section of the TCC.⁶⁸ The legislator has also regulated the unauthorised recording or transferring of audio or visual media during the conduct of proceedings in the investigation and prosecution stages as one of these crimes and stated in the justification that this act will not constitute a crime in case of the permission of the judge. The purpose of this regulation is to punish the act that violates the prohibition in Art. 183 of the CPC. The prohibition in question is also included in Art. 153 of the Civil Procedure Law (CPL) No. 6100.⁶⁹

In legal doctrine, there are various opinions regarding the legally protected interests of the crime regulated in Art. 286 of the TCC. According to some authors, the legally protected interests of this crime are the protection of personal rights, the judiciary, and to ensure a fair trial.⁷⁰ Additionally, this crime aims to prevent the difficulty of revealing the judicial truth through the recording and transferring audio or visual media during the investigation and prosecution proceedings.⁷¹ According to another opinion in legal doctrine, the legally protected interests of the crime of breaching confidentiality and the crime of recording audio or visual media are similar, and since both types of crimes in question protect both personal rights and the judiciary, the aim is to ensure a fair trial.⁷² In addition to this, legal doctrine also puts forward the opinions that the regulation stipulated in Art. 286 of the TCC is one of the provisions aimed at preventing violations of the presumption of innocence⁷³; that the purpose of protecting this crime is to ensure tranquillity in courtrooms and courthouses, to prevent the weakening of the defence and at the same time to protect the presumption of innocence⁷⁴; and that the purpose of legislating this crime is to protect the public interest in carrying out the investigation and prosecution proceedings in accordance with the legal objectives and the function of the courthouse.⁷⁵

⁵⁹ Bošković (n 57) 213.

⁶⁰ Pavlović (n 3) 40.

⁶¹ Adem Sözüer, ‘Türk Ceza Hukuku Reformu’, Adem Sözüer, Selman Dursun and Serdar Talas (eds), *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı* (4th edn, Alfa Yayınları 2017) 23.

⁶² İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16th edn, Seçkin Yayıncılık 2020) 221.

⁶³ Selman Dursun, ‘Emniyeti Suiistimal Suçu’ (1999) 57(1-2) İÜHF 3, 5.

⁶⁴ Kerim Çakır, ‘5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Gizliliğin İhlali Suçu ve Ceza Muhakemesi Hukuku ile İlişkisi’ (2012) 18(1) MÜHF-HAD 227, 238.

⁶⁵ Yener Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, Suçu İhbar Etmemek Suçları (TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar)* (6th edn, Seçkin Yayıncılık 2021) 43.

⁶⁶ Çetin Özek, ‘Adliye Karşı Suçların Hukuki Konusu’ (1997) 55(3) İÜHF 13, 31.

⁶⁷ Anıl Akyıldız, *Soruşturma Evresinde Gizliliğin İhlali Suçu* (Legal Yayınevi 2021) 57.

⁶⁸ ibid

⁶⁹ Memiş Kartal (n 41) 394.

⁷⁰ Ali Parlar and Mustafa Öztürk, *Uygulamada Adliye Karşı Suçlar (TCK md. 267-298)* (Aristo Yayınevi 2018) 419.

⁷¹ Necati Meran, *Kamu Görevlisine ve Adliye İlişkin Suçlar* (Seçkin Yayıncılık 2006) 366.

⁷² Çakır, ‘Gizliliğin İhlali Suçu (TCK m. 285)’ (n 35) 30.

⁷³ İlhan Üzülmüş, ‘Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları’ (2005) 18(58) TBB Dergisi 41, 56.

⁷⁴ Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme* (n 65) 537.

⁷⁵ Hasan Tahsin Gökcan and Mustafa Aruç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi* (Adalet Yayınevi 2021) vol 6, 9321.

The purpose of Art. 286 of the TCC, in accordance with our shared viewpoint, is to protect the presumption of innocence, especially in terms of criminal procedure, by ensuring that the proceedings take place in a certain order.⁷⁶ The presumption of innocence, which binds all public officials such as prosecutors, police, gendarmes, and also the courts and state institutions, must also be observed by the press and media organs. Moreover, the purpose of this regulation is to prevent defendants, witnesses, and judges from being psychologically influenced.⁷⁷ For instance, forcing the defendant to speak in front of television cameras or a microphone would greatly affect his or her right to defence and put him or her under psychological pressure.⁷⁸ Indeed, the knowledge that they are being heard and watched by many people creates psychological pressure on the subjects of the case, which may result in bias and also a sense of being actors. It is expressed that there is a concern that this situation may adversely affect both the finding of the truth and the flow of the judgement.⁷⁹ Therefore, in our opinion, the legally protected interest of the crime of recording audio or visual media also includes the prevention of witnesses, defendants, judges, and prosecutors from being influenced, especially psychologically, which may occur with the unauthorised recording or transferring of audio or visual media during investigation or prosecution proceedings.

III. Material Elements (*Actus Reus*)

A. Subject Matter

Every act that constitutes a crime has a subject matter, which refers to the object or person upon which the typical act is performed.⁸⁰

The subject matter of the crime of recording audio or visual media is the audio or visual media themselves, as they are the “objects” upon which the typical act of the unauthorised recording or transferring takes place during investigation or prosecution proceedings.

Audio is defined as “Vibrations that the ear can hear, tone, voice”⁸¹; and visual media is defined as “The form of any object produced by a lens, mirror, etc.”⁸² The scope of visual media includes photographs,⁸³ and within the context of visual media rights, it is accepted that visual media encompasses not only film or photographic shoots but also any representation that enables a person to be recognised, including caricatures, lines, photomontages, and doubles.⁸⁴ Nonetheless, visual media is also defined as the reproduction of a person’s external appearance in a manner sufficient for identification. According to one view in legal doctrine, this definition was created for painting and is adequate for photography, but it is insufficient for video. However, the opinion we concur with maintains that the term “visual media” fundamentally encompasses both photographs and videos.⁸⁵

Regarding Art. 183 of the CPC, devices such as cameras, tapes, film machines, etc., recording and transferring equipment may be considered prohibited. Drawing in courtrooms is not a problem, and these drawing methods, which are widely used in the United States of America, are also applied in our country.⁸⁶

According to an opinion in legal doctrine, the statement in the justification of Art. 183 of the CPC that “since it prohibits all kinds of audio and visual recording and transferring devices, there is no obstacle to taking photographs” cannot be accepted. The opinion further suggests that the taking of photographs should also be prohibited in order to uphold the presumption of innocence and prevent those involved in the proceedings from being influenced.⁸⁷ As a matter of fact, according to another opinion, when the wording of the said article is evaluated in terms of the meanings of the words “visual media”, “photograph”, and “camera” in our language, it is stated that photographs undoubtedly fall within the scope of the prohibition regulated in Art. 183 of the CPC and the crime specified in Art. 286 of the TCC.⁸⁸ It is also stated that the prohibition in this article extends to the act of taking photographs, and this interpretation aligns with the purpose of the provision. However, individuals present at the hearing are allowed to make sketches or take notes of the events and visuals in the courtroom without disrupting the order of the hearing.⁸⁹

It should be noted that, based on the provision in Art. 447, para. 2 of the CPL, when the regulation in Art. 31, para. 1 of the Code of Administrative Procedure (CAP) No. 2577 is evaluated, the CPL No. 6100 shall be valid in terms of the reference to the Law of Civil Procedure (LCP) No. 1086 in the relevant article. Therefore, since Art. 31 of the CAP refers to the provisions of the

⁷⁶ Memiş Kartal (n 41) 395.

⁷⁷ Savaşçı (n 33) 286.

⁷⁸ Zafer (n 26) 765.

⁷⁹ Centel (n 25) 62.

⁸⁰ Mahmut Koca and İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13th edn, Seçkin Yayıncılık 2020) 116.

⁸¹ Ses, *Türkçe Sözlük* (10th edn, Türk Dil Kurumu Yayınları 2005) 1739.

⁸² ‘Görüntü’, *Türkçe Sözlük* (10th edn, Türk Dil Kurumu Yayınları 2005) 783.

⁸³ Dilek Ekmekçi, ‘Kitle İletişim Özgürlüğünün Sınırları Olarak Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkına Karşı Suçlar’ (PhD thesis, Galatasaray University 2013) 357.

⁸⁴ Behiye Eker Kazancı, ‘Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasının TCK m. 134 Çerçevesinde Korunması’ (2007) 9(1) DEÜHFD 131, 134.

⁸⁵ Akyıldız (n 67) 71.

⁸⁶ Çakır, ‘Gizliliğin İhlali Suçu (TCK m. 285)’ (n 35) 30.

⁸⁷ Veli Özer Özbek and others, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (9th edn, Seçkin Yayıncılık 2017) 685.

⁸⁸ Ekmekçi (n 83) 357.

⁸⁹ Soyer Güleç (n 38) 94.

LCP for the actions to be taken against the behaviour of the parties that may disturb the peace and order of the court during the hearing, Art. 153 of the CPL will now be applicable in accordance with Art. 447, para. 2 of the CPL. *Ekmekçi* states that the scope of the crime under Art. 286 of the TCC, which is referred to by the provision in Art. 153, para. 3 of the CPL, may be considered to include the hearings of administrative and tax cases in the administrative judiciary but this conclusion should not be reached in the face of the prohibition of reasoning by analogy and extensive interpretation.⁹⁰ However, in our opinion, in accordance with the explicit provision of Art. 447, para. 2 of the CPL, the regulation under Art. 153 of the CPL will also be applicable to the hearings of administrative and tax cases in the administrative judiciary. As a matter of fact, Art. 447, para. 2 of the CPL titled “Provisions related to the procedure in other laws” reads as follows: “*The references made in the legislation to the repealed Law of Civil Procedure dated 18/6/1927 and numbered 1086 shall be deemed to have been made to the articles of the Civil Procedure Law that correspond to these provisions.*”; Art. 31, para. 1 of the CAP titled “Cases where the Law of Civil Procedure and the Tax Procedure Code apply” states that “*Regarding matters on which the present Code does not provide a rule; ... the provisions of the Law of Civil Procedure shall apply to the issues related to the measures to be taken against the parties’ actions that disturb the peace and order of the court during the hearing, electronic processes, and the use of audio and visual media transferring in the conduct of the hearing. ...*” and Article 153 of the CPL titled “Prohibition of recording and broadcasting” reads as follows: “(1) *No photographs may be taken, and no audio and visual recording may be made during the hearing. However, without prejudice to the case file, the court may take photographs and recordings in cases necessitated by the proceeding. All kinds of documents and minutes in the case file, which include the recordings and footage made this way and issues concerning personal rights, cannot be broadcasted anywhere without the express permission of the court and the persons concerned. (2) The person who violates this prohibition during the hearing shall be subject to the provisions of Article 151. (3) The provisions of Article 286 of the Turkish Criminal Code shall also be applied to the person who violates the prohibition of recording and broadcasting.*”

Another point to be mentioned here is that, according to the opinion accepted in legal doctrine, crimes are divided into two as harm crimes and danger crimes, in terms of the effect of the committed act on the subject matter of the crime.⁹¹ In harm crimes, the subject matter of the act is harmed by the act in accordance with the type, while in danger crimes, it is sufficient to cause a danger for the subject matter of the act specified in the legal definition of the crime with the act committed. The danger crimes are also divided into two as abstract and concrete danger crimes. Abstract danger crimes refer to the types of crimes in which the commission of the act specified in the legal definition of the crime is deemed sufficient for the occurrence of that crime. In concrete danger crimes, on the other hand, in addition to the commission of the act specified in the legal definition of the crime, it is also necessary to investigate whether this act actually causes a danger in terms of the subject matter of the crime.⁹²

According to the opinion stating that the result of the crime of recording audio or visual media is recording or transferring, it is argued that this crime is a concrete danger crime, and although there is no need for harm to occur, the judge will evaluate the danger of harm in the specific case before him or her.⁹³ However, the opposing opinion states that this crime is an abstract danger crime, and it is accepted that a concrete result or a concrete danger is not required for the commission of the crime and that a danger arises on the legally protected interests at the time of committing the acts specified in Art. 286 of the TCC.⁹⁴

In abstract danger crimes, the legislator considers a certain type of behaviour to be sufficiently dangerous that it is not necessary for a concrete danger to arise from the beginning, and for this reason, it is considered sufficient for the perpetrator to be sentenced even if he or she only engages in an activity that poses a danger.⁹⁵ From this point of view, our shared opinion is that the crime of recording audio or visual media is an abstract danger crime, which there is an act that constitutes a danger in terms of the protection of the presumption of innocence and the conduct of the proceedings taking place in a certain order, especially in criminal proceedings, with the unauthorised recording or transferring activities during the investigation or prosecution proceedings, and there is no need for a concrete danger to arise.

B. Perpetrator

Every crime has a person, i.e., a perpetrator, who commits the criminal act.⁹⁶ Although some of the crimes may be committed by persons who have certain characteristics of perpetrators and are under a special obligation,⁹⁷ as a rule, the majority of the crimes in the Criminal Code are crimes that can be committed by anyone. Specific crimes, on the other hand, are crimes for which the legal definition of the crime states that only persons with certain characteristics can be perpetrators.⁹⁸

⁹⁰ Ekmekçi (n 83) 358.

⁹¹ Özgenç (n 62) 221.

⁹² Koca and Üzülmöz (n 80) 118-119.

⁹³ Memiş Kartal (n 41) 398.

⁹⁴ Gökcan and Artuç (n 75) 9321.

⁹⁵ Uğur Ersoy, ‘Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları’ (2020) 11(41) TAAD 27, 44-45.

⁹⁶ Koca and Üzülmöz (n 80) 112.

⁹⁷ Özgenç (n 62) 212.

⁹⁸ Koca and Üzülmöz (n 80) 113.

The crime of recording audio or visual media is a crime that can be committed by anyone⁹⁹ and is not a specific crime.¹⁰⁰

It is worth noting that press members who are present during the investigation and prosecution proceedings will also be liable under Art. 286 of the TCC if they record or transfer audio or visual media without authorisation.¹⁰¹ Therefore, there will be no difference between the perpetrator being any individual or a member of the press.¹⁰²

In addition, the perpetrator of this crime can only be natural persons, and according to Art. 20, para. 2 of the TCC titled “Individuality of criminal responsibility”, which states that “*Criminal sanctions cannot be imposed on legal persons. However, the sanctions in the form of security measures prescribed by the law due to the crime are reserved.*” Therefore, no criminal sanction will be imposed on legal persons, but security measures will be applied. These security measures are regulated under Art. 60 of the TCC.¹⁰³

C. Victim

The victim of the crime is the person to whom the subject matter of the crime belongs,¹⁰⁴ and if the subject matter of the crime belongs to a certain person or persons, the victim is also this person or persons. If the subject matter of the crime does not belong to a certain person but belongs to everyone who makes up the society, the victim is all the individuals who make up the society. On the other hand, the victim of the crime can only be a natural person, while the state is not the victim of the crime; it can only be adversely affected by the crime. Legal persons or institutions may also be adversely affected by the crime, but they cannot be the victims of the crime. Indeed, the concept of victim should not be confused with the concept of being adversely affected by the crime. Even if the victim is also the person adversely affected by the crime, the person adversely affected by the crime may not always be the person who is victimised by the commission of the crime.¹⁰⁵

According to one opinion in legal doctrine, it is stated that there is no victim of the crime of recording audio or visual media,¹⁰⁶ and according to another opinion, the person or persons whose presumption of innocence is violated are the victims of this crime.¹⁰⁷ In addition, it is also argued that the victim of this crime is the judiciary.¹⁰⁸

However, based on the opinions, which we also agree with, that the state cannot be considered the victim of the crime, but it can only be adversely affected by the crime¹⁰⁹ and that every crime has a victim as well as a perpetrator,¹¹⁰ because every crime will have a victim due to the violating nature of the crime and there can be no crime without a victim,¹¹¹ in our opinion, all individuals who make up the society are victims of this crime.

D. Act

The act as an element is necessarily included in the definition of the crime in the law.¹¹² The act constituting the crime under Art. 286 of the TCC is the unauthorised recording or transferring of audio or visual media during investigation and prosecution proceedings.

The investigation, which is included in the legal definition of this crime, refers to the stage that initiates with the receiving of information about the crime¹¹³ and lasts from the learning of the suspicion of the crime until the admission of the indictment.¹¹⁴ The task of the investigation stage is to prepare the prosecution,¹¹⁵ and the prosecution stage is the stage that initiates with the

⁹⁹ Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme* (n 65) 538; Memiş Kartal (n 41) 397.

¹⁰⁰ Selen Evirgen, ‘Türk Ceza Kanunu Madde 286’da Düzenlenen Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması Suçu’ (2020) 5(1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1527, 1534.

¹⁰¹ Dilara Yüzer, ‘Basın Yoluyla Adli Haberlerin Verilişi ve Suçsuzluk Karinesi’ (2013) 15(SI) DEÜHFD (Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan) 1653, 1685-1686.

¹⁰² Gökcan and Artuç (n 75) 9321.

¹⁰³ According to Art. 60 of the TCC titled “*Security measures for legal persons*”: “(1) *In the event of a conviction for intentional crimes committed for the benefit of a legal person with the participation of organs or representatives of a private law legal person that operates on the basis of a permit granted by a public institution and by abusing the authorisation granted by this permit, the permit shall be cancelled.*”

(2) *The provisions on confiscation shall also apply to private law legal persons for crimes committed in their benefit.*

(3) *In cases where the application of the provisions of the preceding paragraphs may result in more severe consequences compared to the act committed, the judge may not order these measures.*

(4) *The provisions of this article shall be applied in cases where the law has specified separately.”.*

¹⁰⁴ Özgenç (n 62) 223.

¹⁰⁵ Koca and Üzülmöz (n 80) 115.

¹⁰⁶ Meran (n 71) 366.

¹⁰⁷ Memiş Kartal (n 41) 397.

¹⁰⁸ Meran (n 71) 366; Memiş Kartal (n 41) 397.

¹⁰⁹ Koca and Üzülmöz (n 80) 115.

¹¹⁰ Mehmet Emin Artuk and others, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16th edn, Adalet Yayınevi 2022) 383.

¹¹¹ Tuğrul Katoğlu, ‘Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları’ (2012) 61(2) AÜHFD 657, 682.

¹¹² Özgenç (n 62) 179.

¹¹³ Bahri Öztürk and others, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (12th edn, Seçkin Yayıncılık 2018) 596.

¹¹⁴ Özbeke and others (n 87) 215.

¹¹⁵ Centel N and Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (13th edn, Beta Yayıncılık 2016) 81.

admission of the indictment and lasts until the finalisation of the judgement.¹¹⁶ The proceedings carried out at this stage are also referred to as prosecution.¹¹⁷

It should be noted that in terms of the definition of the act in the legal definition of the crime, it is possible to classify the crimes as free-action crimes, fixed-action crimes, crimes with a single act, crimes with multiple acts, crimes with alternative acts, continuing crimes,¹¹⁸ crimes of omission,¹¹⁹ and crimes of commission.¹²⁰

Since the commission of the crime under Art. 286 of the TCC is based on active behaviour, it is a crime of commission.

Moreover, the mentioned crime is a conduct crime, meaning that it does not require a specific result for it to be considered complete.¹²¹

Furthermore, this crime is also a crime with alternative acts,¹²² which requires the unauthorised recording or transferring of audio or visual media by the perpetrator during the investigation and prosecution proceedings, in terms of the presence of a typical act.¹²³ Under this crime, even if the recording and transferring are carried out together, only one act is punishable.¹²⁴ As a matter of fact, even if all the acts specified in the statutory definition are performed, there will be a single crime, but this situation may also be taken into consideration in terms of determining the basic penalty (Art. 61 of the TCC).¹²⁵ Also, the act of recording or transferring does not need to cover the entire procedural process, and a momentary recording or transferring audio or visual media related to the procedural process also constitutes this crime.¹²⁶

In our opinion, the crime of recording audio or visual media, which is also a crime with alternative acts, is a fixed-action crime, in the legal definition of which the types of acts that can be committed are specified.

Additionally, the acts that constitute this crime, namely “recording” or “transferring” as alternative acts regulated in the legal definition of the crime, involve a continuous process. Therefore, in our opinion, this crime is a continuing crime.

According to Ünver’s opinion, which we also concur with, the use of a plural expression in Art. 286 of the TCC, as if it is necessary to record or transfer all types of audio or visual media during the investigation and prosecution proceedings, is misleading. This error should be rectified through a legal amendment, and in fact, it should be sufficient to record or transfer even ‘a single type of audio or visual medium’ during the investigation or prosecution proceedings in terms of the typical act.¹²⁷ In our opinion, the ratio legis of the text of the law, i.e., the real reason behind a law,¹²⁸ which is translated into Turkish as “öz amaç” (core purpose) in legal doctrine,¹²⁹ should be considered, therefore, the text of the article in question should be amended in such a way as to prevent erroneous interpretation, and until this amendment is made, an interpretation should be made in accordance with the legally protected interest and the ratio legis of the norm.¹³⁰

Therefore, according to the shared opinion, since the drafting of Art. 286 of the TCC is contrary to its purpose, it should be revised. As a matter of fact, if a literal interpretation is given to the wording of this article, it would also require that the subject matter of the act of recording or transferring be the audio or visual media during both the investigation and the prosecution proceedings due to the conjunction “and” used in the legal definition. However, Ünver suggests that the conjunction “or” should be used instead of “and” in the article text, thus clearly emphasising that the recording or transferring of audio or visual media during the investigation or prosecution proceedings would be sentenced.¹³¹ According to Gökcan/Artaç, even though the conjunction “and” is used instead of “or” in the article in question, the act can be committed during the “investigation or prosecution” proceedings in terms of the general meaning of the sentence.¹³² Indeed, Baytaç points out that in some cases, the conjunction “or” may be used instead of the conjunction “and”, and that the conjunction “and” may be used instead of the conjunction “or”, and that it is possible to encounter such misuses in the TCC.¹³³

Consequently, as previously stated, if the ratio legis of the text of the law, i.e., its core purpose,¹³⁴ is taken into consideration

¹¹⁶ Özbek and others (n 87) 599.

¹¹⁷ Öztürk and others (n 113) 625.

¹¹⁸ Özgenç (n 62) 183; Koca and Üzülmmez (n 80) 120.

¹¹⁹ Koca and Üzülmmez (n 80) 120; Artuk and others (n 110) 325.

¹²⁰ Artuk and others (n 110) 325.

¹²¹ Evirgen (n 100) 1539; Gökcan and Artaç (n 75) 9321, 9323.

¹²² Gökcan and Artaç (n 75) 9321; Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme* (n 65) 538.

¹²³ Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme* (n 65) 538.

¹²⁴ Memiş Kartal (n 41) 397.

¹²⁵ Koca and Üzülmmez (n 80) 122.

¹²⁶ Gökcan and Artaç (n 75) 9322.

¹²⁷ Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme* (n 65) 539.

¹²⁸ Yasemin Işıktaç and Sevtap Metin, *Hukuk Metodolojisi* (5th edn, Filiz Kitabevi 2016) 204.

¹²⁹ Abdullah Batuhan Baytaç, *Kamunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum* (On İki Levha Yayıncılık 2018) 257.

¹³⁰ Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme* (n 65) 539.

¹³¹ *ibid* 538.

¹³² Gökcan and Artaç (n 75) 9322.

¹³³ Baytaç (n 129) 230.

¹³⁴ *ibid* 257.

in terms of the crime of recording audio or visual media, it is believed that it will be appropriate to revise the plural expression in Art. 286 of the TCC and use "... *audio or any type of visual medium* ..." instead of "... *audio or visual media* ..." and also the phrase "... *investigation or prosecution* ..." instead of "... *investigation and prosecution* ..." in the same provision, which is contrary to the principle of legal certainty in the context of the principle of the legality of crimes and punishments. Therefore, according to our suggestion, it will be appropriate to revise Art. 286 of the TCC with a legislative amendment as follows: "*Any person who records or transfers audio or any type of visual medium without authorisation during the investigation or prosecution proceedings shall be sentenced to up to six months' imprisonment.*"

In addition to this, according to the shared opinion, the erroneous statement "... *no audio and visual recording may be made* ..." in Art. 153, para. 1 of the CPL titled "Prohibition of recording and broadcasting" has also created a situation contrary to the principle of legal certainty as to whether only audio recording or only visual recording will constitute the crime of recording audio or visual media.¹³⁵ Therefore, at this point, it is necessary to examine the ratio legis of the text of the law, i.e., its core purpose,¹³⁶ and make a legislative amendment in order to eliminate this situation contrary to the principle of legal certainty and to ensure compatibility with the regulation in the type of crime in Art. 286 of the TCC, which is referred to by Art. 153, para. 3 of the CPL, and using the conjunction "*or*" instead of "*and*" in the phrase "... *audio and visual recording* ..." Art. 153, para. 1 of the CPL would be appropriate. Thus, in accordance with our proposal, it will be appropriate to revise the first sentence of the provision in Art. 153, para. 1 of the CPL as follows: "*No photographs may be taken, and no audio or visual recording may be made during the hearing*".

Moreover, in terms of the provision in Art. 183 of the CPC, it is necessary to first focus on the problem of determining when the trial will start. As stated in the first sentence of Art. 191, para. 1 of the CPC, the hearing starts after it is determined whether the defendant and his or her defence counsel are present and whether the summoned witnesses and experts have arrived. Pursuant to the third sentence of the same article, the chief judge or the presiding judge shall announce the commencement of the hearing by reading the decision on the admission of the indictment. In this situation, there may be hesitation as to whether the moment when the hearing starts is the moment when the roll call is taken or the moment when the decision on the admission of the indictment is read. According to *Özbek et al.*, especially in hearings that must be held in private, the decision on the admission of the indictment must also be private, and for this reason, the moment when the hearing starts should be accepted as the moment of the roll call, which is an earlier stage. Such an acceptance is also compatible with the purpose and meaning of the prohibition of recording.¹³⁷

Furthermore, the prohibition in Art. 183 of the CPC covers all judicial proceedings inside and outside the courthouse,¹³⁸ and it can be concluded that this provision as a whole is a prohibition only for judicial proceedings. According to *Soyer Güleç*, if this regulation is intended to be interpreted in such a way that the prohibition of recording is only applicable to the conduct of judicial proceedings and not to all kinds of acts and processes, then it would be more appropriate to explicitly state this without any hesitation. When interpreting the aforementioned Art. 183 of the CPC, it is necessary to examine the main purpose of the legislator,¹³⁹ i.e., its core purpose.¹⁴⁰ From this point of view, it can be concluded that the legislator, in fact, aims to protect the presumption of innocence and the right to a fair trial, and gives a special and separate importance to the stage after the start of the trial. Therefore, the prohibition of recording "during the hearing" and "during the conduct of all judicial proceedings inside and outside the courthouse" is absolute. In fact, this prohibition shall be applicable while the defendant is being taken to the courtroom in the corridors of the courthouse, during the conduct of an autopsy or discovery process, or while the showing of the crime scene processes is being carried out by the police. Thus, the harm to the reputation and good name of persons who do not yet have a final judgement of conviction against them is prevented,¹⁴¹ and it is also tried to prevent these persons from being portrayed as criminals by the press during the discovery and showing of the crime scene processes. This is because when it is later realised that the suspect or defendant is innocent, no reports are made on this matter.¹⁴²

The aforementioned article does not protect processes related to misdemeanours or disciplinary crimes, and examples of cases that constitute the crime of recording audio or visual media include the acts of recording or transferring processes such as crime scene investigation or taking statements of suspects or witnesses during the investigation stage. In addition, similar acts regarding processes such as hearings or discovery conducted by the court will also constitute this crime.^{143,144}

However, since the subject matter of this crime is the unauthorised recording or transferring of audio or visual media during

¹³⁵ Ekmekçi (n 83) 357.

¹³⁶ Baytaz (n 129) 257.

¹³⁷ Özbek and others (n 87) 686.

¹³⁸ Savaşçı (n 33) 286.

¹³⁹ Soyer Güleç (n 38) 93.

¹⁴⁰ Baytaz (n 129) 257.

¹⁴¹ Soyer Güleç (n 38) 93-94.

¹⁴² Özbek and others (n 87) 687.

¹⁴³ Gökcan and Artuç (n 75) 9322.

¹⁴⁴ "..... In the examination made by taking into account that the appeal for the reversal of judgement in favour of law will not have adverse consequences, according to the scope of the file; by means of Article 153, paragraph 3 of the Civil Procedure Law No. 6100 and Article 286, paragraph 1 of the Turkish Criminal Code No. 5237, considering that the unauthorised recording of audio or visual media during the hearing in the civil courts constitutes a crime, and that the discovery processes are subject to the same disciplinary rules that the hearings

the investigation and prosecution proceedings, it will not constitute the crime specified in Art. 286 of the TCC if it is recorded and transferred between sessions, rather than during the investigation and prosecution proceedings.^{145,146} Indeed, according to *Ekmekçi*, if the prohibition in question is not limited in scope to judicial proceedings, even the taking of souvenir photographs by an acquitted defendant and his or her lawyer or colleagues working in the clerk's office in a courthouse building or making video recordings for similar personal purposes would have to be accepted within the scope of this prohibition, which is incompatible with the purpose of the relevant article.^{147,148}

It should be noted here that if the public prosecutor conducting the investigation proceedings or the judge conducting the prosecution proceedings gives permission, the recording or transferring of audio or visual media during these proceedings will not constitute the crime regulated in Art. 286 of the TCC. The public prosecutor is authorised to initiate, conduct and finalise the investigation proceedings. The chiefs and officers of the judicial police do not have the authority to permit the recording and transferring of audio or visual media during the aforementioned proceedings. In terms of investigation proceedings, the authority for processes such as identification, crime scene observation and determination, crime scene discovery, showing the crime scene processes carried out by the suspects, autopsy processes, hearing of witnesses, suspects and experts is the public prosecutor. Therefore, recording or transferring audio or visual media without authorisation during the investigation proceedings, which continue until the admission of the indictment, is prohibited. Violations of this prohibition constitute the crime regulated in Art. 286 of the TCC.¹⁴⁹ In terms of prosecution proceedings, the judge may authorise the recording of the hearing.¹⁵⁰ Therefore, if a person performs the said act of recording or transferring without authorisation, this crime will be committed. The aforementioned authorisation does not necessarily have to be in writing. Even if this permission is given orally, the perpetrator will be deemed "authorised" for this act of recording or transferring, and the act performed will be considered lawful.¹⁵¹

In addition, it should be noted that in cases where the legal definition of a crime provides for the unauthorised conduct of the act or the absence of the permission of the competent authority, the issue arises as to whether this is to be considered within the scope of the material elements of the crime or as a reason for legal justification. At this point, it is necessary to evaluate whether the act constitutes wrongfulness worthy of punishment without violating the requirement of obtaining permission from the competent authority.^{152,153} In terms of this evaluation, it is also necessary to determine the purpose of the permission granted by the authority,

are subject to, the authority did not deem it appropriate to decide to accept the objection on the grounds that the discovery is not an investigation and prosecution proceeding, which is an element of the crime imputed, and that a decision of acquittal should be made for the defendant, and the said decision should be reversed in accordance with Article 309 of the Criminal Procedure Code No. 5271, the necessity of reversal of the aforementioned decision in accordance with the request of the Ministry of Justice dated 02.11.2016 and numbered 94660652-105-63-6869-2016-Reversal of the judgement in favour of law, with the notification of the Chief Public Prosecutor's Office at the Court of Cassation dated 18.11.2016 and numbered 2016/389007 and the decision of the 8th Criminal Chamber of the Court of Cassation dated 23.11.2017, case numbered 2017/9393 and decision numbered 2017/13181 with the decision of lack of jurisdiction was notified, and the case documents were submitted to the chamber; Therefore, ordered, adjudged, and decreed that:

Since the request for reversal in the notification based on the request for reversal of the judgement in favour of law is deemed appropriate in accordance with the scope of the file examined, the decision of the Sanliurfa 1st Heavy Criminal Court dated 11.03.2016 and numbered 2016/204 shall be REVERSED in accordance Article 309 of the Criminal Procedure Code No. 5271, Court of Cassation 12th Criminal Chamber (CC.), 07.03.2018, Case No. (C.) 2017/11910, Decision No. (D.) 2018/2544.

¹⁴⁵ Parlar and Öztürk (n 70) 420-421.

¹⁴⁶ "..... Considering that it is understood that the visual media subject matter to the crime was not taken at the time of the trial, and since the elements of the crime imputed to the defendant have not been fulfilled, the decision should have been made to acquit the defendant in accordance with Article 223, paragraph 2-a of the Criminal Procedure Code No. 5271, while it is deemed contrary to law to decide 'acquit the defendant in accordance with Article 223, paragraph 2-e of the Criminal Procedure Code due to the fact that the crime has not been proven to have been committed by the defendant', and this is a mistake that may be amended without retrial in accordance with Article 280, paragraph 1-a, and Article 303, paragraph 1 of Criminal Procedure Code,

By removing the 1st paragraph of the ruling and replacing it with 'ACQUITTED in accordance with Article 223, paragraph 2-a of the Criminal Procedure Code since the legal elements of the crime imputed to the defendant have not been fulfilled' and leaving the other parts as they are, the verdict is AMENDED,

Since it is understood that there is no procedural or substantive violation of law in the decision of the first instance court other than the matter amended above, that there is no deficiency in the evidence or proceedings, and that the evaluation in terms of evidence is appropriate, in the light of the above-mentioned amendments, the decision in accordance with Article 280, paragraph 1-a and 1-c of the Criminal Procedure Code, DISMISSAL OF THE APPEAL AS BEING AMENDED," Adana Regional Courts of Appeal (RCA) 9th CC., 03.02.2022, C. 2019/1370, D. 2020/796.

¹⁴⁷ Ekmekçi (n 83) 364.

¹⁴⁸ "..... considering the fact that the photographs taken by the defendant outside the courtroom did not include the court board and that his or her action was not of the nature to record the proceedings of the prosecution conducted during the hearing, and the defendant's defence that he or she took the photograph of his or her friend as a souvenir; to decide to convict the defendant as written instead of acquitting the defendant of the crime imputed, without considering that there is no sufficient, clear, and convincing evidence that the defendant acted with the intention of recording the court board and/or the audio and visual media related to the proceedings carried out in the hearing,

As it is contrary to the law, the defendant's request for an appeal has been deemed appropriate in this respect, and since the said unlawfulness may be amended without retrial in accordance with Article 280, paragraph 1-a, and Article 303, paragraph 1-a of the Criminal Procedure Code No. 5271,

By completely removing the part of the ruling paragraph regarding the conviction of the defendant for the crime of 'recording audio and visual media' and its consequences; For; 'Although a public case has been filed against the defendant with the request for punishment for the crime of 'Recording Audio or Visual Media'; since the act imputed has not been proven to have been committed by the defendant, the defendant is ACQUITTED of the imputed crime in accordance with Article 223, paragraph 2-e of the Criminal Procedure Code, The costs of the judicial proceedings on the public'

DISMISSAL OF THE APPEAL AS BEING AMENDED due to the writing these statements and the contradiction of the law," Kayseri RCA 7th CC., 03.02.2022, C. 2022/86, D. 2022/162.

¹⁴⁹ Parlar and Öztürk (n 70) 419, 421.

¹⁵⁰ Erdener Yurtcan, *Yargıtay Kararları Işığında İftira Suçu (Adliye Karşı Diğer Suçlar)* (3rd edn, Seçkin Yayıncılık 2019) 471.

¹⁵¹ Gökcan and Artuç (n 75) 9322.

¹⁵² Neslihan Göktürk, 'Suçun Yasal Tanımında Yer Alan 'Hukuka Aykırılık' İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon' (2016) 7(1) İnÜHFD 407, 444-445.

¹⁵³ As a matter of fact, according to *Göktürk*: "..... if the act has the content of wrongfulness that is worthy of punishment solely due to the absence of the required licence or permit; in other words, if a judgement of worthlessness cannot be made about the act without taking into account the necessity of the permit, or if the act is socially appropriate, it is the objective element of typicality and the absence of the permit prevents the typicality of the act. This is a matter that requires a separate evaluation for each type of crime." (ibid 445.)

and “.... if the permission is intended to establish a more effective control mechanism over the desired behaviour, or at least to ensure compliance with the social contract, the failure to obtain such permission is an element of typicality”.¹⁵⁴ From this point of view, in our opinion, the act of recording or transferring audio or visual media in this type of crime cannot be deemed worthy of punishment for having wrongful content without taking into account the phrase “... *without authorisation* ...” stated in the relevant article. This is because the phrase “... *without authorisation* ...” used in the legal definition of this crime regulates the punishment of the act constituting the crime based on the absence of the specified “authorisation”. Therefore, a judgement of worthlessness cannot be made about the act of this crime without taking into account the necessity of the “authorisation” expressed in the text of the article, and since the aim of the requirement of “authorisation” here is to provide a more effective control and supervision mechanism for the specified act, the presence of the requirement of “authorisation” does not serve as a reason for legal justification; rather, it is an element included in the typicality in the context of the material elements of the crime.

1. Recording

One of the alternative acts in the legal definition of the crime of recording audio or visual media is “recording”.

Recording is defined as “Transferring audio or image onto magnetic tape”.¹⁵⁵ The term “recording” is used to refer to any activity aimed at making a conversation capable of being listened to again.¹⁵⁶ Today, there are many types of recording devices. It is necessary to evaluate all kinds of data recorded with audio, visual media, or audio and visual media recording devices within this scope, and such recordings are important in terms of criminal procedure, sometimes because they contain evidence of a crime and sometimes because their content constitutes a crime.¹⁵⁷ Recording with an audio recorder, an audio-visual recording device capable of recording audio or visual media, a camera, a mobile phone with such functions, etc., is included within this scope.¹⁵⁸ Devices that record audio or visual media, based on their technical specifications, shall also be considered within the scope of the crime under Art. 286 of the TCC.¹⁵⁹

In legal doctrine, it is stated that the provision under Art. 147, para. 1, subpara. (h) of the CPC, which states that “*Technical means shall be utilised in the recording of a statement and interrogation processes*”, imposes an obligation to use technical means for the statement and interrogation of suspects during the investigation stage, but it is also necessary to have the opportunity to use technical means for this purpose. Therefore, while it would be appropriate to make a recording to prevent allegations of unlawfulness during a statement and interrogation, it should be taken into account to what extent the use of technical means is within the bounds of possibility. Although the Code mentions the recording of a statement and interrogation by making use of technical means, it does not specify how the recordings should be made or which specific technical means should be utilised. In this regard, the Audio-Visual Information System (AVIS) may be used.^{160,161}

2. Transferring

Another alternative act in the legal definition of the crime regulated in Art. 286 of the TCC is “transferring”.

Transferring is defined as “Performing the act of transfer, conveying from one place to another, transmitting”.¹⁶² In legal doctrine, it is stated that the act of recording the statement of the suspect taken at the prosecutor’s office without authorisation and giving it to third parties can be considered the act of “transferring” regulated under Art. 286 of the TCC, and broadcasting the interrogation of the defendant at the hearing on television with audio and visual media can also be considered within this scope.¹⁶³ As in the act of “recording”, in the act of “transferring”, transferring with an audio recorder, an audio-visual recording device capable of recording audio or visual media, a camera, a mobile phone with such functions, etc., is within this context.¹⁶⁴

It should be noted that the conduct of the hearings by means of audio and visual media transfer, which is an important technological opportunity, was first introduced with the CPL.¹⁶⁵ One of the regulations referred to in Art. 153 of the CPL is Art.

¹⁵⁴ *ibid*

¹⁵⁵ ‘Kaydetmek’, *Türkçe Sözlük* (10th edn, Türk Dil Kurumu Yayınları 2005) 1114.

¹⁵⁶ Mahmut Koca and İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (7th edn, Adalet Yayınevi 2020) 536.

¹⁵⁷ Yıldız (n 15) 253.

¹⁵⁸ Gökcan and Artuç (n 75) 9322.

¹⁵⁹ Yurtcan (n 150) 471.

¹⁶⁰ Faruk Turhan and Murat Aksan, ‘Ceza Muhakemesinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Sorguya Çekilmesine İlişkin Hükümlerin Eleştirel Bir Değerlendirmesi’ (2020) 24(2) AHBVÜ-HFD 289, 321.

¹⁶¹ AVIS is defined in Art. 3, para. 1, subpara. (c) of the Regulation on the Utilisation of Audio-Visual Information Technology Systems in Criminal Procedure: “*AVIS: The Audio-Visual Information System, in which audio and visual media are transferred, recorded, and stored electronically at the same time in the National Judiciary Informatics System.*”. AVIS record is defined in Article 32 of the Regulation on the Execution of Administrative and Clerical Services of Regional Courts and First Instance Courts of Judicial Jurisdiction and Chief Public Prosecutors’ Offices as “(1) *It is the record that contains the phases of the processes regarding the use of AVIS to record and store visual media and audio of persons who were deemed necessary to be heard. (2) This record consists of the columns of sequence number, name of the department and case number, title and identity information of the person being heard, date and time of the hearing, type of crime, name of the unit and hall where the testimony will be taken, and the thoughts.*”.

¹⁶² ‘Nakletmek’, *Türkçe Sözlük* (10th edn, Türk Dil Kurumu Yayınları 2005) 1452.

¹⁶³ Yurtcan (n 150) 471.

¹⁶⁴ Gökcan and Artuç (n 75) 9322.

¹⁶⁵ Öztekin (n 24) 661.

151 of the same Law, and the conclusion that can be drawn from the provision in Art. 153 of the said CPL is that even if the hearing is conducted by means of audio and visual media transfer, the said audio and visual media transfer cannot be recorded by the court or the parties as a rule,^{166, 167, 168}

In addition, it should not be possible to record audio and visual media during the hearings as per the explicit provisions of Art. 153 of the CPL and Art. 14, para. 2 of the Regulation on the Conduct of the Hearings by Transferring Audio and Visual Media in Civil Procedure, and Art. 15, para. 2 and para. 3 of the same Regulation. In order for the hearing held via videoconference to be recorded, the court must make a decision regarding this matter if it is necessary due to a mandatory requirement of the proceeding. In this case, pursuant to the provision in Art. 28, para. 1, subpara. (d) of the Personal Data Protection Law (PDPL),¹⁶⁹ the PDPL will not be applicable,^{170, 171}

E. Result

Crimes can be divided into two categories as conduct crimes and result crimes, according to the presence or absence of a result in their legal definitions.¹⁷² As a matter of fact, most crimes are completed with the conduct of the act, and in legal doctrine, these crimes are referred to as conduct crimes. On the other hand, in order for some crimes to be completed, apart from the conduct of the act, the result specified in the legal definitions must also be fulfilled, and these crimes are named as result crimes in legal doctrine.¹⁷³

From this point of view, the crime of recording audio or visual media is a conduct crime that does not require a result for its completion and is completed by the unauthorised recording or transferring of audio or visual media during the investigation or prosecution proceedings.¹⁷⁴

F. Causation

Causation establishes the objective relationship between the perpetrator and the result of his or her act.¹⁷⁵ However, causation is a necessary fact in crimes that include the result as well as the act in the legal definition, and in conduct crimes, since it is sufficient to perform the act in terms of the occurrence of the crime, a causation problem will not arise in these crimes.¹⁷⁶

Therefore, since the type of crime under Art. 286 of the TCC is a conduct crime, there is no causation problem.¹⁷⁷

IV. Mental Element (*Mens Rea*)

It is necessary to understand the mental element of typicality as the mental connection between the person and the act he or she committed.¹⁷⁸ The first thing that comes to mind in terms of the mental element of the crime is intent and negligence, which are understood not as forms of culpability but as forms of wrongfulness.¹⁷⁹ According to the level of the perpetrator's knowledge of

¹⁶⁶ Barış Mıdık, 'Medenî Yargıda E-Duruşma Pilot Uygulaması ve Yargının Elektronik Dönüşümü Üzerine Bazı Düşünceler' (*Lexpera Blog*) <<https://blog.lexpera.com.tr/medeni-yargida-e-durusma-pilot-uygulamasi-ve-yarginin-elektronik-donusumu-uzerine-bazi-dusunceler/>> accessed 17 March 2023.

¹⁶⁷ As a matter of fact, according to Art. 151 of the CPL titled "Order of the hearing" reads as follows: "(1) The judge shall prohibit the person who disrupts the order of the hearing from doing so and, if necessary, order him to be removed from the courtroom immediately, except for lawyers. (2) If a person disrupts the order of the court or continues to utter an inappropriate word or behave in the presence of the court despite the warning, he or she shall be immediately arrested and subjected to disciplinary detention of up to four days. The provision of this paragraph shall not apply to lawyers. (3) If the act that disrupts the order of the court or the improper words or behaviour in the presence of the court constitutes a separate crime, a report shall be sent to the Chief public prosecutor's office and, if necessary, the arrest of the perpetrator, except for lawyers, shall be ordered."

¹⁶⁸ "..... Failure to write the phrase with reference to Article 153, paragraph 3 of the Civil Procedure Law No. 6100 while determining the basic punishment for the defendant who violated the prohibition of recording during the hearing in the civil court,

Since it is contrary to the law and the decision is therefore REVERSED, and since it is possible to amend this matter without retrial in accordance with Article 322 of the Code of Criminal Procedure, the decision, which is in accordance with the procedure and law in other aspects by adding the phrase 'with reference to Article 153, paragraph 3 of the Civil Procedure Law No. 6100' to the first paragraph of the ruling after the phrase that corresponds to the action, is UPHeld WITH AMENDMENTS," Court of Cassation 9th CC., 05.02.2014, C. 2013/12037, D. 2014/1340.

¹⁶⁹ Art. 28, para. 1, subpara. (d) of the PDPL titled "Exceptions" states that "Personal data processed by judicial authorities or enforcement authorities with regard to investigation, prosecution, proceeding, or execution processes."

¹⁷⁰ Varol Karaosmanoğlu (n 20) 88.

¹⁷¹ According to Art. 14, para. 2 of the Regulation on the Conduct of the Hearings by Transferring Audio and Visual Media in Civil Procedure, titled "e-Hearing" regulated as follows: "No photographs may be taken, and no audio or visual media recording may be made during the e-Hearing. However, in cases where the trial necessitates it, the court may record. The provisions of Article 286 of the Turkish Criminal Code dated 26/9/2004 and numbered 5237 shall be applied to the person who violates the prohibition of recording and broadcasting." Art. 15, para. 2 of the said Regulation titled "Recording and storing" reads as follows: "The records obtained through the e-Hearing System shall be transferred to the computer on which the e-Hearing is conducted by the court or to a device capable of storing data and kept in the Central Recording System for two weeks to be stored in its file. At the end of the period, these data in the Central Recording System shall be irreversibly deleted." In the para. 3 of the said Article as follows: "The recordings obtained in this way cannot be broadcasted anywhere without the express permission of the court and the persons concerned."

¹⁷² Koca and Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 80) 127.

¹⁷³ Özgenç (n 62) 191.

¹⁷⁴ See also, Evirgen (n 100) 1539; Gökcan and Artuç (n 75) 9321, 9323.

¹⁷⁵ Özgenç (n 62) 191-192.

¹⁷⁶ Koca and Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 80) 130.

¹⁷⁷ See also, Evirgen (n 100) 1539.

¹⁷⁸ Koca and Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 80) 144.

¹⁷⁹ Özgenç (n 62) 242, 244.

the material elements of the crime committed, the intent is divided into two as direct intent and eventual intent. Direct intent is defined as the fact that the perpetrator knows or foresees with certainty that his or her act will fulfil the legal type.¹⁸⁰ In cases of eventual intent, although it is considered probable that the act decided to be committed will cause a certain result described by the law, the occurrence of this result is accepted, and the perpetrator does not refrain from committing the act.¹⁸¹

The crime regulated under Art. 286 of the TCC is a crime that can be committed intentionally,¹⁸² and can be committed with both direct intent and eventual intent. In terms of this crime, it is not required to act with a specific purpose or motive.

Although it is stated in legal doctrine that it is not possible to commit this crime with eventual intent,¹⁸³ it has been pointed out that some authors who hold this view have not stated their justifications.¹⁸⁴ Moreover, another author who argues that it is not possible to commit this crime with eventual intent justifies this position with their opinion that it is not possible to commit abstract danger crimes with eventual intent.¹⁸⁵

However, according to the opinion we agree with, in the case that the material elements of the crime in the legal definition of Art. 286 of the TCC are foreseen and accepted by the perpetrator, this crime may be committed with eventual intent.¹⁸⁶ For instance, if the perpetrator foresees and accepts that he or she is unauthorisedly recording or transferring audio or visual media during the investigation or prosecution proceedings, it is necessary to accept that he or she acts with eventual intent. In such a case, the penalty of the perpetrator will be compulsorily mitigated in accordance with Art. 21, para. 2 of the TCC.¹⁸⁷

While it is accepted that a crime can be committed intentionally even if it is not explicitly stated in the code, in order for the said crime to be committed through “negligence”, it is necessary for it to be clearly regulated in the code.¹⁸⁸ Therefore, this crime cannot be committed through negligence.¹⁸⁹

Since motive is not required for the commission of this crime,¹⁹⁰ the motive with which the perpetrator commits the act of recording or transferring is not important.¹⁹¹

It should be noted that, as explained under the heading “Act”, the presence of the “authorisation” in recording or transferring audio or visual media during the investigation or prosecution proceedings is not a reason for legal justification; since it is an element included in the typicality in the context of the material elements of the crime, when evaluated in terms of the relationship between intent and mistake, the crime of recording audio or visual media can be evaluated within the framework of mistakes that negate the intent, specifically, within the context of a mistake of fact. Therefore, the fact that the perpetrator does not know that it is necessary for him or her to have “authorisation” to record or transfer the audio or visual media is also within the scope of the mistake of fact under Art. 30, para. 1 of the TCC and negates the intent of the perpetrator regarding the crime. As a matter of fact, in order to establish the perpetrator’s intent, it is necessary for him or her to know this feature of the element included in the typicality that constitutes the basis of the wrongfulness.¹⁹² If it can be concluded that such a result would not have occurred if the required care and attention had been taken in relation to the result, in this case, although there will be wrongfulness committed with negligence,¹⁹³ since the legal definition of the crime of recording audio or visual media does not clearly state that it can be committed with negligence, the perpetrator will not be held criminally liable for this reason.

V. Unlawfulness Element

Unlawfulness as an element of the crime means that the act committed is contrary to and in contradiction with the whole legal order.¹⁹⁴ The reasons for legal justification, on the other hand, eliminate the unlawfulness and make the act recognised as legitimate by the law.¹⁹⁵ In the TCC, the reasons for legal justification are grouped under four main categories such as justification

¹⁸⁰ Koca and Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 80) 168-169.

¹⁸¹ Özgenç (n 62) 255.

¹⁸² “..... due to the defendant’s defence at all stages that his hand accidentally went to the camera while trying to end the call while he was in the courtroom and that he did not take any footage, an expert examination was carried out on the mobile phone registered in the order 2017/10545 of the evidence used in the crime. Since it was reported in the expert report prepared as a result of the examination that there were no footage and videos taken during the hearing on 05/12/2017, the date of the hearing on which the incident allegedly took place, and that no deleted photographs, audio recordings, and videos were found in the examination made using various programs in the phone memory, since there is no sufficient evidence to prove that the defendant acted with criminal intent, contrary to his or her defence, the decision of the first instance court shall be annulled . . . the imputed ‘Recording of Audio and Visual Media’ crime has not been proven to have been committed by the defendant, he or she is ACQUITTED in accordance with Article 223, paragraph 2, subparagraph (e) of the Criminal Procedure Code” Adana RCA 9th CC., 17.02.2021, C. 2019/2247, D. 2021/387.

¹⁸³ Meran (n 71) 369; Parlar and Öztürk (n 70) 421.

¹⁸⁴ Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme* (n 65) 540.

¹⁸⁵ Ekmekçi (n 83) 377.

¹⁸⁶ See, Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme* (n 65) 540; Memiş Kartal (n 41) 399; Gökcan and Artuç (n 75) 9322; Evirgen (n 100) 1540.

¹⁸⁷ Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme* (n 65) 540.

¹⁸⁸ Hakan Karakehya, *İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast* (Savaş Yayınevi 2010) 161.

¹⁸⁹ Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme* (n 65) 540.

¹⁹⁰ Memiş Kartal (n 41) 399; Parlar and Öztürk (n 70) 421.

¹⁹¹ Parlar and Öztürk (n 70) 421.

¹⁹² Göktürk ‘Suçun Yasal Tanımında Yer Alan’ (n 152) 446.

¹⁹³ Özgenç (n 62) 480.

¹⁹⁴ Koca and Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 80) 264.

¹⁹⁵ Artuk and others (n 110) 485.

by authority of the law (Art. 24, para. 1 of the TCC); self-defence (Art. 25, para. 1 of the TCC); exercise of right (Art. 26, para. 1 of the TCC) and consent of the relevant person (Art. 26, para. 2 of the TCC).¹⁹⁶

When the crime of recording audio or visual media is evaluated in the context of the reasons for legal justification, the provisions of Art. 180, para. 5 of the CPC and Art. 196, para. 4 of the CPC constitute exceptions from the prohibition specified in Art. 183 of the CPC in terms of justification by authority of the law, which is one of the reasons for legal justification. However, according to the opinion in legal doctrine, which we also agree with, it is stated that it lacks precision due to including only the provisions of Art. 180, para. 5 of the CPC, and Art. 196, para. 4 of the CPC in Art. 183 of the CPC; despite the provisions of Art. 52, para. 3 of the CPC, Art. 58, para. 3 of the CPC, and Art. 87, para. 5 of the CPC,^{197 198}

Moreover, Art. 81, para. 1 of the CPC; Art. 94, para. 2 of the CPC; Art. 135 of the CPC; Art. 140 of the CPC; Art. 147, para. 1, subpara. (h) of the CPC; Art. 219, para. 1 of the CPC and Art. 236, para. 5, para. 6, para. 7 and para. 8 of the CPC¹⁹⁹ may also be considered exceptions to this prohibition. Therefore, all these provisions may constitute a reason for legal justification in terms of the crime regulated under Art. 286 of the TCC when the relevant conditions are met.

Furthermore, Art. 149 of the CPL²⁰⁰ will also constitute a reason for legal justification, in addition to Art. 5 of the Law on Police Duties and Powers No. 2559 and Additional Art. 6, para. 15 of the same Law titled “Judicial duties and powers”; Art. 57, para. 5 of the Code on Establishment and Rules of Procedures of the Constitutional Court No. 6216 titled “Hearing”; and Art. 9 of the Law on International Judicial Cooperation in Criminal Matters No. 6706 titled “Judicial cooperation through audio-visual communication techniques” may constitute a reason for legal justification in terms of the crime regulated under Art. 286 of the TCC when the relevant conditions are met.

Within the scope of the exercise of right, which is one of the reasons for legal justification, the right to inform in connection with mass communication should also be evaluated.²⁰¹ It should be noted that the freedom of the press and the right of access to information constitute an inseparable part of the right to freedom of expression.²⁰² In addition, the right to information, which

¹⁹⁶ Özgenç (n 62) 324.

¹⁹⁷ Soyer Güleç (n 38) 92.

¹⁹⁸ Art. 52, para. 3 of the CPC titled “Hearing of witnesses” reads as follows: “Images or sounds during the hearing of witnesses may be recorded. However, recording is mandatory for witnesses who are; a) Child victims, b) Persons who cannot be brought to the hearing and whose testimony is mandatory for the discovery of the material truth, this registration is mandatory for their testimony.”; Art. 58, para. 3 of the same Code titled “Preliminary questions to be asked to the witness and the protection of the witness” as follows: “If hearing the witness in the presence of those present would constitute a grave danger for the witness and this danger cannot be prevented otherwise or would constitute a danger for the discovery of the material truth, the judge may hear the witness even without those who have the right to be present. Audio and visual media transfer shall be made during the hearing of the witness. The right to ask questions is reserved.” and in Art. 87, para. 5 of the same Code titled “Autopsy”, it is stated that “While the processes mentioned in the above paragraphs are carried out, the visual media of the corpse are recorded.”.

¹⁹⁹ Art. 81, para. 1 of the CPC titled “Establishment of physical identity” reads as follows: “If it is necessary for the establishment of identity of a suspect or defendant for a crime punishable by imprisonment of two years or more, his or her photograph, body measurements, finger and palm prints, other features of his or her body that will establish his or her identity easier, and his audio and visual media shall be recorded by order of the public prosecutor and placed in the file related to the investigation and prosecution proceedings.”; Art. 94, para. 2 of the same Code titled “Bringing the arrested person to court” as follows: “If the arrested person cannot be brought before the authorised judge or court within twenty-four hours at the latest, the interrogation or taking of a statement of the arrested person shall be conducted by the authorised judge or court within the same period at the courthouse where the person was arrested or, if not available, using the audio-visual communication system established at the nearest courthouse.”; Art. 135 of the same Code titled “Detection of communication, wiretapping, and recording” as follows: “(Amended: 21/2/2014-6526/Art. 12) In the investigation and prosecution of a crime, in the presence of grounds for strong suspicion based on concrete evidence that a crime has been committed and in the absence of any other means of obtaining evidence, with the decision of the judge or the public prosecutor in cases where delay is inconvenient, the telecommunication communication of the suspect or defendant (...) may be wiretapped, recorded, and signal information may be evaluated. . . .”; Art. 140 of the same Code titled “Surveillance with technical means” as follows: “If there are grounds for strong suspicion based on concrete evidence that the following crimes have been committed and evidence cannot be obtained by any other means, the activities of the suspect or defendant in public places and his or her workplace may be subjected to surveillance using technical means, and audio or visual media recording may be taken: . . .”; Art. 147, para. 1, subpara. (h) of the same Code, titled “The style of a statement and interrogation”, as follows: “Technical means shall be utilised in the recording of a statement and interrogation processes.”; Art. 219, para. 1 of the same Code titled “Minutes of the hearing” reads as follows: “Minutes shall be kept for the hearing. The minutes shall be signed by the chief judge or the presiding judge and the clerk of the court. In the event that the processes at the hearing are recorded by technical means, these records shall be converted into a written record without delay and signed by the chief judge or the presiding judge and the clerk of the court.”; Art. 236, para. 5 titled “Hearing the victim and the complainant” of the same Code, “(Additional: 17/10/2019-7188/Art. 22) The statements of children who are victims of the crimes regulated in the second paragraph of Article 103 of the Turkish Criminal Code during the investigation stage are taken by experts under the supervision of the public prosecutor in the centres providing services for them. The statements and visual media of the child victim shall be recorded. In the prosecution stage, however, if it is mandatory to take the statement of the child victim or to take another action in order to discover the material truth, this process shall be carried out by the court or the delegated judge to be appointed by the court through experts in these centres. The processes specified in this paragraph shall be carried out by taking the child victim to the nearest centre regardless of the jurisdictional and territorial boundaries.”; In the para. 6 of the said Article, “(Additional: 17/10/2019-7188/Art. 22) The provision of the fifth paragraph shall also apply to the statements of the victims of the crimes regulated in the second paragraph of Article 102 of the Turkish Criminal Code during the investigation stage. However, the consent of the victim is sought in the recording of statements and visual media.”; In the para. 7 of the said Article, “(Additional: 17/10/2019-7188/Art. 22) Statements and visual media recordings taken within the scope of the fifth and sixth paragraphs shall be kept in the case file, shall not be given to anyone and necessary measures shall be taken for their confidentiality” and in the para. 8 of the said Article, “(Additional: 17/10/2019-7188/Art. 22) The statements and visual media recordings taken within the scope of the fifth and sixth paragraphs shall be converted into a written report. This report shall be given to the suspect, defendant, defence counsel, victim, attorney, or legal representative who made the request. The statement and visual media recordings may be shown to these persons under the supervision of the investigation and prosecution authorities while protecting their confidentiality.”.

²⁰⁰ Article 149 of the CPL, titled “Conducting a hearing by means of audio and visual media transferring or elsewhere” reads as follows: “(Amended with Title: 22/7/2020-7251/Art. 17) (1) Upon the request of one of the parties, the court may decide that the requesting party or his or her attorney may attend the hearing and perform procedural processes from the place where they are located by means of simultaneous audio and visual media transfer. (2) The court may, ex officio or upon the request of one of the parties, decide to hear the witness, expert, or specialist from the place where they are located by means of simultaneous audio and visual media transfer. (3) The court may decide ex officio to hear the parties concerned in the cases and affairs that the parties cannot freely dispose of, from the place where they are located at the same time, by means of audio and visual media transfer. (4) The court may decide to hold the hearing in another place within the provincial borders due to factual obstacles or security reasons, with the assent of the justice committee of the regional court of appeal within the jurisdiction. (5) The procedures and principles regarding the implementation of this article shall be determined in the regulation.”.

²⁰¹ Özgenç (n 62) 326.

²⁰² Vuslat Dirim, ‘Savcılık ve Medya İlişkileri’ (2010) 2(3) Fasikül 18, 19.

gives meaning to the right to inform, can also be evaluated as a reason for legal justification in terms of the crime under Art. 286 of the TCC.²⁰³ However, it can be stated that the right of defence cannot be a reason for legal justification in terms of the crime of recording audio or visual media; for example, it may be possible for the defence counsel to commit the crime under Art. 286 of the TCC in this context.²⁰⁴

When the consent of the relevant person is evaluated in the context of the reasons for legal justification, the said reason for legal justification will not be applicable in terms of the crime of recording audio or visual media, since the person does not have an absolute right to dispose of it at this point.²⁰⁵

Although the unlawfulness element is essentially one of the elements of the crime, even if it is not necessary to specify it separately in the legal definition of the crime, in some types of crimes, it is sought that the act be carried out without a permit or decision given by the competent authorities by using phrases such as “without consent”, “against consent”, “without decision”, “unlawfulness”, “without permission” or “without a licence”.²⁰⁶ In this respect, as evaluated above under the heading “Act” among the material elements of the crime of recording audio or visual media, the act of unauthorised recording or transferring of audio or visual media during the investigation or prosecution proceedings has the content of wrongfulness that is worthy of punishment solely due to the absence of the specified “authorisation”.²⁰⁷ In our opinion, since the aim of the requirement of “authorisation” here is to provide a more effective control and supervision mechanism for the specified act, the presence of the requirement of “authorisation” does not serve as a reason for legal justification; rather, it is an element included in the typicality in the context of the material elements of the crime. As a consequence of this situation, as we explained under the heading “Mental Element (*Mens Rea*)”, when evaluated in terms of the relationship between intent and mistake, the crime of recording audio or visual media can be evaluated within the framework of mistakes that negate the intent, specifically, within the context of a mistake of fact. Hence, the fact that the perpetrator does not know that it is necessary for him or her to have “authorisation” to record or transfer the audio or visual media is also within the scope of the mistake of fact under Art. 30, para. 1 of the TCC and negates the intent of the perpetrator regarding the crime, and since the legal definition of the crime of recording audio or visual media does not clearly state that it can be committed with negligence, the perpetrator will not be held criminally liable for this reason.

VI. Qualified Elements

There are some elements that the legislator has added to the basic form of the crime and that are accepted to influence the content of the wrongfulness; therefore, it is possible to foresee that the crime in question will be punished less severely or more severely. In fact, for the majority of crimes, the law regulates elements that make it necessary to mitigate or aggravate the punishment in relation to the basic forms, and these elements²⁰⁸ are named qualified elements.²⁰⁹

In terms of the crime regulated under Art. 286 of the TCC, there is no qualified element that requires an aggravation or mitigation of the penalty.²¹⁰

VII. Culpability

Culpability refers to the determination of the conditions of the formation of the will of the perpetrator regarding the wrongfulness committed by the perpetrator and the judgement as to whether it is necessary to condemn him for the wrongfulness, he or she has committed based on this determination.²¹¹ It should be noted that the reforms in other countries in terms of the principle of culpability, such as the acceptance of the mistake of law and taking culpability as the main criterion in determining the punishment, are also present in the new TCC No. 5237.²¹² As a matter of fact, indirectly, the principle of the rule of law in Art. 2 of the Constitution and the principle of the individuality of criminal responsibility in Art. 38, para. 7 of the Constitution; and directly, the provisions of Art. 23, Art. 25, para. 2, Art. 30, para. 3, and para. 4, Article 31, Art. 32, and Art. 61, para. 1 of the TCC are related to the principle of culpability, and the aforementioned regulations have eliminated liability without culpability in terms of the TCC.²¹³

²⁰³ Aykut Ersan, ‘Gizliliğin İhlali Suçu (TCK m. 285)’ (2013) 8(2) CHD 117, 134.

²⁰⁴ Ekmekçi (n 83) 377.

²⁰⁵ Memiş Kartal (n 41) 400.

²⁰⁶ Göktürk ‘Suçun Yasal Tanımında Yer Alan’ (n 152) 408-409.

²⁰⁷ It should be noted that Ünver argues that the word “authorisation” in the legal definition of the crime is misleading and that such acts performed without adhering to the legal conditions or the conditions and elements of legal justification, even if performed by an authorised person, are still unlawful and constitute this crime. The author states that the expression “without authorisation” herein should be understood as “unlawful” and that in each concrete case, it is necessary to look at whether the act is conducted in accordance with the law rather than the status of the authority that approves, decides, or performs. (Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme* (n 65) 540.). On the other hand, according to Ekmekçi, since the provision in question uses the expression “without authorisation”, it is not possible to confuse this expression with the person who is authorised in the sense of authority. This is because, by using the expression “without authorisation”, the legislator has indicated that this crime will not be committed in every case where the recording or transferring is unlawful and has essentially left an intermediate area of security for the investigation and prosecution authorities. (Ekmekçi (n 83) 376.).

²⁰⁸ Koca and Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 80) 140.

²⁰⁹ Özgenç (n 62) 227.

²¹⁰ Evirgen (n 100) 1546.

²¹¹ Özgenç (n 62) 402.

²¹² Sözüer, ‘Türk Ceza Hukuku Reformu: Dünü, Bugünü ve Yarını’ (n 37) 3046.

²¹³ Koca and Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 80) 52.

The crime of recording audio or visual media does not have any features in terms of culpability, and therefore, the provisions related to culpability may be applied to the crime in question.²¹⁴

However, this crime can be evaluated in terms of a mistake of law, which is one of the mistakes that affect culpability. If the perpetrator of the mentioned crime claims that he did not know whether the act of unauthorised recording and transferring of audio or visual media during the investigation or prosecution constitutes wrongfulness, it is necessary to determine whether this mistake is avoidable or not,²¹⁵ and if it is concluded that the mistake is inevitable, the perpetrator will not be held culpable and will not be sentenced for the act he or she carried out. On the other hand, if it is concluded that the mistake was avoidable, the perpetrator shall be sentenced for the crime committed intentionally. The diminishment in the degree of the perpetrator's culpability may also be taken into consideration in terms of determining the basic penalty pursuant to Art. 61 of the TCC.²¹⁶

VIII. Special Forms of Crime

A. Attempt

The perpetrator may be punished if the acts committed by him or her are in the nature of acts of conduct for the crime he or she intended to commit, but if the acts in question are not yet in the nature of acts of conduct, he or she shall not be punished.²¹⁷ In order to determine whether or not the act performed by the perpetrator is at the phase of the act of conduct, the act in question must be connected to the act in the type of crime to be committed in this respect. In terms of the initiation of the conduct, there must not be any connection, but there must be a direct connection. Whether the connection between the act in the type of crime intended to be committed and the preparatory acts is direct or not shall be determined, as *Sözüer* states, "according to the understanding revealed by the ordinary experiential knowledge of general life".²¹⁸ The distinction between preparatory acts and acts of conduct is based on an objective criterion with the phrase "directly initiating the conduct" in Art. 35, para. 1 titled "Attempt to Commit a Crime" of the new TCC No. 5237.²¹⁹

The type of crime regulated under Art. 286 of the TCC is a conduct crime. As a matter of fact, this crime is completed by the unauthorised recording or transferring of audio or visual media during the investigation or prosecution proceedings, and is regulated as a conduct crime.²²⁰

In our opinion, in terms of this crime, the conduct of the act will begin with the operation of the devices that enable the recording or transferring of audio or visual media, and thus the act of recording or transferring, and the placement of these devices will only constitute preparatory acts. For example, in the case that the device intended to be used within the scope of the intention to commit the crime of recording audio or visual media has not yet been activated, that is, if the person is caught with a device that is not operable, the acts that have taken place will be considered preparatory acts, and the person will not be sentenced.

In terms of this crime, the act of recording or transferring may be carried out by acts that can be spread over a certain period of time and can be divided. If the perpetrator has initiated acts of conduct but these acts are interrupted against his or her will, then the provisions on attempt to commit a crime shall be applied.²²¹ For example, if it is understood that the perpetrator was about to take photographs during the hearing but was prevented from doing so, the crime in question should be considered to have remained at the phase of attempt.²²² However, if the acts of the perpetrator have been completed, since a concrete result is not required, the provisions regarding the completed crime will be applied, not the provisions regarding the attempt, by accepting that the crime has been committed with the conduct of the act.²²³

Although it is stated in legal doctrine that if the acts of recording or transferring are more or less conducted, this crime will be considered completed,²²⁴ in a previous judgement of the Court of Cassation in a situation where the photographs allegedly taken by the defendant were not clear, all of them were blurred, and one of them was completely dark, it was found contrary to the law

²¹⁴ "..... At the end of the trial conducted in accordance with the reversal order, the medical board report of Elazig Mental Health and Diseases Hospital dated 13.03.2014 was evaluated together with the entire file scope, and it was concluded that the defendant, within the scope of a judicial investigation initiated by the Elazig Chief Public Prosecutor's Office, recorded the audio and visual media during his statement dated 26.11.2013, which was mentioned by the public prosecutor as a suspect, with a hidden camera mounted on his right arm without authorisation, and when committing the crime of audio or visual media under Article 286, paragraph 1, he or she was suffering from a mental illness called 'Bipolar affective disorder' and was under the influence of this disease to the extent that it eliminated his ability to perceive the intent of law and its consequences of the act committed and to direct his behaviour in relation to this act, therefore the court accepted and decided that he was not criminally responsible for the crime he committed, rejecting the appellate objections of the defendant and the defendant's defence counsel regarding the certitude and the decision based on incomplete examination, the decision is UPHHELD in accordance with the request," Court of Cassation 12th CC., 03.02.2021, C. 2020/1573, D. 2021/1100.

²¹⁵ Özgenç (n 62) 494.

²¹⁶ Koca and Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 80) 371-372.

²¹⁷ Özgenç (n 62) 506.

²¹⁸ Adem Sözüer, *Suçta Teşebbüs*(Kazancı Hukuk Yayınları 1994) 211-212.

²¹⁹ Özgenç (n 62) 511.

²²⁰ Evirgen (n 100) 1539; Gökcan and Artuç (n 75) 9321, 9323.

²²¹ Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme* (n 65) 541.

²²² Gökcan and Artuç (n 75) 9323.

²²³ Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme* (n 65) 541.

²²⁴ Parlar and Öztürk (n 70) 422.

not to discuss whether the defendant's act remained at the phase of attempt or not, and it was decided to reverse the verdict given by the local court.²²⁵

In our opinion, an assessment regarding the impossible attempt should be made if the devices enabling the recording or transferring audio or visual media are operated and started to be used but are not suitable for technical reasons in terms of committing the crime of recording audio or visual media. An impossible attempt is a situation in which the perpetrator is unable to complete the crime, contrary to the perpetrator's idea of the crime, due to the initial deficiencies arising from the material elements of the crime. An impossible attempt has different forms depending on the material element of the crime on which the inadequacy is based. The most common forms of these are the inadequacy of the means used in the crime, the inadequacy of the subject matter of the crime, the inadequacy of the means in the inadequacy of the subject matter of the crime, and the inadequacy of the perpetrator.²²⁶ The impossible attempt, which may also present itself as the inadequacy of the means used in the commission of crime, will also be considered when the means used in the commission of a crime are not adequate and appropriate for the commission of this crime.²²⁷ In terms of the crime that is the subject of our study, if the means, i.e., the technical devices that enable the recording or transferring audio or visual media, are inadequate, it cannot be said that the acts of conduct have begun. Our opinion is that it will be appropriate to have an expert examination conducted on these devices when deemed necessary in order to determine whether they possess the necessary technical competence.

The crime that cannot be completed due to the lack of subject matter is called the impossible crime,²²⁸ and in our opinion, if the audio or visual media on which the act of unauthorised recording or transferring during the investigation or prosecution proceedings, which constitutes the subject matter of the crime in terms of the crime of recording audio or visual media, does not exist, the impossible crime will be considered. For example, in a situation where a device that enables the unauthorised audio recording is activated during the investigation or prosecution proceedings but no audio can be recorded due to the absence of conversation, the crime constitutes an impossible crime due to the lack of subject matter of the crime. However, it should be noted here that it is not possible to punish impossible crimes on the basis of the regulation on attempt in the TCC, and in the case of an impossible crime, the perpetrator should not be held liable for attempting the crime he or she intended to commit but should be held liable for those crimes if the act or acts he or she has committed so far constitute another crime or crimes.²²⁹ In fact, in the case of an impossible crime, the perpetrator has shown that he or she is a dangerous personality for society with the act he or she has committed, and for this reason, it is argued in legal doctrine that a security measure should be imposed on the person in question, whose dangerous personality has been exposed, in proportion to the dangerousness he or she presents,²³⁰ or the attempt to commit impossible crimes should be punished through an explicit regulation to be made in the law.²³¹

In fact, when the legal regulation regarding the crime in Art. 286 of the TCC is examined, by using the phrase of "... *investigation and prosecution* ..." it is stated that it will be necessary to carry out the act of recording or transferring audio or visual media in both stages of proceedings for the typicality of the act, and if only one of these actions is interrupted after one of these acts has been carried out or while the second has not yet been carried out, the provisions on attempt to commit a crime shall be applied.²³² However, in relation to this issue, as we have previously explained under the heading "Act", we would like to refer to our opinion that the ratio legis of the text of the law, i.e., its core purpose,²³³ should be considered regarding the use of the conjunction "and" instead of the conjunction "or" in the legal definition of the crime, and to state that the phrase "... *investigation and prosecution* ..." in the regulation on this crime should be understood as "... *investigation or prosecution* ...". From this point of view, according to the opinion that we also agree with,²³⁴ to reiterate our suggestion, in order to eliminate this situation contrary to the principle of legal certainty, we believe that it will be appropriate to make a legislative amendment in terms of the phrase "... *investigation and prosecution* ..." in the legal definition of the crime in question and to use the conjunction "or" instead of the conjunction "and", that is, to amend this provision as "... *investigation or prosecution* ...".

In addition, in our opinion, since the crime of recording audio or visual media is a continuing crime, as stated above under the heading "Act", this crime shall be deemed to be completed, and the provisions regarding the attempt shall not be applied if, after the acts of unauthorised recording or transferring of audio or visual media during the investigation or prosecution proceedings have been begun, the conduct of the acts has been terminated due to reasons beyond the perpetrator's control while continuing its conduct. Therefore, the provisions regarding the attempt at the crime of recording audio or visual media, which is a continuing crime, can only be applied until this crime is completed.

²²⁵ Court of Cassation 4th CC., 04.10.2012, C. 2012/4798, D. 2012/19664.

²²⁶ Gözde Kazaker, 'Elverişsiz Teşebbüs ve Mefruz Suç Ayrımı' (2020) 9(1) Social Sciences Research Journal 129-130.

²²⁷ ibid 133.

²²⁸ Koca and Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 80) 433.

²²⁹ ibid 434.

²³⁰ Özgenç (n 62) 520; Koca and Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 80) 434.

²³¹ Koca and Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 80) 434.

²³² Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme* (n 65) 539.

²³³ Baytaş (n 129) 257.

²³⁴ Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme* (n 65) 538.

B. Participation

The forms of participation are regulated between Art. 37 and 41 of the TCC under two main distinctions as perpetration and complicity. According to this, perpetration can occur in three forms as direct perpetration, co-perpetration, and indirect perpetration. Complicity, on the other hand, is divided into instigation and aiding, and the responsibility of accessories depends on the act of the perpetrator. The principles regarding this matter are specified in the principle of accessoriness in Art. 40 of the TCC.²³⁵

In terms of participation regarding the crime of recording audio or visual media, the provisions regulated in relation to participation can be applied to this crime.

Since this crime is a continuing crime, it is possible to participate in the conduct of this crime as long as it continues to be committed by the perpetrator, and in this case, the provisions for participation shall apply.

It should be noted here that, although it is not possible to participate as a co-perpetrator in a crime committed by an act of conduct through act of omission, if the person does not become the perpetrator of another crime due to his or her act of omission, he or she shall only be held liable for participating as an accessory in a crime committed by act of omission.²³⁶ In the case of not preventing the commission of a crime committed by another person, this will constitute aiding in the crime of commission. On the other hand, if the act of omission is defined as a distinct crime in the law for the person who commits this act of omission, in this case, this person will no longer be held liable as an accessory, as an aider to the crime committed by another person by the act of omission but as a perpetrator for the distinct crime of omission in question.²³⁷ As a matter of fact, the reason that a person is liable for his own crime of omission is the principle of the primacy of perpetration over complicity.²³⁸ Therefore, in our opinion, it is not possible to participate as a co-perpetrator with an act of omission in the crime of recording audio or visual media, which can be committed with an act of conduct, but only be held liable as an accessory, as an aider by the act of omission. However, if the act of omission constitutes a distinct crime regulated by the law, it will be necessary to punish the person as a perpetrator for the distinct crime committed by this act of omission in accordance with the principle of the primacy of perpetration over complicity.

In addition to this, as *Demirel* states, within the scope of the principle of accessoriness in participation in crime, the presence of an act in accordance with the type and the presence of an unlawful act are required. In this respect, the presence of an act in accordance with the type requires the presence of the material element in terms of the acts of the perpetrator and the accessories. Therefore, in addition to the occurrence of the material element in terms of the act of the perpetrator, the acts of the instigator and the aider must also be typical in terms of the material element. Indeed, unless there is an act performed in accordance with the type and/or in an unlawful situation, it cannot be argued that there is unlawful, completed complicity.²³⁹ From this point of view, when assessing “authorisation”, which, as we have explained under the heading of “Act”, is an element included in the typicality of the material elements of the crime of recording audio or visual media, in the case of recording or transferring audio or visual media “without authorisation” during the investigation or prosecution proceedings, the state of being “unauthorised” must be present in terms of the acts of both the perpetrator and the accessory, i.e., in addition to the state of being “unauthorised” with respect to the act of the perpetrator, it must also be present in terms of the acts of the instigator and the aider, in order for there to be complete complicity.

C. Aggregation

Considering the singleness of the act or the multiplicity of the act in terms of aggregation, it should be noted that even if the number of acts in the natural sense is more than one, in such cases, a single act is considered to have been committed in the legal sense. These acts, which are more than one in the natural sense, are taken into consideration in terms of determining the wrongful content of the crime committed.²⁴⁰ As a matter of fact, it is emphasised that the TCC, by singleness of the act in the legal sense as a basis, examines the spatial and temporal unity between them in determining whether the act committed is single or not.²⁴¹ In terms of the crime of recording audio or visual media, more than one act performed during a judicial proceeding, such as taking more than one photograph, must be considered a single crime.²⁴²

In terms of determining which of the rules of aggregation will be applied in case of violation of more than one norm in criminal law, firstly, the rules of apparent aggregation should be examined, but if the problem cannot be solved in this way, according to the principle stated as “there are as many crimes as there are acts, and there are as many penalties as there are crimes”,²⁴³ the

²³⁵ Artuk and others (n 110) 740.

²³⁶ Koca and Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 80) 461.

²³⁷ Özgenç (n 62) 578-579.

²³⁸ Koca and Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 80) 461; Özgenç (n 62) 579.

²³⁹ Muhammed Demirel, *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı* (On İki Levha Yayıncılık 2017) 361, 365.

²⁴⁰ Özgenç (n 62) 183-184.

²⁴¹ Muhammed Demirel, ‘Karar Analizi Tehlike Suçları-Zarar Suçları Arasındaki İlişkinin İçtima Kuralları Kapsamında Değerlendirilmesi’ (2013) 71(1) İÜHFM 1479, 1483.

²⁴² Gökcan and Artuç (n 75) 9323.

²⁴³ Demirel, ‘Karar Analizi Tehlike Suçları-Zarar Suçları’ (n 241) 1480-1481.

factual aggregation rule, in which separate penalties will be imposed for each crime committed and each penalty will maintain its distinctness,²⁴⁴ and whether the rules of successive crime, conceptual aggregation of the same types of crimes and conceptual aggregation of different types of crimes, which are exceptions to this rule, may be applied.²⁴⁵

Pursuant to the special-general norm relationship, which is one of the forms of apparent aggregation, if one of the various norms that are apparently applicable to the same act contains some additional elements and features in addition to the elements of the other norms, in this case where the special-general norm relationship is in question, the special norm will prevent the application of the general norm in accordance with the principle of the priority of special law, and only the application of the special norm will be sufficient.²⁴⁶ Therefore, in our opinion, there is a special-general norm relationship between the crimes regulated under Art. 136 of the TCC²⁴⁷ and the crimes under Art. 286 of the TCC. As a matter of fact, the regulation in Art. 286 of the TCC, which stipulates that the unauthorised recording or transferring of all kinds of audio or visual media during the investigation or prosecution proceedings shall be sentenced, is the general norm; in contrast to this regulation, if the subject matter of the crime regulated in Art. 136 of the TCC is the statements and visual media recorded in accordance with Art. 236, para. 5 and para. 6 of the CPC titled "Hearing the victim and the complainant", the penalty to be imposed according to Art. 136 of the TCC shall be increased by one, is the special norm, and within the framework of the special-general norm relationship between both regulations, in accordance with the principle of the priority of special law, the provision of Art. 286 of the TCC will be withdrawn as the general norm and the criminal responsibility of the perpetrator will be determined according to the special norm, which is Art. 136 of the TCC.

The consuming-consumed norm relationship, which is another one of the forms of apparent aggregation, arises in cases where it is concluded that one of the norms violated as a result of the act committed consumes the other norm due to the fact that it contains the other norm, and thus it is applied by accepting that it has the feature of consuming norm. Non-punishable subsequent acts are also considered examples of the consuming-consumed norm relationship.²⁴⁸ Accordingly, in terms of the crime under Art. 286 of the TCC, if the perpetrator, after performing one of the alternative acts of "recording" or "transferring" the audio or visual media during the investigation or prosecution proceedings without authorisation, performs the other alternative act specified in the said article, in this case, the subsequent alternative act will fall within the scope of the non-punishable subsequent acts, and the consuming-consumed norm relationship, which is one of the forms of apparent aggregation, will be considered.

After evaluating the scope of application of the rules of apparent aggregation in relation to the crime of recording audio or visual media, it should be examined whether the rules of successive crimes, conceptual aggregation of the same types of crimes, and conceptual aggregation of different types of crimes, which are exceptions to the rule of factual aggregation, may also be applied.

Successive crimes have four conditions, of which three are objective and one is subjective. These conditions are the presence of more than one act; these acts constitute the same crime; these crimes are committed against the same person and are committed more than once at different times; as a subjective condition, multiple crimes are committed within the framework of the conduction of a decision to commit a crime.²⁴⁹ Regarding successive crimes, the provisions of successive crimes may be applied to the crime of recording audio or visual media if the conditions are met.²⁵⁰ In addition to this, it is necessary to apply the provisions of successive crime primarily in terms of crimes in which everyone who makes up the society is a victim,²⁵¹ and as we have explained under the heading "Victim", which is one of the material elements of the crime of recording audio or visual media, in our opinion, since the victim of this crime is all individuals who make up the society, the provisions of successive crime may be applied in case this crime is committed successively. As a matter of fact, if the act constituting the crime of recording audio or visual media is committed during the judicial proceedings of the same investigation and prosecution at different times, Art. 43, para. 1 of the TCC will have to be applied.²⁵²

In terms of conceptual aggregation of the same types of crimes, it should be noted that the multiplicity in the number of victims in relation to the crime of recording audio or visual media will not be evaluated in the context of aggregation, but this is a matter to be evaluated in terms of determining the basic punishment in accordance with Art. 61, para. 1 of the TCC titled "Determination of the punishment".

There are various opinions in legal doctrine in terms of the crime of recording audio or visual media in relation to the conceptual aggregation of different types of crimes. According to *Ersan*, if a person commits the crime under Art. 286 of the TCC and the

²⁴⁴ Neslihan Göktürk, 'Türk Hukuku'nda Suçların İçtimar' (2016) 2(1-2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology 31.

²⁴⁵ Demirel, 'Karar Analizi Tehlike Suçları-Zarar Suçları' (n 241) 1481.

²⁴⁶ Kayıhan İnel, 'Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu' (2008) 7(14) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 35, 37.

²⁴⁷ Art. 136 of the TCC, titled "Unlawful delivery or acquisition of data" states that "(1) Any person who unlawfully delivers personal data to another person, or disseminates or acquires the same through unlawful means, shall be sentenced from two to four years' imprisonment. (2) (Additional: 17/10/2019-7188/Art. 17) If the subject matter of the crime is statements and visual media recorded pursuant to the fifth and sixth paragraphs of Article 236 of the Criminal Procedure Code, the penalty to be imposed shall be increased by one."

²⁴⁸ Demirel, 'Karar Analizi Tehlike Suçları-Zarar Suçları' (n 241) 1481.

²⁴⁹ Koca and Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 80) 521-522.

²⁵⁰ Evirgen (n 100) 1545.

²⁵¹ Özgenç (n 62) 625.

²⁵² Gökcan and Artuç (n 75) 9323.

crime under Art. 285 of the TCC with a single act of the unauthorised recording or transferring audio or visual media during the investigation and prosecution proceedings, and if such visual media is broadcasted in such a way as to cause persons to be perceived as guilty during the investigation and prosecution stages, or if the confidentiality of the investigation or closed hearing is breached, then the person shall be liable according to the rule of conceptual aggregation of different types of crimes since he or she has committed both the crime under Art. 286 of the TCC and the crime under Art. 285 of the TCC.²⁵³ *Memiş Kartal* states that in the case of the unauthorised recording of audio and visual media during the investigation proceedings, if the conditions specified in the code are met, both the crime under Art. 285 of the TCC and the crime under Art. 286 of the TCC will be committed, and in this respect, the perpetrator will be sentenced for the crime that requires the most severe penalty, since he or she has caused the occurrence of more than one different crime with an act committed within the scope of Art. 44 of the TCC.²⁵⁴ According to *Tunçak*, in cases where the crime is regulated in Art. 286 of the TCC may be seen together with the crime regulated in Art. 285 of the TCC, the person will be held responsible for the crime that requires the heaviest penalty in accordance with the rules of conceptual aggregation.²⁵⁵ *Türkoğlu* stating that Art. 285 of the TCC includes the protection of the audio and visual media of the investigation and prosecution proceedings, and mentions that the unauthorised recording or transferring audio or visual media during the investigation proceedings under Art. 286 of the TCC may also constitute the crimes of breach of confidentiality of the investigation. According to this author, in this case, since the perpetrator has caused the occurrence of more than one different crime with a single act, the provision of conceptual aggregation of different types of crimes will be applied, and the perpetrator will be sentenced for the crime that requires the most severe penalty in accordance with Art. 44 of the TCC. According to the same author, the unauthorised recording or transferring audio or visual media during the prosecution proceedings may also breach the confidentiality of the statements and visual media in the closed hearing, and in such a case, since the perpetrator has committed more than one different crime with a single act, the provision of conceptual aggregation of different types of crimes will be applied.²⁵⁶ *Yılmaz* states that the perpetrator may, with a single act, not only transfer the audio and visual media during the investigation proceedings without authorisation but also breach the confidentiality of the decisions or proceedings taken during the investigation stage, which must be kept confidential to the persons who are parties to the investigation, and in this case, the act of transferring will constitute the crime regulated in Art. 286 of the TCC and the crime in Art. 285, para. 2 of the TCC, and thus the provisions of conceptual aggregation will be applied.²⁵⁷ *Bayraktar* also states that there may be a conceptual aggregation relationship between the crimes under Art. 286 of the TCC and the crime of breach of the closure of the hearing under Art. 285, para. 3 of the TCC.²⁵⁸ According to *Ekmekçi*, for example, in the case of the simultaneous broadcasting of the visual media of the defendant by using 3G technology while he or she was taken out of the vehicle in handcuffs and taken to the courthouse building, since more than one different crime has been caused by one act committed, the provisions of conceptual aggregation should be applied in accordance with Art. 44 of the TCC. Thus, the perpetrator must be sentenced according to Art. 285, para. 5 of the TCC, which is the crime that requires the most severe penalty.²⁵⁹ However, in legal doctrine, *Yılmaz*, who evaluates the regulation in Art. 285, para. 5 of the TCC, states that the act of “transferring”, which is one of the alternative acts in Art. 286 of the TCC, means sending the visual media to a place or person, therefore, by stating that the act of “transferring” specified in this crime does not also constitute the act of “broadcasting the visual media of persons in such a way as to cause them to be perceived as guilty” regulated in Art. 285, para. 5 of the TCC, and argues that only the crime of breach of confidentiality will be committed in the case of the broadcasting of the aforementioned audio or visual media.²⁶⁰ *Parlar/Öztürk* also states that Art. 285 of the TCC should be applied in the case of broadcasting audio or visual media if the elements are present.²⁶¹ *Akyıldız*, who holds an opposing view, points out that there is a difference of opinion as to whether the act of “broadcasting” the visual media is also considered the act of “transferring”, and argues that the act of “broadcasting” the visual media in Art. 285, para. 5 of the TCC may overlap with the act of “transferring” regulated in Art. 286 of the TCC, and in this case, the application of the rules of conceptual aggregation will be possible to this case.²⁶²

However, in our opinion, if an evaluation is to be made regarding the applicability of the rule of conceptual aggregation of different types of crimes in terms of the crime of recording audio or visual media, the rule of conceptual aggregation of different types of crimes (Art. 44 of the TCC) will be applied in the case of publicly breaching the confidentiality of the investigation (Art. 285, para. 1 of the TCC) by the unauthorised recording or transferring of audio or visual media during the investigation or prosecution proceedings (Art. 286 of the TCC) with a single act, and the perpetrator will be sentenced only for the crime regulated under Art. 285, para. 1 of the TCC, which requires a more severe penalty. The perpetrator who breaches the confidentiality of the decisions and the actions taken in accordance with them during the investigation stage and which must be kept confidential to the

²⁵³ Ersan (n 203) 139-140.

²⁵⁴ Memiş Kartal (n 41) 401.

²⁵⁵ Senanur Tunçak, ‘Suçsuzluk Karinesini Bir Koruma Yöntemi Olarak Gizliliğin İhlali (TCK m. 285) Suçu’ (2019) 2(3) TİHEK Dergisi 69, 84.

²⁵⁶ Gökhan Türkoğlu, ‘Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Gizliliğin İhlali Suçları (TCK m. 285/1-3)’ (Master’s thesis, Istanbul University 2019) 138, 173.

²⁵⁷ Merve Nur Yılmaz, *Türk Ceza Kanunu’nda Düzenlenen Gizliliğin İhlali Suçları* (TCK m. 285) (Adalet Yayınevi 2019) 195.

²⁵⁸ Köksal Bayraktar, ‘Gizliliğin İhlali’, *Özel Ceza Hukuku-Cilt X: Adliye Karşı Suçlar* (TCK m. 267-298) (On İki Levha Yayıncılık 2021) 392.

²⁵⁹ Ekmekçi (n 83) 379.

²⁶⁰ Yılmaz (n 257) 245.

²⁶¹ Parlar and Öztürk (n 70) 421.

²⁶² Akyıldız (n 67) 143.

persons who are parties to the investigation (Art. 285, para. 2 of the TCC), by the unauthorised recording or transferring audio or visual media during the investigation or prosecution proceedings (Art. 286 of the TCC) with a single act, will be sentenced for the crime in Art. 285, para. 2 of the TCC, which is the most severe of these crimes, by applying the rule of conceptual aggregation of different types of crimes. In the case that the perpetrator publicly breaching the confidentiality of the statements or visual media in the hearing that is required to be closed or has been ordered to be closed according to the code (Art. 285, para. 3 of the TCC) by the unauthorised recording or transferring of audio or visual media during the investigation or prosecution proceedings (Art. 286 of the TCC) with a single act, he or she will be sentenced for the crime in Art. 285, para. 3 of the TCC, which has the most severe penalty, and the perpetrator will be sentenced according to the provision of Art. 285, para. 1 of the TCC in accordance with the explicit provision in Art. 285, para. 3 of the TCC. An important issue to be considered here is whether the act of “broadcasting” under Art. 285, para. 5 of the TCC and the act of “transferring” under Art. 286 of the TCC overlap in the concrete case. As a matter of fact, in the case of partial overlapping of the acts of conduct, although there is more than one act and it may be considered that the rule of factual aggregation will be applied, this issue should be taken into consideration in terms of determining the punishment to be imposed on the perpetrator. Since the overlapping acts in question are effective on the wrongful content of the act related to both crimes at the same time, these acts should not be evaluated more than once in terms of determining the punishment. Otherwise, this would constitute a violation of the prohibition against double jeopardy.²⁶³ Accordingly, in our opinion, if a single act of the perpetrator, in which the acts of “transferring” under Art. 286 of the TCC and “broadcasting” under Art. 285, para. 5 of the TCC overlap, leads to the occurrence of multiple different crimes, namely, the unauthorised “transferring” of audio or visual media during the investigation or prosecution proceedings (Art. 286 of the TCC) and the “broadcasting” the visual media in such a way as to cause persons to be perceived as guilty during the investigation and prosecution stages (Art. 285, para. 5 of the TCC), the perpetrator will not be sentenced separately for each of these crimes, but only for the crime regulated under Art. 285, para. 5 of the TCC, which is the most severe of these crimes, in accordance with the rule of conceptual aggregation of different types of crimes.

Considering the order followed among the rules of aggregation of crimes in terms of determining the responsibility of the perpetrator, the application area of the rule of factual aggregation should also be evaluated in relation to the crime of recording audio or visual media. In legal doctrine, there are various opinions regarding the applicability of the rule of factual aggregation to this crime. According to *Çakır*, if recording of visual media was made without authorisation of the relevant authorities and caused the public to perceive the persons on trial as guilty, the perpetrator should be held responsible for both the crime of recording audio or visual media and the crime of broadcasting the visual media of the persons in accordance with the rule of factual aggregation.²⁶⁴ Moreover, *Evirgen* states that the person who unauthorisedly records and broadcasts the visual media during the investigation proceedings will be sentenced both for the crime regulated in Art. 286 of the TCC and for the crime regulated in Art. 285, para. 1 and para. 2 of the TCC, and argues that the person who unauthorisedly records and broadcasts the visual media in a closed hearing will be sentenced both for the crime regulated in Art. 285, para. 3 of the TCC and for the crime regulated in Art. 286 of the TCC. In addition, the same author states that in the event that the audio or visual media recorded without authorisation during the investigation and prosecution stages are broadcasted in such a way as to cause persons to be perceived as guilty, both the crime regulated in Art. 286 of the TCC and the crime regulated in Art. 285, para. 5 of the TCC will be committed, and in this respect, there is a factual aggregation relationship between Art. 285 of the TCC and Art. 286 of the TCC.²⁶⁵ Furthermore, according to *Ersan*, although the crime under Art. 286 of the TCC may also be considered in cases of breach of confidentiality regarding public hearings in terms of the prosecution stage, the crime under Art. 285, para. 3 of the TCC will occur if the person breaches the confidentiality of the statements or visual media in the hearing that is required to be closed or has been ordered to be closed.²⁶⁶

On the other hand, if an evaluation is to be made in terms of the scope of application of the rule of factual aggregation in relation to the crime of recording audio or visual media, in our opinion, in cases where the acts of “broadcasting” the visual media in such a way as to cause persons to be perceived as guilty during the investigation and prosecution stages (Art. 285, para. 5 of the TCC) and the unauthorised “transferring” of audio or visual media during the investigation or prosecution proceedings (Art. 286 of the TCC) do not overlap, i.e., they are completely different acts, the perpetrator will be sentenced separately for both the crime regulated under Art. 285 para. 5 of the TCC and the crime regulated in Art. 286 of the TCC by applying the rule of factual aggregation.

²⁶³ Göktürk, ‘Türk Hukuku’nda Suçların İçtimar’ (n 244) 47.

²⁶⁴ Çakır, ‘Gizliliğin İhlali Suçu (TCK m. 285)’ (n 35) 30.

²⁶⁵ Evirgen (n 100) 1546.

²⁶⁶ Ersan (n 203) 129.

IX. Sanctions and Rules of Procedure

A. Penalties and Security Measures

The sanction for the crime regulated in Art. 286 of the TCC is a penalty of up to six months' imprisonment. Since the legal definition of the crime does not specify the minimum term of imprisonment, the minimum term of imprisonment for this crime is one month's imprisonment in accordance with Art. 49 of the TCC.²⁶⁷

The prison sentence to be imposed on the perpetrator of the crime of recording audio or visual media may be suspended in accordance with the provision in Art. 51, para. 1 of the TCC²⁶⁸ if the conditions are met.

In addition, the crime regulated under Art. 286 of the TCC is an intentional crime, and if the person is sentenced to imprisonment for this crime, the person in question will face deprivation of the use of certain rights listed in Art. 53, para. 1 of the TCC²⁶⁹ due to this crime.

According to Article 54 of the TCC,²⁷⁰ if the conditions are met, the property used in the commission of the crime of recording audio or visual media may be confiscated. However, as it is known, since the confiscation orders must be proportionate, if the confiscation order will have much more severe consequences compared to the act committed and therefore is thought to be contrary to equity, confiscation may not be ordered. In this case, the judge is given discretionary power. Thus, when it is possible to confiscate some parts of the goods, the judge may order to confiscate only a part of the goods or may not order confiscation,^{271, 272, 273}

It should be noted that, since the maximum term of imprisonment of the crime regulated under Art. 286 of the TCC is a penalty of up to six months' imprisonment, pursuant to Art. 231, para. 5 of the CPC, a decision to defer passing sentence may be made against the perpetrator if the conditions are met.²⁷⁴

²⁶⁷ Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme* (n 65) 541.

²⁶⁸ Art. 51, para. 1 of the TCC titled "Suspension of imprisonment" reads as follows: "A person sentenced to imprisonment for a period of two years or less for a crime he or she has committed may have his or her sentence suspended. The upper limit of this period is three years for persons who have not completed the age of eighteen or have completed the age of sixty-five at the time of committing the crime. However, in order for a suspended sentence to be granted,

a) The person must not have been sentenced to imprisonment for more than three months for an intentional crime before,

b) The court must have a conviction that the person will not commit the crime again due to the remorse shown during the judicial proceedings after committing the crime."

²⁶⁹ According to Art. 53, para. 1 of the TCC titled "Deprivation of the use of certain rights": "As a legal consequence of a conviction to imprisonment for a crime committed intentionally, a person is deprived of;

a) From undertaking a permanent, temporary, or temporary public office; in this context, from being a member of the Grand National Assembly of Türkiye or from being employed in all civil offices and services subject to appointment or election by the State, province, municipality, village, or institutions and organisations under their supervision and control,

(b) The capacity to elect and be elected (...),

(c) From the right of custody; from performing a service belonging to guardianship or trusteeship,

(d) Being a manager or auditor of foundations, associations, unions, companies, cooperatives, and political party legal persons,

(e) Practising a profession or art subject to the permission of a public institution or a professional organisation having the status of a public institution as a self-employed person or a merchant under his or her own responsibility."

²⁷⁰ Article 54 of the TCC titled "Confiscation of property" reads as follows:

"(1) Property used in the commission of an intentional crime or allocated for the commission of a crime, or caused by a crime shall be subject to confiscation, provided that it does not belong to bona fide third parties. Goods prepared to be used in the commission of a crime shall be confiscated if they are dangerous for public security, public health, or public morals. (Additional sentence: 24/11/2016-6763/Art. 11) In case there is a limited real right established in favour of bona fide third parties over the goods, the confiscation order shall be made on the condition that this right is reserved.

(2) In the event that the goods falling within the scope of the first paragraph are removed, disposed of, consumed, or confiscation is rendered impossible by any other means; an amount of money equal to the value of these goods shall be ordered to be confiscated.

(3) If it is considered that the confiscation of the goods used in the crime would have heavier consequences compared to the crime committed and therefore would be against equity, confiscation may not be issued.

(4) The production, possession, use, transport, purchase, and sale of goods that constitute a crime shall be confiscated.

(5) If it is necessary to confiscate only some parts of a thing, and if it is possible to separate this part without damaging the whole, only this part shall be confiscated.

(6) Regarding the goods in which more than one person is a shareholder, only the share of the person who participated in the crime shall be confiscated."

²⁷¹ Artuk and others (n 110) 1013.

²⁷² "..... Deciding to confiscate the mobile phone registered in the order of 2018/5515 of the Izmir Chief Public Prosecutor's Office Evidence Room, which is understood to have been used in the commission of the crime according to its known value, would have more severe consequences compared to the crime committed, it is contrary to equity to order its confiscation instead of returning it to its owner in accordance with Article 54, paragraph 3 of the Turkish Criminal Code,

As it is contrary to the law, although the appellant's claims of appeal are therefore appropriate, since this contradiction is a mistake that can be amended in accordance with Article 303 of the Code No. 5271, by removing the paragraph on confiscation from the ruling and replacing it with the phrase 'The confiscation of the mobile phone registered in the order of 2018/5515 of the Izmir Chief Public Prosecutor's Office Evidence Room, which is understood to have been used in the commission of the crime according to its known value, would have more severe consequences compared to the crime committed, and since it is contrary to equity, it should be returned to its owner in accordance with Article 54, paragraph 3 of the Turkish Criminal Code', DISMISSAL OF THE APPEAL AS BEING AMENDED" Izmir RCA 8th CC., 16.12.2019, C. 2019/1186, D. 2019/2811.

²⁷³ "..... In the examination made by determining that it was decided to sentence the defendant by the first instance court due to the crime of recording audio and visual media, that no decision was made in the said decision regarding the evidence registered in the order of 2017/1054 of the evidence room, that the defendant requested the return of the Samsung S-4 mini brand mobile phone belonging to the defendant in his petition dated 09/01/2019, that it was decided to reject the request with the additional decision dated 09/01/2019, that the defendant appealed this additional decision within the time limit;

When the scope of the file is examined, since it is understood that there is no obstacle to the return of the phone to the defendant and that it is not the subject matter of the crime itself, the decision to reject the request for the return of the evidence registered in the order of 2017/1054 of the evidence room is inexact and contrary to law; although it is possible to amend this issue without a trial in accordance with Article 280, paragraph 1-c of the Criminal Procedure Code;

By removing the 1st paragraph of the additional decision dated 09/01/2019, case numbered 2017/1204, and decision numbered 2018/154 from the ruling and replacing it with the following sentence: 'The visual media subject matter to the crime in the mobile phone registered in the order of 2017/1054 of the evidence room shall be taken from the mobile phone and transferred to the flash memory and returned to the defendant after the costs related to this process are paid by the defendant, and the flash memory shall be kept in the file', DISMISSAL OF THE APPEAL AS BEING AMENDED" Gaziantep RCA 7th CC., 15.01.2021, C. 2019/1107, D. 2021/51.

²⁷⁴ According to Art. 231, para. 5 of the CPC titled "Passing of the sentence and defer passing sentence": "(Additional: 6/12/2006-5560/Art. 23) If the penalty imposed at the end of the

B. Statute of Limitations

Since the maximum term of imprisonment for the crime under Art. 286 of the TCC is a penalty of up to six months' imprisonment, the limitation of prosecution is eight years according to Art. 66, para. 1, subpara. (e) of the TCC.

According to Article 66, para. 6 of the same Code, since the statute of limitations begins to run from the date of discontinuation in continuing crimes, the limitation of prosecution for the crime of recording audio or visual media, which is a continuing crime, will commence from the date of the discontinuation of this crime.

Since the maximum term of imprisonment for the crime regulated under Art. 286 of the TCC is a penalty of up to six months' imprisonment, the limitation of punishment according to Art. 68, para. 1, subpara. (e) of the TCC is ten years.

In addition, if a confiscation order has been issued for the crime of recording audio or visual media, pursuant to Art. 70 of the TCC, this confiscation order cannot be enforced after twenty years have elapsed since its finalisation.

C. Procedure Condition, Court with Competence and Jurisdiction

The crime under Art. 286 of the TCC is not a crime subject to complaint but a crime that is investigated and prosecuted *ex officio*.

An important issue to be mentioned here is the prepayment. As a matter of fact, for some crimes, the fulfilment of the prepayment terminates the investigation or prosecution.²⁷⁵ Since the sanction of this crime is a penalty of up to six months' imprisonment, the prepayment provisions shall be applied to this crime pursuant to Art. 75, para. 1 of the TCC,^{276 277}

Another important point to be mentioned is the simplified procedure, which is also called the procedure without hearing, and this procedure may be applied to some summary crimes.²⁷⁸ Since the sanction of the crime regulated under Art. 286 of the TCC is a penalty of up to six months' imprisonment, the simplified procedure may be applied for this crime in accordance with Art. 251, para. 1 of the CPC,^{279 280 281}

trial for the crime charged to the defendant is imprisonment for two years or less or a judicial fine, the court may decide to defer passing sentence. Provisions regarding conciliation are reserved. Defer passing sentence means that the judgement does not have any legal consequences for the defendant."

²⁷⁵ Şahin and Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku-I* (n 7) 89-90.

²⁷⁶ "..... In the case where it is alleged that the defendant, who was in the listeners' rows during the hearing of the case numbered 2018/318 of the Batman 1st Heavy Criminal Court dated 30/10/2018, recorded visual media during the prosecution proceedings on his mobile phone without authorisation, the crime regulated in Article 286, paragraph 1 of the Turkish Criminal Code that corresponds the defendant's action is one of the crimes subject to prepayment in accordance with Article 75, paragraph 1 of the same Code, although it has been understood that the prepayment proposal by the Batman Chief Public Prosecutor's Office was notified directly to the defendant's address in the central civil registration system and notified in accordance with Article 21, paragraph 2 of the Notification Law, the defendant was prosecuted and convicted on the grounds that the defendant did not comply with the prepayment proposal in due time;

According to Article 10, paragraph 1 of the Notification Law No. 7201, which regulates notification at the known address, notification shall be made at the last known address of the addressee. According to paragraph 2 of the same article added by Article 3 of the Law No. 6099, if it is understood that the last known address is not suitable for notification or notification cannot be made, the address of the addressee's residence in the address registration system is accepted as the last known address and notification is made to this address.

According to Article 30, paragraph 1 of the Regulation on the Implementation of the Notification Law, except for the notifications issued by giving a notation to the residential address in the address registration system, if none of the addressee or those who can be notified on behalf of the addressee is permanently absent at the address shown, the notification officer must inquire from the neighbours, managers, janitors, mukhtars, board of aldermen or council members, law enforcement chief, and officers who are likely to know the reason for the absence at the address and write their statements on the notification warrant and have them sign it, and if they refrain from signing, they must write this situation and sign it.

Article 48 of the same Regulation states that 'in order to determine the address of the person who cannot be notified in accordance with the provisions of this Regulation, whose address cannot be determined by the notification officer, and whose residential address is not found in the address registration system, an address search is carried out by the authority issuing the notification. The authority issuing the notification may investigate and determine the address of the addressee primarily from official or private institutions and offices, and if no results are obtained from these, through law enforcement officers. If the address of the addressee cannot be determined despite the investigations, the address shall be deemed unknown. Notification to those whose address is unknown is made by announcement'.

In the light of these explanations, when the concrete case is examined, it is understood that the prepayment proposal was notified to the defendant's address in the central civil registration system by stating that this address is the address in the central civil registration system, but the notification made at the address in the central civil registration system instead of the address notified by the defendant during the investigation stage is invalid, and the address where the justified decision was also notified, even if this address is the same as the address in the central civil registration system, it is necessary to send a prepayment proposal again without specifying that it is the address in the central civil registration system, and if the notification cannot be made at this address, it is necessary to send a notification to the address in the central civil registration system and specifying that it is the address in the central civil registration system, and not considering that the legal status of the defendant should be determined and appreciated according to the result, Since it is contrary to the law and the defendant's objections to the appeal are deemed appropriate in this respect, in accordance with the subparagraph (f) added to Article 280, paragraph 1 of the Criminal Procedure Code with the Law No. 7188 REVERSED," Gaziantep RCA 6th CC., 08.11.2019, C. 2019/3211, D. 2019/2102.

²⁷⁷ See also, Izmir RCA 2nd CC., 27.09.2017, C. 2017/2260, D. 2017/2235; Gaziantep RCA 4th CC., 12.10.2017, C. 2017/1665, D. 2017/1535; Gaziantep RCA 3rd CC., 03.07.2018, C. 2018/18, D. 2018/1380; Istanbul RCA 1st CC., 20.05.2019, C. 2019/2, D. 2019/1065; Antalya RCA 3rd CC., 14.02.2020, C. 2019/1830, D. 2020/362; Ankara RCA 6th CC., 21.01.2021, C. 2019/3375, D. 2021/63; Court of Cassation 12th CC., 21.11.2017, C. 2017/3067, D. 2017/9120.

²⁷⁸ Cumhuriyet Şahin and Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku-II* (11th edn, Seçkin Yayıncılık 2021) 215.

²⁷⁹ See, Memiş Kartal (n 41) 402; Gökcan and Artaç (n 75) 9323.

²⁸⁰ "..... The defendant's act is related to the crime of 'recording audio or visual media' regulated in Article 286, paragraph 1 of the Turkish Criminal Code No. 5237, the basic penalty for the crime of recording audio or visual media is determined as 'sentenced to up to six months' imprisonment' in Article 286, paragraph 1 of the Turkish Criminal Code; in terms of the basic penalty amount, it will be subject to the 'Simplified Procedure' regulation in Article 251, paragraph 1 of the Criminal Procedure Code No. 5271, which was rearranged with Article 24 of the Law No. 7188 dated 17.10.2019; with the cancellation decision of the Constitutional Court dated 25.06.2020, case numbered 2020/16-decision numbered 2020/33 published in the Official Gazette dated 19.08.2020 and numbered 31218, it is understood that the regulation in Article 5, paragraph 1-d of the Law No. 7188 has been cancelled in terms of the files that have been passed to the prosecution stage and the simplified procedure may be applied; since it is necessary to evaluate the provisions of Article 251 of the Criminal Procedure Code in line with the aforementioned cancellation decision of the Constitutional Court and it is necessary to re-evaluate the file in terms of the 'Simplified Procedure' due to the necessity, ...; For this reason, the decision of the Serik 3rd Criminal Court of First Instance dated 06/07/2021, case numbered 2020/452, decision numbered 2021/347, pursuant to Article 280, paragraph 1 of the Criminal Procedure Code, REVERSED," Antalya RCA 11th CC., 02.06.2022, C. 2022/1189, D. 2022/1786.

²⁸¹ See also, Ankara RCA 23rd CC., 18.11.2020, C. 2019/2421, D. 2020/3662; Ankara RCA 23rd CC., 18.11.2020, C. 2019/2060, D. 2020/3675; Adana RCA 9th CC., 25.01.2021, C. 2020/397, D. 2021/198; Adana RCA 9th CC., 16.02.2021, C. 2020/1707, D. 2021/379; Sakarya RCA 6th CC., 24.03.2021, C. 2020/2291, D. 2021/1003.

The court with competence is the Criminal Court of First Instance pursuant to Art. 11 of the Law No. 5235, since the maximum term of imprisonment regulated for the crime under Art. 286 of the TCC is a penalty of up to six months' imprisonment.

As a rule, the court with jurisdiction is the court where the crime is committed, according to Art. 12, para. 1 of the CPC. However, pursuant to the provision of paragraph 2 of the same article, in the case that the crime regulated under Art. 286 of the TCC remains in the phase of attempt, the court where the last act of conduct was committed; as the crime in question is a continuing crime, the court where the discontinuation occurred; and in the case that this crime is committed as successive crimes, the court where the last crime was committed will have jurisdiction.

Conclusion

In terms of the legally protected interests of the crime regulated in Art. 286 of the TCC, the purpose of the regulations stating that all kinds of audio or visual media recording or transferring devices cannot be used within the courthouse and in the courtroom after the start of the hearing and that Art. 286 of the TCC will be applied in case of violation of these rules is to protect the presumption of innocence, especially in terms of criminal proceedings, by ensuring that the proceedings take place in a certain order.

This crime is an abstract danger crime, in which there is an act that constitutes a danger in terms of the protection of the presumption of innocence and the conduct of the proceedings taking place in a certain order, especially in criminal proceedings, with the unauthorised recording or transferring activities during the investigation or prosecution proceedings, and there is no need for a concrete danger to arise.

The crime regulated in Art. 286 of the TCC can be committed by anyone and is not a specific crime. Also, all individuals who make up the society are victims of this crime.

The crime of recording audio or visual media, which is also a crime with alternative acts, is a fixed-action crime, in the legal definition of which the types of acts that can be committed are specified.

As the acts of "recording" or "transferring", which are the alternative acts regulated in the legal definition of the crime in question and which constitute the specified crime, are acts that have a continuous process to be carried out, in our opinion, this crime is a continuing crime.

Since it is misleading to use a plural expression regarding the crime under Art. 286 of the TCC as if it is necessary to record or transfer all types of audio or visual media during the investigation and prosecution proceedings, we believe that it will be appropriate to revise the plural expression in Art. 286 of the TCC and use "... *audio or any type of visual medium* ..." instead of the "... *audio or visual media* ..." by taking into consideration the ratio legis of the text of the law, i.e., its core purpose. In addition to this, in terms of the phrase "... *investigation and prosecution* ..." in Art. 286 of the TCC, since the conjunction "*and*" used in the legal definition would require that the subject matter of the act of recording or transferring be the audio or visual media during both the investigation and the prosecution proceedings, this constitutes a situation contrary to the principle of legal certainty in the context of the principle of the legality of crimes and punishments, and therefore, we are of the opinion that it will be appropriate to use the phrase "... *investigation or prosecution* ..." instead of "... *investigation and prosecution* ..." in the same provision by taking into account the ratio legis of the text of the law, i.e., its core purpose. Thus, according to our suggestion, it will be appropriate to revise Art. 286 of the TCC with a legislative amendment as follows: "*Any person who records or transfers audio or any type of visual medium without authorisation during the investigation or prosecution proceedings shall be sentenced to up to six months' imprisonment.*".

In addition to that, the erroneous statement "... *no audio and visual recording may be made* ..." in Art. 153, para. 1 of the CPL titled "Prohibition of recording and broadcasting" has also created a situation contrary to the principle of legal certainty as to whether only audio recording or only visual recording will constitute the crime of recording audio or visual media. Thus, at this point, it is necessary to examine the ratio legis of the text of the law, i.e., its core purpose, and making a legislative amendment in order to eliminate this situation contrary to the principle of legal certainty and to ensure compatibility with the regulation in the type of crime in Art. 286 of the TCC, which is referred to by Art. 153, para. 3 of the CPL, and using the conjunction "*or*" instead of "*and*" in the phrase "... *audio and visual recording* ..." Art. 153, para. 1 of the CPL would be appropriate. Therefore, in accordance with our proposal, we suggest that the first sentence of the provision in Art. 153, para. 1 of the CPL be revised to read as follows: "*No photographs may be taken, and no audio or visual recording may be made during the hearing.*".

In our opinion, the act of recording or transferring audio or visual media in the crime under Art. 286 of the TCC cannot be deemed worthy of punishment for having wrongful content without taking into account the phrase "... *without authorisation* ..." stated in the relevant article. This is because the phrase "... *without authorisation* ..." used in the legal definition of this crime regulates the punishment of the act constituting the crime based on the absence of the specified "authorisation". Therefore, a judgement of worthlessness cannot be made about the act of this crime without taking into account the necessity of the "authorisation" expressed in the text of the article, and since the aim of the requirement of "authorisation" here is to provide a more effective control and

supervision mechanism for the specified act, the presence of the requirement of “authorisation” does not serve as a reason for legal justification; rather, it is an element included in the typicality in the context of the material elements of the crime.

The crime of recording audio or visual media is a conduct crime that does not require a result for its completion and is completed by the unauthorised recording or transferring of audio or visual media during the investigation or prosecution proceedings.

Since the type of crime under Art. 286 of the TCC is a conduct crime, there is no causation problem.

In the case that the material elements of the crime in the legal definition of Art. 286 of the TCC are foreseen and accepted by the perpetrator, this crime may be committed with eventual intent.

As explained under the heading “Act”, among the material elements of the crime of recording audio or visual media, the presence of the “authorisation” in recording or transferring audio or visual media during the investigation or prosecution proceedings is not a reason for legal justification; since it is an element included in the typicality in the context of the material elements of the crime, when evaluated in terms of the relationship between intent and mistake, the fact that the perpetrator does not know that it is necessary for him or her to have “authorisation” to record or transfer the audio or visual media is also within the scope of the mistake of fact under Art. 30, para. 1 of the TCC and negates the intent of the perpetrator regarding the crime.

In terms of the crime regulated under Art. 286 of the TCC, there is no qualified element that requires an aggravation or mitigation of the penalty.

The crime of recording audio or visual media does not have any features in terms of culpability, and therefore, the provisions related to culpability may be applied to the crime in question.

In terms of this crime, the conduct of the act will begin with the operation of the devices that enable the recording or transferring of audio or visual media, and thus the act of recording or transferring, and the placement of these devices will only constitute preparatory acts.

When an evaluation is made in the context of the impossible attempt, in terms of the crime under Art. 286 of the TCC, if the means, i.e., the technical devices that enable the recording or transferring audio or visual media, are inadequate, it cannot be said that the acts of conduct have begun. Our opinion is that it will be appropriate to have an expert examination conducted on these devices when deemed necessary in order to determine whether they possess the necessary technical competence.

If the audio or visual media on which the act of unauthorised recording or transferring during the investigation or prosecution proceedings, which constitutes the subject matter of the crime in terms of the crime of recording audio or visual media, does not exist, the impossible crime will be considered.

The provisions regarding the attempt at the crime of recording audio or visual media, which is a continuing crime, can only be applied until this crime is completed.

Moreover, since this crime is a continuing crime, it is possible to participate in the conduct of this crime as long as it continues to be committed by the perpetrator, and in this case, the provisions for participation shall apply. In addition to that, in our opinion, it is not possible to participate as a co-perpetrator with an act of omission in the crime of recording audio or visual media, which can be committed with an act of conduct, but only be held liable as an accessory, as an aider by the act of omission. However, if the act of omission constitutes a distinct crime regulated by the law, it will be necessary to punish the person as a perpetrator for the distinct crime committed by this act of omission in accordance with the principle of the primacy of perpetration over complicity.

Furthermore, in this study, after evaluating the scope of application of the rules of apparent aggregation in relation to the crime of recording audio or visual media, it has been examined whether the rules of successive crimes, conceptual aggregation of the same types of crimes, and conceptual aggregation of different types of crimes, which are exceptions to the rule of factual aggregation, may also be applied.

Last but not least, since the sanction of the crime regulated under Art. 286 of the TCC is a penalty of up to six months' imprisonment, the prepayment provisions shall be applied to this crime pursuant to Art. 75, para. 1 of the TCC, and the simplified procedure may also be applied for this crime in accordance with Art. 251, para. 1 of the CPC.

Peer Review: Externally peer-reviewed.

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

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

REFERENCES / KAYNAKLAR

- Abu AF, 'Remote Justice: Confronting the Use of Video Teleconference Testimony in Massachusetts Criminal Trials' (2020) 34(1) Harvard Journal of Law & Technology 307.
- Akyıldız A, *Soruşturma Evresinde Gizliliğin İhlali Suçu* (Legal Yayınevi 2021).
- Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME and Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükmümler* (16th edn, Adalet Yayınevi 2022).
- Barber JP and Bates PR, 'Videotape in Criminal Proceedings' (1974) 25(4) Hastings Law Journal 1017.
- Bayraktar K, 'Gizliliğin İhlali', *Özel Ceza Hukuku-Cilt X: Adliye Karşı Suçlar (TCK m. 267-298)* (On İki Levha Yayıncılık 2021) 367-392.
- Baytaç AB, *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum* (On İki Levha Yayıncılık 2018).
- Bellone ET, 'Private Attorney-Client Communications and the Effect of Videoconferencing in the Courtroom' (2013) 8(1) JICLT 24.
- Bolayır N, 'Fransız Hukuku'ndaki Düzenlemeler Işığında Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşmaların İcrası' (2020) 2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1175.
- Bošković A, 'Questioning the Defendant via a Video Link-The Violation of the Defendant's Rights or Not?', Zoran Pavlović (ed), *Yearbook Human Rights Protection The Right to Human Dignity* 3 (Provincial Protector of Citizens-Ombudsman/Institute of Criminological and Sociological Research in Belgrade 2020) 201-215.
- Bühner W and Rank A, 'The Effects of SARS-CoV-2 on Criminal Procedure in Germany' (2022) 23(4) German Law Journal 672.
- Centel N, 'Dürüst Yargılama ve Medya Bakımından Demokrasi Kültürü' (1994) 49(3-4) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi (Prof. Dr. Yılmaz Günel'a Armağan) 57.
- Centel N and Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (13th edn, Beta Yayıncılık 2016).
- Cimino EF, Makar Z and Novak N, 'Charm City Televised & Dehumanized: How CCTV Bail Reviews Violate Due Process' (2014) 45(1) University of Baltimore Law Forum 57.
- Conley A, Datta A, Nissenbaum H and Sharma D, 'Sustaining Privacy and Open Justice in the Transition to Online Court Records: A Multidisciplinary Inquiry' (2012) 71(3) Maryland Law Review 772.
- Çakır K, '5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Gizliliğin İhlali Suçu ve Ceza Muhakemesi Hukuku ile İlişkisi' (2012) 18(1) MÜHF-HAD 227.
- Çakır K, 'Gizliliğin İhlali Suçu (TCK m. 285)' (Master's thesis, Marmara University 2011).
- Dauster M, 'Criminal Proceeding in Times of Pandemic' *New Legal Reality: Challenges and Perspectives. II* (University of Latvia Press 2022) 248-271.
- Demirel M, 'Karar Analizi Tehlike Suçları-Zarar Suçları Arasındaki İlişkinin İçtima Kuralları Kapsamında Değerlendirilmesi' (2013) 71(1) İÜHFMD 1479.
- Demirel M, *Suçta İştirake Bağlılık Kuralı* (On İki Levha Yayıncılık 2017).
- DeRegis MC, "Can You Hear Me Now?": The Implications of Virtual Proceedings on Criminal Defendants' Constitutional Rights' (2022) 81(1) Maryland Law Review Online 71.
- Dirim V, 'Savcılık ve Medya İlişkileri' (2010) 2(3) Fasikül 18.
- Dursun G, 'Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı ve Bu Kapsamda Sesli ve Görüntülü Bilişim Sisteminin (SEGBİS) Değerlendirilmesi' (2016) 11(143-144) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 127.
- Dursun S, 'Emniyeti Suistimal Suçu' (1999) 57(1-2) İÜHFMD 3.
- Eker Kazancı B, 'Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasının TCK m. 134 Çerçevesinde Korunması' (2007) 9(1) DEÜHFMD 131.
- Ekmekçi D, 'Kitle İletişim Özgürlüğünün Sınırı Olarak Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkına Karşı Suçlar' (PhD thesis, Galatasaray University 2013).
- Ersan A, 'Gizliliğin İhlali Suçu (TCK m. 285)' (2013) 8(2) CHD 117.
- Ersoy U, 'Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları' (2020) 11(41) TAAD 27.
- Evrişen S, 'Türk Ceza Kanunu Madde 286'da Düzenlenen Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması Suçu' (2020) 5(1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1527.
- Gökcan HT and Artaç M, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi* (Adalet Yayınevi 2021) vol 6.
- Göktürk N, 'Suçun Yasal Tanımında Yer Alan 'Hukuka Aykırılık' İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon' (2016) 7(1) İnÜHFMD 407.
- Göktürk N, 'Türk Hukuku'nda Suçların İçtimalı' (2016) 2(1-2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology 31.
- 'Görüntü', *Türkçe Sözlük* (10th edn, Türk Dil Kurumu Yayınları 2005) 783.
- Hillman ZM, 'Pleading Guilty and Video Teleconference: Is a Defendant Constitutionally 'Present' when Pleading Guilty by Video Teleconference?' (2007) 7(1) Journal of High Technology Law 41.
- İşıktay Y and Metin S, *Hukuk Metodolojisi* (5th edn, Filiz Kitabevi 2016).
- İçel K, 'Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu' (2008) 7(14) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 35.
- Karakehya H, 'Ceza Muhakemesinde Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkına İlişkin Esaslar' (2014) 1 Ombudsman Akademik 83.
- Karakehya H, *İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast* (Savaş Yayınevi 2010).
- Katoğlu T, 'Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları' (2012) 61(2) AÜHFMD 657.
- 'Kaydetmek', *Türkçe Sözlük* (10th edn, Türk Dil Kurumu Yayınları 2005) 1114.
- Kazaker G, 'Elverişsiz Teşebbüs ve Mefruz Suç Ayrımı' (2020) 9(1) Social Sciences Research Journal 129.

- Koca M, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller' (2006) 1(2) CHD 207.
- Koca M and Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13th edn, Seçkin Yayıncılık 2020).
- Koca M and Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (7th edn, Adalet Yayınevi 2020).
- Koch A, 'Hukuka Aykırı Resim Çekimlerine Karşı Ceza Hukuku Koruması -Alman Ceza Kanunu md. 201a-', Yener Ünver (ed), *Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku*, (Hakan Hakeri (tr)), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7 (Seçkin Yayıncılık 2007) 203-220.
- Memiş Kartal P, 'Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması', *Özel Ceza Hukuku-Cilt X: Adliyyeye Karşı Suçlar* (TCK m. 267-298) (On İki Levha Yayıncılık 2021) 393-402.
- Meran N, *Kamu Görevlisine ve Adliyyeye İlişkin Suçlar* (Seçkin Yayıncılık 2006).
- 'Nakletmek', *Türkçe Sözlük* (10th edn, Türk Dil Kurumu Yayınları 2005) 1452.
- Neagu I and Damaschin M, 'Audio and Video Interceptions and Recordings in Criminal Law in Romania' (2009) 16(1) Lex ET Scientia International Journal 202.
- Özbek VÖ and others, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (9th edn, Seçkin Yayıncılık 2017).
- Özek Ç, 'Adliyyeye Karşı Suçların Hukuki Konusu' (1997) 55(3) İÜHFMD 13.
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16th edn, Seçkin Yayıncılık 2020).
- Öztek S, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Aleniyet İlkesine İlişkin 28 inci Maddesi ile Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla veya Başka Yerde Duruşma İcrasına İlişkin 149 uncu Maddesinde 7251 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Hakkında Bazı Düşünceler' (2021) 148(66) Adalet Dergisi 641.
- Öztürk B, 'Ses ve/veya Görüntü Kaydeden Araçlarla Yapılan Tespitlerin Ceza Muhakemesi Hukukundaki Değeri', *Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan* (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 2000) 219-233.
- Öztürk B and others, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (12th edn, Seçkin Yayıncılık 2018).
- Parlar A and Öztürk M, *Uygulamada Adliyyeye Karşı Suçlar* (TCK md. 267-298) (Aristo Yayınevi 2018).
- Pavlović ZS, 'About Legality of On Line Trials in Criminal Procedure' (2020) 2 Journal of Eastern European Criminal Law 33.
- Savaşçı B, 'Haberleşme Özgürlüğünün Kovuşturma Evresinde Sınırlandırılması' (2011) 24(96) TBB Dergisi 269.
- 'Ses', *Türkçe Sözlük* (10th edn, Türk Dil Kurumu Yayınları 2005) 1739.
- Soyer Güleç S, 'Ceza Yargılaması Hukukunda İnsan Haklarının Bir Güvencesi Olarak 'Halka Açıklık' İlkesi' (2007) 2(5) CHD 73.
- Sözüer A, *Suçta Teşebbüs* (Kazancı Hukuk Yayınları 1994).
- Sözüer A, 'Türk Ceza Hukuku Reformu', Adem Sözüer, Selman Dursun and Serdar Talas (eds), *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı* (4th edn, Alfa Yayınları 2017) 21-38.
- Sözüer A, 'Türk Ceza Hukuku Reformu: Dünü, Bugünü ve Yarını, Türk Ceza Hukuku Reformunun AB Üyesi Kara Avrupası Ülkelerindeki Reformlarla Karşılaştırılmasına İlişkin Notlar' (2019) 21(SI) DEÜHFD (Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan) 3031.
- Şahin C and Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku-I* (11th edn, Seçkin Yayıncılık 2020).
- Şahin C and Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku-II* (11th edn, Seçkin Yayıncılık 2021).
- Tunçak S, 'Suçsuzluk Karinesini Bir Koruma Yöntemi Olarak Gizliliğin İhlali (TCK m. 285) Suçu' (2019) 2(3) TİHEK Dergisi 69.
- Turhan F and Aksan M, 'Ceza Muhakemesinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Sorguya Çekilmesine İlişkin Hükümlerin Eleştirel Bir Değerlendirmesi' (2020) 24(2) AHBVÜ-HFD 289.
- Türkoğlu G, 'Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Gizliliğin İhlali Suçları (TCK m. 285/1-3)' (Master's thesis, Istanbul University 2019).
- Ünver Y, 'Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız' (2006) 1(2) CHD 103.
- Ünver Y, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, Suçu İhbar Etmemek Suçları* (TCK'da Düzenlenen Adliyyeye Karşı Suçlar) (6th edn, Seçkin Yayıncılık 2021).
- Üzülmöz İ, 'Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları' (2005) 18(58) TBB Dergisi 41.
- Varol Karaosmanoğlu G, 'Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşma Yapılmasına İlişkin Olarak 7251 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişikliklerin Doğrudanlık İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi' (2022) 8(1) AndHD 71.
- Yerdelen E, 'Ceza Muhakemesinde Videokonferans Yönteminin (SEGBİS) Kullanımı', (Erdal Yerdelen (tr)) (2019) 1(2) Bilişim Hukuku Dergisi 271.
- Yıldız AK, 'Ses ve/veya Görüntü Kayıtlarının İspat Fonksiyonu' (2006) 1(2) CHD 253.
- Yılmaz MN, *Türk Ceza Kanunu'nda Düzenlenen Gizliliğin İhlali Suçları* (TCK m. 285) (Adalet Yayınevi 2019).
- Yokuş Sevük H, 'Adil Yargılanma Kapsamında Ceza Yargılamasında Aleniyet İlkesi', *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı* (Şan Ofset 2004) 747-764.
- Yurtcan E, *Yargıtay Kararları Işığında İftira Suçu* (Adliyyeye Karşı Diğer Suçlar) (3rd edn, Seçkin Yayıncılık 2019).
- Yüzer D, 'Basın Yoluyla Adli Haberlerin Verilişi ve Suçsuzluk Karinesi' (2013) 15(SI) DEÜHFD (Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan) 1653.
- Zafer H, 'Medya Özgürlüğü ve Adli Haberlerin Verilişi' (1999) 11(1-3) MÜHF-HAD (Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan) 751.

Online Resources

- Mıdık B, 'Medenî Yargıda E-Duruşma Pilot Uygulaması ve Yargının Elektronik Dönüşümü Üzerine Bazı Düşünceler' (*Lexpera Blog*) <<https://blog.lexpera.com.tr/medeni-yargida-e-durusma-pilot-uygulamasi-ve-yarginin-elektronik-donusumu-uzerine-bazi-dusunceler/>> ac-

cessed 17 March 2023.

Pekcanitez H, Atalay O and Özeker M, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi' (*Lexpera Blog*) <<https://blog.lexpera.com.tr/hmk-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifinin-2020-degerlendirilmesi/>> accessed 17 March 2023.

Sanders A, 'Video-Hearings in Europe Before, During and After the COVID-19 Pandemic' (2020) 12(2) *International Journal for Court Administration* <<https://storage.googleapis.com/jnl-up-j-ijca-files/journals/1/articles/379/submission/proof/379-1-1849-2-10-20210506.pdf>> accessed 18 March 2023.

Table of Cases

- Adana RCA 9th CC., 25.01.2021, C. 2020/397, D. 2021/198.
Adana RCA 9th CC., 16.02.2021, C. 2020/1707, D. 2021/379.
Adana RCA 9th CC., 17.02.2021, C. 2019/2247, D. 2021/387.
Adana RCA 9th CC., 03.02.2022, C. 2019/1370, D. 2020/796.
Ankara RCA 6th CC., 21.01.2021, C. 2019/3375, D. 2021/63.
Ankara RCA 23rd CC., 18.11.2020, C. 2019/2060, D. 2020/3675.
Ankara RCA 23rd CC., 18.11.2020, C. 2019/2421, D. 2020/3662.
Antalya RCA 3rd CC., 14.02.2020, C. 2019/1830, D. 2020/362.
Antalya RCA 11th CC., 02.06.2022, C. 2022/1189, D. 2022/1786.
Gaziantep RCA 3rd CC., 03.07.2018, C. 2018/18, D. 2018/1380.
Gaziantep RCA 4th CC., 12.10.2017, C. 2017/1665, D. 2017/1535.
Gaziantep RCA 6th CC., 08.11.2019, C. 2019/3211, D. 2019/2102.
Gaziantep RCA 7th CC., 15.01.2021, C. 2019/1107, D. 2021/51.
İstanbul RCA 1st CC., 20.05.2019, C. 2019/2, D. 2019/1065.
İzmir RCA 2nd CC., 27.09.2017, C. 2017/2260, D. 2017/2235.
İzmir RCA 8th CC., 16.12.2019, C. 2019/1186, D. 2019/2811.
Kayseri RCA 7th CC., 03.02.2022, C. 2022/86, D. 2022/162.
Sakarya RCA 6th CC., 24.03.2021, C. 2020/2291, D. 2021/1003.
Court of Cassation 4th CC., 04.10.2012, C. 2012/4798, D. 2012/19664.
Court of Cassation 9th CC., 05.02.2014, C. 2013/12037, D. 2014/1340.
Court of Cassation 12th CC., 21.11.2017, C. 2017/3067, D. 2017/9120.
Court of Cassation 12th CC., 07.03.2018, C. 2017/11910, D. 2018/2544.
Court of Cassation 12th CC., 03.02.2021, C. 2020/1573, D. 2021/1100.

HOW TO CITE THIS ARTICLE / ATIF BİÇİMİ

Ülgen, Mert. 'Crime of Recording Audio or Visual Media (Article 286 of the Turkish Criminal Code)' (2023) 11(1) *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology*, 94.

6114 Sayılı Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi Kanununda Düzenlenen Sınav Suçları

The Central Exam Crimes as Defined by Law No. 6114 Placement Center Presidency

Mustafa LIMONCU¹ 

¹Dr., Avukat, Konya Barosu, Konya, Türkiye

ÖZ

Merkezi sınavların güvenlik içerisinde yapılması; sınava giren adaylar kadar kamuoyunu da yakından ilgilendirmekte, sınavlar hakkındaki herhangi bir şaibe kamu otoritesini zedelemektedir. Bu nedenle sınavlara ilişkin kurallarının önceden belirlenmesi, soruların hazırlanması, sınav evrakının sınav merkezlerine transferi ve sınav sonuçlarının değerlendirilmesi süreçlerinde güvenliğin itinayla sağlanması gerekmektedir. Dahası sınav süreçlerinde yaşanacak olası sorunlar ve suistimaller hukuki yaptırıma bağlanmalıdır çünkü idari yaptırımlar yetersiz kalabilmektedir. Bu nedenle, konu, ceza hukuku yaptırımlarıyla güvence altına alınmalıdır. Merkezi sınavların nasıl yapılacağına dair 6114 Sayılı Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun 17 Şubat 2011'de çıkarılmıştır. Türk Ceza Kanunu'nda yer alan; 'belgede sahtecilik' ve 'görev suçları'na ilave olarak, mezkûr kanunun 10. maddesi ile sınavlara özgü bazı suçlar ihdas edilmiş ve bu suçlar, unsurlarıyla birlikte ele alınmıştır. Bu araştırma, 6114 sayılı Kanun'un hangi sınavlar bakımından uygulanacağı sorgulamakta ve düzenlemenin isabetli olup olmadığını analiz etmektedir.

ABSTRACT

Securely conducting central exams attracts not only the attention of the candidates taking them but also the public, as any suspicion regarding such exams ruins trust in public authority. Thus, how exam rules are set beforehand, how the questions are prepared and transferred to the exam locations, as well as how the questions are evaluated should be adequately addressed. Moreover, any problems or misconduct that might occur should fall under judicial sanctions, as administrative sanctions may be insufficient. Thus, exam security should also be subject to criminal law. Law No. 6114 on the Organization and Duties of the Central Directorate of Measurement, Selection, and Placement Center [MSPC] Presidency regarding exam evaluation and candidate selection and placement was enacted on February 17, 2011 and covers how central exams are processed. Relatedly, Article 10 of this law also defines certain crimes specific to exams in addition to document forgery and malfeasance, taking these crimes into consideration alongside their elements. This research questions which exams Law No. 6114 is meant to be applied and analyzes the appropriateness of this regulation.

Anahtar Kelimeler: Sınav güvenliği, kopya çekme, tali norm

Keywords: Exam security, cheating, secondary norms

EXTENDED ABSTRACT

The Measurement, Selection, and Placement Center [MSPC] regarding exams and candidate selection and placement conducts several national exams, including the university entrance exams and civil servant exams. Preparing the exam questions, determining which candidates are to take exams, ensuring exams are conducted securely, and announcing results require many essential administrative mechanisms.

Although conducting and evaluating exams are considered administrative tasks, exam security and crimes regarding the exams constitute themes that fall under criminal law. Law No. 6114 on the Organization and Duties of MSPC was enacted on February 17, 2011 and states that exams are to be held within the equal opportunity framework. As this paper explains in detail, Law No. 6114 is applicable to the exams conducted by the MSPC as well as by the Ministry of National Education [MoNE]. The article

Corresponding Author: Mustafa Limoncu **E-mail:** mustafalimoncu@gmail.com

Submitted: 03.10.2022 • **Revision Requested:** 26.03.2023 • **Last Revision Received:** 11.05.2023 • **Accepted:** 12.05.2023 • **Published Online:** 06.06.2023



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

evaluates how the penal provisions in this law are not applicable for exams run by any public institutions and organizations other than MSPC or MoNE. Some decisions by the Supreme Court of Appeal have incorrectly addressed this issue. Law No. 6114 mandates that exam questions and their drafters' identities be kept confidential. Moreover, questions from the question pool cannot be shared with third parties under any circumstances, whether in whole or in part.

Again, the very first sentence of Paragraph 2 in Article 10 of Law No. 6114 defines the unlawful obtainment or possession of confidential information as a crime, as well as the disclosure of said confidential information. This paper holds that the crime of illegally obtaining or keeping confidential information and the crime of disclosing this information can be handled within the scope of criminal intent and under aggregated crimes.

Paragraph 3 of Article 10 Law No. 6114 defines the crime of cheating. People who cheat either individually or collectively, as well as those who enable cheating, are to be punished in accordance with the provisions of this paragraph. The same regulation covers cheating with devices that transmit sounds /or images. The act of cheating using technological devices has not been regulated as a qualified form of cheating and remains open to discussion. The fact that this type of cheating does not qualify as cheating is not appropriate. In addition, the exam on behalf of another candidate or charging someone for the exam other than the one taking it have also been defined as crimes.

Aiding the crime of cheating is defined as an independent crime. Lawmakers have differentiated this crime from the general provisions regarding the act of being an accomplice to cheating through Paragraph 3. . Another crime defined in Paragraph 4 of Article 10 in Law No. 6114 is the crime of changing exam results. Anyone who changes the results of an exam in favor or against a candidate is to be punished according to this paragraph. The crime described here is related to altering exam results. However, this paragraph makes no specific definitions regarding how or by which methods changing an exam result becomes a crime. In addition, the paragraph makes no distinctions between candidates or public officials in terms of the identity of the perpetrator. Thus, defining public employees as also being able to perpetrate this crime could also have been easily regulated as one of the qualifying characteristics.

This paper conceptualizes the crimes defined in Law No. 6114 as exam crimes, as most of the crimes regulated in this law take the form of secondary norms that are regulated on a conditional basis. If the act constitutes another crime that requires a steeper penalty, the specified secondary norm will then not be applied. This theme is taken into consideration within the framework of aggregation in criminal law. This study finds the absence of effective reparations to be open to criticism. The single qualified case within the scope of the law is, crime being committed as an criminal organizational activity.

Giriş

Bir kamu kurumu olan Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi, mali-idari özerkliğe ayrıca özel bütçeli bir yapıya sahiptir¹. 6114 Sayılı Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Hizmetleri Hakkında Kanun²; “*Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığı tarafından yapılacak her türlü sınav ve yerleştirmeler ve bu sınavlarda görev alanların yetki ve sorumluluklarına ilişkin usul ve esasları düzenlemek*” amacıyla çıkarılmıştır. 17.02.2011 tarihinde kabul edilen kanun 03.03.2011 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu düzenlemeye göre mezkûr kanunun adı “*Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun*” iken 703 sayılı KHK ile şimdiki halini almıştır.

Kanun ‘*Amaç ve Tanımlar*’, ‘*Kuruluş, Görev ve Yetkiler ile Teşkilat Yapısı*’, ‘*Sınavlara İlişkin Hükümler*’ ve ‘*Çeşitli Hükümler*’ olmak üzere dört bölümden ibarettir. İnceleme konumuz olan suçlar; ‘*Sınavlara İlişkin Hükümler*’ başlıklı Üçüncü Bölüm’de ve 10. maddede düzenlenmiştir.

6114 Sayılı Kanun, sınavların yapılması bakımından eşitlik ilkesi çerçevesinde bazı temel ilkeler benimsemiştir. Kanun’un 7. maddesinin 1. fıkrasında “*Sınav, ölçme, değerlendirme ve yerleştirme işlemleri, güvenilirlik, gizlilik, tarafsızlık, bilimsellik ilkeleri çerçevesinde ve adaylara fırsat eşitliği sağlayacak biçimde yapılır*” denilmiştir. Sınavlar da eğitim ve öğretimin parçasıdır³. Sınav hukuku⁴ ile ilgili çalışmalar, genellikle idare hukuku alanında yapılmaktadır⁵. Bu çalışmalarda özellikle sınavlara yönelik itirazlar, bunlara ilişkin idari davalar ve idari yargılama usulüne ilişkin kurallar aktarılmaktadır⁶. Bu nedenle sınav hukuku, çoğu zaman

¹ Özer, M. (2018). Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezinin stratejik hedefleri ve yeni yönelimleri. *Yükseköğretim ve Bilim Dergisi*, (2), 221-226, 222.

² 02.07.2018 tarihli ve 703 sayılı KHK’nin 84. maddesiyle değiştirilmiştir.

³ Sezer, Y. ve Bilgin, H. (2010). Sözlü sınavların yargısal denetimi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (86), 168-187, 168.

⁴ Bazı yazarlar tarafından ‘*eğitim hukuku*’ adlı çalışmalar yapılmıştır. Taşkın, P. ve Karaman Kepenekçi, Y. (2019). *Eğitim hukuku*. Ankara: Siyasal Kitabevi; Batu, M. ve Aytaç, T. (Ed). (2020). *Eğitim hukuku*. Ankara: Pegem Akademi Yayıncılık; Levent, A.F.ve Dönmez Övür, M. (2019). *Eğitim hukuku*. Ankara: Nobel Yayıncılık; Gülcan, M.G. (2019). *Eğitim hukuku*. Ankara: Pegem Akademi Yayıncılık.

⁵ Kalabalık, H.(2022). İdari yargılama usulü hukuku (16. Bs). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 295; Ayhan, A.(2019). *İdari yargılama hukukunda ivedi yargılama usulü*. (Yüksek Lisans Tezi). Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 23.

⁶ Atay, E.E. (2022). *İdare hukuku* (3. Bs). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 284.

idare hukuku içerisinde mütalaa edilmektedir. Zira sınavların yapılması, sonuçların açıklanması ve yerleştirme süreçleri birer idari işlem mahiyetindedir⁷. Biz bu çalışmada münhasıran 6114 sayılı Kanun'da yer alan sınav suçlarını ele alacağız.

Öncelikle; 6114 Sayılı Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Hizmetleri Hakkında Kanun'un hangi sınavlara tatbik edileceğini belirlemek gerekmektedir. Bu Kanun'un; ÖSYM tarafından yapılan sınavların yanı sıra diğer sınavlar hakkında da uygulanıp uygulanmayacağına ortaya konulması gerekmektedir.

652 Sayılı 'Özel Barınma Hizmeti Veren Kurumlar ve Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Ek 5/1. fıkrasında (Ek: 2/12/2016-6764/12 md.); "17/2/2011 tarihli ve 6114 sayılı Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun... 10 uncu maddesi hükümleri Bakanlıkça yapılan merkezi sınavlar hakkında da uygulanır" denilmiştir. Kararname'nin bütünü içerisinde kimi zaman Hazine ve Maliye Bakanlığı'na, kimi zaman Gençlik ve Spor Bakanlığı'na, kimi yerde de Milli Eğitim Bakanlığı'na atf yapılmıştır. Kararname'nin 'Bakanlık Teşkilatı' başlıklı İkinci Bölümü'nde yer alan 3. maddesi ilga edilmiştir. Ancak bu maddeyi ilga eden 703 sayılı KHK'nın 22. maddesinde "25/8/2011 tarihli ve 652 sayılı Millî Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile ilgili olup yerine işlenmiştir" denilmiştir. Bu nedenle; 652 Sayılı KHK'nın 5. maddesinde atf yapılan bakanlık; Milli Eğitim Bakanlığı'dır.

Bazı yazarlar, ÖSYM tarafından yapılan sınavlarda 6114 sayılı Kanun'un, ÖSYM dışında başka herhangi bir kurum tarafından yapılan sınavlarda ise TCK'nın ilgili hükümlerinin uygulanacağını öne sürmüştür⁸. Ancak 652 sayılı KHK'nın yasalardan hükmü ve Anayasa Mahkemesi'nin bu yönde verdiği karar⁹ nedeniyle aktarılan görüşe katılmıyoruz. Yargıtay da aynı yönde kararlar vermiştir¹⁰. 6114 sayılı Kanun'un ÖSYM Başkanlığı ve Milli Eğitim Bakanlığı tarafından yapılan sınavlar hakkında uygulanabileceği sonucu çıkmaktadır. Bu nedenle ÖSYM ve MEB dışında kalan diğer kamu kurum ve kuruluşlarının yapacağı sınavlar hakkında 6114 sayılı Kanun'un cezai hükümlerinin uygulanamayacağı sonucuna varmaktayız.

6114 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 9. fıkrasında "özel kurumların taleplerine yönelik sınavlar, Yönetim Kurulunun yapacağı düzenlemeler ile gerçekleştirilir" denilmiştir. Ancak bu hükmün, cezai hükümler konusuna açıklık getirmediği ortadadır. Keza, kanunun 'Personel Rejimi ve Mali Hükümler' başlıklı 6. maddenin 13. fıkrasında "Bu fıkra da yer alan hükümler, yükseköğretim kurumlarının açık öğretim sınavları, kamu kurum ve kuruluşları ile özel hukuk tüzel kişilerinin talepleri üzerine yükseköğretim kurumlarınınca yapılan sınavlar hakkında da uygulanır" denilmektedir. Ancak Kanun'un ceza hükümlerinin yer aldığı 10. maddesinde bu yönde bir belirleme yapılmamıştır.

Ceza normu içeren kanunların yorumlanması¹¹ bakımından, TCK'nın 2. maddesinin 3. fıkrasında; kıyas yasağı benimsenmiştir. Bu hükme göre kıyas yapmak ve kıyasa yol açacak geniş yorum¹² yapmak yasaklanmıştır. Bu nedenle, ÖSYM ve MEB dışında herhangi bir kamu kurumu, bakanlık, başkanlık, askeri veya sivil kurum tarafından yapılan sınavlarda yahut herhangi bir özel hukuk tüzel kişisi tarafından yapılan yarışmalarda mezkûr kanunun uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

Yasa'nın 7. maddesinin 10. fıkrasına göre; "Başkanlık tarafından yurtdışında yapılan tüm sınavlarda da bu Kanun hükümleri uygulanır". Sınavların yurt dışında ya da yurt içinde yapılması arasında bu fıkra nedeniyle bir fark bulunmamaktadır. Ancak, ÖSYM ve MEB dışında başka kamu kurum ve kuruluşlarının yapacağı sınavlar hakkında; ister yurt içinde, ister yurt dışında yapılsın, 6114 sayılı Kanun'un ceza hükümlerini tatbik etme olanağı bulunmamaktadır.

Yasanın 'Sınav Güvenliği' başlıklı 9. maddesinin 1. fıkrasında "Sınav soruları ile bunları hazırlamakla görevlendirilmiş olan kişilerin kimlikleri gizli tutulur... Soru havuzundaki sorular hiçbir koşul altında kısmen ya da tamamen üçüncü şahıslara verilmez. Adli ve idari soruşturma ve kovuşturmalarda soru havuzuna erişim için Cumhurbaşkanının izni gereklidir" denilmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasında "Bu soruları sınav sonrasında yetkilendirilmiş görevliler dışında herhangi bir yolla ezberlemek suretiyle de olsa elde ederek kaydeden, saklayan, aktaran ya da paylaşanlar hakkında 10 uncu madde hükümleri uygulanır" denilmiştir. Yasanın 10. maddesinde yer alan suçların incelenmesi bakımından bu hüküm önemlidir.

⁷ Bingöl, B. (2018). Sınav hukukunun kuramsal temelleri. Taşkın, P. ve Karaman Kepenekçi, Y. (Ed.). *Çocuk Hakları-Eğitim Hukuku-Vatandaşlık Eğitimi: Prof. Dr. Emine Akyüz'e Armağan* kitabı içinde (s.418-432). Ankara: Pegem Yayınları, 418.

⁸ Çiğli, H. (2015). Başkasının yerine sınava girme eylemlerinin türk ceza kanunu ile diğer özel kanunlardaki karşılığı. *Terazi Hukuk Dergisi*, 10(103), 49-58, 50.

⁹ AYM'nin, 12.11.2020 tarih 2020/84 E., 2020/64 K. Sayılı kararı.

¹⁰ "Adlî, suç tarihinden sonra, 02/07/2018 tarih ve 703 sayılı KHK'nın 22. maddesi ile "Özel Barınma Hizmeti Veren Kurumlar ve Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname" olarak değiştirilen, "Millî Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"ye 02/12/2016 tarih ve 6764 sayılı Kanunun 12. maddesi ile eklenen ve suç tarihinde yürürlükte olan, Ek Madde 5'in birinci fıkrasındaki "17/2/2011 tarihli ve 6114 sayılı Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 7 nci maddesinin ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları, 8 inci maddesinin dördüncü fıkrası, 9 uncu maddesinin birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci, yedinci ve sekizinci fıkraları ile zorunlu öğretim kapsamında öğrenim gören öğrenciler hariç 10 uncu maddesi hükümleri Bakanlıkça yapılan merkezi sınavlar hakkında da uygulanır." düzenlemesi uyarınca, 6114 sayılı Yasanın 10. maddesinde düzenlenen suçun, Milli Eğitim Bakanlığı tarafından gerçekleştirilen merkezi sınavlar açısından da oluşacağı anlaşılmaktadır. . . ."

¹¹ "... Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin, 21.12.2021 T., 2021/13483 E., 2021/17753 K. Sayılı ilamı; benzer yönde 19. Ceza Dairesi'nin, 15.06.2021 T., 2020/6872 E., 2021/6631 K. Sayılı ilamı.

¹² Hakeri, H. (2007). Ceza hukukunda önemsiz hareketler. *TBB Dergisi*, 69, 62.

ÖSYM bünyesinde ‘Sınav Sonuçlarını İzleme ve Değerlendirme Birimi’ kurulmuş, bu birim altında ‘İhbar Değerlendirme Birimi’ ne yer verilmiştir. Bu birimler sınav güvenliğinin artırılmasına yönelik çalışmalar yapmaktadır¹³.

I. 6114 Sayılı Kanuna Göre Ölçme Seçme ve Yerleştirme Suçları

A. Genel Olarak

Yasa'nın 10. maddesinde, konumuz olan sınav suçlarına yer verilmiştir. 2.fıkranın 1. cümlesinde gizli olan bilgileri elde etme veya elinde bulundurma suçu, 2.cümlesinde ise gizli olan bilgileri ifşa etme suçu düzenlenmiştir. Kopya çekme, aracılık etme kopya çektirilmesine imkân sağlama, başkası yerine sınava girme veya başkasını kendisi yerine sınava girmesini sağlama suçları 10. maddenin 3. Fıkrasında hüküm altına alınmıştır. Sınav sonuçlarını değiştirme suçuna ise 10. maddenin 4. fıkrasında yer verilmiştir.

Yasanın 10. maddesine 02.12.2016 tarihinde eklenen 9. fıkra ile birtakım kabahatler ihdas edilmiştir. Bu bölümde yasanın 10. maddesinde belirtilen suçlara ilişkin genel bilgiler verilecek, çalışmanın III. Bölümü'nde ise 6114 sayılı Kanun'da yer alan suçların unsurları ayrıntılı olarak incelenecektir.

B. Gizli Olan Bilgileri Elde Etme veya Elinde Bulundurma (10/2, 1.cümle)

Yasa'nın 10. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesinde; *“bu kanun hükümlerine göre gizli olan bilgileri, hukuka aykırı olarak elde eden veya elinde bulunduran kişi, fiili daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”* denilmiştir.

Bu kanunun 7. maddesinde benimsenen kurala göre; ÖSYM tarafından yapılan sınav işlemlerinin, gizlilik ve tarafsızlık içerisinde yapılması gerekmektedir. Hangi bilgilerin gizli olduğu 6114 sayılı Kanun'da sayılmıştır.

C. Gizli Olan Bilgileri İfşa Etme (10/2, 2.cümle)

6114 Sayılı Kanun kapsamında belirtilen bilgileri elde etmek veya elinde bulundurma, yasanın 10. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesinde suç olarak tanımlanmıştır. Ancak Kanun'un 10. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesinde yer alan suç, münhasıran başka bir suçtur. Yasanın 10. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesinde yer alan suç; 6114 sayılı Kanun'a göre gizli olan bilgilerin ifşası suçudur.

1. Cümlede yer alan suç, gizli bilgileri hukuka aykırı elde etme veya elinde bulundurma suçudur. Kanaatimizce 1. ve 2. cümlede belirlenen suçlar farklıdır. 1. Cümlede yer alan suçun geçit suç olmadığını düşünüyoruz. Zira failin gizli bilgileri elinde bulundurmasında hukuka aykırılık bulunmayabilir. Failin, gizli bilgileri muhafaza etme yükümlülüğü olduğu halde, bilgileri bir başkasıyla paylaşması durumunda yalnızca 2. cümlede yer alan ifşa suçu gündeme gelecektir. Sınav sorularını hazırlamakla görevli personelin durumu böyledir. Burada bahsedilen *‘hukuka aykırı olarak ele geçirme’* bakımından, hukuka aykırılığın tipikliğe ait olup olmadığı, *‘özel hukuka aykırılık’* kuralları çerçevesinde ileride tartışılacaktır.

Kamu görevlisinin ifa ettiği göreve ilişkin sırları, bu görevi sona erdikten sonra da saklaması gerekir. Maddenin ikinci fıkrasında, söz konusu yükümlülüğe aykırı davranışlar ceza yaptırımını altına almıştır.

Yine *‘gizli bilgileri hukuka aykırı elde etme veya elinde bulundurma suçu’* ile *‘bu bilgileri ifşa etme’* suçlarının aynı suç işleme iradesi kapsamında işlenmesi durumu, içtima başlığında ele alınacaktır.

D. Kopya Çekme, Aracılık Etme, Kopya Çektirilmesine İmkân Sağlama, Başkası Yerine Sınava Girme veya Başkasını Kendisi Yerine Sınava Girmesini Sağlama (10/3)

Yasanın 10/3. fıkrasında; *“Başkanlık tarafından yapılan sınavlarda;*

- Ses veya görüntü nakleden cihaz kullanmak suretiyle kopya çeken veya bu suretle kopya çekilmesine aracılık eden,*
- Başka bir adayın yerine sınava giren veya kendi yerine bir başkasının sınava girmesine katkı sağlayan,*
- Bireysel veya toplu olarak kopya çeken veya kopya çektirilmesine imkân sağlayan, kişi; fiili daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”* denilmiştir.

Kanaatimizce sınavlara ilişkin ilk akla gelen suç, kopya çekme suçudur. Bu nedenle kopya çekme suçu bu fıkranın ilk bendinde düzenlenmesi, sistematik açıdan daha isabetli olurdu.

Yine, *‘ses veya görüntü nakleden cihaz kullanmak suretiyle kopya çekme’* eylemi, nitelikli hal olarak düzenlenebilecekken, böyle bir belirleme yapılmamıştır. Ayrıca toplu olarak kopya çekme suçu açısından da nitelikli hale yer verilmemiştir. Suçun unsurları ile nitelikli haller ve tâli norm sorunu aşağıda aktarılacaktır.

¹³ Özer (n 1) 225.

E. Sınav Sonuçlarını Değiştirme (10/4)

6114 Sayılı Kanun'un 10. maddesinin 4. fıkrasında, sınav sonuçlarını değiştirmek suç olarak tanımlanmıştır. Burada “*Sınav sonuçlarını adayın lehine veya aleyhine olacak şekilde değiştiren kişi, fiili daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*” denilmiştir.

Burada tanımlanan suç diğer fıkralarda yer alan suçlardan farklı olarak, sınav sonuçlarının değiştirilmesi ile ilgilidir. Sınav sonuçlarının nasıl ve hangi yöntemle değiştirileceğine ilişkin bir belirleme bulunmamaktadır. Ayrıca failin kimliği bakımından, aday ya da kamu görevlisi ayrımına gidilmemiştir. Kısaca bilgi verilen bu suç tipi de unsurlarıyla aşağıda aktarılacaktır.

F. Kabahat (10/9)

Yasanın 10. maddesinde; “*9 uncu maddenin birinci fıkrasında yer alan görevlilerin kimlik bilgilerini, deneme sorularını veya sınavın devam ettiği süre içinde sınavlarda sorulan soruları aynen veya değiştirerek herhangi bir ortamda paylaşan, ifşa eden, her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma ileten, yayımlayan veya işleyenler hakkında beşbin Türk lirası idari para cezası uygulanır*” denilmiştir.

Görevlilerin kimlik bilgileri ve deneme soruları kanuna göre, zaten gizli bilgilerdendir. Bunların açıklanması yukarıda zikredildiği üzere ifşa suçunu oluşturmaktadır. Bu nedenle, yasanın 10. maddesinin 9. fıkrasında ayrıca kabahat olarak zikredilmesi uygulamada tereddüt oluşturabilmektedir. Sınav sorularının paylaşılması kabahati açısından, fiilin, sınavların devam ettiği süre içerisinde olması şartı aranmıştır.

Sınav yapıldıktan sonra, soruların yayımlanması durumu kabahat olarak düzenlenmemiştir. Sınavlar yapıldıktan sonra, kurum tarafından paylaşılan sorular dışındaki sorular bakımından gizlilik devam etmektedir ve bu halde soruları yayımlamak ifşa suçunu oluşturacaktır. Ancak sınavda sorulan ve (bazen) on binlerce kişinin (adayın) gördüğü soruların gizli olup olmadığı tartışmalıdır. ÖSYM, sınavdan sonra da soruların gizli olduğu görüşündedir ve izin verilen sorular haricindeki soruların sınavdan sonra paylaşıldığı hallerde suç duyurusunda bulunmaktadır. Bu ihtimallerin kapsamlı olarak düzenlenmesi daha yerinde olabilirdi. Kanaatimizce sınav sorularının adaylar tarafından görülmesi, buna rağmen sınavı yapan kurum tarafından aleniyet kazandırılmaması halinde gizlilik devam etmektedir. Burada önemli olan sınava giren adayların soruları görmesi değil, aynı ya da benzer soruların başka bir sınavda kullanılması ihtimalidir.

Sınavlar devam ederken görevlilerin kimlik bilgilerini, deneme sorularını veya sınavın devam ettiği süre içinde sınavlarda sorulan soruları herhangi bir ortamda paylaşan kişiler hakkında idari para cezası öngörülmüştür. Yukarıda izah ettiğimiz üzere, eylemin suç olarak düzenlendiği durumlarda, kabahatten işlem tesis etme olanağı ortadan kalkmaktadır. Fiilin; hem kabahat hem de suç oluşturması halinde, Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesinin belirlemesi nedeniyle; yalnızca suç bakımından yaptırım uygulanmaktadır¹⁴.

Kabahatler Kanunu'nun, ‘*Organ veya temsilcinin davranışından dolayı sorumluluk*’ başlıklı 8. maddesinde “*Organ veya temsilcilik görevi yapan ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişinin bu görevi kapsamında işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı tüzel kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabilir*” denilmiştir. 6114 Sayılı Kanun'un 10. maddesinin 9. fıkrasındaki kabahatin düzenleniş amacı, Kabahatler Kanunu'nun 8. maddesindeki tüzel kişilerin idari para cezasına çarptırılmak istenmesi olabilir. Ancak kabahatin düzenlenme şekline ve Kanun'un gerekçesinden bu husus sarıh olarak anlaşılmamaktadır.

Aynı şekilde “*sınavın devam ettiği süre içinde sınavlarda sorulan soruları aynen veya değiştirerek herhangi bir ortamda paylaşanlar*” açısından, bu fıkrada yer alan kabahat ortaya çıkacaktır. ‘*Soruları değiştirerek paylaşmak*’tan ne anlaşılması gerektiği müphemdir. Bu durum belirlilik ilkesine aykırı görünmektedir.

Bu kabahatin tekrerrü hâlinde verilecek idari para cezasının bir kat artırılması öngörülmüştür. Bu hüküm, kabahatler bakımından özel bir tekrerrür durumu ortaya çıkarmıştır. Hâlbuki kabahatler açısından genel kural, tekrerrü esas alınmamasıdır. Zira Kabahatler Kanunu ‘*tekrerrür*’ hükümleri içermemektedir¹⁵.

9. fıkra ile ihdas edilen kabahatler hakkında işlem yapılması, yine aynı fıkradaki belirleme nedeniyle, ceza tatbikine engel olmayacaktır. Bu kabahat ayrıca incelenmeyecek olup, yeri geldikçe atf yapılacaktır.

¹⁴ Koca, M. ve Üzülmöz, İ. (2021). Ceza genel hukuku (14. Bs). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 539-540; Akbulut, B. (2018). *Ceza hukuku genel hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 799; Bekar, E. (2011). Kabahatler kanunu'nun genel hükümlerinin değerlendirilmesi. *Journal of Istanbul University Law Faculty*, 69(1-2), 1033-1050, 1049; Ayrıca kabahat olan yaptırımların idari işlemle belirlenmesi mümkün değildir. Kabahatler açısından da kanunilik ilkesi geçerlidir. Akbulut, B. (2021). Kabahatler hukukunda kanunilik ilkesi ve covid-19 nedeniyle alınan tedbirlere aykırılık. *Journal of Penal Law and Criminology*, 9(1), 197-253, 211. Anayasa Mahkemesi kabahatler yönünden kanunilik ilkesini esnek yorumlamaktadır. “*Yasama organının ağır işleyen yapısı ile ekonomik ve teknik hayatın hızla değişen ve gelişen şartları gözetilerek, suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin idari suçlar yönünden daha esnek uygulanması gerekmektedir*” (AYM'nin, 13.01.2016 tarih 2015/85 E., 2016/3. Sayılı kararı).

¹⁵ Uğur, H. (2009). Kabahatler kanunu ve 5252 sayılı kanun'a göre idari para cezası ve yargıtay uygulaması. *TBB Dergisi*, 85, 189-209, 205.

II. Korunan Hukuki Değer

Bilindiği gibi, kanun koyucu suç ihdas ederek belli değerleri korumak istemiştir. Sınav; eğitim ve öğretim kavramlarıyla mündemictir. Sınavlara ilişkin suçların; başkalarının eğitim hakkı, meslek seçme hakkı ve kişiliğini geliştirme hakkını ihlal ettiği belirtilmektedir¹⁶.

‘Gizli olan bilgileri elde etme veya elinde bulundurma’ suçu ile ‘gizli olan bilgileri ifşa etme’ suçlarının, aynı hukuki değeri ihlal ettiğini düşünüyoruz. Bu suçlarla korunmak istenen hukuki değer kamu idaresinin itibarıdır¹⁷. ÖSYM ve MEB tarafından yapılan sınavlar; öğrencileri, öğretmenleri, velileri, diğer kamu kurumlarını dolayısıyla tüm kamuoyunu yakından ilgilendirmektedir. Yapılan sınavların güvenlik, gizlilik ve tarafsızlık ilkelerine göre icra edilmesi beklenir. Bu suçların işlenmesiyle; sınavların icrasına ilişkin güvenlik, gizlilik ve tarafsızlık ilkeleri zedeleneceğinden, suçla korunan hukuki değer; birer kamu idaresi olan ÖSYM ve MEB’in güvenilirliğidir.

Açıklanan suçlar; TCK’nın 258. maddesinde hüküm altına alınan ‘göreve ilişkin sırrın açıklanması’ suçuna benzer niteliktedir. Bu suç bakımından korunan hukuki değer; kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişi olduğu belirtilmiştir¹⁸. ÖSYM Kanunu’na göre gizli bilgileri elde etme/bulundurma ve ifşa etme suçları açısından da aynı kanaati paylaşıyoruz.

‘Kopya çekme, aracılık etme, kopya çektirilmesine imkân sağlama, başkası yerine sınava girme veya başkasını kendisi yerine sınava girmesini sağlama’ suçu ve ‘sınav sonuçlarını değiştirme’ suçu yönünden korunan hukuki değer; kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyiştir. Açıklanan suçların, (doğrudan olmasa da) sınava giren diğer adaylar yönünden fırsat eşitliği¹⁹ ve kişilerin maddi ve manevi varlığını geliştirme²⁰ haklarını ihlal ettiği de öne sürülebilir.

III. Suçun Unsurları

A. Maddi Unsur

1. Fail

Fail, kanun tarafından düzenlenen normu ihlal etmesi nedeniyle sorumlu tutulan kişidir²¹. ‘Gizli olan bilgileri elde etme veya elinde bulundurma’ suçunun faili herkes olabilir²². Zira Yasa’nın 10. maddesinin 2. fıkrasında ‘hukuka aykırı olarak elde eden veya elinde bulunduran kişi’ ifadesi kullanılmıştır. Bu nedenle, gizli bilgileri elinde bulundurma yetkisini haiz olmayan herkes fail olabilir. Sınav sorularını hazırlama komisyonunun üyelerinin sorulara muttali olması ve bunları elinde bulundurması yönünden, hukuka aykırıktan bahsedilemeyeceği için bunlar fail olamazlar. Yine soruların basılması, kitapçıkların mizanpajı gibi hizmetlerde görev alan personelin, gizli bilgileri hukuka aykırı olarak elinde bulundurduğundan bahsedilemeyecektir. Özetle ‘gizli olan bilgileri elde etme veya elinde bulundurma’ suçunun faili, gizli bilgileri bulundurma yetkisine sahip olmayan herhangi bir kişi olabilir.

‘Gizli olan bilgileri ifşa etme’ suçunun faili herkes olabilir. Zira ifşa etme suçunun yasal tanımında, bir önceki cümleye atıf yapılmış ve ‘bu bilgileri ifşa eden kişi’den bahsedilmiştir. Kanımızca bu suçun faili yönünden ikili bir ayrıma gitmek gerekirdi. İfşa suçunun; gizli bilgileri elinde bulundurma yetkisine sahip birisi tarafından işlenmesi farklı, elinde bulundurma yetkisine sahip olmayan birisinin bu bilgileri önce elde edip (hukuka aykırı olarak) sonra ifşa etmesi farklıdır. Bunların ayrı ayrı düzenlenmesi daha isabetli görünmektedir. Fakat kanun koyucu böyle bir tasarrufta bulunmamıştır. Bu nedenle suçun faili herhangi bir kimse olabilir. Bilgileri önce ele geçiren, sonra ifşa eden açısından içtima hükümleri, ilgili bölümde tartışılacaktır.

‘Kopya çekme, aracılık etme, kopya çektirilmesine imkân sağlama, başkası yerine sınava girme veya başkasını kendisi yerine sınava girmesini sağlama’ suçu içerisinde birden fazla seçimlik hareket yer almaktadır. Kopya çekme sözlükte²³ “genellikle yazılı sınavlarda soruları cevaplamak için bir kaynağa gizlice bakmak” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan hareketle, kopya çekme eyleminin faili, kanaatimizce, sınava giren adaydan başkası olamaz. Adayın; sınav sırasında bir kaynağa bakması, diğer adayların kâğıtlarına bakması, başkalarıyla konuşması/fısıldaşması, teknik ve elektronik imkânlarla dışarıya bağlanması birer kopya eylemidir. Bu eylemler münhasıran sınava giren aday tarafından gerçekleştirilebileceğinden bize göre kopya çekme suçu,

¹⁶ Bingöl (n 7) 419.

¹⁷ Karataş, B. (2018). *ÖSYM kanunu’nda düzenlenen suçlar*. (Yüksek Lisans Tezi). Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 5.

¹⁸ Özen, M. ve Köksal, A. (2020). Göreve ilişkin sırrın açıklanması suçu. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 69 (1), 189-232, 196; Alşahin, M.E. (2014). Göreve ilişkin sırrın açıklanması suçu (TCK m. 258). *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 20(2), 219-250, 227.

¹⁹ “Adil ve kapsayıcı bir toplum olmanın öncelikli gereklerinden biri tüm bireylerin eğitim fırsatlarından eşit şekilde yararlanabildiğini ve temel eğitimsel işleyişleri gerçekleştirebildiğini garanti etmektir”. Çelik, R. (2017). Adalet, kapsayıcılık ve eğitimde hakkaniyetli fırsat eşitliği. *Fe Dergi*, 9(2), 16-29, 23; “Millî Eğitim Temel Kanunu’nda yer alan eşitlik ilkesine ilişkin düzenlemeler, ilkenin uygulanma biçimlerinden olan kamu hizmetinden yararlanmada eşitlik ve fırsat eşitliği çerçevesinde gerçekleştirilmiştir. Gerçekten de temel nitelikte bir kamu hizmeti olan eğitimin her aşamasında kimseye ayrıcalık tanımadan eşitlik ilkesi doğrultusunda uygulanmasına yönelik düzenlemeler yapılması, gerek yasama organının gerekse idarenin bir yükümlülüğüdür”. Yıldırım, T. ve Göçgün M. (2016). İdarenin düzenleyici işlemlerinde eşitlik ilkesi. *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(2), 39-60, 47.

²⁰ Gümüş, A.T. (2005). Türk anayasasında kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13(2), 133-172.

²¹ Çetintürk, E. ve Töngür, A.R. (2020). Ceza hukuku genel hükümler (1. Bs). Ankara: Adalet Yayınevi, 122.

²² Karataş (n 17) 10.

²³ Kopya çekmek. (2022). TDK, <https://sozluk.gov.tr/ET:27.08.2022>

özgü suçtur. Katıldığı sınavda kopya çekme ve başkasının kendisi yerine sınava girmesini sağlama eylemlerinin bizzat işlenebilen suç²⁴ olarak nitelenmesi mümkündür.

'Kopya çekilmesine aracılık etme ve kopya çektirilmesine imkân sağlama' şeklindeki hareketler yönünden failde herhangi bir özellik aranmamıştır. Kopya çekme suçunun aksine aracılık ve imkân sağlama suçlarının faili herkes olabilir. Kopya çeken adaya, sınav sırasında teknik destek ve bilgi sağlamak şeklinde aktif bir hareketle kopya çekilmesine imkân sağlanabilir. Gözetmen ve salon görevlilerinin ihmali suretiyle, kopya çekilmesine imkân sağlanması da mümkündür. Bu nedenle suç, aday dışında herkes tarafından işlenebilir. Öte yandan aracılık etmek ve imkân sağlamak; yardımda bulunmak ve tavassutta bulunmak demektir. Suça yardım etme, haddizatında TCK'nın 39. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak 'kopya çekilmesine aracılık etme ve kopya çektirilmesine imkân sağlama' suçu yönünden kanun koyucu, yardım etme konusundaki genel hükümden ayrılmış ve yardım etme eylemini münhasıran suç olarak tanımlamıştır. Mevzuatımızda, yardım niteliğindeki hareketlerin bağımsız bir suç olarak düzenlendiği çeşitli suç tipleri bulunmaktadır²⁵.

'Başkası yerine sınava girme' hareketinin faili yönünden bir belirleme yapılmamıştır. Aday dışında herkes bu suçun faili olabilir. Ancak, 'başkasının kendisi yerine sınava girmesini sağlama' suçunun faili yalnızca sınava girecek aday olabilir. Bu nedenle suçun, özgü suç olduğu kanaatindeyiz.

'Sınav sonuçlarını değiştirme' suçunun faili herhangi bir kişi olabilir. Sonuçların adayın lehine veya aleyhine değiştirilmesi önem taşımamaktadır. Sonuçların, dijital ortamda değiştirilmesi yahut birtakım evrakın tahrifi yoluyla değiştirilmesi önemli değildir. Fail; sınava giren aday, sınav merkezi yetkilisi yahut bir başkası olabilir. Bilişim suçları yoluyla sonuçların değiştirilmesi de mümkündür. Bu nedenle suçun herkes tarafından işlenebileceğini düşünmekteyiz.

Yasa'nın 10. maddesinin 6. fıkrasındaki belirleme nedeniyle; bu suçların, bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi nitelikli hal olarak belirlenmiştir. Toplu olarak bu suçları işlemekle, daha evvel kurulmuş bir örgüt çerçevesinde bu suçları işlemek farklı anlamlara gelmektedir²⁶.

2. Mağdur

Suçun mağduru; suç olarak tanımlanan eylem nedeniyle (hukuki değer ihlal edilmesi ya da tehlikeye düşürülmesiyle) haksızlığa uğrayan kişidir²⁷. Bir başka deyişle mağdur, suçun konusunun ait olduğu kişidir²⁸. Katoğlu²⁹ suçun mağdurunu, "ceza normu tarafından korunan, suç fiili ile ihlal olunan varlık ya da menfaatin hamili" olarak tanımlamaktadır. Mağdur ile suçtan zarar gören kişi kavramları aynı hususa taalluk etmemektedir³⁰.

Tüzel kişilerin suçun mağduru olup olamayacakları doktrinde tartışmalıdır³¹. Ancak konuyu dağıtmamak adına bu tartışmaya burada değinilmeyecektir. Burada, TCK'nın 43. maddesinde zikredilen 'mağduru belli bir kişi olmayan suçlar' kavramının³² daha uygun düştüğü kanaatindeyiz.

Suçla korunan hukuki değer kamu idaresinin güvenilirliği olduğuna göre, bu değer sahibi/hamili sıfatıyla kamunun mağdur olduğunun kabulü gerekecektir. Zira 'gizli olan bilgileri elde etme veya elinde bulundurma' suçu, 'gizli olan bilgileri işa etme' suçu, 'kopya çekme, aracılık etme, kopya çektirilmesine imkân sağlama, başkası yerine sınava girme veya başkasını kendisi yerine sınava girmesini sağlama suçu, kopya çekilmesine aracılık etme ve kopya çektirilmesine imkân sağlama ve başkası yerine sınava girme' suçlarının mağduru belli bir kişi değil, herkeştir. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlar kavramından hareketle,

²⁴ "Özgü suç ile bizzat işlenebilen suçları ayırt etmeye yönelik görüşleri değerlendirecek olursak, bizzat işlenebilen suçlarda fiil sadece gerekli niteliği haiz kişi tarafından gerçekleştirilebilirken, özgü suç bakımından bu zorunluluğun olmadığı ifade edilmiştir". Kitapçioğlu Yüksel, T. (2021). Özgü suç. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 126. Ancak yazar, bizzat işlenebilen suçları, ayrı bir suç tipi olarak görmemekte, özgü suçların bir alt kategorisi olarak nitelemektedir.

²⁵ İntihara yönlendirme (TCK 84) ve suç işlemek amacıyla kurulan örgüte yardım (TCK 220/7) suçları gibi. Limoncu, M. (2022). Terör suçlarına iştirak. *Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi*, 5(2), 195-235, 210.

²⁶ Şen, E. ve Eryıldız, H.S. (2021). *Suç Örgütü*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 419; Bazı yazarlar örgütlü suçluluğu kriminoloji bilimi çerçevesinde değerlendirmektedir. Özgenç, İ. (2019). *Suç Örgütleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 13.

²⁷ Baş, E. (2021). Ceza hukukunda fail ve mağdur. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 114; Hafizoğulları, Z. (2019). 5237 sayılı türk ceza kanununda fail. e-makale, <http://www.abchukuk.com/makale/makale308.html> Erişim Tarihi:12.05.2019 527-528.

²⁸ Özgenç, İ. (2021). Türk ceza hukuku genel hükümler (17.Bs). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 211-212; Akbulut, B. (2020). *Türk Ceza Hukuku Temel Bilgiler* (2. Bs). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 159;

²⁹ Yazara göre; "Mağdur, şikâyetçi ve suçtan zarar gören kavramları farklı kanun maddelerinde tereddütlere yol açacak biçimde kullanılmıştır. CMK'nun 234. maddesinde mağdur ile şikâyetçinin hakları düzenlenirken, bu kişilerin davaya katılma hakkı öngörülmüş, daha sonra davaya katılmayı düzenleyen 237. maddede, mağdur, suçtan zarar gören ve malen sorumlu olanların davaya katılma hakkına sahip oldukları hükmüne yer verilmiştir". Katoğlu, T. (2012). Ceza hukukunda suçun mağduru kavramının sınırları. *AÜHF*, 61(2), 657-693, 661-662; Akbulut ve Özgenç mağduru 'dar anlamda mağdur' ve 'geniş anlamda mağdur' olarak sınıflandırmaktadır. Akbulut (n 14) 160; Özgenç (n 28) 226.

³⁰ Özgenç (n 28) 223; İşlenen bir suç nedeniyle doğrudan zarar gören, suçla korunan hukuki değer sahibi 'mağdur' olarak ifade edilirken, dolayısıyla zarara uğrayanlar 'suçtan zarar gören' şeklinde tanımlanmıştır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun bu kavramları birbiri yerine kullanması eleştiriye açıktır. Değirmenci, O. (2008). Ceza ve ceza muhakemesi hukukunda mağdur hakları. *TBB Dergisi*, 77, 33-86, 42.

³¹ "Mağdur gerçek kişi olabileceğinden tüzel kişiler mağdur olamaz, ancak suçtan zarar gören olabilirler". Akbulut (n 14) 160; Özgenç (n 28) 219; aksi yönde bkz: Demirbaş, T. (2014). Ceza hukuku genel hükümler (10. Bs). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 462; Katoğlu (n 29) 674; Özen ve Köksal (n 18); Baş (n 27).

³² Katoğlu (n 29) 666. Yazar, kamunun mağdur olduğu suçlarla ilgili olarak bu kavramı kullanmaktadır.

geniş anlamda tüm toplum mağdurdur. Sınavla ilgisi bulunan, sınavdan sonuç almayı murat eden adaylar ise suçtan zarar gören konumundadırlar.

Aynı şekilde ‘*sınav sonuçlarını değiştirme*’ suçunda da mağdur belli bir kimse olmayıp, toplumu oluşturan herkes mağdurdur. Ancak sonuçları değiştirme eyleminin bir kimsenin aleyhine olması halinde; aleyhine değişiklik yapılan aday, suçtan zarar gören olabilir³³. Öte yandan bir kişinin lehine yapılan değiştirme işlemi, bir veya birden fazla adayın zarar görmesine yol açmışsa, bunların da suçtan zarar gören olarak kabulü gerekir.

3. Hareket ve Netice

‘*Gizli olan bilgileri elde etme veya elinde bulundurma*’ suçu serbest hareketli bir suçtur³⁴. Gizli olan bilgilerin, birisinin eline geçmesi yeterlidir. Zira kanun koyucu bu bilgilerin nasıl ele geçirildiği yönünde bir belirleme yapmamıştır. Bu bilgiler; sınav personelinin edinilebileceği gibi kitapçıkların çalınması, ortam dinlemesi yoluyla yahut bilişim araçları vasıtasıyla elde edilmiş olabilir.

‘*Gizli olan bilgileri elde etme veya elinde bulundurma*’ suçu sırf hareket suçudur ve bir neticenin meydana gelmesi gerekmemektedir. Öte yandan suçun kesintisiz/mütemadi³⁵ bir suç olduğu kanaatindeyiz³⁶. Zira fail bu bilgileri hukuka aykırı olarak ele geçirmekte ve failin elinde bulundurduğu zaman diliminde suç temadi etmektedir. Gizli olan bilgileri elde etme eylemi yönünden, yasak bir bilgiyi ele geçirmeye yönelik aktif bir davranış gerektirdiğinden suç, icrai niteliktedir. Ancak elinde bulundurma eylemi açısından suç ihmal suretiyle işlenmesi mümkün görülebilir. Örneğin gizli bilgileri elinde bulundurma hakkına sahip olmayan bir ÖSYM çalışanının, bilgisayarında gizli bilgilerin bulunduğunu fark etmesi, ancak bu bilgilere yönelik herhangi bir eylemde bulunmaması halinde, elinde bulundurma hareketi ihmal suretiyle gerçekleşmiş olacaktır.

‘*Gizli olan bilgileri elde etme veya elinde bulundurma*’ suçu için bir neticenin meydana gelmesi aranmadığından, bu suç tehlike suçudur. Bu tehlike hali soyut niteliktedir³⁷. Sınavla hiç ilgisi bulunmayan ve elde ettiği bilgileri herhangi bir şekilde paylaşmayan kişi de bu nedenle cezalandırılır. Sorular yahut gizli bilgilerin, herhangi bir kişinin eline geçmesiyle oluşan risk, faili cezalandırmak için yeterlidir. Bu nedenle, bu suçun soyut tehlike suçu olduğunu değerlendirmekteyiz. Kanun koyucu, suçun konusu olan gizli bilgilerin, yetkisi bulunmayan kimselerin eline geçmesini cezalandırmak istemiştir. Gizli bilgileri ele geçirme ya da elinde bulundurma eylemi ile ortaya çıkan tehlike, suçun oluşumu açısından yeterlidir.

‘*Gizli olan bilgileri ifşa etme*’ suçu da serbest hareketli bir suçtur. Gizli bilgileri elinde bulundurmaya yetkili olan kişinin, bir veya birden fazla kişi ile bu bilgileri paylaşması, suçun tamamlanması için yeterlidir. Ayrıca önce ‘*gizli olan bilgileri elde etme*’ suçunun işlenmesi, ardından bu bilgilerin paylaşılması suretiyle ‘*gizli olan bilgileri ifşa etme*’ suçunun işlenmesi de mümkündür.

‘*Gizli olan bilgileri ifşa etme*’ suçu serbest hareketlidir ve sırf hareket³⁸ suçlarındandır. Zira bu suç dolayısıyla bir neticenin ortaya çıkması aranmamıştır. ‘*Ifşa*’; ‘*açığa vurma, faş etme*’ demektir³⁹. Bu nedenle en az bir kişinin ifşa edilen bu bilgileri görmesi, duyması veya bir başka şekilde muttali olması gerekir.

‘*Gizli olan bilgileri ifşa etme*’ etme suçunun icrai nitelikte bir suç olduğu ileri sürülmüştür⁴⁰. Kanaatimizce ‘*görünüşte ihmali suç*’⁴¹ olarak işlenmesi de mümkündür. Failin önce bilgileri hukuka aykırı olarak ele geçirdiği, sonra bu bilgileri açıklandığı hallerde icrai hareket söz konusudur. Ancak hukuken gizli bilgileri elinde bulundurmaya yetkili görevlinin, ihmali nedeniyle

³³ Karataş (n 17) 108.

³⁴ Failin nasıl icra edileceği konusunda belirleme yapılmamışsa, bu tür suçlara ‘serbest hareketli suçlar’ denilmektedir. Özgenç (n 28) 184.

³⁵ “. . . mütemadi suç, aniden oluşan suçlara göre daha fazla bir şeyler içeren suç tipidir. Bu suç tipinin ani suça göre fazladan içerdiği husus, haksızlığın belli ve makul bir zaman aralığında failin iradesiyle devam etmesidir”. Yerdelen, E. (2014). Mütemadi (kesintisiz) suç. TAAD, 5(18), 113-152, 117.

³⁶ Örneğin Yargıtay, tehlikeli madde bulundurma suçunda mütemadi suçun varlığı kabul etmektedir. Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin 2017/4575 K. ve aynı dairesinin 2016/747 K sayılı ilamları. Aynı şekilde uyuşturucu madde bulundurma suçu da mütemadi suçtur. Çetintürk ve Töngür (n 21) 135.

³⁷ “Suçlar, fail tarafından gerçekleştirilen failin, suçun konusu üzerinde bir zarar veya tehlike meydana getirmesine, başka bir ifadeyle failin, suçun konusu üzerindeki etkisine göre zarar suçları (Verletzungsdelikte) ve tehlike suçları (Gefährdungsdelikte) olarak iki ana başlığa ayrılmakta; tehlike suçları da kendi içerisinde soyut ve somut tehlike suçları şeklinde sınıflandırılmaktadır” Roxin, C. (2006). *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (Band I, 4. Auflage). München, aktaran; Ersoy, U. (2020). Ceza hukukunun gri alanı: tehlike suçları. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 1(41), 27-64, 31.

³⁸ Benzer bir ifşa suçu olan kişisel verileri yama suçu konusunda Yargıtay suçun neticeli suç olmadığına hükmetmiştir. “Bu suçta herhangi bir neticenin gerçekleşmesi aranmadığından maddede sayılan seçimlik hareketlerin yapılmasıyla suç oluşacaktır. Bu açıdan TCK’nun 136. maddesindeki “verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme” soyut bir tehlike suçudur”. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 2012/12-1510 E. ve 2014/331 K. Sayılı ilamı.

³⁹ Ifşa eyleminin normatif veya deskriptif bir tanıma ihtiyaç duyduğu açıktır. Burada ‘devletin güvenliği veya iç veya dış siyasi yararları bakımından gizli kalmalı gereken bilgileri açıklamak’ suçuna benzer bir durum söz konusudur. “Bilgileri açıklamak, bilgiye sahip olmayı, zorunlu olarak, bilginin, meşru veya gayri meşru veya tesadüfen elde edilmiş olmasını gerektirmektedir. . . Doktrinde, cezalandırılan davranışın, ‘sırrın ifşası’ olduğu; ifşanın, iki biçimde, nakletmek ya da yaymakla, gerçekleştirilebildiği; bunlardan, nakletmenin, sırrın, çok çeşitli biçimlerde belli bir kimseye veya belli sayıda kimselere iletilmesi; buna karşılık, yaymanın, sırrın, basın ve yayın veya medya vasıta kılınarak belirsiz sayıda kimselere ulaştırılması olduğu ifade edilmektedir”. Hafızoğulları, Z. ve Küçüktaşdemir, Ö. (2015). Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk. *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2, 123-170, 145. Ayrıca atıf yapılan yazarlar ‘devletin güvenliği veya iç veya dış siyasi yararları bakımından gizli kalmalı gereken bilgileri açıklamak’ suçunun tehlike suçu olduğu, ancak bazen zarara neden olabileceği kanaatinde.

⁴⁰ Karataş (n 17) 6.

⁴¹ “İhmali suçlara ilişkin teorik ve pratik tartışmaların büyük bölümü, saf ihmali suçlardan ziyade ‘görünüşte ihmali suçlar’ üzerine yoğunlaşmaktadır. Görünüşte ihmali suçlarda fail; aslında icrai bir davranışla gerçekleştirilebilecek bir neticeden, ‘bu neticeyi engellemeye yönelik davranış gerçekleştirmediği’ için sorumlu tutulmaktadır”. Yurtlu, F. (2021). Suç teorisi bakımından ihmali suçların yapısı. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25(3), 581-638, 582.

bilgilerin ifşa olması halinde, ihmali olarak ifşa suçunun işlenebileceğini düşünüyoruz. Örneğin bir yakınıyla telefonda konuşan sınav hazırlama komisyonu görevlisinin, sınav sorularının yüksek sesle okunduğu ortamda telefonu kapatmaması ve görüşmekte olduğu kişinin bu soruları işitmesi halinde, görevlinin ihmali söz konusudur. Burada failin elinde bulunan bilgiler açısından hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Ancak fail gizli bilgilerin açığa çıkmaması için gerekli önlemleri almayı ihmal etmektedir.

Aslında icrai davranışla işlenebilecek bir suçun, ihmal suretiyle işlenmesi durumuna ‘*görünüşte ihmali suç*’ denilmektedir. Bunun için failin neticeyi önlemek bakımından özel bir yükümlülüğü bulunmalıdır. Bu durumda fail, sonucun ortaya çıkmasını engellememesi nedeniyle sorumlu tutulmaktadır⁴². Örneğin soru hazırlamakla görevli kamu görevlisi bu bilgileri üçüncü kişilerle paylaşmama konusunda yükümlülük altındadır. Bu yükümlülük hem kanundan hem de kurumla yapılan sözleşmelerden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle görevliler, soruları yahut gizli kalması gereken sair evrakın ifşa olmaması için gerekli önlemleri almakla mükelleftir. Failin bilgisayarını açık bırakması, bu bilgilerin yer aldığı çalışma föylerini herkesin girip çıkabileceği yerde buldurması halinde, bize göre, gizli bilgiler ihmal suretiyle ifşa edilmiş olur.

‘*Gizli olan bilgileri ifşa etme*’ etme suçu, zarar suçu değildir. Bu eylem nedeniyle bir zararın ortaya çıkması gerekmemektedir. Örneğin gizli bilgileri ifşa eden ÖSYM görevlisinin, gizli olan bilgileri sınavla hiç ilgisi bulunmayan arkadaşlarıyla paylaşması halinde bilgilerin ifşası gerçekleşmiştir. Ancak bu bilgilerin o ortamda kalması, sınav ve sınav güvenliği bakımından hiçbir zararın doğmaması mümkündür. Suç zarar suçu olmadığından, bir zararın doğup doğmadığına bakılmaksızın, suçun oluştuğu kabul edilmelidir⁴³. Henüz birisi görmemiş olsa bile bu bilgileri görme, bu bilgilere ulaşma ihtimali soyut tehlikeliliğe işaret etmektedir.

‘*Kopya çekme, aracılık etme, kopya çektirilmesine imkân sağlama, başkası yerine sınava girme veya başkasını kendisi yerine sınava girmesini sağlama*’ suçu seçimlik hareketli⁴⁴ bir suçtur. Herhangi bir adayın sınav sırasında bizzat kopya çekebileceği gibi; başkası yerine sınava girme, başkasını kendisinin yerine sınava sokma, kopya çekilmesine yardım etme ve kopya çekilmesine imkân sağlama hareketlerinden birisinin icrasıyla bu suç işlenebilir.

Kanaatimizce suç, ihtiva ettiği seçimlik hareketler itibarıyla icrai niteliktedir. Ancak *kopya çektirilmesine imkân sağlama* şeklindeki hareketin ihmal suretiyle işlenmesini mümkün görmekteyiz. Kopya çekilmesi sırasında görevini tam olarak yerine getirmeyen gözetmen ve sınav salon sorumlularının, kanundan doğan garantörlük görevini ihmal etmesi, bu nevidendir.

‘*Kopya çekme, aracılık etme, kopya çektirilmesine imkân sağlama, başkası yerine sınava girme veya başkasını kendisi yerine sınava girmesini sağlama*’ suçu, sırf hareket suçudur ve bir neticenin meydana gelmesi gerekmemektedir. Kopya suçları tehlike suçları içerisindedir ve bu tehlike soyut niteliktedir. Sınav sonuçları değişirse bile suç oluşur. Örneğin adayın yerine sınava giren kişinin baraj puanı dahi alamaması, adayın kopya çekmesine rağmen yanlış cevapları işaretlemesi gibi hallerde de suç oluşur. Kanun, bu suçlar bakımından bir neticenin yahut somut tehlikenin varlığını aramamıştır. Kopya suçlarının ses ya da görüntü ileten araçlarla işlenmesi de aynı kapsamdadır.

Kopya çekme, çekilmesine imkân sağlama ve aracılık etme fiillerinin cezalandırılacağına ilişkin hüküm karşısında; “*ses veya görüntü nakleden cihaz kullanmak suretiyle kopya çeken veya bu suretle kopya çekilmesine aracılık eden*”lerden ayrıca bahsedilmesi isabetli değildir. Zira bu tanım suçun işleniş biçimine ilişkin bir tafsilattan ibarettir. Bize göre, bu halin nitelikli hal olarak düzenlenmesi daha yerinde olurdu.

‘*Sınav sonuçlarını değiştirme*’ suçu, serbest hareketli bir suçtur. Sonuçların bir şekilde değiştirilmesi yeterlidir. Değişen sonuçların adayın lehine veya aleyhine olmasının önemi bulunmamaktadır. Bu nedenle suçun sırf hareket suçu olduğunu düşünüyoruz. Bize göre sınav sonuçlarını doğrudan değiştirmek yerine, sonuçları değiştirebilecek cevap kâğıdı tahrifatları ve dijital hileler de bu kapsamdadır. Yani sonuçları doğrudan değiştirmemekle birlikte, adayın notunun ve sıralamasının değişmesine yol açacak her türlü eylem, sonuçları değiştirme suçunu oluşturmaktadır. Kanun koyucu sonuçların nasıl değiştirilmesi gerektiği yönünde bir belirleme yapmamıştır. Sınav sonuçlarının değiştirilmesi; evrak üzerinde tahrifat ve sahtecilik, dijital verilere müdahale, sonuçların belirlenmesinde kullanılan ölçek ve cevap anahtarlarında hile şeklinde olabilir.

Sonuçları değiştirme hareketi aktif bir davranışla gerçekleştirilebileceğinden, suç icrai niteliktedir. İhmal suretiyle işlenmesi mümkün değildir. *Sınav sonuçlarını değiştirme* suçu sırf hareket suçudur⁴⁵. Sonuçların değişmesi yeterli olup, başka bir neticenin meydana gelmesi gerekli değildir. Sonuçların lehte veya aleyhte değişmesi şeklinde bir sonucun varlığına rağmen; hiç kimsenin bundan zarar görmesi gerekmez. Bu nedenle suç soyut tehlike suçudur.

⁴² Özgenç, İ. (2021). İhmalî suç teorisi. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25(4), 303-378, 308.

⁴³ Ersoy (n 37) 44.

⁴⁴ “*Sırf hareket suçlarında hareketin yapılmasıyla suçun maddi unsuru gerçekleşmiş olmaktadır. Doğal anlamda bir netice tipiklikte öngörülmüştür. Aynı şekilde soyut tehlike suçlarında da hareketin gerçekleştirilmesiyle suçun maddi unsuru gerçekleştirilmiş olur*”. Keçelioğlu, E. (2021). Sırf hareket suçu soyut tehlike suçu mudur? *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25(2), 433-464, 461.

⁴⁵ Karataş (n 17) 109.

4. Suçun Konusu

Kanunda yazılı “*tipik hareketin üzerinde icra edildiği kişi veya şey*”⁴⁶ suçun konusunu oluşturur. Suçun konusu; “*üzerinde suçun husule geldiği insan veya şeydir*”⁴⁷. ‘Gizli olan bilgileri elde etme veya elinde bulundurma’ suçu ile ‘gizli olan bilgileri ifşa etme’ suçunun konusu gizli bilgilerdir. Gizli bilgilerin neler olduğu, 6114 sayılı Kanun’da sayılmıştır.

Yasa’nın 6. maddesinin 10. fıkrasındaki açık belirleme nedeniyle, bu kanun kapsamında görev alan kamu görevlileri ile özel hukuk tüzel kişilerinin ilgili personeli, görevlerini sırasında edindikleri gizlilik taşıyan bilgileri, kişisel verileri, sınavlarla ilgili gizlilik taşıyan bilgileri, ticari sırları ve bunlara ait belgeleri açıklamamakla yükümlüdürler. Bu bilgilerin, kendileri veya üçüncü kişilerin yararına kullanılması da yasaklanmıştır. Aynı fıkrafta “*Bu yükümlülük görevden ayrılmalarından sonra da devam eder*” denilmiştir. Belirtmek gerekir ki, özel hukuk tüzel kişilerinin ve bunların personelinin sorumluluğu; bunlardan hizmet satın alınması durumunda ortaya çıkmaktadır. Kanun’un 7. maddesinde benimsenen kurala göre; ÖSYM tarafından yapılan sınav işlemlerinin, gizlilik ve tarafsızlık içerisinde yapılması gerekmektedir. Aynı maddenin 8. fıkrasında “*Soru hazırlama faaliyetlerine ilişkin olarak, yayımlanmış ve alenileşmiş her türlü yazılı, görüntülü ve sesli eserlerden yararlanılması veya ictibas yapılması eğitim ve öğretim kapsamında değerlendirilir, eser ve eser sahibinin kimliği gizli tutulur*” denilmiştir. Buna göre eser sahiplerinin kimlikleri de gizlilik kapsamındadır.

Yasa’nın ‘Sınav güvenliği’ başlıklı 9. maddesinin 1. fıkrasında yer alan hükme göre; “*Sınav soruları ile bunları hazırlamakla görevlendirilmiş olan kişilerin kimlikleri gizli tutulur*”. Bu belirlemeye göre, ÖSYM’ye soru hazırlamakla görevli olanların kimlikleri de gizli bilgi kapsamındadır. Aynı fıkrafta devamlı; “*Soru havuzundaki sorular hiçbir koşul altında kısmen ya da tamamen üçüncü şahıslara verilmaz*” denilerek soru havuzunda yer alan soruların gizli bilgi kapsamında olduğu belirtilmiştir. Sınav soru ve cevapları, soru hazırlayanların kimlikleri, yararlanan eserler ve eser sahiplerinin kimlikleri gizlidir. Bu bilgileri elde etmek veya elde bulundurmak suç olarak tanımlanmıştır.

‘Kopya çekme, aracılık etme, kopya çektirilmesine imkân sağlama, başkası yerine sınava girme veya başkasını kendisi yerine sınava girmesini sağlama’ suçunun konusu ÖSYM ve MEB tarafından yapılan merkezî sınavlardır.

‘Sınav sonuçlarını değiştirme’ suçunun konusu ise sınav sonuçlarıdır. Kanun koyucu sınavların her türlü şaibeden uzak ve objektif olarak yapılmasını amaçlamıştır. Sınav sonuçları bu suçun konusunu oluşturmaktadır.

B. Manevi Unsur

Suçun manevî unsuru, faille eylem arasındaki manevî bağa taalluk etmektedir⁴⁸. TCK’nın 21. maddesine göre suçun oluşması failin kastının varlığına bağlıdır. Yasanın 22. maddesi ise açıkça belirtilen hallerde ve suçun taksirle işlenebileceği hallerde failin sorumluluğuna gidilebileceğini hüküm altına almıştır.

‘Gizli olan bilgileri elde etme veya elinde bulundurma’, ‘gizli olan bilgileri ifşa etme’, ‘kopya çekme, aracılık etme, kopya çektirilmesine imkân sağlama, başkası yerine sınava girme veya başkasını kendisi yerine sınava girmesini sağlama’, ‘sınav sonuçlarını değiştirme’ suçları kasten işlenebilecek suçlardır. Bu suçların taksirli haline kanunda yer verilmemiştir.

‘Gizli olan bilgileri elde etme veya elinde bulundurma’ suçu ancak doğrudan kastla işlenebilir. Bir suç yönünden ‘hukuka aykırı olarak’ şeklinde belirleme bulunması halinde Özgenç’e göre, suçun olası kastla işlenmesi mümkün olmamaktadır⁴⁹. Yazara göre; bu durumda ortaya çıkan kast hukuka aykırılığı da kapsamaktadır. Özel hukuka aykırılık bulunması halinde, kastın tanımında ele alınan ‘bilme’ ve ‘isteme’ durumu, bize göre de hukuka aykırılığa şamildir. Öte yandan bu suçun oluşumu açısından herhangi bir amaç ve saik aranmamıştır.

‘Gizli olan bilgileri ifşa etme’ suçunun oluşması için doğrudan kast yeterlidir. Suçun oluşumu açısından amaç ve saik de aranmamıştır. Bu suçun olası kastla işlenebileceği⁵⁰ kanaatindeyiz. Örneğin, bu kanuna göre gizli bilgilerin bulunduğu ekranı açık bırakan sınav uzmanının, başkalarının görebileceğini öngörmesine rağmen eylemine devam etmesi olası kasttır. Zira bu halde fail gizli bilgilerin veya soruların görülebileceğini öngörmekte fakat ‘*olursa olsun*’ diyerek ekranı açık bırakmaktadır. Bu örnekte olduğu gibi suçun olası kastla işlenmesi bize göre mümkündür.

‘Gizli olan bilgileri ifşa etme’ suçunun taksirli haline yer verilmemiştir. Özellikle merkezi sınavların bütçeye getirdiği yük,

⁴⁶ Koca ve Üzülmaz (n 14) 118.

⁴⁷ Erem, F. (1968). Suçun konusu ve hümanist doktrin. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25(1), 11-33, 14.

⁴⁸ Çetintürk ve Töngür (n 21) 148; Suç bakımından failin, tipik haksızlık unsurları açısından kast ya da taksirle hareket ettiğinin belirlenmesi gerekmektedir. Koca ve Üzülmaz (n 14) 146.

⁴⁹ Özgenç’e göre hukuka aykırılığın özel olarak işaret edildiği hallerde yani failin, işlediği failin hukuka aykırı olduğunu bilmesini aradığından bu suçlar sadece doğrudan kastla işlenebilir. Özgenç (n 28) 302.

⁵⁰ Konumuz olan 6114 sayılı Kanun’un 10/2. maddesinde bu kanuna göre gizli olan bilgileri elde etme veya elinde bulundurma suçu yönünden özel hukuka aykırılık belirlemesi yapılmıştır. Aynı maddede yer alan bu bilgileri ifşa etme suçu bakımından özel hukuka aykırılık mevzu bahis değildir. Ifşa suçunda yalnızca ‘gizli bilgiler’ bakımından bir önceki cümleyle gönderme yapılmıştır. Ezcümle hukuka aykırı olarak ifadesi, gizli bilgileri elde etme ve bulundurma suçu için geçerli olup, ifşa suçuna şamil değildir.

milyonlarca öğrencinin sınavlara hazırlık süreci, sınavın tekrarlanmasındaki zorluk ve kamu idaresine karşı oluşacak güvensizlik nazara alındığında, suçun taksirli haline yer verilmesi önerilebilir.

'Kopya çekme, aracılık etme, kopya çektilmesine imkân sağlama, başkası yerine sınava girme veya başkasını kendisi yerine sınava girmesini sağlama' suçu bakımından özel bir kastın bulunması gerekmemektedir. Kopya çekme, başkası yerine sınava girme veya başkasını kendisi yerine sınava girmesini sağlama hareketlerinin olası kastla işlenmesi mümkün değildir. Ancak kopya çekilmesine aracılık etme veya kopya çektilmesine imkân sağlama hareketleri yönünden olası kastı mümkün görüyoruz. Örneğin sınav salonunda bir öğrencinin, doğru cevapladığı soruları, bir başka aday 'görürse görsün' diyerek olası kastla hareket etmesi mümkündür. Bu halde bir başka öğrenci kopya çekerse (diğer adayın kâğıdından görerek) kâğıdını ortaya koyan adayın olası kastından bahsedilebilir.

'Sınav sonuçlarını değiştirme' suçu doğrudan kastla işlenebilecek bir suçtur. Kanun koyucu amaç ve saik aramamıştır. Bu nedenle failin özel bir kastının bulunması gerekmez. Suçun olası kastla işlenmesi de mümkün gözükmemektedir.

C. Hukuka Aykırılık

Hukuka aykırılık; işlenen suç bakımından karine olarak mevcut sayılır⁵¹. Bu nedenle tipe uygun hareketin aynı zamanda hukuka aykırı olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır⁵². Varsa hukuka uygunluk nedenleri, her suç bakımından incelenmelidir. Ceza kanunlarında düzenlenen suçlarda genel olarak hukuka aykırılık inceleme konusu olmakla birlikte, bazı düzenlemelerde hukuka aykırılığın özel olarak belirtilmesi durumunda 'hukuka özel aykırılık' ifadesi kullanılmaktadır⁵³. Hukuka özel aykırılık durumunda suçun kanuni tarifinde, hukuka aykırı olduğunun vurgulanması söz konusudur. Dolayısıyla tarif edilen eylemin başında yer alan 'hukuka aykırı olarak' ifadesi çoğu yazara göre tipikliğe aittir⁵⁴. Özel hukuka aykırılığı açıklamak için çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Hukuka özel aykırılığı, tipikliğin olumsuz unsuru olarak gören görüşü⁵⁵ isabetli bulmaktayız.

Hukuka özel aykırılık tipik hareketi tanımlamak/betimlemek için kullanılmışsa, tipiklik içerisinde ele alınmalıdır. Bir başka deyişle eylemin bir unsuruna matuf hukuki değerlendirmeler normatif unsurlar içerisinde kabul edilmelidir⁵⁶. Buna karşın, suçun tamamı bakımından geneli vurgulayan bir yapıya sahipse, hukuka aykırılık, bu durumda tipiklik içerisinde değerlendirilmeyecektir. Bu halde, kanun koyucu, hukuka uygunluk nedeni bulunabileceği konusunda ceza yargıcını uyarmak istemiştir⁵⁷.

Hukuka aykırılıkla ilgili bu tespitlerin hata hükümleri bakımından bazı sonuçları bulunmaktadır. Hukuka özel aykırılık tipikliğe ait unsurlardan birisini nitilemekte ise burada meydana gelecek hata, tipiklik kapsamında ele alınmalıdır. Bu durumda TCK'nın 30. maddesinin 1. fıkrası uygulanmalıdır⁵⁸.

6114 Sayılı Kanun'un 10. maddesinin 2. fıkrasında "bu Kanun hükümlerine göre gizli olan bilgileri, hukuka aykırı olarak elde eden veya elinde bulunduran kişi. . . cezalandırılır" denilmiştir. Gizli bilgileri kanunun verdiği yetki ile elde eden, elinde bulunduran kişi bakımından tipikliğe ait unsur eksik olacağı için suç oluşmayacaktır. Gizli bilgileri ele geçirme ve elinde bulundurma hareketi açısından, hukuka aykırılık yok ise tipiklik gerçekleşmemiş olacaktır.

'Gizli olan bilgileri ifşa etme' suçunun tanımında özel bir hukuka aykırılık nitelmesi yapılmamıştır. 'Bu bilgileri ifşa eden kişi' denilerek bir önceki cümleye yapılan atıf, gizli bilgiler yönünden yapılmıştır. İfşa suçu bakımından (tipik hareketle birlikte hukuka aykırılık karine olarak var olduğundan) varsa hukuka uygunluk nedenlerinin tartışılması gerekmektedir.

Ceza mevzuatımızda; 'kanunun hükmünü ifa', 'meşru savunma', 'hakkın kullanılması' ve 'ilgilinin rızası' birer hukuka uygunluk nedenidir⁵⁹. İfşa suçunda meşru savunma ve ilgilinin rızası söz konusu olamaz. Ancak ÖSYM tarafından bazı bilgilerin paylaşılmasına müsaade edilmesi, sınavdan sonra bazı soruların paylaşılmasına izin verilmesi, kanun emrini ifa kapsamında değerlendirilebilir. Zira bu bilgilerin basınla veya kamuoyuyla paylaşılması idarenin, kanunun verdiği yetkiyle alacağı bir karara bağlıdır. Aynı şekilde sınavla ilgili bir yargılamada, herhangi bir sıfatla dinlenen görevlinin mahkemece sorulan sorulara cevap vermesi⁶⁰ kanun emrini ifa kapsamında değerlendirileceğinden, ifşa suçu oluşmayacaktır.

⁵¹ Hukuka aykırılığın mahiyeti konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Tipe uygun hareketi, hukuka aykırılığın karinesi olarak kabul etmekteyiz. Bkz. Koca ve Üzülmaz (n 14) 265.

⁵² "Bir suç tanımı karşısında tipik olan fiil, kural olarak hukuka aykırıdır. Ceza hukuku anlamında bir haksızlıktan (Gesamtunrecht) söz edebilmek için, fiilin tipik ve hukuka aykırı olması gerekir (haksızlık = tipik + hukuka aykırı fiil). Tipiklik ve hukuka aykırılık, birbirinden bağımsız olarak suç teşkil eden haksızlığın yapısal unsurlarını oluşturmaktadır; hukuka aykırılık, tipikliğin bir unsuru değildir". Göktürk, N. (2016). Suçun yasal tanımında yer alan "hukuka aykırılık" ifadesinin icra ettiği fonksiyon. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(1), 407-450, 417.

⁵³ Turhan, O. (2006). *Bilgisayar ağları ile ilgili suçlar*. (Planlama Uzmanlığı Tezi). Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, 139.

⁵⁴ Zafer, H. (2015). *Ceza hukuku genel hükümler* (5. Bs). İstanbul: Beta Yayıncılık, 296; Soyaslan, D. (2012). *Ceza hukuku genel hükümler* (4. Bs). Ankara: Yetkin Yayınları, 436; Demirbaş (n 31) 261; aksi yönde görüş için bkz: Göktürk (n 52) 426.

⁵⁵ Tipikliğin negatif unsurları teorisine göre, hukuka aykırılık unsurunun tipikliğin olumsuz unsurunu oluşturması nedeni ile suçun yasal tanımında yer alan bu unsurlar tipikliğe dâhildir. Göktürk (n 52) 424.

⁵⁶ Erman, B. (2006). Yanılmanın ceza sorumluluğuna etkisi. (Doktora Tezi). İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 63.

⁵⁷ Demirbaş (n 29). 252; Koca ve Üzülmaz (n 14) 269.

⁵⁸ Göktürk (52) 427.

⁵⁹ Koca ve Üzülmaz (n 14) 275.

⁶⁰ Karataş (n 17) 33.

‘Kopya çekme, aracılık etme, kopya çektirilmesine imkân sağlama, başkası yerine sınava girme veya başkasını kendisi yerine sınava girmesini sağlama’ suçu yönünden herhangi bir hukuka uygunluk nedeni bulunmamaktadır.

‘Sınav sonuçlarını değiştirme’ suçu açısından da sair hukuka uygunluk nedeninin tatbiki mümkün görünmemektedir. Ancak bir mahkeme kararı ile iptal edilen sorular nedeniyle puanların değişmesi, sınavdan sonra yetkili kurulların kararıyla uygulanan barem ve puanlamaların farklılaşması, kanun emrini ifa kapsamında değerlendirildiğinden, sonuçlarda meydana gelen değişiklik hukuka aykırı olmayacaktır.

D. Nitelikli Hal

Kanunda düzenlenen bir suçun; yine kanunda düzenlenen sebeplerle daha az ya da daha fazla cezayı gerektiren hallerinin düzenlenmesine nitelikli haller denilmektedir⁶¹. 6114 sayılı Kanun’un 10. maddesinin 3. fıkrasının, a bendinde “ses veya görüntü nakleden cihaz kullanmak suretiyle kopya çeken. . .” ifadesine yer verilmişse de bu durum nitelikli bir hal değildir. Zira bu tanımda kopya suçunun seçimlik hareketleri tanımlanmış, kopya suçları bakımından öngörülen cezadan farklı bir yaptırım tayin edilmemiştir. Bu halin, nitelikli hal olarak düzenlenmesinin daha isabetli olduğu görüşündeyiz. Suçun işleniş biçimi ve haksızlık muhtevası nazara alındığında, teknik araçlarla kopya çekilmesi halinde daha fazla ceza tayin edilmesi gerekmektedir. Bu haliyle, yanında oturan adayın kâğıdına bakmak suretiyle kopya çeken fail ile teknik cihaz kullanarak veya organize olarak kopya çeken faile aynı ceza öngörülmesi adil olmamıştır.

Kanun’da tanımlanan tek nitelikli hal; suçun, bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesidir. Mezkûr Kanun’un 10. maddesinin 6. fıkrasında “Bu maddede tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek cezalar yarı oranında artırılır” denilmiştir.

Suç örgütü, suç işlemek amacıyla bir araya gelen topluluğu ifade eder⁶². Örgüt kavramı; birlikte suç işleme ve belirsiz sayıda suçu beraber işleme amacına yönelik olarak organize olmayı ifade etmektedir⁶³. Tek bir suç işlemek maksadıyla toplanan kişiler açısından, diğer şartlar bulunsa bile suç örgütünden bahsetme olanağı yoktur⁶⁴. TCK’nın 220. maddesinde suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu bakımından ‘kanunun suç saydığı filleri işlemek amacı’ndan bahsedilmiştir. Bu nedenle sadece bir sınavda kopya çekmek için bir araya gelme eylemi açısından, bu nitelikli halin uygulanması mümkün değildir. Ancak var olan bir örgütün, örgüt faaliyeti çerçevesinde 6114 sayılı Kanun’da yazılı suçları işlemesi halinde 10. maddenin 6. fıkrasında belirtilen nitelikli hal ortaya çıkacaktır.

IV. Kusurluluk

Kusur değerlendirmesi, failin bu eylemi nedeniyle kınanıp kınanamayacağına ilişkin olarak yapılan değerlendirmedir⁶⁵. İşlediği fiil dolayısıyla faile ceza verilebilmesi için failin kusurunun bulunması şarttır. Kusuru bulunmayan faile ceza verilemez⁶⁶.

Ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan müesseselerin niteliği tartışmalıdır. Ancak çalışmanın konusu bu olmadığı için burada bu tartışmaya yer verilmeyecektir. Kusuru etkileyen sebeplerin varlığı halinde fail sorumlu tutulmamakta, ya da failin sorumluluğu azalmaktadır⁶⁷. 6114 sayılı Kanun’da belirlenen suçlar bakımından kusurluluğa ilişkin genel hükümlerin tatbiki mümkündür. Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 223. maddesinin 3. fıkrasına göre; kusuru bulunmayan fail hakkında, ceza verilmesine yer olmadığına karar verilir.

Burada tartışılmaya değer olan konu haksızlık yanılığısıdır. 6114 sayılı Kanun, özel nitelikte bir kanundur. Özel ceza kanunlarını bilmemek hata hükümleri çerçevesinde özel öneme sahiptir. TCK’nın 30. maddesinin 4. fıkrasında⁶⁸ düzenlenen haksızlık yanılığısı

⁶¹ Akbulut (n 14) 163; Nitelikli hallerde, ‘nitelikli unsurlar’ adını verenler de vardır. Nitelikli haller, suçun işlendiği vakit, işleniş şekli, mağdur veya failin durumuna bağlı olarak değişebilir. Bu sebeplere bağlı olarak düzenlenen nitelikli haller, suçu daha ağır ya da daha hafif hale getirmektedir. Çetintürk ve Töngür (n 21) 146.

⁶² Hafizoğulları, Z. ve Kurşun, G. (2007). Türk ceza hukukunda örgütlü suçluluk. *TBB Dergisi*, 71, 25-80, 28.

⁶³ Limoncu (25) 197.

⁶⁴ Toroslu, N. (2013). *Ceza hukuku özel kısım*. Ankara: Savaş Yayınevi, 264.

⁶⁵ Özgenç (n 28) 444; Kusur; işlenen fiilin, faile yükletilmesi demektir. Çetintürk ve Töngür (n 21) 209.

⁶⁶ “Ceza hukukunda kusur ilkesi, kusurlu olmayan kimselerin cezalandırılmayacağı ve kusurlu failerin ise kusurları nispetinde cezalandırılacağı teminatını teşkil eder. Bu ilke, Anayasal ilkelere birisi olan kusursuz ceza olmaz (nulla poena sine culpa) kuralının zorunlu bir sonucudur. Buna göre cezai yaptırım, münhasıran kusurlu kimselere uygulanabilir. Dolayısıyla, fiili işlediği sırada kusur yeteneği bulunmayan kişilerin cezaya çarptırılması bu ilke uyarınca mümkün gözükmemektedir”. Artuk, M.E. ve Yılmaz, E. (2020). Teorik açıdan güvenlik tedbirleri. *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(2), 7-43, 8.

⁶⁷ Turabi, T. (2012). Kusurluluk ve kusurluluğu etkileyen haller. *TBB Dergisi* (101), 267-292, 273; Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik, madde etkisinde olma, zorunluluk hali, bağlayıcı emrin yerine getirilmesi, meşru müdafaa sınıрын aşılması, cebir ve tehdit, haksız tahrik ve bazı hata halleri; TCK’da kusurluluğu etkileyen hallerdir. Sayılan durumlar TCK’da ‘ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler’ başlığı altında düzenlenmiştir. Yasanın sistematigi içerisinde hukuka uygunluk nedenleri ile kusura ilişkin değerlendirmeler bu başlık altında ele alınmıştır.

⁶⁸ Kanununun 30. maddesine 5377 sayılı Kanunla eklenen, “İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.” şeklindeki hüküm ile birlikte aynı Kanununun 4. maddesinde yer alan “Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz.” kuralı yumuşatılmıştır. Güngör, D. (2007). Ceza hukukunda kural üzerinde hata. *TBB Dergisi*, 68, 135.

ya da yasak hatası durumunda fail eyleminin hukuka uygun olduğu kabulü ile hareket etmekte, bu fiile hukuk düzeninin izin verdiğini düşünmektedir⁶⁹.

Yasak hatası bakımından kast ve kusur teorisi öne sürülmüştür. Genel kabul gören görüş kusur teorisidir. Bu teoriye göre; hukuk düzeni tarafından izin verilen/yasaklanmayan bir eylemi gerçekleştirdiğini düşünen faille, hatanın kaçınılmaz olması durumunda kusur yükletilmemektedir. Ancak kaçınılabılır bir hata söz konusu ise fail kusurlu sayılmaktadır⁷⁰. Özel ceza yasalarının ihlali söz konusu olduğu durumlarda yasak hatası bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekmektedir.

'Gizli bilgileri, hukuka aykırı olarak elde etme veya elinde bulundurma' suçu ile 'gizli olan bilgileri ifşa etme' suçlarında, sınav sorularının elde edilmesi veya bunların ifşa edilmesi durumunda hata hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Zira olağan hayat tecrübesine göre sınav sorularının gizli olduğunu herkes bilir. Ancak fail, sınavda görev alan personelin kimliğinin gizli kalması gerektiğini bilmeyebilir. Bu hususta kaçınılmaz hataya düşen failin hata hükümlerinden yararlanması gerektiği kanaatindeyiz. Zira failin, gizli kalması gereken bilgi konusundaki hatası kaçınılmaz olarak değerlendirilebilir.

Kopya çekme, aracılık etme, kopya çektirilmesine imkân sağlama, başkası yerine sınava girme veya başkasını kendisi yerine sınava girmesini sağlama ile *'sınav sonuçlarını değiştirme'* suçları yönünden de yasak hatası hükümlerinin uygulanması pek mümkün görünmemektedir.

V. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

A. Teşebbüs

Failin işlemeyi kastettiği bir suçu, elverişli hareketlerle icra etmeye başlayıp, elinde olmayan sebeplerle tamamlayamaması halinde; suça teşebbüsten bahsedilir. Bilindiği gibi teşebbüs halinde suç tamamlanmamaktadır⁷¹. Teşebbüs müessesesi ilişkili bir başka kurum, gönüllü vazgeçme müessesesidir. Fail, suç işleme kararıyla başladığı icra hareketlerinden kendisi vazgeçer veya kendi çabasıyla suçun tamamlanmasını yahut neticenin gerçekleşmesini önlerse, gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır⁷².

'Gizli olan bilgileri elde etme veya elinde bulundurma' suçu bakımından, failin gizli olarak kabul edilen bilgileri, elverişli hareketle elde etmeye yönelik icra hareketinin başladığı, ancak elinde olmayan sebeplerle tamamlayamadığı hallerde; teşebbüs hükümleri uygulanır. Örneğin, ÖSYM tarafından gerçekleştirilecek bir sınavda sorulacak soruların muhafaza edildiği ortama giren, ancak soruların bulunduğu kitapçığı alamadan yakalanan failin durumu böyledir. Yine bilişim sistemleri yoluyla, kurumun soru havuzuna erişmek üzere iken internet bağlantısı kesilen ve sisteme erişemeyen fail hakkında teşebbüs hükümleri uygulanır. İcra hareketine başladığı halde, kendiliğinden gizli bilgilere ulaşmaktan vazgeçen fail hakkında gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacaktır. Elinde bulundurma şeklindeki hareketin teşebbüse ve gönüllü vazgeçmeye uygun olmadığını değerlendirmekteyiz. Zira gizli bilgilerin ele geçmesiyle suç tamamlanacağından, bu aşamada teşebbüs ve gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.

'Gizli olan bilgileri ifşa' etme suçunun icrasına yönelik hareketin bölünebilir olduğu durumlarda teşebbüs mümkündür. Örneğin gizli bilgileri/soruları yazılı olarak bir başkasına ulaştırmaya çalışan fakat postada çıkan yangın nedeniyle soruları muhatabına ulaştıramayan failin eylemi teşebbüs aşamasında kalmaktadır. Gizli bilgileri ifşaya yönelik hareketi tam olan failin, gizli bilgiler hiçbir kimseye ulaşmadan neticeyi önlemesi halinde gönüllü vazgeçme hükümlerinin tatbiki mümkündür.

'Kopya çekme, aracılık etme, kopya çektirilmesine imkân sağlama, başkası yerine sınava girme veya başkasını kendisi yerine sınava girmesini sağlama' suçunda tanımlanan seçimlik hareketlerin hepsi teşebbüse elverişlidir. Kaynak kitapla sınava girmeye çalışan fakat sınav salonuna girişte, üst araması sırasında yakalanan adayın eylemi; teşebbüs aşamasında kalmış kopya çekme suçunu oluşturur. Başkası yerine sınava girerken, görevlilerin dikkati ile yakalanan adayın durumu, başkası yerine sınava girme suçuna teşebbüs oluşturmaktadır. Yine teknik araçlarla kopya çekmek üzere konuşlanan kişilerin yakalanması durumunda, suçun teşebbüs aşamasında kaldığını düşünmekteyiz. Suç tamamlanmadan önce, kendi isteği ile vazgeçen fail açısından gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır. Teşebbüs ve gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanabilmesi için suçun tamamlanmamış olması gerekmektedir. Failin yanında getirdiği bir nota, kitaba baktığı anda suç tamamlanmış olur. Başkası yerine sınava girme ve başkasını kendi yerine sınava sokma suçlarında ise suçun tamamlanma ânı, aday yerine bir başkasının sınav salonuna girmesinden sonra, salondan

⁶⁹ Erman (56) 190; Koca ve Üzülmöz (n 14) 301.

⁷⁰ Güngör (68) 153.

⁷¹ Teşebbüs hükümleri cezalandırmanın alanını genişletici bir niteliğe sahiptir. Tozcan, Ö. (2015). Suça teşebbüs. Ankara: Adalet Yayınevi, 17; Aynı yönde görüş için bkz.: Akbulut (n 14) 258; Aydın, D. (2006). Suça teşebbüs. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 55(1), 85-113, 88; 'Suç işleme kastının bulunması', 'hareketin elverişli olması', 'icra hareketine başlanılması', 'icra hareketinin tamamlanamaması ya da neticenin gerçekleşmemiş olması' şeklinde dört şart gereklidir. Şare, E. (2017). Türk ceza hukukunda suça teşebbüs. *TBB Dergisi*, 130, 119-156; Neticeli suçlarda, failin tipik hareket başladığı ancak neticenin gerçekleşmediği durumlarda teşebbüs söz konusu olur. Sırf hareket suçlarında netice aranmadığından; icra hareketinin bölünebilir olması halinde teşebbüsten bahsedilebilir. Koca ve Üzülmöz (n 14) 403.

⁷² Gönüllü vazgeçme cezayı kaldıran şahsi bir sebep olarak mütalaa edilmektedir. Koca ve Üzülmöz (n 14) 438; Özgenç (n 28) 428; Akdağ, H. (2013). Gönüllü vazgeçme. *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(2), 91-126, 99; Yılmaz, E. (2016). Suçun özel bir görünüş şekli olarak gönüllü vazgeçme. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65(4), 2553-2603, 2568.

çıkışın yasaklandığı aşamadır. Merkezi sınavlar başlamadan bir süre önce salona girilmekte ve sınav başlamasına bile salondan çıkış yasaklanmaktadır. Bu aşamaya kadar teşebbüs mümkündür. Salondan çıkışın yasaklanmasıyla birlikte sınav süreci başlamış olur.

Yargıtay, sınavda sanığın diğer sanıktan kopya istediği olayda, yerel mahkemenin verdiği beraat kararını bozmuştur. Yüksek mahkeme “6114 sayılı Kanun’un 10/3.c maddesinde tanımlanan suçu oluşturup oluşturmadığı tartışılmadan”⁷³ karar verilmiş olması gerekçesiyle, kararı bozmuştur. Kararda teşebbüsten bahsedilmemiş olsa da somut olayın teşebbüs aşamasında kalmış kopya suçu olduğunu değerlendirmekteyiz.

‘Sınav sonuçlarını değiştirme’ suçunda fail, sonuçları değiştiremeye elverişli bir girişimde bulunmuş fakat değiştiremeden yakalanmışsa, eylem teşebbüs aşamasında kalmış demektir. Aynı şekilde sisteme uzaktan erişen, sonuçları değiştirebilecekken bundan vazgeçen fail, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanmalıdır.

B. İştirak

‘Gizli olan bilgileri elde etme veya elinde bulundurma’ suçu; bir fail tarafından müstakil olarak işlenebileceği gibi, aynı suçu işleme iradesi kapsamında birden fazla fail tarafından birlikte de işlenebilir. Bu halde müşterek faillerin her biri suçun kanunda yazılı cezasıyla cezalandırılır. Suçun, temyiz kudreti olmayan kişiye işletilmesi halinde yahut zorlayıcı/mutlak cebir kullanmak suretiyle işletilmesi durumunda, suçu işleyen kişi dolaylı fail olarak sorumlu tutulur.

‘Gizli olan bilgileri ifşa etme’ suçu da tek bir fail tarafından işlenebileceği gibi müşterek failler tarafından birlikte işlenebilir. Yine dolaylı fail tarafından işletilmesi de mümkündür. ‘Gizli olan bilgileri elde etme veya elinde bulundurma’ suçu ile ‘gizli olan bilgileri ifşa etme’ suçlarına, yardım etme ve azmettirme de mümkündür.

‘Kopya çekme, aracılık etme, kopya çektirilmesine imkân sağlama, başkası yerine sınava girme veya başkasını kendisi yerine sınava girmesini sağlama’ suçu biraz ayrıcalık göstermektedir. Örneğin kopya çekmeye yönelik düzenek kurulması ve adaya bir yerden teknik cihazlarla kopya sağlanması hali zorunlu olarak çok failli suçtur ve müstakil faillik mümkün değildir. Kopya çekilmesine aracılık etme ve kopya çektirilmesine imkân sağlama eylemleri yardım mahiyetinde olduğu halde; kanun koyucu tarafından müstakilen suç olarak düzenlenmiştir. Kopya çekilmesine yardım edilmesi halinde yardımcı, yardım eden olarak değil, ‘kopya çekilmesine aracılık etme ve kopya çektirilmesine imkân sağlama’ suçunun asli faili olarak sorumludur⁷⁴.

‘Kopya çekmek’ şeklindeki eylemin özgü suç niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür⁷⁵. Bu düşüncenin temelinde kopya çekmek şeklindeki hareketin sadece sınava giren aday tarafından işlenebileceği görüşü yatmaktadır. Kopya suçlarını işleme düşüncesi olmayan kişiye, bu suçların işletilmesi halinde azmettirme söz konusu olur. Bu suçlar bakımından azmettirme mümkündür.

‘Sınav sonuçlarını değiştirme’ suçu da müstakil fail tarafından işlenebileceği gibi müşterek failler tarafından birlikte işlenebilir. Bu suça yardım etme ve azmettirme mümkündür. Suçun temyiz kudreti olmayan kişiye işletilmesi halinde yahut zorlayıcı/mutlak cebir kullanmak suretiyle işletilmesi durumunda; dolaylı fail sorumlu olur.

C. İçtima

1. Genel Olarak

Fiil⁷⁶ çokluğuna ve zincirleme suça ilişkin meseleler, içtima kuralları çerçevesinde çözümlenmektedir. Failin tek bir eylemiyle bir veya birden fazla menfaat zedelenmiş olabilir. Yine birden fazla kez, aynı hukuki yarar zarar görmüş olabilir⁷⁷. Bu hallere çözüm ortaya koymaya çalışan müessese suçların içtimai müessesedir.

Çalışmamızın bu kısmında 6114 sayılı Kanun’da yer alan dört ayrı suçun, başka suçlarla içtima edilmesini inceleyeceğimizden; içtima kurallarına göre değil, suçlara göre tasnif etmeyi tercih ettik.

⁷³ Yargıtay 19. Ceza Dairesi’nin, 11.11.2019 T., 2019/31124 E., 2019/14024 K. Sayılı ilamı.

⁷⁴ Benzer bir düzenleme örgüte yardım suçudur. “Örgüte yardım suçunun işlenmesine iştirak eden kişiler, iştirak eden değil, örgüte yardım suçunu bizzat işleyen olarak sorumlu olacaktır. Terör örgütüne bilerek yardım etme suçuna ‘yardım’ emesi durumunda fail; genel hükümler bağlamında yardım eden değil, aynı suçun müşterek faili olacaktır. Zira tipik suç zaten bir yardım etme suçudur. Genel hükümlerdeki yardımı aşan ve münhasıran özel hükümler kısmında düzenlenmiş olması nedeniyle, aynı tipikliğe uygun hareket gerçekleşmiş olduğundan terör örgütüne bilerek yardım etme suçuna ayrıca yardımdan bahsetme olanağı yoktur. Kısacası bu suçun icrasına yardımcı olan ‘yardım eden’ değil, müşterek fail olur”. Limoncu (n 25) 228.

⁷⁵ Karataş (n 17) 91.

⁷⁶ “Yargıtay... tek fiilden anlaşılması gerekenin, tek netice değil, tek hareket olduğunu kabul etmektedir. Uygulamada öğretinin genel kabul gören fikirleri benimsenmiş olup doğal anlamda gerçekleştirilen her bedensel eylem ayrı bir hareketi oluşturmakta ise de hukuki manada hareketin tek olması ile ifade edilmek istenen husus, doğal anlamda birden fazla hareket bulursa dahi, bu hareketlerin, hukuki nedenlerden dolayı değerlendirilmede birlik oluşturması suretiyle tek hareket olarak kabulüdür. Fikri içtimada da, fiil ya da hareketin tek olması, doğal anlamda değil hukuksal anlamda tekliği ifade etmektedir, şeklinde içtihatla bulunulmuştur”. Akkaya, Ç. (2019). Suçların içtimai bağlamında fiil tekliği. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (13), 1-38, 7.

⁷⁷ Özbek, V.Ö., Koray, D., Bacaksız, P. (2021). *Türk ceza hukuku genel hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 551.

2. Gizli Olan Bilgileri Elde Etme veya Elinde Bulundurma Suçu

'Gizli olan bilgileri elde etme' suçunun zincirleme biçimde işlenmesi mümkündür. Failin, aynı suçu işleme iradesi kapsamında ve değişik zamanlarda, gizli bilgileri peyderpey aldığı durumda teselsül hükümleri uygulanmalıdır.

'Gizli olan bilgileri elde etme veya elinde bulundurma' suçunun düzenlendiği 6114 sayılı Kanun'un 10. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesinde "Bu Kanun hükümlerine göre gizli olan bilgileri, hukuka aykırı olarak elde eden veya elinde bulunduran kişi, fiili daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde. . ." denilerek tâli bir düzenleme yapılmıştır. Ancak bu tâli düzenleme; şarta bağlı tâli düzenlemedir. Zira eylemin başka bir suç oluşturması yeterli görülmemiş, bu hükmün uygulanabilmesi için aynı zamanda diğer normun buna göre daha az cezayı gerektirmesi şartı aranmıştır. Eylemin bir başka suça uyması ve o norm için kanun tarafından belirlenen cezanın, 6114 sayılı Kanun'un 10. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesine göre daha ağır olması halinde diğer hüküm uygulanacaktır. Kanun koyucu 'daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde. . .' ifadesini kullanmıştır. Bu nedenle içtima halinde daha ağır cezayı gerektiren norm hangisi ise o hüküm tatbik edilecektir.

'Gizli bilgileri ele geçirme' şeklindeki eylemin, sınav soruları değil de örneğin diğer adaylara veya sınav görevlilerine ait bilgileri ele geçirme şeklinde olması durumunda; TCK'nın 136. maddesinde düzenlenen 'verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme' suçu gündeme gelecektir. Bu suç bakımından iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası öngörüldüğünden, hüküm de bu maddeye göre verilecektir. Zira yaptırımın üst sınırı aynı olmakla birlikte alt sınır bakımından TCK'nın 136. maddesi daha ağır niteliktedir. 'Gizli bilgileri ele geçirme' suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda ise yarı oranında artırım yapılacağından suçun alt sınırı bir yıl altı ay, üst sınırı ise altı yıl olacaktır. Mukayese edilen suçların alt ve üst sınırlarının farklı olması halinde, üst sınırı fazla olan, az olana göre daha ağırdır. 'Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme' ile içtima ilişkisi içerisinde; 'gizli bilgileri ele geçirme' suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda 'gizli bilgileri ele geçirme' suçundan hüküm kurulmalıdır.

'Gizli bilgileri elde etme' suçunun, bir metanın çalınması şeklinde işlenmesi mümkündür. Örneğin kurumda muhafaza altına alınmış basılı soru kitapçıklarının veya bilgisayar disklerinin çalınması suretiyle işlenmesi halinde eylem hırsızlık suçu ile içtima halindedir. Hırsızlığın "Kime ait olursa olsun kamu kurum ve kuruluşlarında veya ibadete ayrılmış yerlerde bulunan ya da kamu yararına veya hizmetine tahsis edilen eşya hakkında" işlenmesi TCK'nın 142. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde nitelikli hırsızlık olarak tanımlanmıştır. Bu nedenle saydığımız örnek durumlarda, içtima ilişkisi gereği nitelikli hırsızlıktan hüküm kurulmalıdır.

Yasanın 10. maddesinin 6. fıkrasında nitelikli bir hale yer verilmiştir. Bu nitelikli hal yukarıda belirtildiği gibi suçun bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesidir. Örgüt üyesi olan failin örgüt faaliyeti kapsamında gizli bilgileri ele geçirmesi durumunda fail, hem suçun nitelikli halinden cezalandırılacak hem de örgüte üye olma suçundan cezalandırılacaktır. Burada esasında içtima ilişkisi söz konusu değildir. Zira failin örgüte üye olması ve örgüt adına sair suçları işlemesi ayrı fiillerle gerçekleşmektedir. Bu nedenle fiil teklifinden ve içtima kurallarından bahsetme olanağı yoktur. Failin, her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılması gerekir. TCK'nın 220. maddesinin 4. fıkrasında örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi durumunda, suçlardan dolayı ayrıca cezaya hükmolunacağı yazılmıştır. Örgüte üye olma ve örgüt adına suç işleme halinde gerçek içtima kuralları uygulanacaktır.

3. Gizli Olan Bilgileri İfşa Etme Suçu

Yasa'nın 10. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesinde yer alan 'gizli olan bilgileri ifşa etme' suçu tâli norm şeklinde düzenlenmiştir. İfşa suçları açısından, (TCK'da yer alan ifşa ve görev suçlarına göre) özel norm olması nedeniyle içtima halinde bu fıkra hükmü uygulanacaktır. Örneğin TCK'nın 'Göreve ilişkin sırrın açıklanması' başlıklı 258. maddesindeki suç ile içtima ilişkisi akla gelmektedir. Bu durum görünüşte içtimadır. 6114 sayılı Kanun'da yer alan ifşa suçu, TCK'nın 258. maddesine göre özel hüküm niteliğinde olduğundan failin 6114 sayılı Kanun'un 10. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesine göre cezalandırılması gerekir.

Yine, suçun TCK'nın 257. maddesinde yer alan 'Görevi kötüye kullanma' suçu ile 6114 sayılı Kanun'un 10. maddesinin 2. fıkrasındaki ifşa suçu açısından değerlendirme yapmak gerekirse; kanaatimizce ifşa suçundan hüküm kurmak gerekecektir. Zira yasanın 257. maddesinde açıkça "Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında. . ." denilerek tâli bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu nedenle TCK'nın 257. maddesini tatbik etme ihtimali bulunmamaktadır.

Suçun TCK'nın 252. maddesinde yer alan rüşvet suçu ile birlikte işlenmesi de mümkündür. Bu halde fiil teklifinden bahsedilemeyeceği için her iki suçtan da ayrı ayrı ceza tayin edilmelidir⁷⁸. Zira TCK'nın 252. maddesinin 3. fıkrasına göre; rüşvet için anlaşma ile rüşvet suçu tamamlanmış olacaktır. İfşa suçu, bundan bağımsız niteliktedir.

Önce gizli kalması gereken bilgilerin ele geçirilmesi, arkasından bu bilgilerin ifşa edilmesi halinde ortada iki ayrı suç bulunmaktadır⁷⁹. Fail önce gizli bilgileri ele geçirme suçunu işlemekte, ardından bu bilgileri ifşa etmek suretiyle ikinci bir suç işlemektedir.

⁷⁸ Karataş (n 17) 59.

⁷⁹ Özen, M. (2007). Ceza hukukunda fikri içtima. TBB Dergisi, 73, 132-145, 136; aksi yönde görüş için bkz: Dönmezer, S. ve Erman, S. (1999). *Nazari ve tatbiki ceza hukuku* (Cilt II). İstanbul: Beta Yayınları, 377.

Bu halde tek bir fiil söz konusu olmadığından, her iki suçtan ayrı ayrı hüküm kurulmalıdır. Yukarıda örgüt konusunda yaptığımız açıklamalar ifşa suçu bakımından da geçerlidir.

Gizli bilgileri ifşa suçunun zincirleme olarak işlenmesi mümkündür. Zira bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda zincirleme suçtan bahsedilir. Ancak bu durumda TCK'nın 43. maddesinin 1. fıkrası gereğince bir cezaya hükmedilmelidir. Bu halde faile verilecek ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır.

4. Kopya Çekme, Aracılık Etme, Kopya Çektirilmesine İmkân Sağlama, Başkası Yerine Sınava Girme veya Başkasını Kendisi Yerine Sınava Girmesini Sağlama Suçu

'Kopya çekme, aracılık etme, kopya çektirilmesine imkân sağlama, başkası yerine sınava girme veya başkasını kendisi yerine sınava girmesini sağlama' suçu, 'gizli olan bilgileri elde etme veya elinde bulundurma' suçu gibi tâli norm olarak düzenlenmiştir. Yasa'nın 10. maddesinin 3. fıkrasında 'fiili daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde' denilmiştir. Yukarıda izah edildiği gibi fiilin başka bir suç oluşturması yeterli görülmemiştir. İçtima halinde, Yasa'nın 10. maddesinin 3. fıkrasından hüküm kurulabilmesi için diğer normun bu suça göre daha az cezayı gerektirmesi şartı aranmıştır.

Bu fıkra içinde yer alan birden fazla seçimlik hareketin gerçekleşmesi halinde suçun bir defa işlenmiş olacağı yönündeki görüşe katılıyoruz. Fail, başkası yerine sınava girmiş aynı zamanda girdiği sınavda kopya çekmişse bu fıkra hükmüne göre bir defa cezalandırılmalıdır. Ancak cezanın belirlenmesi bakımından alt sınırdan uzaklaştırılması gerektiği ortadadır⁸⁰.

Kopya suçlarının, görevi kötüye kullanma suretiyle işlenmesi mümkündür. Ancak görevi kötüye kullanma suçu yukarıda açıklandığı gibi tâli normdur. Bu nedenle kopya suçlarının görevi kötüye kullanma suçu ile içtima ilişkisi içerisinde bulunması halinde kopya suçlarından hüküm kurulmalıdır. Burada iki tâli norm arasında içtima söz konusudur⁸¹. Hem özel normun önceliği kuralları gereği, hem de daha ağır ceza gerektirmesi itibarıyla kopya suçundan ceza tayini daha isabetlidir.

Kopya suçlarının sahte evrak düzenlemek suretiyle veya resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyanda bulunmak şeklinde işlenmesi mümkündür. Örneğin başkasının yerine sınava giren ve bu sınava girebilmek için sahte kimlik düzenleyen failin durumu, resmi belgede sahtecilik eylemine uymaktadır. Aynı şekilde suçun, başkasının yerine sınava girerken memura yalan beyanda bulunma⁸² şeklinde işlenmesi mümkündür. Adana BAM 3. Ceza Dairesi, "... sanığın hazırladığı sınav cevap kâğıdı, sonuç olarak görevliler tarafından imzalanmasa bile, sanık tarafından, salon aday yoklama listesi veya benzer bir evrak imzalanarak bir belge düzenlenmiş ise, 6114 sayılı Kanun'un 10/3-b maddesi, TCK'nın 206. maddesinde düzenlenen resmi belgenin düzenlenmesi sırasında yalan beyanda bulunma suçuna göre, daha ağır bir ceza gerektirdiği, bir eylem nedeniyle iki hukuksal sonucun doğduğu durumlarda, failin ağır olan suçtan cezalandırılacağı dikkate alınarak, bu durumda, sadece 6114 sayılı Kanun'un 10/3-b maddesi gereğince sanık cezalandırılacaktır"⁸³ şeklinde belirlemede bulunmuştur. Kararda bir eylem nedeniyle iki ayrı suç olduğu yönündeki kabul isabetli değildir. Zira burada birden fazla suç birbiri ardına işlenmektedir. Fiil teklifi söz konusu olmadığından, gerçek içtima uygulanmalıdır. Zira ortada tek bir fiil bulunmamaktadır. Belgenin sahte olarak düzenlenmesi ve kullanılması farklı zamanlarda icra edilmekte, başkası yerine sınava girilmesi fiili, diğer suç tamamlandıktan sonra işlenmektedir. Başkası tarafından hazırlanan sahte belgenin bu özelliğini bilerek kullanılması halinde de hem sahte belgenin kullanılması hem de kopya suçlarından gerçek içtima uygulamak suretiyle ayrı ayrı ceza tayin edilmesi gerektiği görüşündeyiz. Memura yalan beyanda bulunma suçu ile kopya suçu arasındaki ilişki de aynı şekildedir.

Öte yandan, TCK'nın belgede sahtecilik suçlarına ilişkin özel içtima kuralı bulunmaktadır. TCK'nın 212. maddesinde "Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur" denilmiştir. Yani yasa koyucu bu halde gerçek içtima kuralını benimsemiştir. Yargıtay CGK aksi yönde karar⁸⁴ vermişse de yüksek mahkemenin görüşünü isabetli bulmamaktayız. Zira olayda fiil teklifi bulunmamaktadır.

⁸⁰ Akbulut (n 14) 268.

⁸¹ Karataş (n 17) 95.

⁸² Yargıtay kararında "resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyanda bulunma suçunun oluşabilmesi için, kişinin (sanığın) açıklamaları üzerine bir resmi belgenin düzenlenmesi ve oluşturulan resmi belgenin, bu beyanın doğruluğunu ispat edici bir güce sahip olması gereklidir. Beyanı alan memur bu beyanın doğruluğunu araştırıp tahkik etmek ve daha sonra edindiği kanaata göre resmi belgeyi düzenlemek durumunda ise, bir başka ifade ile resmi belge sadece kişinin (sanığın) beyanına göre değil de memur tarafından yapılacak inceleme sonucuna göre meydana getirilmekte ise bu maddede tanımlanan suç oluşmayacaktır" denilmiştir. Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin, 19.10.2016 T., 2015/4536 E., 2016/7091 K. Sayılı ilamı.

⁸³ Adana Bölge Adliye Mahkemesi 3.Ceza Dairesi, 16.09.2021 T., 2021/656 E., 2021/1350 K. Sayılı ilamı. Anılan kararda; Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin 02/02/2017 tarih ve 2016/7716; 2017/738 E.K. sayılı kararı, aynı Dairenin, 12/05/2016 tarih ve 2015/34112; 2016/17884 E.K. sayılı kararı, aynı Dairenin, 28/04/2016 tarih ve 2015/13882; 2016/16769 E.K. sayılı kararı, Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin 19/10/2016 tarih ve 2015/4536; 2016/7091 E.K. sayılı kararı, aynı dairenin, 21/05/2015 tarih ve 2014/15271; 2016/507 E.K. sayılı karar, aynı dairenin, 16/09/2019 tarih ve 2017/11092; 2019/6272 E.K. sayılı kararı, aynı Dairenin, 09/09/2019 tarih ve 2017/10352; 2019/6026 E.K. sayılı kararı, aynı Dairenin, 02/05/2019 tarih ve 2017/2181; 2019/4283 E.K. sayılı kararı, aynı Dairenin, 21/02/2019 tarih ve 2017/2473; 2019/1792 E.K. sayılı kararı, aynı Dairenin, 28/03/2019 tarih ve 2018/5091; 2019/3243 E.K. sayılı kararı, aynı Dairenin, 19/09/2019 tarih ve 2017/3943; 2019/6476 E.K. sayılı kararlarına atıf yapılmıştır. İçtihatların özeti niteliğinde bir karardır.

⁸⁴ Yargıtay TCK'nın 212. maddesinin özel kanunlarda düzenlenen suçlar açısından uygulanamayacağı görüşündedir. "5237 sayılı TCY'nın 212. maddesindeki; "Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması hâlinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur" şeklindeki düzenlemenin, TCY'nın genel hükümleri arasında yer almaması nedeniyle, TCY'nın 5. maddesindeki, "yasanın genel hükümleri arasında yer alan düzenlemelerin özel yasalar açısından da uygulanacağı" kuralı kapsamında özel yasalar açısından da uygulama olanağı bulunmamaktadır. 5237 sayılı TCY'nın 212. maddesi yalnızca TCY içinde düzenlenen suçlara ilişkin olarak uygulanabilecek bir

Yargıtay bir başka kararında; başkasının, kendisi yerine sınava girmesini sağlayan adaya yalnızca ‘resmi belgede sahtecilik’ suçundan ceza verilmesi gerektiğini hüküm altına almıştır. Kararda “. . . sanığa ait, 2012 KPSS cevap kâğıdındaki fotoğraf ile 2012 KPSS ortaöğretim-ön lisans başvuru kayıt bilgilerindeki fotoğraf aynı kişiye ait olmakla birlikte, söz konusu fotoğrafların, 2010 KPSS ortaöğretim-ön lisans başvuru kayıt bilgilerindeki fotoğrafa benzememesi karşısında; sahte olarak düzenlenen “başvuru kayıt belgesi” ile kimliği belirlenemeyen birinin kendisi yerine sınava girmesini sağlayan ve bu kişi tarafından doldurulan suç konusu “sınav cevap kâğıdı” ile 1872206 adayın katıldığı sınavda 92,66517 puan alarak, başarı sıralamasında 519. sırada yer alan sanığın eyleminin, 5237 sayılı TCK’nin 204/1, 43. maddeleri kapsamında “zincirleme şekilde işlenmiş resmi belgede sahtecilik” suçunu oluşturacağı; 6114 sayılı Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun’un 10/3-b. maddesinde düzenlenen ceza hükmünün, ancak eylemin daha ağır cezayı gerektiren başkaca bir suçu oluşturmaması halinde uygulanabileceği gözetilmeden, eylemin iki ayrı suçu oluşturduğunun kabulü ile iki ayrı hüküm kurulması yasaya aykırı”⁸⁵ bulunmuştur. Yukarıda izah edildiği gibi olayda fiil tekliği söz konusu olmadığından karar isabetsizdir. Zira sahte sınav giriş belgesinin düzenlenmesi ve bir başka kişinin, adayın yerine sınava girmesi ayrı ayrı mütalaa edilmelidir. Yerel mahkeme, hukuka uygun olarak her iki suçtan da mahkûmiyet hükmü kurduğu halde, Yargıtay kararı bozmuştur. Açıkladığımız gerekçe ile Yargıtay’ın görüşüne katılma olanağı bulunmamaktadır.

Kopya suçlarının, kamu görevlisi tarafından rüşvet alması karşılığında işlenmesi mümkündür. Bu hususta yukarıdaki açıklamalar geçerlidir ve gerçek içtima uygulanmalıdır. Yine bir örgütün faaliyeti çerçevesinde kopya suçlarının işlenmesi halinde; gerçek içtima uygulanmalıdır. Yukarıdaki açıklamalar bu suç bakımından da geçerlidir.

Kopya çekme şeklindeki tipik eylemin sınav boyunca işlenmesi yahut tek bir soru için kopya çekilmesi arasında bize göre bir fark bulunmamaktadır. Sınav boyunca birden fazla kez kopya çeken adayın eylemi tek bir kopya çekme suçunu oluşturur. Burada zincirleme suçtan bahsetmek pek mümkün değildir. Birden fazla sınavda, benzer yöntemlerle kopya çekme suçunda, her fiilin ayrı ayrı kast barındırdığı ortadadır. Dolayısıyla eylemin, farklı zamanlarda, tek bir suç işleme iradesi kapsamında değerlendirilmeyeceğini düşünmekteyiz. Bu nedenle sayılan hallerde zincirleme suç hükümlerine başvurma ihtimali bulunmamaktadır. Failin birden fazla sınavda kopya çekmesi halinde her sınavın ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Sınav boyunca kopya çeken aday bakımından ise hukuki fiil tekliği söz konusudur. Aynı açıklamalar bir başkasının yerine sınava girme ve başkasını kendi yerine sınava sokma suçları açısından da geçerlidir. Ancak birden fazla oturumun yapıldığı sınavlarda adayın oturumlarda kopya çekmesi halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gündeme gelebilecektir.

Sanığın, Motorlu Taşıtlı Sürücü Adayı Sınavı’nda arkadaşı yerine sınava girdiği olayda Yargıtay, 6114 sayılı Kanun’un 10. maddesinin 3. fıkrasının b bendi gereğince sanığın mahkûmiyetine karar verilmesini isabetsiz gerekçe ile bozmuştur. “Yerel Mahkemece, sanığın eyleminin suç oluşturup oluşturmadığının tespiti amacıyla; olay anında oluşturulan tutanakların altında imzası olan sınav görevlileri ve kolluk memurlarının tanık olarak dinlenmesiyle; sanığın doldurmuş olduğu sınav giriş belgesinin hukuki anlamda sonuç doğurmaya elverişli bir şekilde teslim etmesinden sonra mu yoksa henüz sınav başlamadan veya devam ederken yapılan kontrollerde mi durumun anlaşıldığının ortaya çıkartılması suretiyle sanığın hukuki durumunun TCK’nin 204/1. maddesinde yazılı resmi belgede sahtecilik veya 206. maddesinde yazılı resmin düzenlenmesinde yalan beyan suçunu oluşturacağı hususunda tayin ve takdiri gerekirken; somut uyuşmazlıkta, sınavı düzenleyen kurumun ÖSYM olmaması nedeniyle uygulanma imkânı bulunmayan 6114 sayılı Kanun’un 10/3-b maddesi gereği mahkûmiyetine karar verilmesi...”⁸⁶ şeklinde hüküm kurulmuştur. Yüksek Mahkeme, isabetsiz gerekçeyle, 6114 sayılı Kanun’un yalnızca ÖSYM tarafından yapılan sınavlara uygulanacağına karar vermiştir. Mezkûr Kanun ÖSYM’nin yanı sıra MEB tarafından yapılan sınavlarda da uygulanır. Karara konu sınav MEB tarafından yapılmaktadır. Öte yandan başkası yerine sınava giren failin, sınav sırasında yakalanmasıyla, sınavdan sonra yakalanması arasında fark bulunmamaktadır. ‘Resmi belgede sahtecilik’ ve ‘resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan’ suçları, ‘başkası yerine sınava girme’ suçunun öncesinde işlenmektedir ve gerçek içtima uygulanmalıdır. Karardaki üçüncü isabetsizlik ‘hukuki anlamda sonuç doğurmaya elverişli bir şekilde teslim etmesi’ şeklinde bir koşul aranmasıdır. Suç neticeli bir suç olmadığından böyle bir sonuç aranması doğru olmamıştır.

‘Kopya çekilmesine imkân sağlama ve aracılık etme’ suçunda ise zincirleme suç hükümleri uygulanabilir. Sınavda gözetmen olarak bulunan kamu görevlisinin, birden fazla adaya tek fiille kopya vermesi hali buna örnek olarak verilebilir. Zira bir suç işleme kararının icrası kapsamında, suçun birden fazla kez işlenmesi durumunda zincirleme suç ortaya çıkar. Bu durumda TCK’nin 43. maddesinin 1. fıkrası gereğince bir cezaya hükmedilmelidir. Birden fazla öğrenciye tek bir fiille aynı anda kopya verildiği durumlarda TCK’nin 43. maddesinin 2. fıkrası gündeme gelecektir. Zira anılan fıkrada “Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır” denilmiştir. TCK’nin 43. maddesinin 2. fıkrasında, 1. fıkraya

kuraldır. Özel yasalarda düzenlenen suçların işlenmesi sırasında sahte evrak düzenlenmiş olması halinde failin ayrıca bu suçtan da cezalandırılabilmesi için o yasadaki özel bir düzenleme yapılmış olması zorunlu olup aksinin kabulü ceza kanunlarında kıyasın uygulanması anlamına gelecektir”. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 2010/7-38 E., 2010/79 K. Sayılı ilamı.

⁸⁵ Yargıtay 11. Ceza Dairesi’nin, 25.02.2020 T., 2017/13281 E., 2020/1710 K. Sayılı İlamı. Yüksek mahkeme isabetsiz olarak aynı yönde karar vermektedir. “2010 yılı Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Sınavına kendi yerine başka bir şahsı sokarak aldığı kazandı belgesiyle Dicle Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İşletme bölümüne kaydını yaptıran sanığın eylemi 5237 sayılı TCK’nin 204/1. maddesine uyduğu halde, suç vasfında yanılığna düşülerek 6114 sayılı Kanun’un 10/3-b maddesi ile uygulama yapılması...” Yargıtay 19. Ceza Dairesi’nin, 02.02.2017 T., 2016/7716 E., 2017/738 K. Sayılı ilamı.

⁸⁶ Yargıtay 19. Ceza Dairesi’nin, 25.02.2020 T., 2020/798 E., 2020/2009 K. Sayılı İlamı.

atıf yapılmıştır. Her iki halde de faile verilecek ceza, dörtte birden dörtte üçe kadar artırılır. Ancak görevlinin bir adaya kopya vermesi, bir süre sonra başka bir adaya yardımcı olması durumunda, her fiilin yeni bir kast barındırdığı düşünülerek, zincirleme suç hükümleri uygulanmamalıdır.

5. Sınav Sonuçlarını Değiştirme Suçu

'Sınav Sonuçlarını Değiştirme' suçu tâli norm olarak düzenlenmiştir ve fiilin daha ağır ceza gerektiren başka bir suç oluşturması şartı aranmıştır. Şarta bağlı bir tâli düzenleme olduğu görülmektedir. Eylemin başka bir suç oluşturması yeterli değildir. Bu hükmün uygulanabilmesi için aynı zamanda diğer normun buna göre daha az ceza gerektirmesi şartı aranmıştır.

'Sınav Sonuçlarını Değiştirme' suçunun içtima ilişkisi içerisinde bulunabileceği suç tipi görevin kötüye kullanılmasını düzenleyen TCK'nın 257. maddesidir. Bu durumda 257. maddesinde açıkça "*Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında. . .*" ifadesine yer verdiğinden uygulanmayacaktır. Bu hususta yukarıda yapılan açıklamalar, burada da geçerlidir.

Sonuçları değiştirme eyleminin bilişim sistemi aracılığıyla işlenmesi olasıdır. TCK'nın 244. maddesinin 2. fıkrasında "*Bir bilişim sistemindeki verileri bozan, yok eden, değiştiren veya erişilmez kılan, sisteme veri yerleştiren, var olan verileri başka bir yere gönderen kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*" denilmiştir. 3. fıkrada ise "*. . . bir kamu kurum veya kuruluşuna ait bilişim sistemi üzerinde işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır*" denilerek, suçun nitelikli haline yer verilmiştir. Dikkat edilecek olursa hareket, 3. fıkrada belirtilen nitelikli hale uygundur. Ancak bu halde dahi 6114 sayılı Kanun'un 4. fıkrası daha fazla ceza gerektirmektedir. Zira anılan hükümde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Bu mukayese, herhangi bir çıkar sağlanmadan, sırf verileri değiştirme durumunda geçerlidir.

Bir başka ihtimal TCK'nın 244. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen; '*bilgi sistemi aracılığıyla haksız çıkar sağlama*' suçudur. Anılan hükümde "*Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamanın başka bir suç oluşturmaması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur*" denilmiştir.

Görüldüğü gibi yasanın 244. maddesinin 4. fıkrası tâli norm olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple 6114 sayılı Yasa'nın 10. maddesinin 4. fıkrasından hüküm kurulmalıdır.

Suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ve rüşvet suçu ile ilişkisi açısından yukarıda açıkladığımız şekilde, her iki suç yönünden ayrı ayrı ceza tayin edilmelidir. Suçun, aynı suç işleme iradesi kapsamında birden fazla kez işlenmesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulanır.

VI. Yaptırım

A. Ceza

Ölçme, seçme ve değerlendirme sınavlarına ilişkin suçlar ve cezalar, 6114 sayılı Kanun'un 10. maddesinde düzenlenmiştir. Bu Kanun'a göre '*gizli olan bilgileri, hukuka aykırı olarak elde etme veya elinde bulundurma*' suçunun cezası bir yıldan dört yıla kadar hapis cezasıdır. '*Gizli bilgileri ifşa etme*' suçu açısından, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verileceği hüküm altına alınmıştır. '*Gizli bilgileri ifşa*' suçunda faile ayrıca beş bin güne kadar adli para cezası verilmesi öngörülmüştür. Dikkat edilecek olursa burada hapis cezası veya para cezası arasında bir tercih söz konusu değildir. Hapis cezasına ek olarak adli para cezası tayin edilmelidir. Bu hususta ceza yargıcına bir takdir hakkı tanınmamıştır. Öte yandan adli para cezasının yalnızca gizli bilgileri ifşa suçu bakımından tayin edildiğini belirtmek isteriz. Yasa koyucu 6114 sayılı Kanun'un 10. maddesinin 2. fıkrasında iki ayrı suçu düzenlemiştir. Bu suçlardan '*gizli bilgileri elde etme ve elinde bulundurma*' suçu açısından herhangi bir para cezası öngörülmemiştir.

Yasanın 10. maddesinin 3. fıkrasına göre; '*ses veya görüntü nakleden cihaz kullanmak suretiyle kopya çeken veya bu suretle kopya çekilmesine aracılık eden*', '*başka bir adayın yerine sınava giren veya kendi yerine bir başkasının sınava girmesine katkı sağlayan*', '*bireysel veya toplu olarak kopya çeken veya kopya çektirilmesine imkân sağlayan*' kişilere bir yıldan dört yıla kadar hapis verileceği yazılmıştır. Kanun koyucu, kopya suçları açısından adli para cezası belirlememiştir. Merkezi sınavlarda kopya çeken ile sınava giren adaya aracılık eden kişiler bakımından ayırım yapılmamış, her iki fiil bakımından da aynı ceza öngörülmüştür. Haksızlık içeriklerinin farklı olması nedeniyle, kopya çekme suçunu işleyene, aracılık eden karşısında daha fazla ceza tayin edilmesi gerektiği görüşündeyiz.

Yasanın 10. maddesinin 4. fıkrası '*sınav sonuçlarını değiştirme*' suçunu düzenlemektedir. Bu suçun yaptırımı; üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasıdır. Bu suç için adli para cezası öngörülmemiştir. Nitelikli hal başlığı altında ifade edildiği gibi 6114 sayılı Kanun'un 10. maddesinde yazılı suçların örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda, aynı maddenin 6. fıkrasındaki belirleme nedeniyle, tayin edilecek cezalar yarı oranında artırılabacaktır.

B. Güvenlik Tedbirleri

Güvenlik tedbirleri toplum hayatında tehlike oluşturan suçun işlenmesinden sonra hükmedilen yaptırımlar olarak tanımlanmıştır⁸⁷. Tedbirler kanunda düzenlenmiş olmalıdır. Güvenlik tedbirine ancak mahkemece karar verilebilir⁸⁸. Hukukumuzda fail olamayacağı kabul edilen tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerine hükmedilebilmektedir. Öte yandan kusur yeteneği olmayanlara ceza verilememektedir. Ancak bunlara güvenlik tedbirlerinin uygulanması mümkündür⁸⁹.

6114 sayılı Kanun'da ilave bir güvenlik tedbirinden bahsedilmemiştir. Bu nedenle koşulları varsa kusur bağlamında güvenlik tedbirlerine müracaat edilebilir. Zira kusuru kaldıran hallerin varlığı halinde faile ceza verilemeyecekse de güvenlik tedbirlerinin uygulanması mümkündür.

Yasanın 10. maddesinin 6. fıkrasında, söz konusu suçların 'bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi' durumunu düzenlemiştir. Suçun bir tüzel kişi yararına işlenmesi halinde TCK'nın 60. maddesinde yer alan güvenlik tedbirleri uygulanır. TCK'nın 60. maddesine göre güvenlik tedbiri; iznin iptali ve/veya müsaderektir. Ancak mezkûr kanunda TCK'nın genel hükmü bir kez daha tekrar edilmiştir.

VII. Soruşturma ve Kovuşturma

Yasanın hüküm altına aldığı sınav suçları şikâyete bağlı değildir. Dolayısıyla re'sen takip edilen suçlardandır. Uzlaşma ve ön ödemeye de tabi değildir. Bu suçlar nedeniyle açılan kamu davasına suçtan zarar gören kurumların katılması mümkündür. Yargıtay ÖSYM Başkanlığı'nın suçtan zarar görme ihtimali bulunmaması nedeniyle davaya katılmayacağı görüşündedir⁹⁰.

Görevli mahkeme, CMK'nın 3. maddesi ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11. maddesi kapsamında, asliye ceza mahkemeleridir.

Yetkili mahkeme ise CMK'nın 12. maddesi gereğince suçun işlendiği yer mahkemesidir. Suçun işlendiği yerin tespitinde TCK'nın 8. maddesinin dikkate alınması gerektiğini ifade eden görüşe⁹¹ katılıyoruz. Zira CMK suçun işlendiği yerin tespiti ölçüğü olarak, hareket ve netice bakımından herhangi bir belirleme yapmamıştır. Buna göre; suç hareket ve neticenin kısmen gerçekleştiği yerde işlenmiş sayılır. Belli bir neticenin gerçekleşmesinin aranmadığı, sırf hareket suçlarında hareketin tamamının (bölünebilir olduğu hallerde bir kısmının) gerçekleştiği yer, suçun işlendiği yerdir. Bu belirlemeyi ülkesellik bakımından geçerli kabul eden ve CMK'nın yetki kuralları açısından isabetsiz bulan yazarlar da bulunmaktadır⁹².

Suçun işlendiği yer ve yetkili mahkemenin tayini açısından CMK'nın 12. maddesi amirdir. Eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı hallerde aynı maddenin 2. fıkrası gereğince son icra hareketinin yapıldığı yer, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği yer ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği yer mahkemesinin yetkili olacağı belirtilmiştir. 3. fıkrada ülkede yayımlanan bir basılı eserle suçun işlenmesi hali düzenlenmiştir. Bu halde, eserin yayım merkezi ile aynı eserin birden çok yerde basılması durumunda eserin yayım merkezi dışındaki eserin basıldığı yer mahkemesi yetkili olacaktır. 5. fıkranın yollamasıyla, görsel veya işitsel yayınlarda da üçüncü fıkra hükümleri uygulanacaktır. Bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenen suçlarda mağdurun yerleşim yeri mahkemelerinin de yetkili olacağı 6. fıkrada hüküm altına alınmıştır.

Örneğin İstanbul'da bulunan bilişim sistemleri vasıtasıyla ÖSYM'nin veri tabanına erişerek sınav sonuçlarının değiştirilmesi halinde, hareket ve neticenin kısmen gerçekleştiği yer ifadesinden hareketle İstanbul ve Ankara mahkemelerinin yetkili olduğu sonucuna varılabilir. Aynı şekilde İzmir'de bulunan adayın, Ankara'da yapılacak sınava, sınav evraklarını göndererek bir başkasının girmesini sağlaması halinde İzmir ve Ankara mahkemelerinin yetkili olduğu öne sürülebilir. Ancak İstanbul'da bir araya gelerek, Ankara'da yapılacak sınavda kopya çekmek için Ankara'ya gelen ve burada yapılan sınavda kopya çekerken yakalanan failler açısından Ankara mahkemelerinin yetkili olduğu kanaatindeyiz. Zira İstanbul'da bir araya gelme eylemini ilk icra hareketi değil, hazırlık hareketi olarak görmekteyiz.

6114 Sayılı Kanun kapsamında sınavlarda soru hazırlama sürecinden itibaren görev alan kişiler kamu görevlisi sayılmaktadır. Kanun'un 10. maddesinin 8. fıkrasına göre, "kamu görevlisi sayılan kişiler hakkında, görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri iddia edilen suçlardan dolayı, 2/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında

⁸⁷ Koca ve Üzülmöz (n 14) 44.

⁸⁸ Artuk, M.E. (2008). Güvenlik tedbirleri. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(1), 461-492, 474; Vedat Dilberoğlu, A. (2016). Cezalar ve güvenlik tedbirlerinin amacı ve niteliği. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65(4), 1517-1544, 1520.

⁸⁹ Özbek, Doğan, Bacaksız (n 77) 626.

⁹⁰ Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin, 19.10.2016 T., 2015/4536 E., 2016/7091 K. Sayılı ilamı.

⁹¹ Centel, N. ve Zafer, H. (2017). Ceza muhakemesi hukuku. İstanbul: Beta Yayıncılık, 519.

⁹² "TCK m.8 kapsamında suçun ne zaman Türkiye'de ne zaman yurt dışında işlenmiş sayılacağı hususunu belirlemektedir. Türkiye'de işlenmiş bir suça ilişkin suçun işlendiği yerin belirlenmesinde bir fonksiyonunun bulunduğunu söylemek mümkün olmayacaktır. Doktrinde bazı yazarlar ise hareket ve neticenin Türkiye'nin farklı yerlerinde meydana gelmesi durumunda hareketin esas alınması gerektiğini, failin suçu hareketi gerçekleştirdiği yerde işlemiş sayılacağını savunmaktadırlar. Bu yazarlar aksi kabulün tek mahkemeye yetki vermek sistemine aykırılık olacağını belirtmektedirler. Doktrinde bazı yazarlar ise neticenin gerçekleştiği yerin yetkiyi belirlemede en uygun olacağını ileri sürmektedirler. Yargıtay da suçun işlendiği yere ilişkin olarak neticenin gerçekleştiği yer görüşüne katılmaktadır". Aydın, M. (2013). Ceza muhakemesinde yetki ve görev meselesinde bazı sorunlara ilişkin değerlendirmeler. *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(1), 29-60, 45.

Kanun hükümlerine göre, soruşturma izni kararı vermeye ÖSYM Yönetim Kurulu; Yönetim Kurulu Başkan ve üyeleri hakkında ise Yükseköğretim Genel Kurulu yetkilidir". Burada bahsedilen soruşturma izni, dava şartı olan izindir.

Sonuç

Merkezi sınavlar milyonlarca aday ve ailelerini ilgilendiren son derece önemli idari işlemlerdir. Sınavların, değerlendirme süreçlerinin ve nihayetinde yerleştirme işlemlerinin güvenlik içerisinde yapılması zorunluluğu bulunmaktadır. Sınavların sadece güvenlik içerisinde yapılması yeterli değildir. Aynı zamanda bu güvenliğin görünür olması gerekir. Aksi halde merkezi sınavlar açısından belirlenen güvenilirlik, gizlilik, tarafsızlık, bilimsellik ilkeleri şaibeli hale gelir. Hemen her sınavdan sonra kamuoyunda yaşanan tartışmalar bu tespitimizi desteklemektedir. Merkezi sınavların önemli sonuçlarından birisi de sınavlar sonucunda kamu görevine yerleşme imkânının varlığıdır. Bu durum, kamu güvenliği açısından önemli riskler barındırmaktadır.

6114 Sayılı Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Hizmetleri Hakkında Kanun'un ceza hükümlerinin düzenlendiği 10. maddesinin hangi sınavlarda uygulanacağını tespit edilmesi gerekmektedir. Çalışmada tartıştığımız şekliyle; 6114 sayılı Kanun'un ceza hükümleri, ÖSYM ve Milli Eğitim Bakanlığı tarafından yapılan sınavlarda uygulanabilecektir. Diğer kamu kurum ve kuruluşlarının yapacağı sınavlar bakımından 6114 sayılı Kanun'un ceza hükümlerinin uygulanamayacağı kanaatindeyiz. Zira yasanın 6. maddesinin 13. fıkrasında; bu fıkradaki hükümlerin kamu kurum ve kuruluşları ile özel hukuk tüzel kişilerinin talepleri üzerine yapılan sınavlar hakkında da uygulanacağı yazılmıştır. Fakat yasanın, ceza hükümlerinin düzenlendiği 10. maddesinde bu kanunun ceza hükümlerinin, diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından ÖSYM'ye yaptıracağı sınavlar hakkında uygulanacağı yazılmamıştır. Bu nedenle diğer kamu kurum ve kuruluşlarının (ister kendisi sınav yapsın, isterse ÖSYM Başkanlığı'na yaptırсын) yapacağı sınavlarda bu kanun hükümleri uygulanamayacaktır. Bu hususa açıklık getirilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Mevcut haliyle diğer kamu kuruluşlarının yapacağı sınavlarda ortaya çıkacak suistimallerin cezasız kalması ihtimali söz konusudur.

Sınavların; fırsat eşitliği, eğitim ve öğrenim hakkı, meslek seçme hakkı ve kişiliğini geliştirme hakkı gibi bir takım temel haklarla ilgisi bulunmaktadır. Gizli olan bilgileri elde etme veya elinde bulundurma suçu ile gizli olan bilgileri ifşa etme suçları açısından korunan hukuki değer, kamu idaresinin güvenilirliğidir. Kopya çekme, aracılık etme, kopya çektirilmesine imkân sağlama, başkası yerine sınava girme veya başkasını kendisi yerine sınava girmesini sağlama suçu ve sınav sonuçlarını değiştirme suçları açısından; kamu idaresinin güvenilirliğinin yanı sıra adaylar yönünden fırsat eşitliği ve kişilerin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakları zedelenebilir. Kanun koyucunun sınav suçları ihdas etmesinin nedeni budur.

6114 sayılı Yasa'da yer alan suçların faili herkes olabilir. Ancak gizli olan bilgileri ifşa etme suç açısından bir eksikliğe dikkat çekmek isteriz. Bizce ifşa suç açısından, faile göre ikili bir ayrıma gitmek gerekmektedir. Gizli bilgileri elinde bulundurma hak ve yetkisine sahip birisinin bu suçu işlemesi ile başka birisinin bu suçu işlemesi farklı değerlendirilmelidir. Gizli bilgileri hukuka uygun olarak elinde bulunduran failin, bunları ifşa etmesi açısından daha fazla ceza tayin edilmelidir.

Öte yandan teknik araçlar kullanmak suretiyle kopya çekme eylemi nitelikli bir hal olarak düzenlenebilecekken, bu husus, kopya çekme suçunun seçimlik hareketi olarak yer almıştır. Bu düzenleme de hakkaniyete uygun değildir. Zira kopya çekmek üzere organize olmak ve bunun için teknik araçlar kullanmakla, sadece yanındaki kâğıdına bakmak aynı şekilde cezalandırılmaktadır. Bu değerlendirmenin yasa koyucu tarafından dikkate alınması gerekmektedir.

6114 Sayılı Kanun'un 10. maddesinin 6. fıkrasında; bu suçların, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi, nitelikli hal olarak belirlenmiştir. Bu nitelikli halin toplu olarak kopya çekilmesi şeklinde düzenlenmesi gerekirdi. Zira toplu olarak suç işlemek farklı, daha evvel kurulmuş bir örgüt çerçevesinde suç işlemek farklı manalara gelmektedir. Örgütten bahsedebilmesi için; daha evvel kurulmuş ve sayıca belirsiz suç işlemek için bir araya gelmiş en az üç kişinin varlığı gerekmektedir. Bu haliyle, sadece bir sınavda kopya çekmek üzere bir araya gelen kişiler açısından bu madde hükmünün uygulanması mümkün değildir. Toplu olarak kopya çekme eyleminin nitelikli hal olarak düzenlenmesi daha isabetli olurdu.

Sınav suçlarının çoğu, tali norm olarak düzenlenmiştir ve fiilin daha ağır ceza gerektiren başka bir suç oluşturmaması şartı aranmıştır. Burada şarta bağlı tali bir düzenleme söz konusudur. Bu durumun, bazı yargı kararlarında tereddüt oluşturduğu görülmektedir.

Çalışmada etraflıca aktarıldığı üzere, fiil tekliği bulunmayan durumlarda gerçek içtima kuralları devreye girer. Mesela sahte sınav giriş belgesi ile başkasının yerine sınava girilmesi durumunda iki ayrı suç oluşmaktadır. Yargıtay'ın bu kurala aykırı görüşleri bulunmaktadır. Başkası yerine sınava giren failin sınav sırasında yakalanmasıyla, sınavdan sonra yakalanması arasında fark bulunmamaktadır. Resmi belgede sahtecilik ve resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçları ile başkası yerine sınava girme suçları arasında görünüşte içtima kuralı uygulanması gerekirken, yüksek mahkemenin buna aykırı kararlar verdiği görülmektedir. Yargıtay kararları bu konuda isabetli değildir. Sınav suçları, soyut tehlike suçlarıdır. Soyut tehlike suçları, kanunda aranan hareketin yapılmasıyla tamamlanır. Kanun koyucu, ortaya çıkan tehlikeliliği cezalandırmak istemiştir. Suç neticeli bir suç olmadığı halde Yargıtay, bazı kararlarında '*hukuki anlamda sonuç doğurmaya elverişli bir şekilde teslim etmesi*' şeklinde bir koşul aramaktadır. Bu husus, ihlal ediciliği bulunmayan fiillerin cezalandırılmayabileceği şeklindeki yaklaşımın sonucu olabilir. Gerçekten;

hareketin önemsizliği, tehlikeye düşürülen hukuki değer azlığı, fiilin sosyal uygunluğu gibi hallerde faile ceza verilmemektedir. Merkezi sınavlar gibi kamusal menfaatin yoğun olduğu suçlarda, kanaatimizce hareketin önemsizliğinden bahsetme olanağı bulunmamaktadır.

Yasa'nın 10. maddesinin 9. fıkrasında kabahat niteliğinde belirlemeler yapılmıştır. Buna göre; görevlilerin kimlik bilgilerini, deneme sorularını veya sınavın devam ettiği süre içinde sınavlarda sorulan soruları aynen veya değiştirerek paylaşmak ve ifşa etmek kabahat olarak tanımlanmıştır. Kanuna göre görevlilerin kimlik bilgileri ve deneme soruları, zaten gizli bilgilerdir. Bunların açıklanması ifşa suçunu oluşturmaktadır. Bu nedenle ayrıca kabahat olarak tanımlanması uygulamada tereddüt oluşturmaktadır. Aynı fiil nedeniyle hem kabahat, hem suç oluşması isabetli görünmemektedir. 9. fıkrada yazılı kabahat sınav sorularının paylaşılması durumunu, sınavların devam ettiği süreyle sınırlı tutmuştur. Sınavdan sonra, soruların tamamının ya da bir kısmının yayımlanmasına ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Ayrıca soruları değiştirerek paylaşmaktan ne anlaşılması gerektiği yeterince açık değildir. Bu hususu da belirlilik ilkesine aykırı bulmaktayız.

Çalışmada yer verdiğimiz görüşler ve tespitler ışığında kanunda yer alan bazı hükümlerin revize edilmesi gerektiği görüşündeyiz. Kanunda yer alan ve ceza hükmü içeren maddelere yönelik, akademik eleştirilerin dikkate alınmasını umuyoruz.

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 have no conflict of interest to declare.

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

KAYNAKLAR / REFERENCES

- Akbulut B, 'Kabahatler Hukukunda Kanunilik İlkesi ve Covid-19 Nedeniyle Alınan Tedbirlere Aykırılık' (2021) 9 (1) Journal of Penal Law and Criminology 197-253.
- Akbulut B, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Seçkin Yayıncılık 2018).
- Akbulut B, *Türk Ceza Hukuku Temel Bilgiler* (Seçkin Yayıncılık 2020).
- Akdağ H, 'Gönüllü Vazgeçme', (2013) 3 (2) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 91-126.
- Akkaya Ç, 'Suçların İçtimai Bağlamında Fiil Tekliği' (2019) (13) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 1-38.
- Alşahin M.E, 'Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması Suçu (TCK m.258)' (2014) 20 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 219-250.
- Artuk M.E, 'Güvenlik Tedbirleri' (2008), 12 (1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 461-492.
- Artuk M.E. ve Yılmaz E, 'Teorik Açından Güvenlik Tedbirleri' (2020) 7 (2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7-43.
- Atay E.E, *İdare Hukuku* (3. Baskı Seçkin Yayıncılık 2022).
- Aydın D, 'Suça Teşebbüs' (2006) 55 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 85-113.
- Aydın, M, *Ceza Muhakemesinde Yetki ve Görev Meselesinde Bazı Sorunlara İlişkin Değerlendirmeler* (2013) 3 (1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 29-60.s
- Ayhan A, *İdari Yargılama Hukukunda İvedi Yargılama Usulü (Yüksek Lisans Tezi)* (Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019).
- Baş E, *Ceza Hukukunda Fail ve Mağdur* (Seçkin Yayıncılık 2021).
- Batı M. ve Aytaç T, (Ed) *Eğitim Hukuku* (Pegem Akademi Yayıncılık 2020).
- Bekar E, 'Kabahatler Kanunu'nun Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi' (2011) 69 (1-2) Journal of Istanbul University Law Faculty 1033-1050.
- Bingöl B, Taşkın, P. ve Karaman Kepenekçi, Y. (Ed.) 'Sınav Hukukunun Kuramsal Temelleri' Çocuk Hakları-Eğitim Hukuku-Vatandaşlık Eğitimi: Prof. Dr. Emine Akyüz'e Armağan Kitabı İçinde (Pegem Yayınları 2018 418-432).
- Centel, N. ve Zafer, H. *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Beta Yayıncılık 2017).
- Çelik R, 'Adalet, Kapsayıcılık ve Eğitimde Hakkaniyetli Fırsat Eşitliği' (2017) 9 (2) Fe Dergi 16-29.
- Çetintürk E. ve Töngür A.R, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (1. Baskı Adalet Yayınevi 2020).
- Çiğli H, 'Başkasının Yerine Sınava Girme Eylemlerinin Türk Ceza Kanunu ile Diğer Özel Kanunlardaki Karşılığı' (2015) 10 (103) Terazi Hukuk Dergisi 49-58.
- Değirmenci O, 'Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları' (2008) (77) TBB Dergisi 33-86. Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (10. Baskı Seçkin Yayıncılık 2014).
- Dönmez S. ve Erman S, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II*, (Beta 1999).
- Erem F, 'Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin' (1968) 25 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11-33.
- Erman, B, *Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi. (Doktora Tezi)* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2006).

- Ersoy U, 'Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları' (2020) 1 (41) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 27-64.
- Göktürk N, 'Suçun Yasal Tanımında Yer Alan "Hukuka Aykırılık" İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon' (2016) 7 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 407-450.
- Güngör, D, 'Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata' (2007) 68 TBB Dergisi 135-160.
- Gümiş, A.T, 'Türk Anayasasında Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı' (2005) 13 (2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 133-172.
- Hafizoğulları Z. ve Kurşun G, 'Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk' (2007) (71) TBB Dergisi 25-80.
- Hafizoğulları Z. ve Küçüktaşdemir Ö, 'Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk' (2015) (2) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 123-170.
- Hakeri H, 'Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler' (2007) (69) TBB Dergisi 55-96.
- Kalabalık H, 'İdari Yargılama Usulü Hukuku' (16. Bs, Seçkin Yayıncılık 2022).
- Karataş B, 'ÖSYM Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar (Yüksek Lisans Tezi) (Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2018).
- Katoğlu T, 'Ceza Hukukunda Suçun Mağdur Kavramının Sınırları' (2012) 41 (2) AÜHFD 657-693.
- Keçelioğlu E, 'Sırf Hareket Suçu Soyut Tehlike Suçu Mudur?' (2021) 25 (2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 433-464.
- Kitapçioğlu Yüksel, T, 'Özgü Suç' (1. Bs. On İki Levha Yayıncılık 2021)
- Koca M. ve Üzülmüş İ, 'Ceza genel hukuku' (14. Bs Seçkin Yayıncılık 2021).
- Levent A.F. ve Dönmez Övür M, 'Eğitim Hukuku' (Nobel Yayıncılık 2019).
- Limoncu M, 'Terör Suçlarına İştirak' (2022), 5 (2) Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi 195-235.
- Özbek V. Ö, Doğan K, Bacaksız P, 'Ceza Genel Hukuku Temel Bilgiler' (12. Bs Seçkin Yayıncılık 2022).
- Özen M, 'Ceza Hukukunda Fikri İçtima' (2007) (73) TBB Dergisi 132-145.
- Özen M. ve Köksal A, 'Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması Suçu' (2020) 69 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 189-232.
- Özer M, 'Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezinin Stratejik Hedefleri ve Yeni Yönelimleri' (2018) 8 (2) Yükseköğretim ve Bilim Dergisi/Journal of Higher Education and Science 221-226.
- Özgenç İ, 'İhmalî Suç Teorisi' (2021) 25 (4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 303-378.
- Özgenç İ, 'Suç Örgütleri' (Seçkin Yayıncılık 2019).
- Özgenç İ, 'Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler' (17. Bs, Seçkin Yayıncılık 2021).
- Sezer Y. ve Bilgin H, 'Sözlü Sınavların Yargısal Denetimi' (2009) (86) TBB Dergisi 168-187. Soyaslan D, 'Ceza Hukuku Genel Hükümler' (4. Bs. Yetkin Yayınları 2012).
- Şare E, 'Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs' (2017) (130) , TBB Dergisi 119-156.
- Şen E. ve Eryıldız H.S, 'Suç Örgütü' (Seçkin Yayıncılık(2021).
- Taşkın P. ve Karaman Kepenekçi Y, 'Eğitim Hukuku' (Siyasal Kitabevi 2019)
- TDK, <https://sozluk.gov.tr/> "kopya çekmek" ET:27.08.2022
- Toroslu N, 'Ceza Hukuku Özel Kısım' (Savaş Yayın 2013).
- Tozman Ö, 'Suça Teşebbüs' (Adalet Yayınevi 2015).
- Turabi S, 'Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Haller' 2012 (101) TBB Dergisi 267-292.
- Turhan O, 'Bilgisayar Ağları ile İlgili Suçlar (Planlama Uzmanlığı Tezi) (Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı 2006).
- Uğur H, 'Kabahatler Kanunu ve 5252 Sayılı Kanun'a Göre İdari Para Cezası ve Yargıtay Uygulaması' (2009) (85) TBB Dergisi 189-209.
- Vedat Dilberoğlu A, 'Cezalar ve Güvenlik Tedbirlerinin Amacı ve Niteliği' (2016) 65 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1517-1544.
- Yerdelen E, 'Mütemadi (Kesintisiz) Suç' (2014) 5 (18) TAAD 113-152.
- Yıldırım T. ve Göçgün M, 'İdarenin Düzenleyici İşlemlerinde Eşitlik İlkesi' (2016) 3 (2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 39-60.
- Yılmaz E, 'Suçun Özel Bir Görünüş Şekli Olarak Gönüllü Vazgeçme' (2016) 65 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2553-2603).
- Yurtlu F, 'Suç Teorisi Bakımından İhmalî Suçların Yapısı' (2021) 25 (3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 581-638.
- Zafer H, 'Ceza Hukuku Genel Hükümler' (5. Bs, Beta Yayıncılık 2015).

ATIF BİÇİMİ / HOW CITE THIS ARTICLE

Limoncu, M. '6114 Sayılı Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi Kanununda Düzenlenen Sınav Suçları' (2023) 11(1) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 124.

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 değerlendirilmeyen ve her bir yazar tarafından onaylanan makaleler değerlendirilmek üzere kabul edilir.

Ön 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 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 değerlendirilmeyen olmadığı 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 kisiler, “tesekkür/bilgiler” kısmında sıralanmalıdır. Bunlara sadece teknik destek sağlayan, yazıma yardımcı olan ya da sadece genel bir destek sağlayan, finansal ve materyal desteği sunan kisiler 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 tasır.

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 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 baskısına 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 çalışmalarını 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 inisa etme dâhil adapte edilmesine izin verir.

Açık Erişim İlkesi

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-GayriTicari 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, 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 gönderilmelidir. Kapak sayfasında, makalenin başlığı, yazar veya yazarların bağlı oldukları kurum ve unvanları, kendilerine ulaşılacak adresler, cep, is 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 olaganın 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 degerinde olması gerekir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin dipnotlar sayfa altında yer almalıdır.
8. Yazar/yazarların adları çalışmanın başlığının hemen altında saga bitisik şekilde verilmelidir. Ayrıca yıldız dipnot şeklinde (*) yazarın unvanı, kurumu ve e-posta adresi ve telefonu sayfanın en altında dipnotta belirtilmelidir.
9. Çalışmaların başlıca su 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 özün 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

- “Giris” 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 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 çalışmalarını 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 isi 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 “kisisel 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 (;) isareti 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 Bilisim.

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 Savaser, 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., Reisingl, 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 Dogan, G. (2012). Hacettepe Üniversitesi Bilgi ve Belge Yönetimi Bölümü tezlerinin atıf analizi. *Türk Kütüphaneciliği*, 26, 349–369. Erisim 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. . Advance online publication. <http://dx.doi.org/10.1037/a45d786>

g) Popüler Dergi Makalesi

Semercioglu, 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 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>

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., Dogan, D. ve Seferoglu, S. S. (2015, Şubat). *Eğitimde dijital araçlar: Google sınıf uygulaması üzerine bir değerlendirme* [Öz]. Akademik Bilisim Konferansında sunulan bildiri, Anadolu Üniversitesi, Eskisehir. Erisim adresi: <http://ab2015.anadolu.edu.tr/index.php?menu=5&submenu=27>

h) Düzenli Olarak Online Yayınlanan 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 Yayınlanan 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

Toker, 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*. Erisim adresi: <http://www.milliyet>

c) Web Page/Blog Post

Bordwell, D. (2013, June 18). David Koepf: Making the world movie-sized [Web log post]. Retrieved from <http://www.davidbordwell>

d) Online Ansiklopedi/Sözlük

Bilgi mimarisi. (2014, 20 Aralık). Vikipedi içinde. Erisim adresi: http://tr.wikipedia.org/wiki/Bilgi_mimarisi

Marcoux, A. (2008). Business ethics. In E. N. Zalta (Ed.), *The Stanford encyclopedia of philosophy*. Retrieved from <http://plato.stanford.edu/entries/ethics-business/>

OSCOLA Referans Stili Örnekleri

Primary Sources

Do not use full stops in abbreviations. Separate citations with a semi-colon.

Cases

Give the party names, followed by the neutral citation, followed by the *Law Reports* citation (eg AC, Ch, QB). If there is no neutral citation, give the *Law Reports* citation followed by the court in brackets. If the case is not reported in the *Law Reports*, cite the All ER or the WLR, or failing that a specialist report.

Corr v IBC Vehicles Ltd [2008] UKHL 13, [2008] 1 AC 884.

R (Roberts) v Parole Board [2004] EWCA Civ 1031, [2005] QB 410.

Page v Smith [1996] AC 155 (HL).

When pinpointing, give paragraph numbers in square brackets at the end of the citation. If the judgment has no paragraph numbers, provide the page number pinpoint after the court.

Callery v Gray [2001] EWCA Civ 1117, [2001] 1 WLR 2112 [42], [45].

Bunt v Tilley [2006] EWHC 407 (QB), [2006] 3 All ER 336 [1]–[37].

R v Leeds County Court, ex p Morris [1990] QB 523 (QB) 530–31.

If citing a particular judge:

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, (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/>> accessed 27 July 2010.

Command papers and Law Commission reports

Department for International Development, *Eliminating World Poverty: Building our Common Future* (White Paper, Cm 7656, 2009) ch 5.

Law Commission, *Reforming Bribery* (Law Com No 313, 2008) paras 3.12–3.17.

Websites and blogs

Sarah Cole, 'Virtual Friend Fires Employee' (*Naked Law*, 1 May 2009 <www.nakedlaw.com/2009/05/index.html> accessed 19 November 2009.

Newspaper articles

Jane Croft, 'Supreme Court Warns on Quality' *Financial Times* (London, 1 July 2010) 3.

SON KONTROL LİSTESİ

Aşağıdaki listede yer alan hususların eksik olmadığından emin olun:

- Editöre mektup
 - ✓ Makalenin türü
 - ✓ Baska 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, is 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)
 - ✓ Tesekkür (varsa belirtiniz)
 - ✓ Kaynaklar
 - ✓ Tablolar-Resimler, Şekiller (başlık, tanım ve alt yazılarıyla)

İLETİŞİM İÇİN

Bas Editör: Prof. Dr. Adem Sözüer

E-mail: asozuer@istanbul.edu.tr

Tel: + 90 212 440 01 05

Faks: +90 212 512 41 35

Website: <http://jplc.istanbul.edu.tr><http://jplc.istanbul.edu.tr>

E-mail: jplc@istanbul.edu.tr

Adres: İstanbul Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi

34116, Beyazıt

İstanbul - Türkiye

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 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.

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.

Copyrigh 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, 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.
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.

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 paranthesis, separate them with (;).

Samples:

More than one citation;

(Esin et al., 2002; Karasar, 1995)

Citation with one author;

(Akyolcu, 2007)

Citation with two authors;

(Sayıner & Demirci, 2007)

Citation with three, four, five authors;

First citation in the text: (Ailen, Ciambrune, & Welch, 2000) Subsequent citations in the text: (Ailen et al., 2000)

Citations with more than six authors;

(çavdar et al., 2003)

Citations in the Reference

All the citations done in the text should be listed in the References section in alphabetical order of author surname without numbering. Below given examples should be considered in citing the references.

Basic Reference Types

Book

a) Turkish Book

Karasar, N. (1995). *Araştırmalarda rapor hazırlama* (8th ed.) [Preparing research reports]. Ankara, Türkiye: 3A Eğitim Danışmanlık Ltd.

b) Book Translated into Turkish

Mucchielli, A. (1991). *Zihniyetler* [Mindsets] (A. Kotil, Trans.). İstanbul, Türkiye: İletişim Yayınları.

c) Edited Book

Ören, T., Üney, T., & Çölkesen, R. (Eds.). (2006). *Türkiye bilişim ansiklopedisi* [Turkish Encyclopedia of Informatics]. İstanbul, Türkiye: Papatya Yayıncılık.

d) Turkish Book with Multiple Authors

Tonta, Y., Bitirim, Y., & Sever, H. (2002). *Türkçe arama motorlarında performans değerlendirme* [Performance evaluation in Turkish search engines]. Ankara, Türkiye: Total Bilisim.

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 [Organization culture: Its functions, elements and importance in leadership and business management]. In M. Zencirkıran (Ed.), *Örgüt sosyolojisi* [Organization sociology] (pp. 233–263). Bursa, Türkiye: Dora Basım Yayın.

h) Book with the same organization as author and publisher

American Psychological Association. (2009). *Publication manual of the American psychological association* (6th ed.). Washington, DC: Author.

Article

a) Turkish Article

Mutlu, B., & Savaser, 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., Reissigl, 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.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 <http://library.iyte.edu.tr/tr/hizli-erisim/iyte-tez-portali>

c) Dissertation/Thesis from Web

Tonta, Y. A. (1992). *An analysis of search failures in online library catalogs* (Doctoral dissertation, University of California, Berkeley). Retrieved from <http://yunus.hacettepe.edu.tr/tonta/yayinlar/phd/ickapak.html>

d) Dissertation/Thesis abstracted in Dissertations Abstracts International

Appelbaum, L. G. (2005). Three studies of human information processing: Texture amplification, motion representation, and figure-ground segregation. *Dissertation Abstracts International: Section B. Sciences and Engineering*, 65(10), 5428.

e) Symposium Contribution

Krinsky-McHale, S. J., Zigman, W. B., & Silverman, W. (2012, August). Are neuropsychiatric symptoms markers of prodromal Alzheimer's disease in adults with Down syndrome? In W. B. Zigman (Chair), *Predictors of mild cognitive impairment, dementia, and mortality in adults with Down syndrome*. Symposium conducted at the meeting of the American Psychological Association, Orlando, FL.

f) Conference Paper Abstract Retrieved Online

Liu, S. (2005, May). *Defending against business crises with the help of intelligent agent based early warning solutions*. Paper presented at the Seventh International Conference on Enterprise Information Systems, Miami, FL. Abstract retrieved from http://www.iceis.org/iceis2005/abstracts_2005.htm

g) Conference Paper - In Regularly Published Proceedings and Retrieved Online

Herculano-Houzel, S., Collins, C. E., Wong, P., Kaas, J. H., Lent, R. (2008). The basic nonuniformity of the cerebral cortex. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 105, 12593–12598. <http://dx.doi.org/10.1073/pnas.0805417105>

h) Proceeding in Book Form

Parsons, O. A., Pryzwansky, W. B., Weinstein, D. J., Wiens, A. N. (1995). Taxonomy for psychology. In J. N. Reich, H. Sands, A. N. Wiens (Eds.), *Education and training beyond the doctoral degree: Proceedings of the American Psychological Association National Conference on Postdoctoral Education and Training in Psychology* (pp. 45–50). Washington, DC: American Psychological Association.

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 Koepf: Making the world movie-sized [Web log post]. Retrieved from <http://www.davidbordwell.com>

d) Online Encyclopedia/Dictionary

Ignition. (1989). In *Oxford English online dictionary* (2nd ed.). Retrieved from <http://dictionary.oed.com>
Marcoux, A. (2008). Business ethics. In E. N. Zalta (Ed.). *The Stanford encyclopedia of philosophy*. Retrieved from <http://plato.stanford.edu/entries/ethics-business/>

OSCOLA Reference Examples

Primary Sources

Do not use full stops in abbreviations. Separate citations with a semi-colon.

Cases

Give the party names, followed by the neutral citation, followed by the *Law Reports* citation (eg AC, Ch, QB). If there is no neutral citation, give the *Law Reports* citation followed by the court in brackets. If the case is not reported in the *Law Reports*, cite the All ER or the WLR, or failing that a specialist report.

Corr v IBC Vehicles Ltd [2008] UKHL 13, [2008] 1 AC 884.

R (Roberts) v Parole Board [2004] EWCA Civ 1031, [2005] QB 410.

Page v Smith [1996] AC 155 (HL).

When pinpointing, give paragraph numbers in square brackets at the end of the citation. If the judgment has no paragraph numbers, provide the page number pinpoint after the court.

Callery v Gray [2001] EWCA Civ 1117, [2001] 1 WLR 2112 [42], [45].

Bunt v Tilley [2006] EWHC 407 (QB), [2006] 3 All ER 336 [1]–[37].

R v Leeds County Court, ex p Morris [1990] QB 523 (QB) 530–31.

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/](http://ejlt.org/article/view/>)
> accessed 27 July 2010.

Command papers and Law Commission reports

Department for International Development, *Eliminating World Poverty: Building our Common Future* (White Paper, Cm 7656, 2009) ch 5.

Law Commission, *Reforming Bribery* (Law Com No 313, 2008) paras 3.12–3.17.

Websites and blogs

Sarah Cole, 'Virtual Friend Fires Employee' (*Naked Law*, 1 May 2009) <www.nakedlaw.com/2009/05/index.html>
accessed 19 November 2009.

Newspaper articles

Jane Croft, 'Supreme Court Warns on Quality' *Financial Times* (London, 1 July 2010) 3.

SUBMISSION CHECKLIST

Ensure that the following items are present:

- Cover letter to the editor
 - ✓ The category of the manuscript
 - ✓ Confirming that "the paper is not under consideration for publication in another journal".
 - ✓ Including disclosure of any commercial or financial involvement.
 - ✓ Confirming that last control for fluent English was done.
 - ✓ Confirming that journal policies detailed in Information for Authors have been reviewed.
 - ✓ Confirming that the references cited in the text and listed in the references section are in line with OSCOLA or APA6.
- Copyright Agreement Form
- Permission of previous published material if used in the present manuscript
- Title page
 - ✓ The category of the manuscript
 - ✓ The title of the manuscript both in the language of article and in English
 - ✓ All authors' names and affiliations (institution, faculty/department, city, country), e-mail addresses
 - ✓ Corresponding author's email address, full postal address, telephone and fax number
 - ✓ ORCID's of all 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)

YAZARLARA BİLGİ / INSTRUCTIONS TO AUTHORS

- ✓ Conflict of interest (if exists)
- ✓ Acknowledgement (if exists)
- ✓ References
- ✓ All tables, illustrations (figures) (including title, description, footnotes)

CONTACT INFO

Editor in Chief: Prof. Dr. Adem Sözüer

E-mail: asozuer@istanbul.edu.tr

Phone: + 90 212 440 01 05

Fax: +90 212 512 41 35

Website: <http://jplc.istanbul.edu.tr>

Email: jplc@istanbul.edu.tr

Adres: Istanbul University

Faculty of Law Criminal Law and Criminology Research and Practice Center

34116, Beyazıt

Istanbul - Türkiye

COPYRIGHT AGREEMENT FORM / TELİF HAKKI ANLAŞMASI FORMU



İstanbul University
İstanbul Üniversitesi

Journal name: Journal of Penal Law and Criminology
Dergi Adı: Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi

Copyright Agreement Form
Telif Hakkı Anlaşması Formu

| | |
|---|--|
| Responsible/Corresponding Author <i>Sorumlu Yazar</i> | |
| Title of Manuscript <i>Makalenin Başlığı</i> | |
| Acceptance date <i>Kabul Tarihi</i> | |
| List of authors <i>Yazarların Listesi</i> | |

| Sıra No | Name - Surname <i>Adı-Soyadı</i> | E-mail <i>E-Posta</i> | Signature <i>İmza</i> | Date <i>Tarih</i> |
|---------|-------------------------------------|--------------------------|--------------------------|----------------------|
| 1 | | | | |
| 2 | | | | |
| 3 | | | | |
| 4 | | | | |
| 5 | | | | |

Manuscript Type (Research Article, Review, etc.)
Makalenin türü (Araştırma makalesi, Derleme, v.b.)

Responsible/Corresponding Author:
Sorumlu Yazar:

| | | |
|---------------------------------------|---------------------------|--|
| University/company/institution | <i>Çalıştığı kurum</i> | |
| Address | <i>Posta adresi</i> | |
| E-mail | <i>E-posta</i> | |
| Phone; mobile phone | <i>Telefon no; GSM no</i> | |

The author(s) agrees that:

The manuscript submitted is his/her/their own original work, and has not been plagiarized from any prior work, all authors participated in the work in a substantive way, and are prepared to take public responsibility for the work, all authors have seen and approved the manuscript as submitted, the manuscript has not been published and is not being submitted or considered for publication elsewhere, the text, illustrations, and any other materials included in the manuscript do not infringe upon any existing copyright or other rights of anyone. İSTANBUL UNIVERSITY will publish the content under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0) license that gives permission to copy and redistribute the material in any medium or format other than commercial purposes as well as remix, transform and build upon the material by providing appropriate credit to the original work. The Contributor(s) or, if applicable the Contributor's Employer, retain(s) all proprietary rights in addition to copyright, patent rights. I/We indemnify İSTANBUL UNIVERSITY and the Editors of the Journals, and hold them harmless from any loss, expense or damage occasioned by a claim or suit by a third party for copyright infringement, or any suit arising out of any breach of the foregoing warranties as a result of publication of my/our article. I/We also warrant that the article contains no libelous or unlawful statements, and does not contain material or instructions that might cause harm or injury. This Copyright Agreement Form must be signed/ratified by all authors. Separate copies of the form (completed in full) may be submitted by authors located at different institutions; however, all signatures must be original and authenticated.

Yazar(lar) aşağıdaki hususları kabul eder

Sunulan makalenin yazar(lar)ın orijinal çalışması olduğunu ve intihal yapmadıklarını, Tüm yazarların bu çalışmaya asli 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-Gayri Ticari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) lisansı ile yayınlamasına izin verirler. Creative Commons Atıf-Gayri Ticari 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 işverenin telif dâhil patent hakları, fikri mülkiyet hakları saklıdır. Ben/Biz, telif hakkı ihlali nedeniyle üçüncü şahıslara vuku bulacak hak talebi veya açılacak davalarda İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ ve Dergi Editörlerinin hiçbir sorumluluğunun olmadığını, tüm sorumluluğun yazarlara ait olduğunu taahhüt ederim/ederiz. Ayrıca Ben/Biz makalede hiçbir suç unsuru veya kanuna aykırı ifade bulunmadığını, araştırma yapılırken kanuna aykırı herhangi bir malzeme ve yöntem kullanılmadığını taahhüt ederim/ederiz. Bu Telif Hakkı Anlaşması Formu tüm yazarlar tarafından imzalanmalıdır/onaylanmalıdır. Form farklı kurumlarda bulunan yazarlar tarafından ayrı kopyalar halinde doldurularak sunulabilir. Ancak, tüm imzaların orijinal veya kanıtlanabilir şekilde onaylı olması gerekir.

| | | |
|---|-------------------------|---------------------|
| Responsible/Corresponding Author; <i>Sorumlu Yazar;</i> | Signature / İmza | Date / Tarih |
| | |/...../..... |