

Journal of Penal Law and Criminology

JPLC

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi
CHKD

CİLT/VOLUME 11 • SAYI/ISSUE 2 • 2023

ISSN 2148-6646 E-ISSN 2602-3911

Suç Korkusunun Toplumsal Parametreleri ile Önem Düzeylerinin Belirlenmesine Yönelik Model Tasarımı
A Model Design for Determining Social Parameters and Their Importance Regarding Fear of Crime Levels / Aykut Çalışkan

Yeşil Kriminolojinin Bibliyometrik Bir Profili ve Turizme Yansımaları
A Bibliometric Profile of Green Criminology and its Reflections on Tourism / Banu Özüşen, Erkan Kadir Şimşek

The Clear and Present Danger Test in Turkish Penal Law / Büşra Demiral Bakırman

İzinsiz Giriş, Geçiş ve İkametin Kolaylaştırılmasını Önlemek İçin Cezai Çerçevenin Güçlendirilmesine İlişkin 2002 tarihli Avrupa Birliği Direktifi ve Çerçeve Kararı Bağlamında İnsani Yardımın Cezalandırılabilirliği Sorunu
The Problem of the Criminalisation of Humanitarian Aid in the Context of the 2002 European Union Directive and Framework Decision on Strengthening the Criminal Framework to Prevent the Facilitation of Unauthorised Entry, Transit and Residence / Meral Balcı, Ceren Karagözoğlu

Cinsel Saldırı Suçunun Tanımında Modeller ve İspat Meselesi
Models of Sexual Assault Laws and Evidentiary Matters / Selman Dursun, Ali Emrah Bozbayındır

Prosecutors' Position and Its Impact on How Proceedings Are Conducted: A Comparison of German and Turkish Criminal Procedure / İpek Altınsaban

Self-Reported Sexual Aggression among Youths: Exploring the Possible Subtypes / Hasan Buker, Achraf Cohen

Yasama Dokunulmazlığının İstisnasını Oluşturan Suçların Belirlenmesi Bağlamında Anayasa Mahkemesince Verilen İhlal Kararlarının Yerine Getirilmemesi Sorunu
Refusing to Abide by Violation Decisions Made by the Constitutional Court in the Context of Determining Crimes That Form the Exception of Legislative Immunity / Adem Sözüer



İSTANBUL ARŞİVİ / İSTANBUL ARCHIVE



İSTANBUL
UNIVERSITY
PRESS



Dizinler / Indexing and Abstracting

Web of Science - Emerging Sources Citation Index (ESCI)

TÜBİTAK-ULAKBİM TR Dizin

DOAJ

ERIH PLUS

EBSCO Central & Eastern European Academic Source



TÜBİTAK

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. Öğr. Üyesi Elif BEKAR – 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

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

Doç. Dr. Emine Eylem AKSOY RETORNAZ – Galatasaray Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – eaksoy@gsu.edu.tr

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

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

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

ALAN EDİTÖRLERİ / SECTION EDITORS

Dr. Öğr. Üyesi Derya TEKİN – İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – derya.tekin@medeniyet.edu.tr

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

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

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

DİL EDİTÖRÜ / LANGUAGE EDITOR

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

DERGİ YAZI KURULU / EDITORIAL MANAGEMENT BOARD

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. 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

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

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. Bahri ÖZTÜRK** – İstanbul Kültür Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – b.ozturk@iku.edu.tr
- Prof. Dr. Gordana BUZAROVSKA** – Ss. Cyril and Methodius Üniversitesi, Üsküp, Makedonya – gordana2206@gmail.com
- 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. Abdullah 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

- 146** Suç Korkusunun Toplumsal Parametreleri ile Önem Düzeylerinin Belirlenmesine Yönelik Model Tasarımı
A Model Design for Determining Social Parameters and Their Importance Regarding Fear of Crime Levels
Aykut ÇALIŞKAN
- 168** Yeşil Kriminolojinin Bibliyometrik Bir Profili ve Turizme Yansımaları
A Bibliometric Profile of Green Criminology and its Reflections on Tourism
Banu ÖZÜŞEN, Erkan Kadir ŞİMŞEK
- 186** The Clear and Present Danger Test in Turkish Penal Law
Büşra DEMİRAL BAKIRMAN
- 198** İzinsiz Giriş, Geçiş ve İkametin Kolaylaştırılmasını Önlemek İçin Cezai Çerçevenin Güçlendirilmesine İlişkin
2002 tarihli Avrupa Birliği Direktifi ve Çerçeve Kararı Bağlamında İnsani Yardımın Cezalandırılabilirliği Sorunu
*The Problem of the Criminalisation of Humanitarian Aid in the Context of the 2002 European Union Directive
and Framework Decision on Strengthening the Criminal Framework to Prevent the Facilitation of Unauthorised
Entry, Transit and Residence*
Meral BALCI, Ceren KARAGÖZOĞLU
- 230** Cinsel Saldırı Suçunun Tanımında Modeller ve İspat Meselesi
Models of Sexual Assault Laws and Evidentiary Matters
Selman DURSUN, Ali Emrah BOZBAYINDIR
- 248** Prosecutors' Position and Its Impact on How Proceedings Are Conducted: A Comparison of German and Turkish
Criminal Procedure
İpek ALTINSABAN
- 262** Self-Reported Sexual Aggression among Youths: Exploring the Possible Subtypes
Nicholas Hasan BUKER, Achraf COHEN
- 275** Yasama Dokunulmazlığının İstisnasını Oluşturan Suçların Belirlenmesi Bağlamında Anayasa Mahkemesince
Verilen İhlal Kararlarının Yerine Getirilmemesi Sorunu
*Refusing to Abide by Violation Decisions Made by the Constitutional Court in the Context of Determining
Crimes That Form the Exception of Legislative Immunity*
Adem SÖZÜER

ÖNSÖZ

Değerli okuyucular,

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi'nin yayını olan Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi'nin yeni sayısını gecikmeli de olsa sizlere sunmaktan büyük bir mutluluk duyuyoruz. Araştırma ve Uygulama Merkezimiz bünyesinde dergimiz ile eş zamanlı yürütülen diğer bilimsel faaliyetler ceza hukuku ve kriminoloji alanındaki tartışmalara, yeni fikirlere ve görüşlere ev sahipliği yapmaktadır.

Bu bağlamda dokuzuncusunu gerçekleştirmekten gurur duyduğumuz Law on the Bosphorus adlı uluslararası yaz okulumuz 21-27 Ağustos 2023 tarihleri arasında “Doğal Afetlerde Hukuki Sorunlar” teması etrafında dünyanın dört bir yanından katılımcıların katkısı ile gerçekleştirilmiştir. 6-9 Eylül 2023 tarihleri arasında ise “Türk Ceza Hukuku Reformu'nun 18. yılında Anayasa Mahkemesi'nin Ceza Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Çalıştayı” adlı toplantılar serimizde, Anayasa Mahkemesi'nin kıymetli üyelerinin katılımı ile Mahkeme'nin farklı konulardaki hem norm denetimi hem de bireysel başvuru kararlarını incelenmiştir. Her iki etkinliğimizin de katılımcı akademisyen ve öğrencilerden, Türkiye ve dünyanın hukuk gündemine ilişkin önemli katkı ve görüşlerin ortaya konulması ve tartışılması bakımından verimli bir platform sunduğuna ilişkin olumlu geri dönüşleri almasından duyduğumuz sevinç siz okurlarımızla da paylaşmak isteriz.

Uzun yıllardır sürdürüyor olmaktan gurur duyduğumuz bir diğer faaliyet olan Suç ve Ceza Film Festivali'nin on üçüncüsü ise 17-23 Kasım 2023 tarihleri arasında “ifade özgürlüğü” teması ile düzenlenmiştir. Festivalin akademik programı kapsamında “ifade özgürlüğü” teması etrafındaki tartışmalar anayasa hukuku, uluslararası hukuk, felsefe, psikiyatri gibi farklı disiplin ve alanlardan kıymetli uzmanların tebliğleriyle gerçekleştirilmiştir.

Bu şekilde ulusal ve uluslararası alanda düzenlenen diğer birçok bilimsel faaliyete ev sahipliği yapan Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi olarak her yıl iki sayı şeklinde ve hem basılı hem de çevrimiçi ortamda olarak yayınladığımız Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi vasıtasıyla bu sayıda da sizleri önemli birçok çalışmayla buluşturuyoruz. Hem ulusal olarak *TUBİTAK-ULAKBİM TR Dizin'de* hem de uluslararası alanda önemli bir indeks olan *Web of Science Core Collection, Emerging Sources Citation Index (ESCI)'de* taranan dergimizin bu sayısında da ulusal ve uluslararası alanda çalışmalarını yürüten akademisyenlerin yazıları arasından titizlikle seçilen ve çift taraflı kör hakem değerlendirmesinden geçirilerek nihai hallerine ulaşan sekiz değerli makaleyi tüm ilgililerin istifadesine sunuyoruz.

Dergimizin bu sayısında ilk olarak Aykut ÇALIŞKAN, yazısında mekânsal gerçekliğin önemini esas alarak suç korkusu olgusunun toplumsal nedenleri üzerine bir tarama araştırması yapmış, suç korkusu ölçümleri açısından model tasarımı önererek toplumsal olguların tekil değerlendirmelerini kısıtlı hale getiren sınırlılıkları sosyolojik bakış açısından hareketle anlamaya ve aşmaya çalışmıştır. Yerleşim yerlerinin mikro ölçekte belirtilen değişkenlerden hareketle suç korkusu araştırmalarına konu edilmesinin ve detaylandırılmasının, araştırmaların sınırlılığının aşılması ve geçerli sonuçlar elde edilmesi açısından önemli olduğunun ortaya konulması bakımından önem arz eden bir makalenin bu sayımızda yayınlaması mutluluk vericidir.

Banu ÖZÜŞEN ve Erkan Kadir ŞİMŞEK ortak makalelerinde, “Yeşil Kriminoloji” üzerine gerçekleştirilen bilimsel çalışmalarındaki eğilimler; alandaki yazarlar, kurumlar ve ülkelerin birbirleri ile etkileşimlerine odaklanmıştır. Bu konudaki araştırmalarını bibliyometrik yöntemle gerçekleştiren yazarların, yeşil kriminoloji üzerine yapılan çalışmalarını araştırarak turizme olan yansımalarını tartıştığı yazının önemi, okuyucuya geniş bir bakış açısı sağlaması ve yeşil kriminoloji alanındaki çalışmalara ve turizme yansımalarına ilişkin bilgiler sunması bakımından kendisini göstermektedir.

Büşra DEMİRAL BAKIRMAN, açık ve yakın tehlike ölçütünü ele almış ve bu ölçütün, ne şekilde oluştuğunu, hangi durumlarda gündeme geldiğini ve Türk hukukundaki yansımalarını incelemiştir. Açık ve yakın tehlike ölçütünün normatif olarak düzenlenmesi ile ifade özgürlüğünün korunmasını ve önemini bir kez daha ortaya koyan bu çalışma, ilgili ölçüt açısından mihenk taşı olan yargı kararlarını da bizlere sunmaktadır.

Ceren KARAGÖZOĞLU ve Meral BALCI ortak yazılarında, yasadışı göçün önlenmesi amacıyla Avrupa Birliği kapsamında yürürlükte olan hukuki mevzuatın bilhassa uygulamada karşılaşılan tedbirler bağlamında hukuki meşruiyetinin gün geçtikçe zayıflamakta olduğuna işaret etmiştir. Bu kapsamda çalışmada, Avrupa Birliği tarafından kabul edilen 2002 tarihli Kolaylaştırıcılar Direktifi bağlamında suç teşkil eden fiiller ile Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol çerçevesinde özellikle

insani yardımın cezalandırılabilirliği konusu üzerinden ele alınmıştır. İnsani yardım çerçevesinde, yasadışı göçü kolaylaştırma fillerin suç olarak tanımlanması, ceza adaleti ile göçmenlerin korunması arasındaki dengenin bozulmasını sonuçlamaktadır. Ceza hukukunun son çare olması prensibi göz önünde bulundurularak, devletin “baş edemediği” her durumda ceza hukukuna başvurmasının ve cezalandırmada aşırılığın uygulanmasının çözüm oluşturmak yerine ciddi hak ihlallerine yol açabileceğine işaret edilmiştir. Yazarlar buna ek olarak, Direktif’te “göçmenlerin yasa dışı girişini kolaylaştırma ifadesi”ne yer verilmesi hasebiyle, üye devletlerin bizzat göçmenlerin yasadışı girişi hareketini de cezalandırılabilir fiil olarak kabul etmelerinin olası gözüktüğü, bu konuya ilişkin cezalandırma alanının göçmen aleyhine esnetilmesinin önüne geçilmek amacıyla Direktif’e düzenleme eklenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Çalışmalarında göçmenlerin suçlu ve insani yardım kavramının cezalandırılabilir addedildiği; ancak bilhassa insani yardım kavramının unsurları ile belirlilik noktasında sorun teşkil ettiğini belirten yazarlar, bu durumun özellikle non-refoulement ilkesi temelinde mülteci hukukuna ilişkin devletlerin uluslararası hukuk bağlamındaki yükümlülüklerinin de ihlalini teşkil edeceğini belirtmektedir. Çalışmanın uluslararası hukuk, insan hakları hukuku ve ceza hukuku ekseninde günümüzün en temel problemlerinden bir tanesi olan mülteci sorununa ilişkin ışık tutar niteliği literatüre katkı sağlamakta ve insancıl hukuk bağlamında son derece önem arz etmektedir.

Selman DURSUN ve Ali Emrah BOZBAYINDIR tarafından kaleme alınan yazıda, cinsel suçlarda yaşanan anlayış ve buna bağlı kavram değişikliklerinin son aşamasında ortaya çıkan cinsel saldırı suçunun tanımında yeni model arayışları esas noktayı oluşturmaktadır. Yazarlar geleneksel model olan cebir modelinin yanı sıra müspet irade modeli (“yalnızca evet evet demektir”) ve menfi irade modelini (“hayır hayır demektir”) Fransız, İtalyan ve İspanyol hukuklarından da faydalanarak ele almış ve modellerin ispat hukukuna etkisini irdelemiştir. Konusu, Türk hukukunda ve yabancı hukuk sistemlerinde ceza hukukunun en önemli tartışmalarından birini teşkil eden bu yazı, aydınlatıcı niteliği ile ilgili tartışmalarda okuyuculara yol gösterici nitelik taşımaktadır.

İpek ALTINSABAN yazısında, günümüzde bireylerin yargılamaların kısa sürede sonuçlanması talebi ve hâkimlerin iş yükü dikkate alındığında, özellikle hafif suçlarla ilgili olarak bazı yargı yetkilerinin savcılara devredilmesinin kaçınılmaz olduğunu belirterek savcının ceza muhakemesinde artan rolünü Alman hukuku ile karşılaştırmalı olarak incelemiştir. Yazar bu bağlamda, makalede kovuşturmayaya yer olmadığı kararı, soruşturma açılmasının ertelenmesi, savcının takdir yetkisi, bu yetkinin denetimi ve seri muhakeme kurumları üzerinde durmuştur. Gelişen ve değişen ceza muhakemesi alanında savcının yetkileri üzerinde detaylı açıklamalarda bulunan yazı, karşılaştırmalı bir perspektif sunması ile literatüre katkıda bulunmaktadır.

Nicholas Hasan BUKER ve Achraf COHEN, ortak makalelerinde, gençler arasında cinsel anlamda saldırganlık hususunu Amerika Birleşik Devletleri’nde ortaokul ve lise öğrencilerinden alınan veriler üzerinde inceleyerek bu fiillerin yöneldiği kişilerin farklı gruplardan olduğunu ampirik açıdan ortaya koymuştur. Bu noktada bu gençlere yönelik önleme, müdahale ve rehabilitasyon stratejilerinin, çeşitli risk faktörlerine ve bunların ciddiyetine göre tasarlanması gerektiği vurgulanmıştır. Kriminoloji alanında bu konuya ilişkin olarak oldukça kıymet taşıyan bu çalışma, literatüre önemli bir veri kazandırmaktadır.

Bu sayımızdaki son yazının yazarı olan Prof. Dr. Adem SÖZÜER, yazısında ülkemizdeki hukuki gelişmeler içerisinde oldukça güncel ve tartışmalı olan bir konuyu ele alarak Şerafettin Can Atalay tarafından yapılan bireysel başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi’nin verdiği karar ile bu kararı uygulamama iradesini ortaya koyan Yargıtay 3. Ceza Dairesi kararını incelemiştir. Bu bağlamda yasama dokunulmazlığı ve istisnaları ile Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru üzerine verdiği kararların etkisi ve bağlayıcılığı konuları değerlendirilmiş olup yasama dokunulmazlığı istisnasını içeren Anayasa m. 14’teki belirsizliklerin giderilmesi ve bireysel başvuru kararlarının etkin biçimde hayata geçirilmesi için kıymetli öneriler sunulmuştur.

Bu sayımızın da tüm okuyuculara ve araştırmacılara faydalı olması ümidini taşımaktayız. Dergimizin ilk sayısı 1978 yılında yayınlanmış olup uzun yıllar sonra 2014 yılında tekrar yayın hayatına girerek uluslararası bir nitelik kazanmıştır. Bu aşamaya varmamızda hem asistanlarımızın hem de öğretim üyelerimizin önemli katkıları bulunmaktadır. Diğer yandan gerek yurtiçi gerek yurtdışından bilim insanlarının hakemlik yapmaları da derginin niteliğinin yükselmesinde önemli bir rol oynamıştır. İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü Yayın Komisyonu Başkanlığı da her açıdan destek vermiştir. Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi’nin son editörlüğümde yayınlanan bu sayıda, tüm katkı sunan ve destek verenlere kalbi teşekkürlerimi sunuyorum, yeni görev üstleneceklerimize başarılar diliyorum.

Prof. Dr. Adem SÖZÜER

Istanbul University Faculty of Law
Director of Criminal Law and Criminology Research and Application Center
Editor-in-Chief

PERFACE

Dear Readers,

We are very pleased to present you with the new issue of the *Journal of Penal Law and Criminology*, the publication of the Istanbul University Faculty of Law Criminal Law and Criminology Research and Application Center. The other scientific activities carried out simultaneously alongside our journal within our Research and Application Center host discussions, new ideas, and opinions in the fields of criminal law and criminology.

In this context, we are proud to have organized our international summer school, Law on the Bosphorus, the ninth time between August 21-27, 2023 with the attendance of participants from all over the world on the theme of Legal Problems in Natural Disasters. Our series of meetings between September 6-9, 2023 titled Workshop on the Evaluation of the Criminal Law Decisions of the Constitutional Court on the 18th Anniversary of the Turkish Criminal Law Reform occurred with the participation of esteemed members of the Constitutional Court and examined both the Court's norm review decisions as well as its individual application decisions regarding various issues. We would like to share with our readers the positive feedback we have received from the participating academicians and students to whom both of our events have provided a productive platform for presenting and discussing important contributions and opinions regarding the legal agenda of Türkiye and the world.

The Crime and Punishment Film Festival is one of the activities we have carried out for many years, and we organized the 13th Crime and Punishment Festival between November 17-23, 2023 on the theme of freedom of expression. Within the scope of the festival's academic program, discussions were held around the theme of freedom of expression with the papers of distinguished experts from different disciplines and fields such as constitutional law, international law, philosophy, and psychiatry.

As the Criminal Law and Criminology Research and Application Center, we host many other scientific activities that are organized nationally and internationally and thusly bring you many important studies on this issue through the *Journal of Criminal Law and Criminology*, which we publish biannually both in print and online. Our journal is scanned both nationally in the TUBITAK-ULAKBIM TR Index and internationally in the Web of Science Core Collection, Emerging Sources Citation Index (ESCI), which is an important index in the international arena, and we present in this issue eight valuable articles that have been meticulously selected among the works of academicians in the national and international fields that have reached their final forms after a double-blind peer review.

In this issue of our journal, Based on the importance of spatial reality, Aykut ÇALIŞKAN's article conducts survey research on the social causes of the phenomenon of fear of crime by proposing a model design in terms of fear of crime measurements and attempts to understand and overcome the limitations that restrict the individual evaluations of social phenomena from a sociological perspective. We are pleased to publish in this issue an article with such importance in terms of how it reveals the subject matter and elaborates on settlements regarding fear of crime. The research is based on variables mentioned in the micro scale and is important in terms of overcoming the limitations of research and obtaining valid results.

Banu ÖZÜŞEN and Erkan Kadir ŞİMŞEK's joint article focus on the tendencies in the scientific study of green criminology and the interactions among authors, institutions, and countries in the field. The authors conduct their research on this subject using the bibliometric method, and the article reveals itself in terms of providing the reader with a broad perspective and information about studies in the field of green criminology and its reflections on tourism.

Büşra DEMİRAL BAKIRMAN examines the criterion of clear and present danger and analyzes how this criterion is formed, in which cases it comes to the fore, and how it is reflected in Turkish law. This study once again reveals the protection and importance of freedom of expression through the normative regulation of the criterion of clear and present danger and also presents readers with judicial decisions that form a cornerstone in terms of the relevant criterion.

Ceren KARAGÖZOĞLU and Meral BALCI's joint article points out how the legal legitimacy of the legislation in force within the European Union for preventing illegal migration is gradually weakening, especially in the context of the measures encountered in practice. In this context, the study examines the criminalization of humanitarian aid regarding the Facilitators Directive of 2002, which the EU adopted, as well as the Protocol to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air. The criminalization of acts facilitating illegal migration within the framework of humanitarian assistance results in a disruption of the balance between criminal justice and the protection of migrants. By taking into account the principle of criminal law as a last resort, the article indicates how resorting to criminal law whenever a state cannot cope and applying excessive punishments may lead to serious violations of rights instead of creating solutions. In addition to this, the authors state that, because the Directive includes the statement "facilitating the illegal entry of migrants," Member States may possibly consider the illegal entry of migrants themselves as a punishable act, and the authors go on to also state that a regulation should be added to the Directive in order to prevent stretching the scope of punishment against migrants. The authors' study states that migrants are considered criminals and that the concept of humanitarian aid is considered punishable. The study also states, however, that the concept of humanitarian aid poses a problem in terms of its elements and certainty and that this situation would constitute a violation of state obligations in the context of international law regarding refugee law, especially on the basis of the principle of *non-refoulement*. The fact that the study sheds light on the refugee problem, which is one of the most fundamental problems at the present time along the axis of international law, human rights law, and criminal law, contributes to the literature and is extremely important in the context of humanitarian law.

The main point of Selman DURSUN and Ali Emrah BOZBAYINDIR's article is the search for new models in defining the crime of sexual assault, a topic that emerged in the last stage of changes in understanding sex crimes and their related concepts. In addition to the traditional model of coercion, the authors discuss the positive will model ("only yes means yes") and the negative will model ("no means no") by making use of French, Italian, and Spanish laws and examining the effects the models have with regard to the law of proof. This article's contents constitutes one of the most important discussions of criminal law in Turkish law and foreign legal systems, and the article's enlightening quality is able to guide readers concerning related discussions.

İpek ALTINSABAN's article examines the increasing role Turkish prosecutors have in criminal proceedings with a comparison to German law, stating how transferring some judicial powers to prosecutors is inevitable, especially in relation to minor offenses when considering individuals' demand for the speedy conclusion of trials and judges' workload. In this context, the author focuses on decisions of non-prosecution, postponing the opening of an investigation, prosecutors' discretionary powers, the checks of this power, and the institutions of summary proceedings. The article provides detailed explanations about prosecutors' powers in the developing and changing field of criminal procedural law in Türkiye and contributes to the literature by providing a comparative perspective.

Nicholas Hasan BUKER and Achraf COHEN's joint article examines the issue of sexual aggression among youth based on data collected from middle and high school students in the United States of America and empirically demonstrates that the people who commit these acts come from different groups. In this context, the article emphasizes that prevention, intervention, and rehabilitation strategies for these young people should be designed according to the various risk factors and their severity. This study is very valuable in the field of criminology regarding this issue and provides important data to the literature.

As the author of the issue's last article, Prof. Dr. Adem SÖZÜER examines a very current and controversial issue among the legal developments in Türkiye, the decision of the Constitutional Court upon the individual application made by Şerafettin Can Atalay, and the decision of the 3rd Criminal Chamber of the Court of Cassation, which revealed its will not to implement this decision. In this context, the article evaluates the issues of legislative immunity and its exceptions, the effect and binding nature of the Constitutional Court's decisions on individual application and presents valuable suggestions on how to eliminate the ambiguities in Article 14 of the Turkish Constitution, which includes the exception of legislative immunity, in order to effectively implement individual application decisions.

We hope this issue will be beneficial for all readers and researchers. The first issue of the journal was published in 1978, and after many years resumed publication in 2014 to gain an international quality. Both our residents and faculty members have made significant contributions to take the journal to this stage. Meanwhile, having scientists from both

Türkiye and abroad referee the journal has also played an important role in increasing the journal's qualifications. The Istanbul University Rectorate Publication Commission has also provided support in every aspect. For this issue of the *Journal of Criminal Law and Criminology*, which is the last to be published under my editorship, I would like to express my sincere thanks to all those who have contributed and supported the journal and wish success to those who will take up the reigns.

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

Suç Korkusunun Toplumsal Parametreleri ile Önem Düzeylerinin Belirlenmesine Yönelik Model Tasarımı

A Model Design for Determining Social Parameters and Their Importance Regarding Fear of Crime Levels

Aykut ÇALIŞKAN¹ 

¹Doç.Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyoloji Bölümü, İzmir, Türkiye

ÖZ

Alan yazında farklı yerleşim yerleri üzerinden sıklıkla araştırmalara konu edilen suç korkusu kavramı; duygusal, bilişsel ve davranışsal açıdan ele alınabilen nesnel bir araştırma alanıdır. Suç korkusuna yönelik geliştirilen bu bakış açılarının çok yönlü bir niteliğe sahip olması tekil değerlendirmeleri kısıtlı hale getirmektedir. Bununla birlikte suç korkusu düzeylerinin ölçülmesi kuramsal değerlendirme ve metodoloji tartışmalarına hem bağlı bir özellik göstermekte hem de sınırlılık getirmektedir. Dolayısıyla suç korkusu araştırmaları parametre tespiti ve model tasarımından önemli ölçüde etkilenmektedir. Bu çalışmada suç korkusu araştırmalarında mekânsal gerçekliğin önemi esas alınarak suç korkusu olgusunun toplumsal nedenleri üzerine bir tarama araştırması yapılmış, suç korkusu ölçümleri açısından model tasarımı önerilmiştir. Böylelikle toplumsal olguların tekil değerlendirmelerini kısıtlı hale getiren sınırlılıklar sosyolojik bakış açısından hareketle anlaşılma ve aşılma çalışılmıştır. Araştırmada kapsam olarak tümdengelsel bir akıl yürütme tekniğiyle suç korkusu yaklaşımlarının sayıltıları incelenmiş, sosyal bütünleşme teorisinden hareketle eklettik bir çerçeve esas alınarak değişken setleri ve çözümleme stratejisi oluşturulmuştur. Araştırmada yer verilen değişken setlerinin ölçeklendirme süreci ikincil veri analizine göre gerçekleştirilmiş olup, suç korkusu ve sosyal bütünleşme düzeylerine ilişkin açık kaynak verileri Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü ile Türkiye İstatistik Kurumu'ndan elde edilmiştir. Çalışma operasyonel açıdan nicel araştırma yöntemi üzerine tasarlanmış, korelasyonel araştırma deseni esas alınarak suç korkusu olgusu ve sosyolojik belirleyicilerinin değişim düzeyleri kanonik korelasyon analiziyle tespit edilmiştir. Analiz sonucunda suç korkusu düzeylerindeki değişimin yaşam memnuniyeti ve göç etme düzeyleriyle ilişkili olduğu keşfedilmiştir. Yerleşim yerlerinin mikro ölçekte belirtilen değişkenlerden hareketle suç korkusu araştırmalarına konu edilmesinin ve detaylandırılmasının araştırmaların sınırlılığının aşılması ve geçerli sonuçlar elde edilmesi açısından önemli olduğu ortaya çıkarılmıştır.

ABSTRACT

The concept of fear of crime has frequently been the subject of research on different residential areas and been discussed factually through its emotional, cognitive, and behavioral aspects. The multifaceted nature of the perspectives put forward regarding fear of crime makes singular evaluations limited. However, measuring fear of crime levels is both relative and brings limitations to theoretical evaluation and methodology discussions. Therefore, fear of crime research is significantly affected by parameter determination and model design processes. This study conducts scanning research on the social causes of the fear of crime phenomenon based on the importance of spatial reality in fear of crime research. At the same time, the study proposes a model design with regard to fear of crime measurements. In this way, the study attempts to understand and overcome the limitations restricting the individual evaluations of social phenomena from a sociological perspective. This research examines within its scope the assumptions of fear of crime approaches using the deductive reasoning technique and develops an analysis strategy and sets of variables based on an eclectic framework and social integration theory. The scaling process of the variable sets included in the research is based on a secondary data analysis. The study obtained and analyzed the open-source data on fear of crime and social integration levels from the Directorate General for Criminal Records and Statistics and the Turkish Statistical Institute. The study has been designed operationally based on the quantitative research method. The study identified the phenomenon of fear of crime and the importance of a change levels in its sociological determinants using a canonical correlation analysis based on the correlational research design. As a result of the analysis, the study discovered a change in fear of crime levels to be related to life satisfaction and migration levels. Subjecting settlements to fear of crime research and detailing the results based on the

Corresponding Author: Aykut ÇALIŞKAN E-mail: aykut629aykut@hotmail.com

Submitted: 15.01.2023 • Revision Requested: 16.12.2023 • Last Revision Received: 20.12.2023 • Accepted: 22.12.2023 • Published Online: 22.01.2024



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

variables specified on a micro scale are considered useful as these can provide important results in terms of overcoming the research limitations and obtaining valid results.

Anahtar Kelimeler: Suç korkusu, sosyal bütünleşme, toplumsal göstergeler, kanonik korelasyon, Türkiye

Keywords: Fear of crime, social integration, social indicators, canonic correlation, Türkiye

EXTENDED ABSTRACT

The concept of the fear of crime has been researched in the literature on different residential areas and has a multidimensional content involving emotional, cognitive, and behavioral aspects. The phenomenon of the fear of crime has also been examined through models of vulnerability, social disorganization, and social integration. Although studies on fear of crime are not new in Türkiye, a significant part of the research has been carried out on a micro-scale. Moreover, fear of crime research reflects structural conditions within a certain period. These studies have focused on emotional and socioeconomic indicators and highlighted individual reasons. In this respect, these studies' prominent features are that fear of crime research is related to locations and the research process. On the other hand, fear of crime studies being shaped according to the influence of the place of residence and the study's theoretical perspective constitutes an important limitation in terms of producing generalizable results.

The multifaceted nature of the perspectives put forward regarding the phenomenon of fear of crime puts limits on singular evaluations. In addition, measuring fear of crime levels is both relative and brings limitations to theoretical evaluation and methodology discussions. This study primarily discusses the problem of how to measure the concept of fear of crime methodologically. Because no basic consensus on this issue is found in the literature, this study examines theoretical perspectives on scaling the concept of fear of crime. Research has shown fear of crime and perception of the risk of being victimized by crime to be affected by the social environment, one's perception of being vulnerable to crime, and past experiences of crime victimization (Hale, 1996; Farrall et al., 2009; Doran & Burgess, 2012). The basic view regarding the social integration approach in fear of crime research is that individual attitudes are considered according to the degree of social integration (Gibson et al., 2002). In this regard, determining the social parameters of fear of crime based on the social integration approach and developing an equation are seen as important starting points to overcoming the limitations.

The research models the concept of fear of crime and the social components affecting through a multivariate structure. The scaling process of the variable sets included in the research is based on a secondary data analysis. The study then analyzes open-source data on fear of crime and social integration levels from the Directorate General for Criminal Records and Statistics and the Turkish Statistical Institute and determines the phenomenon of fear of crime and the change in its sociological determinants' levels using a canonical correlation analysis based on the correlational research design.

In this context, Table 1 shows the dependent variables, with the first dependent variable considered in defining the concept of fear of crime being the intensity of denouncement with respect to residential area in Türkiye. Another dependent variable included in the study is the rate of feeling unsafe while walking alone at night. An evaluation was made according to the assumptions of

Table 1. Canonical Loads of the Dependent Variables

No	Dependent Variables	1*	2
1	The intensity of denouncement with respect to residential area	-0.27	0.96
2	The rate of feeling unsafe while walking alone at night	1.00	-0.01

* Indicates the significant model.

the social integration approach, due to the study's aim of examining fear of crime through its social indicators (Adams & Serpe, 2020; Kanan & Pruitt, 2002) when determining the independent variables. The study investigated the importance levels of factors such as personal investment, social commitment, and social cohesion and determined that the variables included in the research have a high level of correlation. Therefore, the study then performed factor analysis to resolve the multicollinearity problem due to the high correlation among the independent variables. As a result of the factor analysis, the independent variables shown in Table 2 are understood to be gathered under three factors: life satisfaction, residential area population mobility, and emigration from residential area.

Table 2. Canonical Loads of the Independent Variables

No	Independent Variables	1*	2
1	Life satisfaction	-0.88	-0.42
2	Residential area population mobility	0.07	0.28
3	Emigration from the residential area	0.46	-0.86

* Indicates the significant model.

The variables of life satisfaction and emigration from the residential area are understood to be important based on the canonical correlation analysis results in Table 2. Among the independent variables in the model, life satisfaction has the highest impact, followed by emigration from the residential area. Further research should scale the distributions for the variables of life satisfaction and emigration from the residential specific to each settlement; afterward, measuring the levels of fear of crime at the emotional and behavioral levels is recommended. Modeling settlements according to the variables specified on a micro scale is thought to be able to provide important outputs for obtaining comparable results in terms of fear of crime measurements between areas.

Giriş

Suç korkusu; bireylerin, toplumsal grupların ya da toplumların yaşam kalitesini etkileyerek kişisel düzeyde paranoya, kaygı ve diğer psikolojik sorunlara neden olan toplumsal bir olgudur (Curiel ve Bishop, 2018). Suç korkusu kavramı esas alınarak politik ve akademik bağlamda genişletilen araştırmaların ise yaklaşık altmış yıllık geçmişi bulunmaktadır (Hale, 1996). Bu başlık özelinde yapılan ilk çalışmalar 1970'li yıllarda ortaya çıkarken, araştırmalarda temel ilgi toplumdaki suç korkusu düzeylerini araştırmak olmuştur. Suç korkusu araştırmaları; bireysel korkunun rasyonel açıklamasının olup olmadığı belirlenmesi ve insanların günlük yaşamlarında suç korkusundan ne ölçüde etkilediklerinin açıklanması gibi başlıklarla ilerleme göstermiştir (Furstenberg, 1971; Garofalo, 1979; Lotz, 1979; Krulichová ve Podaná, 2019). Suç korkusu kavramı içerisinde barındırdığı duygusal, bilişsel ve davranışsal boyutları nedeniyle bireysel ve toplumsal düzlemde ele alınmaktadır. Sosyolojik bağlamda sosyal çevre özellikleri, riskleri ve koşulları yönüyle de incelenmekte ve bütüncül bağlamda sosyo-psikolojik açıdan değerlendirilmesi önerilen bir toplumsal sorun olarak kabul edilmektedir (Rountree, 1998; Çoklar ve Solak, 2017).

Alan yazında öne çıkan çalışmalar; suç korkusu kavramını niteleyen bütüncül tartışmaların dışında suç korkusu-mağduriyet ilişkisi, suç korkusunun ölçülmesi, yordanması ve ilişkilendirilmesi ile bu alanda ortaya çıkan başlıkların ve kavramların değerlendirilmesi gibi araştırma alanlarından oluşmaktadır. Suç korkusunu mağduriyet ile ilişkilendiren araştırmalar (Smith ve Hill, 1991; Rountree, 1998; Quann ve Hung, 2002; Ferguson ve Mindel, 2007; Bachman vd., 2011; Singer vd., 2019) olumlu yönde bir ilişki üzerine açıklama sunmuşlardır. Suç korkusu ve suç mağduriyetine yönelik risk algısının ise sosyal çevre, suça karşı savunmasızlık algısı ve geçmiş dönemlerde yaşanan suç mağduriyeti deneyimlerinden etkilendiği anlaşılmıştır (Hale, 1996; Farrall vd., 2009; Doran ve Burgess, 2012). Suç mağduriyetinin dışında sosyal sermaye bileşenlerinin önemi de ele alınmıştır. Özellikle mahalledeki kolluk görevlisinin varlığı, sosyal destek ağları, yerleşim yeri mahalle memnuniyeti ve toplu etkinliğin önem düzeylerinin suç korkusunun azalmasındaki etkileri incelenmiştir (Ferguson ve Mindel, 2007).

Bu bilgilerden hareketle toplumu ilgilendirilen müessif olayların yaşanması ya da kişilerin herhangi bir tehdit karşısında bireysel savunma mekanizmalarının harekete geçmesine neden olan süreçler kişide ortaya çıkması muhtemel korku ve kaygı düzeyleri üzerinden suç korkusu kavramıyla ilişkilendirilmektedir. Ayrıca yaşanan suç olaylarından toplumların da etkilenmesi nedeniyle suç korkusu kavramı kapsam olarak genişlemektedir. Üstelik hukuki açıdan pasif süje konumunda değerlendirilen suç mağduru, suç olaylarının psikolojik, sosyal ve duygusal bileşenlerinden etkilenmekte ve suç korkusu kavramına önemli bir bakış açısı kazandırmaktadır. Bu yönüyle suç korkusu kavramı sadece bireysel yönleri açısından değil aynı zamanda toplumsal yönleriyle birlikte ele alınması gereken sosyal bir sorun olarak da değerlendirilmektedir.

Suç korkusu ölçümlerinde ise suç mağduru olma ya da suçtan zarar görme olasılıklarının incelenmesi yerine bireylerin olası suçlara yönelik duyduğu korku ve kaygı hali ifade edilmektedir (Hale, 1996). Ancak suç korkusu olgusuna yönelik geliştirilen bu bakış açılarının çok yönlü bir niteliğe sahip olması tekil değerlendirmeleri kısıtlı hale getirmektedir. Bu durum eleştirel açıdan kuramsal değerlendirme ve metodoloji tartışmalarını da etkilerken suç korkusu olgusunun nasıl ele alınması gerektiği sorunsalını öne çıkarmaktadır. Dolayısıyla suç korkusu araştırmaları ve ölçümleri hem parametre özelliklerinden hem de model tasarımından önemli ölçüde etkilenmektedir.

Alan yazından farklı olarak bu çalışma suç korkusu olgusunu belirli bir yerleşim yeri üzerinden ölçmek yerine metodolojik açıdan eleştirel bir çerçeveyi ele almaktadır. Suç korkusu araştırmalarında mekânsal gerçekliğin önemi esas alınarak ölçüm stratejilerinin geliştirilebilmesi için suç korkusu olgusunun sosyolojik nedenleri üzerine bir tarama araştırması yapılmakta, sosyo-psikolojik açıdan incelenen suç korkusu ölçümlerine yönelik bir model tasarımı önerilmektedir. Şüphesiz bu hedef ilerleyen araştırmalar için

birtakım vaatleri içermektedir. Yerleşim yerleri esas alınarak suç korkusu kavramının ölçülebilmesi için önem arz eden toplumsal parametrelerin keşfedilmesi ve önem düzeylerinin ortaya çıkarılması amaçlanmakta, suç korkusu araştırmaları için analitik bir planlama süreci oluşturulmaktadır. Dolayısıyla birey tarafından kişisel düzeyde duygusal ve bilişsel değerlendirme süreçlerine açık olmakla birlikte içerisinde rasyonel bileşenler ile duygusal durumların farklı boyutlarını içeren suç korkusu kavramı metodolojik açıdan öncelikle irdelenmektedir. Bu bilgilerden hareketle suç korkusu kavramının toplumsal bileşenlerini belirlemenin ve ilgili boyutların risk düzeylerini saptamanın, suç korkusu araştırmaları açısından araştırma sınırlılığının aşılması ve geçerli sonuçlar elde edilmesi açısından önemli sonuçlar ortaya koyabileceği düşünülmektedir.

Çalışmanın beklenen sonuçları arasında yerleşim yeri temelli suç korkusu kavramının ölçülebilmesine yönelik sosyolojik bağlamda parametre tespitinin yapılması ve bu parametrelerin önem düzeylerinin ortaya çıkarılması yer almaktadır. Böylesine bir tasarım yerleşim yerleri üzerinden genişletilen araştırmaların toplumsal faktörlere ve risk düzeylerine göre ele alınması gerçekliğinden yola çıkarak tasarlanmıştır. Metodolojik açıdan araştırmanın mantıksal formasyonunun ele alınma sürecinde ise bu alanda yapılan diğer çalışmalarda olduğu gibi kavramsal ve metodolojik açıdan suç korkusu kavramının ölçme sorunları tartışılmıştır. Araştırma metodolojik olarak nicel araştırma yöntemi üzerine tasarlanmış, korelasyonel araştırma deseni esas alınarak suç korkusu kavramının toplumsal belirleyicilerinin bilimsel veriler esas alınarak tespit edilmesi amaçlanmıştır.

1. Suç Korkusu Kavramı ve Ölçümü

Suç korkusu kavramına yönelik çalışmalar ilgi çekici ve sıklıkla araştırılan konular arasında yer almaktadır. Bununla birlikte alan yazında genel uzlaşımın olmadığı tartışma alanlarından biri olarak kabul edilmektedir. Kavramın tanımsal karşılığını belirlemenin yanı sıra suç korkusunun mekân bağlamında nasıl ölçüleceğine yönelik de farklı görüşler bulunmaktadır. LaGrange ve Ferraro (1987) bu sorunsalın suç riski ve suç korkusu ayırımının kavramsallaştırılmasında yaşanan sorunlardan kaynaklandığını savunmuştur. Alan yazında kabul gören açıklama ise suç korkusu kavramının duygusal temalar üzerinden ileri sürüldüğü, suç korkusu kavramının duygu durumu olarak korku, endişe ve kaygı gibi duygularla ilişkilendirildiğidir (Hough, 1995; Gabriel ve Greve, 2003; Farrall ve Gadd, 2004; Jackson ve Gouseti, 2016, Chade vd., 2017). Bu bağlamda suç korkusu bir tehdide yönelik ortaya çıkan duygusal bir tepkidir. Suçun olası sonuçları değerlendirildiğinde kişinin kendisi veya başkalarının zarar görme ihtimali karşısında yaşadığı tehlike veya endişe duygusunun ifadesi ya da kişide korku durumunun aralıklı veya sürekli olarak sürmesi durumudur (Smith, 1987 akt. Pain, 2000). Suç korkusu, bireylerin herhangi bir suçun mağduru olabileceği düşüncesinden hareketle korku hissetmesiyle birlikte mekânsal algı ve deneyimlerle ilişkilendirilen karmaşık bir olgu olarak da değerlendirilmektedir. (Çolpan-Erkan ve Sevin, 2018). Tehlike veya kaygı durumlarında bireylerin korkuyla bütünleşik olarak verdiği duygusal tepkinin karşılığı alan yazında suç korkusu olarak ifade edilmektedir (Garofalo, 1981). Bu tanımlamaların dışında suçun kurbanı olma korkusu (Grabosky, 1995) ya da gelecekte suç mağduru olma korkusu ile eşleştirilmiş tanımlamaların da diğer ifadeler arasında yer aldığını belirtmek mümkündür (Hale, 1996).

Suç korkusu araştırmaları suça verilen duygusal tepkilerin incelenmesi bağlamında gelişim göstermiştir. Suç korkusu kavramının tanımı açısından alan yazında görece bir uzlaşımın olmadığı anlaşılacakla birlikte suç korkusunun ölçümü noktasında aynı durumun izlerini sürmek mümkündür (Dolliver vd., 2018). Jackson (2005) suç korkusu kavramının ölçülmesi amacıyla geriye dönük yapılan araştırmaları incelediğinde ölçüm süreçlerine yönelik şüphelerin arttığını ve farklı değerlendirmelerinin yer aldığını ifade etmiştir (Skogan, 1981; Bernard, 1992; Fattah, 1993; Bowling, 1993; Farrall vd., 1997; Zauberman, 1985; Jackson, 2005). Bu duruma suç korkusu kavramının ölçülmesinde yaşanan zorluklar gerekçe gösterilmiştir. Korku duygusunun yaşandığı mekânsal bağlamı doğrudan tespit etmek ya da bu yerle suç korkusunu eşleştirmek sağlıklı verilerin elde edilme sürecini zorlaştırmaktadır.

Suç korkusunun ölçülmesine yönelik yaşanan zorluklardan bir diğeri de kavramın deneyimlenen mekânla bağlantısının kurulmasıdır. Bu alanda yapılan araştırmaların önemli bir kısmı suç korkusu kavramının araştırma biçimlerinden çok araştırılma biçiminin bir ürünü olduğu yönünde bilgiler sunmaktadır (Farrall vd., 1997). Kavramın bizatihi kendisinin korku duygusunu öne çıkarması, içsel özellikleri ele alan yönünün olması, kişinin mekân algısının suç korkusunu inşa ettiği düşüncesi suç korkusu ölçümlerine yanıt aramayı zorlaştırmaktadır. Araştırmalarda görülen bir diğer sorun ise metodoloji kaynaklıdır (Gray vd., 2008). Nicel araştırmaların önemli bir kısmı suç korkusunun yer temelli nasıl deneyimlendiğini tespit etmekten öte geçmiş deneyimleri açığa çıkarmaktadır. Bu durum suç korkusuna yönelik yaşanan tecrübe ya da suç tanıklığı bilgisinden hareketle kriminal olaylara açıklama sunma girişimidir. Suç tanıklığı bilgisiyle ilişkili olarak suça karşı duyulan duygusal tepki sürecinden elde edilen verilerin raporlanması ya da anlatıların aktarılması ise nitel araştırmalar aracılığıyla çözümlenmeye çalışılmaktadır. Bu durum geçmiş dönemlerde yaşanan suç korkusunu ölçmek yerine geleceğe ilişkin genelleştirilmiş kaygılar ile ölçüm esnasında bireyin yaşadığı zihinsel durumların elde edilmesini sağlamaktadır. Gray ve arkadaşlarına (2008) göre bu süreç araştırmalarda olayların örüntüsü ve ekolojisine ilişkin veriler sunmak yerine, endişe yoğunluğunun veya güvensizlik duygularının muğlak özetleriyle bizleri başbaşa bırakmaktadır.

Suç korkusu araştırmalarında genel kaygı düzeylerinin ortaya çıkarılması için Solymosi ve arkadaşları (2021) ölçümlerde görülen farklılıkları raporlamıştır. Buna göre yaşam kalitesi ölçümleri bağlamında suç korkusu ile kamusal alan arasındaki ip uçlarını ortaya

koyan çalışmaların öne çıktığı tespit edilmiştir. Bu araştırmaların gerçeği yansıtma düzeyinin yetersiz olduğu ve suç korkusunun nerede yaşandığının belirlenmesinden öte farklı bakışlara kapı araladığı ifade edilmiştir. İlgili araştırmalar arasında; katılımcıların ikamet adreslerinin işlevsel olarak değerlendirilmesi ile kendini koruma davranışının incelenmesi (Juan vd., 2010), insanların suç korkusu nedeniyle tercih etmedikleri yerlerin nitel araştırmalar vasıtasıyla haritasının çıkarılması (Doran ve Burgess, 2012), suç mağdurlarının belirli yerlerde deneyimledikleri beklenti-sığınak ve kaçış noktaları üzerinden yaşadıkları korku durumunun tespit edilmesi (Fisher ve Nasar, 1992), katılımcıların korku düzeylerini incelerken planlanan bir süreç doğrultusunda takip etme ile duygularının içeriksel açıdan analiz edilmesi (Nasar ve Jones, 1997) ve insanların buldukları çevrede kendilerini güvensiz hissettiren işaretlerin tespit edilmesi (Innes, 2015) gibi çalışma içeriklerinin sunulduğu aktarılmıştır (Solymosi vd., 2021).

Suç korkusu kavramının ölçülmesi amacıyla katılımcılara genellikle yakın çevresi içerisinde kendisini nasıl hissettiği, suç türlerine ilişkin kaygı düzeyinin değerlendirilmesi amacıyla korku hissedilen olayların sıklığı üzerinden sorular yönlendirilmektedir (Krucichová, 2019). Bağımlı değişken olarak yapılandırılan suç korkusu kavramı ilk olarak cinsiyet, ırk, yaş, sosyal sınıf gibi betimleyici değişkenler marifetiyle ölçülmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda öne çıkan ilk tartışmaların kuramsal yönü ağır basan araştırmalardan ziyade tanımlayıcı yönleri aktarılan çalışmalar arasında yer aldıkları görülmüştür (Williams vd., 2000). Garofalo (1981) suç korkusunun bazı ipuçları ile tetiklendiğini, katılımcının bir anket çalışması esnasında korku yaşamasının olası olmadığını, gerçek suç korkusunun ise bir kişi tarafından kronik olarak yaşandığını ifade etmiştir. Warr (1984), suç korkusu kavramının literatürde çok farklı anlamlar kazandığını ve özgünlüğünü kaybetme tehlikesiyle karşı karşıya olduğunu erken dönemlerde ifade etmiştir. Suç korkusu kavramının sağlıklı bir şekilde nasıl ölçüleceği sorusu ise konuya yönelik ilginin ortaya çıktığı ilk yıllarda ele alınmış olup öne çıkan ilk araştırmalar kendi içerisinde farklılık göstermiştir. Araştırmalarda ele alınan bulguların bağımsız değişkenlere göre farklılık gösterdiği Williams (2000) tarafından raporlanmıştır. Bu değişkenler; tutum ve davranışsal tepki, yaş, cinsiyet, sosyal gruplar (siyahlar, yaşlılar, kadınlar, evsizler), mahalle ırk yapısı, yabancılarla temas miktarı, önceden yaşanan mağduriyetler, mağduriyete direnme kapasitesi olarak sıralanmış ve söz konusu değişkenlerin suç korkusu oranlarıyla ilişkileri açıklanmıştır (Williams, 2000).

Suç korkusu kavramının ölçülmesi açısından yaşanan zorluklar bir yönüyle de suç araştırmalarının doğasında gizlidir. Aslında bu soru tersine bir bakış açısını da gündeme getirmektedir. Suçtan vazgeçme ya da caydırıcılık doktrini rasyonel seçim perspektifi ile beklenen fayda teorisine dayanmakta ve örtük insan eylemi modellerinden yararlanmaktadır (Raymond, 2017). Suçlu davranış ya da olası suç mağduriyeti riski karşısında duygusal durumun tespiti ise multi-disipliner bir yaklaşımı zorunlu kılmaktadır. Suçlu davranışının her şeyden önce karar mekanizmasının bir sonucu olduğu tartışması alan yazında ele alınan başlıklar arasında kendisine yer bulmaktadır. Ancak suçlu davranışının kendisi kadar yaşanan suç olayının nedenleri ve devamında gerçekleşen adli süreçler de rasyonel karar süreçlerinden etkilenmektedir. Kanun uygulayıcı konumundaki adli birimler tarafından suç olaylarının kaydedilmesi suç mağdurlarının raporlarına dayanan bir süreci içermektedir, ayrıca suç kayıtları mağdurlar tarafından verilen ihbar kararlarından da önemli oranda etkilenmektedir (Bowles vd., 2009). Bu bağlamda suç mağdurları da alan yazında aktarıldığı üzere suç failleri gibi olaylara mantıksal açıdan yaklaşmakta ya da fayda-maliyet hesaplamasını dikkate alarak olayları ele almaktadır (Skogan, 1984). Bununla birlikte yaşanması muhtemel suç olayları sonrasında rasyonel bir değerlendirme süreciyle olası durumları gözden geçirmektedir. Bu nedenle gerçekleşen suç olaylarının içeriği ve gelişim süreçleri hakkında elde edilen bilgiler de suç korkusu çalışmalarına katkı sunmaktadır. Suç korkusunu etkileyen bireysel değişkenlerin dışında sürece yönelik aktörlerin farklı değerlendirmeleri de suç korkusu araştırmalarını etkilemektedir.

Suç korkusu ölçümlerine ülkelerin ulusal veri tabanlarında da yer verilmektedir (Ünal-Reşitoğlu, 2017). Bu kapsamda bireysel suç korkusunun ulusal düzeyde ölçülmesine yönelik yapılan araştırmaları incelediğimizde; ABD’de “*National Crime Victimization Survey (NCVS)*” kapsamında Ulusal Suç Mağduriyeti Araştırması (Bureau of Justice Statistics, 2023), İngiltere’de “*British Crime Survey*” kapsamında Britanya Suç Araştırması (Office for National Statistics, 2023), Türkiye’de “*Yaşam Memnuniyeti Araştırması*” (TÜİK, 2023) gibi araştırmaların yer aldıkları anlaşılmaktadır. Uluslararası düzlemde ise Uluslararası Suç Mağduriyet Araştırması (*International Crime and Victimization Survey*) ile Avrupa Suç ve Güvenlik Araştırmasının (*European Survey of Crime and Safety*) yapıldığı görülmektedir (Ünal-Reşitoğlu, 2017).

Suç korkusu kavramının kavramsal ve metodolojik açıdan nasıl ölçüleceğine yönelik alan yazında tartışmalar devam etmesine karşın ulusal veri tabanlarında suç korkusu kavramıyla ilişkilendirilebilecek soruların katılımcılara yöneltildiği anlaşılmaktadır. Örneğin Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) verilerine göre 2003-2022 yılları arasında bireylerin yaşadığı çevrede gece yalnız yürürken kendini güvende hissetme durumu ele alınmıştır. Kendini güvensiz olarak değerlendirenlerin ortalaması %20,6 iken, çok güvensiz olarak değerlendirilenlerin ortalaması %7,2’dir (TÜİK, 2023). Söz konusu oranların 2022 yılına doğru azalma eğilimi gösterdiği TÜİK verilerinden yapılan incelemede anlaşılmıştır.

Suç korkusunun soru bazlı ölçülmesine yönelik getirilen eleştirilerin dışında ölçme sürecine dair kavramsal tartışmalar arasındaki ayrımın Furstenberg (1971) ile Ferraro ve LaGrange (1987) arasındaki kavramsal ele alış sürecinden sonra farklılık gösterdiği değerlendirilmektedir. Buna göre; suç korkusu Furstenberg’te (1971) algılanan risk olarak ele alınırken, Ferraro ve LaGrange’de (1987) bir duygu olarak değerlendirilmektedir. Bu bağlamda devam eden süreçte yapılan araştırmalarda (Ferraro, 1995; Henson ve Reyns, 2015; Rader, 2017; Rountree ve Land, 1996; Warr, 2000) algılanan risk kavramının suç korkusu kavramından ayrı olduğu

savunulmuştur (Etopio ve Berthelot, 2022). Suç korkusunun kavramsallaştırılma sürecinde bilişsel ve duygusal olmak üzere iki temel değerlendirme sürecinin hakim olduğu anlaşılmaktadır (Frustenberg, 1971; Ferraro ve LaGrange, 1987; Fattah ve Sacco, 1989; Hale, 1996; Chon ve Wilson, 2016; Bolger ve Bolger, 2019). Bilişsel değerlendirme algılanan suç mağduriyeti riski veya suç sorunlarıyla ilgili endişeleri içerirken, duygusal değerlendirme suçtan korkma veya endişeyle ilgili tepkileri ele almaktadır (Bolger ve Bolger, 2019). Dolayısıyla suç korkusu araştırmalarının gelişimi iki ayrı bağlam üzerinden ilerlemiştir. Bu düşünceden hareketle suç korkusu alanında yapılan araştırmalar algılanan risk ve duygusal korku ölçümleri arasında ayırım yaparak, Ulusal Suç Mağduriyeti Anketi'nden kaynaklı eleştirilere yanıt bulmayı hedeflemektedir (LaGrange vd., 1992; Rountree ve Land, 1996; Williams vd., 2000; Rader, 2004; Franklin vd., 2008).

Suç korkusunun suçla ilgili bir duygu durumu olması nedeniyle Erçülj ve Meško'ya (2022) göre kişinin suçun mağduru olması fark etmeksizin insanların davranışlarının değerlendirilmesi gerekmektedir. Bireyin suçlu davranışının olası sonuçlarına göre öznel hareket etmesi bağlamında suç korkusu araştırmalarında da davranışların incelenmesi gerektiği ifade edilmektedir (Erçülj ve Meško, 2022). Suç korkusu ile ilgili son yapılan araştırmalar ise algılanan riskin korkuyu önlediği ve korkuya neden olduğunu vurgulamaktadır. Bu yüzden mağduriyet korkusu teriminin suç korkusundan daha kesin olduğu belirtilmektedir (De Silva vd., 2021). Alan yazından elde edilen bilgiler suç korkusunun ölçülmesine yönelik birden fazla göstergeye itibar edilmesine rağmen araştırmalarda kullanılan göstergelerin geçerliliği üzerine yeterli bilginin sunulmadığını ifade etmektedir (Hart vd., 2022). Bu çerçevede suç korkusu kavramının açıklanmasına ve ölçülmesine yönelik yapılan araştırmaların önem düzeyleri keşfedilmiş değişkenler üzerinden gerçekleştirilmesi, ölçme sorunu kaynaklı problemlerin giderilmesi için önem taşımaktadır.

2. Suç Korkusunun Açıklanmasına İlişkin Kuramsal Bakış Açıları

Suç korkusu; Hale (1996) ile Farrall ve arkadaşlarına göre (2007) fiili suç mağduriyetinin aksine suçun mağduru olma korkusunu ifade ederken, Ferraro'ya göre (1995) duygusal bir tepkidir (Franc ve Susic, 2021). Suç korkusu modellerinin ise araştırma sistematiğine göre ele alındığı görülmektedir. Doran ve Burgess (2012) suç korkusunun modellenmesine yönelik yapmış oldukları araştırmalarda suç modelinin tanımına göre suç korkusu ölçümlerinin de değişebileceğini belirtmiştir. Suç korkusu kavramının bireysel, sosyal ve çevresel faktörlerden kaynaklı ortaya çıkabileceği tespiti kavrama ilişkin önerilen kuramsal perspektiflerin de değişkenlik göstermesini sağlamıştır. Alan yazında sosyolojik bağlamda sosyo-demografik değişkenlerin etkilerinin incelediği araştırmaların yanında suç karşı savunmasız olarak değerlendirilen kadınlar, yaşlılar ve daha düşük sosyo-ekonomik statüye sahip dezavantajlı gruplara yönelik çalışmaların da yer aldığı, sosyal çevreyi toplumsal düzensizlik parametreleri bağlamında inceleyen araştırmaların önemli oranda yer edindiği görülmektedir (Podaná ve Krulichová, 2021).

Suç korkusuna yönelik duygusal durum olarak tanımlanan endişe ve kaygı durumunun kültürel ve sosyal belirleyicileri bağlamında; suç mağduriyet tezi (*victimization thesis*), düzensizlik, uyum ve toplumsal etki (*disorder, cohesion and collective efficacy*) tezi, bütünleşme (*integrated*) modeli ile birleşik (*unified*) değerlendirmelerin öne çıktığı anlaşılmaktadır (Farrall vd., 2009). Suç korkusu kavramının kuramsal çerçevesinin oluşturulmasında kullanılan yaklaşımın önemli ölçüde etkisinin olduğu anlaşılmaktadır. Franklin ve arkadaşlarına göre (2008) suç korkusu kavramının açıklanması teorik çerçevede iki kategori altında ele alınmaktadır. Birinci kategori korkuyu kolaylaştıran veya kişiyi rasyonel olarak daha fazla ya da daha az korkulu olmaya yönlendirecek faktörleri, ikinci kategori ise suç korkusunu engelleyen sosyal faktörleri ele almaktadır. Birinci kategori bağlamında değerlendirilebilecek modeller savunmasızlık ve düzensizlik yaklaşımları iken ikinci kategori bağlamında ele alınabilecek modeller ise sosyal bütünleşmeyi içeren sosyal bağlar (*social ties*), komşuluk uyumu (*neighborhood cohesion*), toplu etkinlik (*collective efficacy*) ve topluluk bağlılığıdır (*community attachment*). Bu çerçevede suç korkusunu anlamaya yönelik üç spesifik model savunmasızlık, düzensizlik ve sosyal bütünleşme modelleri olarak öne çıkmaktadır (Franklin vd., 2008).

Alan yazında suç korkusu kavramının açıklanmasına yönelik çok sayıda kuramsal bakış açısının ileri sürüldüğü görülmektedir (Hale, 1996; Ferraro, 1996; Franklin ve Franklin, 2009). Geleneksel teorilerin iki geniş kategoriye ayrıldığını belirten Franklin ve Franklin (2009) suç korkusunu kolaylaştıran ve engelleyen faktörler bağlamında söz konusu ayırımın öne çıktığını belirtmektedir. Literatürde belirtilen ayırım esas alınarak baskın olan üç yaklaşımın ise savunmasızlık, sosyal düzensizlik ve sosyal bütünleşme yaklaşımları olduğu ifade edilmektedir (Franklin ve Franklin, 2009). Söz konusu temellendirmenin diğer çalışmalarda da dikkate alındığı görülmektedir (Henson ve Reyns, 2015; Visser vd., 2013; Rader, 2017; Sanders, 2022).

Literatürde konuya yönelik yapılan diğer çalışmalar incelendiğinde suç korkusu kavramına yönelik kuramsal bakış açılarının incinebilirlik, mağduriyet, düzensizlik ve sosyal bütünleşme yaklaşımları üzerinden ele alındığı görülmektedir (Çoklar ve Solak, 2017). Dolu ve arkadaşlarına (2010) göre suç korkusuna ilişkin teorik yaklaşımlar bireysel düzeyde suç mağduriyeti ve savunmasızlık (zayıflık) perspektifi ile toplumsal düzeyde sosyal kontrol ve sosyal problem perspektifi olarak açıklanmıştır. Karakuş ve arkadaşları (2011) tarafından suç korkusu kavramına ilişkin modeller ise mağduriyet, düzensizlik ve topluluk kaygısı (*community concern*) modeli olarak ifade edilmiştir. Bu çalışma suç korkusu kavramının açıklanmasında literatürde ifade edilen ayırımı dikkate alarak ilgili kuramları savunmasızlık, sosyal düzensizlik ve sosyal bütünleşme yaklaşımları üzerinden incelemiştir.

2.1. Savunmasızlık Yaklaşımı

Savunmasızlık (*vulnerability*) perspektifi, suç mağduriyeti olasılığına bakılmaksızın fiziksel ya da sosyal dezavantaja sahip olduğu düşünülen bireylerin muhtemel suçlara karşı kendilerini savunmasız hissetmelerini ele almaktadır (Rader vd., 2012). Suç korkusu araştırmalarında kullanılan herhangi bir modelin bir miktar savunmasızlık yaklaşımı ile ilişkilendirilebileceği; kadınlar, yaşlılar ve yoksulların suçtan daha fazla korkmalarının beklenebileceği ileri sürülmüştür (Hale, 1996). Savunmasızlık yaklaşımı olası suçlara karşılık bireylerin fiili veya algılanan savunmasızlığından kaynaklı olarak suç korkusuna sahip olabileceği yönünde yapılan değerlendirmeleri içermektedir. Jackson ve Gouseti'ye (2014) göre algılanan risk ile suça karşı savunmasızlık arasında güçlü bir örtüşme bulunmaktadır.

Bu kapsamda bireysel düzeyde kuramsal çerçevenin geliştirilmesine yönelik ileri sürülen modellerden biri olarak değerlendirilen savunmasızlık yaklaşımı, suç korkusunun yaş aralıklarına veya diğer değişkenlere göre incelenmesini ele almaktadır (Ferraro ve LaGrange, 1992). Suç korkusuna yönelik gerçekleştirilen ilk çalışmalarda cinsiyet, suç yeri gibi değişkenler üzerinden öne çıkan analizler (Ennis, 1967; Biderman vd., 1967) yaş değişkenini göz ardı etmiş, devam eden yıllarda yapılan araştırmalar yaş değişkeni açısından gençleri suç korkusu araştırmalarında belirgin bir konuma taşımıştır (Chaade ve Ditton, 2003). Fiziksel savunmasızlığın ölçüsü olarak ele alınan yaş değişkeninin önem düzeylerinin araştırılması açısından San Francisco'ya ait kentsel alandaki üç farklı mahallede gerçekleştirilen karşılaştırmalı araştırma sonucunda fiziksel savunmasızlık ölçümlerinin bireyler arasındaki korku farklılıklarını tahmin etmede daha az önemli olduğu bulgulanmıştır (Maxfield, 1984).

Suç korkusu kavramını ampirik düzeyde ele alan araştırmalar sadece yaş değişkeni özelinde değil, aynı zamanda cinsiyet değişkeni üzerinden de incelemiştir. Savunmasızlık belirleyicilerinin daha yüksek korku seviyeleri ile ilişkili olup olmadığını araştıran Jackson (2009) cinsiyet değişkeni özelinde kadınların kendilerini fiziksel olarak daha az savunabileceklerini hissetmelerile daha düşük öz-yeterlilik algısına sahip olduklarını, erkeklerden daha sık endişe duyduklarını tespit etmiştir (Jackson, 2009). Suç korkusunun istikrarlı yordayıcıları arasında gösterilen cinsiyet, yaş ve yoksulluğun yanı sıra sağlık durumunun kötü olmasının da bireyde savunmasızlık hissine yol açabileceği tartışılmıştır (Cossman ve Rader, 2011).

Sosyo-ekonomik statü göstergeleriyle ilişkilendirilen bu yaklaşımda doğrudan mağduriyet açıklaması herhangi bir suçtan mağdur olan bireylerin suç korkusunu daha fazla yaşayacaklarını (Skogan ve Maxfield, 1981) ifade ederken, dolaylı mağduriyet açıklaması fiziksel ve sosyal açıdan kendilerini daha savunmasız ve kırılgan olarak algılayan yaşlılar, kadınlar, yoksullar ve etnik grupların suç korkusunun daha fazla olacağını (Taylor ve Hale, 1986; Covington ve Taylor, 1991) açıklamaktadır (Karakuş, 2013). Örneğin Wyant (2008) da alan yazındaki araştırmaları değerlendirdiği çalışmasında kendilerini en savunmasız olarak algılayanlar arasında kadınlar, yaşlılar ile etnik ve ırksal azınlıkları göstermiştir.

2.2. Sosyal Düzensizlik Yaklaşımı

Sosyal düzensizlik yaklaşımı suç korkusu ile algılanan fiziksel ve sosyal düzensizlik arasındaki ilişkinin incelenmesini temel almaktadır (Mcgarrell vd., 1997). Sosyal düzensizlik durumu yerleşim yerindeki sakinlerin korkmalarına ve mahallelerinden çekilmelerine neden olmakta aynı zamanda gayri resmi sosyal kontrolü azaltmaktadır (Gainey vd, 2011). Kentsel çevre tasarımı ile ilişkilendirilen sosyal düzensizlik yaklaşımı suç araştırmaları açısından da önemi ifade edilen ve ilk dönem araştırmaları arasında yer alan bir perspektiftir. Gainey ve arkadaşları (2011), Shaw ve McKay (1942) tarafından ileri sürülen ve Şikago Okulu çalışmalarından biri olarak belirtilen sosyal düzensizlik (*Social Disorganization Theory; Shaw ve McKay, 1942*) yaklaşımının önemine değinmektedir (Gainey vd., 2011). Sosyal düzensizlik (*Social Disorder*) yaklaşımı yerleşim yerinde gerçekleşen önemli suçların ötesinde sosyal, çevresel ve fiziksel şartlara göndermede bulunmaktadır. Ayrıca sosyal düzensizlik tanımlanması veya ölçülmesi zor, geniş ve anlaşılması karmaşık bir kavram olarak kabul edilmektedir (Perkins ve Taylor, 2002).

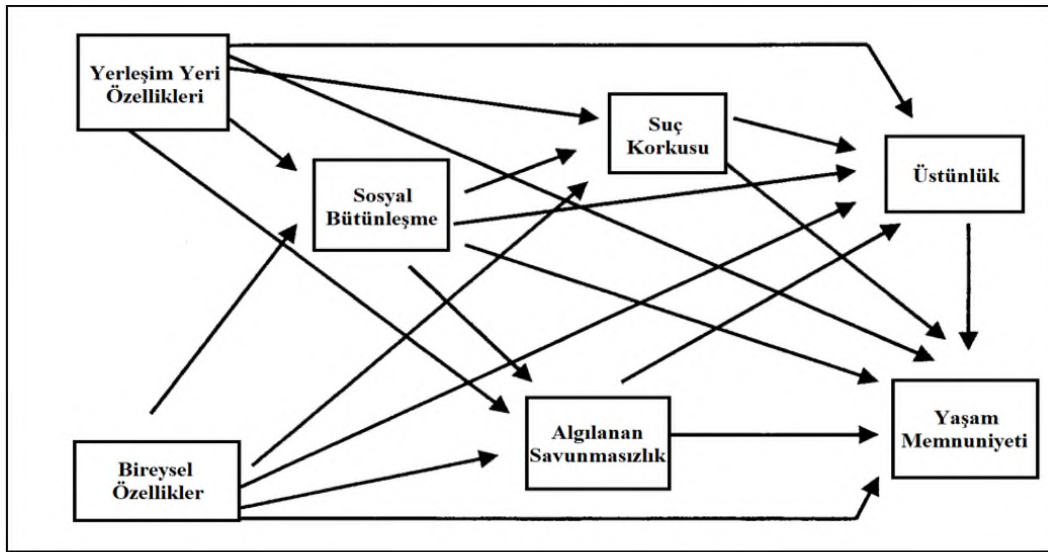
Sosyal Düzensizlik modeli olarak Shaw ve McKay'ın (1942) ileri sürdüğü kuramsal yaklaşımın yanında kırık camlar perspektifinden (*Broken Windows Perspective; Wilson ve Kelling, 1982*) de yararlanılmaktadır (Wilson ve Kelling, 1982; Alper ve Chappell, 2012). Kırık camlar teorisi kentsel düzensizliklerin sosyal sorunların daha fazla artmasına neden olduğunu ileri sürmekte, kanun uygulayıcı birimler ile toplumun geri kalanının el birliğiyle toplulukları sürdürülebilir biçimde hareket ettirmesinin önemine vurgu yapmaktadır (Wilson ve Kelling, 1982). Bireylerin yaşadıkları yerleşim yerlerindeki kumar, içki alışkanlığı, fuhuş, uyuşturucu satışı gibi davranışların ortaya çıkması sosyal düzensizliği içermektedir (Skogan, 1992). Bu bağlamda sosyal uyum, dezavantajlı koşullar ve suç seviyelerine ilişkin düzensizlik durumları suç korkusuyla ilişkilendirilmektedir. Yerleşim yerindeki topluluk sakinleri arasında sosyal uyum veya bağların artması ya da karşılıklı güvenin teşvik edilmesi suç korkusunun azalmasına katkı sağlarken, yerleşim yerindeki dezavantajlı koşullar ve işlenen suçlar topluluk üyeleri arasındaki uyumsuzluğu ve suç korkusunu arttırmaktadır (Scarborough vd., 2010).

2.3. Sosyal Bütünleşme Yaklaşımı

Yerleşim yerlerine bağlı bireysel tutumların sosyal bütünleşme derecelerine göre ele alınması düşüncesi, sosyal bütünleşme yaklaşımının temel varsayımıdır (Gibson vd., 2002). Bu yaklaşım mekân ile kurulan sosyal bağın altını çizmektedir. Ayrıca diğer yaklaşımlardan ayrı olarak suç korkusunu engelleyen faktörlere eğilmektedir. Sosyal bütünleşme kavramı ile topluluk üyeleri tarafından algılanan ve paylaşılan ahlâki değerlerin kapsamına ve yerleşim yerinde yaşayan insanlar arasındaki olumlu ağlara göndermede bulunmaktadır (Wikström ve Dolmén, 2001). Dolayısıyla bu bakış açısı suç korkusunun engellenmesi açısından olumlu işlevlerin tespit edilebilmesi için önem taşımaktadır.

Yerleşim yerinde yaşayan bireylerin sosyal sorunlara toplu bir biçimde cevap vermeleri durumunda suç korkusunun azalabileceğini savunan bu yaklaşım (Hale, 1996) diğer suç korkusu modellerinden ayrılmaktadır. Sosyal bütünleşme yaklaşımının suç korkusu araştırmalarında geçerliliğinin teyit edilmesi amacıyla yapılan çalışmalarda sosyal bütünleşmenin güçlü bir etkisine işaret edilmiştir (Lewis ve Salem, 1986; Markowitz vd., 2001; Gibson vd., 2002; Alper ve Chappell, 2012; Sargeant ve diğerleri, 2017; Carter ve Wolfe, 2021; Camacho-Doyle vd., 2021; Kuen vd., 2022).

Sosyal bütünleşme yaklaşımı açısından yerleşim yerindeki sakinlerin bildirdiği suç korkusu ve risk algısının sosyo-demografik tahmin edicilerin etkilerinden arındırılmış bir şekilde kişisel yatırım (*personal investment*), etki veya bağlılık (*affect or attachment*) ve sosyal uyum (*social cohesion*) ile ifade edilen yerleşim yeri entegrasyonundan ne düzeyde etkilendiği de araştırılmıştır (Kanan ve Pruitt, 2002). Bu bağlamda suç hakkında endişe, gece yalnız olma, yerleşim yeri güvenlik derecelendirmesi gibi değişkenler üzerinden algılanan yerleşim yeri koşulları ve mahalle entegrasyonu gibi değişken setlerinin önemi incelenmiş, suç korkusu ve algılanan mağduriyet riski üzerinde söz konusu değişkenlerin bir miktar etkisi olduğu kanıtlanmıştır. Sosyal bütünleşme ve toplu etkinliğin sosyal düzensizlik yaklaşımı ile olan bağlantısı değerlendirildiğinde yakınındaki yerleşim yerindeki suç oranlarının önemini değerlendirmenin suç korkusu araştırmalarına olan katkısı ele alınmıştır (Barton vd., 2017).



Kaynak: Adams ve Serpe, 2000:611

Şekil 1. Suç Korkusu ve Sosyal Bütünleşmeyi Etkileyen Faktörler

Adams ve Serpe (2000) suç korkusu araştırmalarında yerleşim yeri özelliklerinin suç faaliyetleri, şehircilik gibi değişkenlerden bireysel özelliklerin ise yaş, ırk, cinsiyet, yerel topluluğa yapılan yatırımlar ile güvenlik önlemleri gibi değişkenlerden etkilendiğini, bu faktörlerin algılanan savunmasızlığı ve suç korkusunu etkilediğini değerlendirmiş ve bahse konu modeli ileri sürmüştür (Adams ve Serpe, 2000). Şekil 1'de yer alan sosyal bütünleşme ve suç korkusu arasındaki ilişkiyi modelleyen gösterimde yerleşim yeri özellikleri ile bireysel özelliklerin sosyal bütünleşmeyi etkilediği, suç korkusunun ise sosyal bütünleşme üzerinde negatif düzeyde etkisi olduğu aktarılmıştır. Ayrıca suç korkusu kavramının açıklanmasında etkili olan diğer parametrelerin de birbirleriyle olan ilişkileri Şekil 1'de belirtilmiştir.

Sosyal bütünleşme faktörleri açısından yerleşim yerlerinde büyük farklılıklar olduğuna dair kanıtların test edilmesi amacıyla Kuen ve arkadaşları (2022) tarafından gerçekleştirilen araştırmada ise sosyal bütünleşme faktörlerinin suç korkusu üzerinde doğrudan etkileri olmadığı, ancak sokak düzeyindeki yoğun dezavantajlı koşullar ve düşük toplu etkinliklerin daha yüksek düzeyde olduğu yerleşim yerlerinde toplumsal düzensizlik veya suç yoluyla suç korkusunun dolaylı yoldan arttırılabileceği aktarılmıştır (Kuen

vd., 2022). Bu çerçevede incelenen çalışmaların sonuçları yerleşim yeri temelli suç korkusu araştırmaları için önem arz eden parametrelerin tespit edilmesi gerekliliğini ortaya çıkarmış ve araştırma çerçevesinin belirlenmesi için önemli bir çıktı sağlamıştır.

3. Türkiye’de Suç Korkusu Araştırmalarının Geçmişi

Suç korkusu konusunda yapılan çalışmalar Türkiye’de yeni olmamakla birlikte araştırmaların önemli bir kısmı mikro ölçekte (il bazında) ele alınmış ve gerçekleştirilmiştir. Karakuş (2013) tarafından İstanbul’da 60 farklı mahallede gerçekleştirilen araştırma sonucunda suç korkusunun sosyolojik belirleyicileri araştırılmıştır. Araştırma bulguları; suç korkusunun erkeklerle kıyasla kadınlarda, yaşlılara oranla gençlerde, son beş yıl içerisinde herhangi bir suçtan dolayı mağdur olanlarda suç korkusunun daha yüksek olduğunu göstermiştir. Bireylerin sosyal sermayesi (güven, yardımlaşma, dayanışma) arttıkça suç korkusunun azaldığı, sosyal kontrolün (formel kontrol, informal kontrol) artması durumunda ise suç korkusunun da arttığı anlaşılmıştır. Bununla birlikte fiziki ve sosyal düzensizliğin artması durumunda suç korkusunun da arttığı bulgulanmıştır (Karakuş, 2013). Benzer şekilde fiziksel ve sosyal düzensizlik ile sosyal sermayenin suç korkusu üzerindeki etkilerinin incelendiği araştırmada fiziksel ve sosyal düzensizlik ile suç korkusu arasında pozitif ve anlamlı bir ilişki; sosyal sermaye ile suç korkusu arasında ise negatif yönde ve anlamlı bir ilişki olduğu tespit edilmiştir (Öztürk, 2016). Bireyin suç korkusunu araştıran çalışmalar dışında diğer bireyler için duyulan suç korkusuna yönelik çalışmalar da gerçekleştirilmiştir. Ünal-Reşitoğlu (2017) tarafından bu kapsamda Ankara’da yapılan araştırmada erkeklerin hem çocukları hem de eşleri için korktukları, kadınların ise daha çok çocukların mağdur olmasından korktukları tespit edilmiştir.

Şanlıurfa’da suç korkusunun araştırıldığı çalışmada suç korkusu açısından Şanlıurfa’nın güvenilir bir kent olmadığı, kadınların erkeklerden daha fazla suç korkusu yaşadıkları, meslek grupları ve doğum yerlerinin suç korkusunu etkilediği sonuçları elde edilmiştir (Karasu, 2017). Malatya ilinde yapılan araştırmada ise kadınların erkeklerle göre daha fazla suç korkusu yaşadıkları, yaş, evlilik statüsü ve iş durumlarının etkisinin olmadığı, eğitim ve gelir düzeyleri arttıkça suç korkusunun azaldığı anlaşılmıştır (Uludağ, 2010). Aytaç ve arkadaşları (2015) tarafından Bursa’da kentteki ışıklandırma durumu, suç oranı, göç alma durumu, güvenlik, terk edilmiş bina bilgileri, demografik özellikler gibi değişkenlerin suç korkusu değişkeni üzerinde etkilerinin araştırıldığı çalışmada ışıklandırmanın yetersiz olması, göç alma, güvenlik ve terk edilmiş bina bilgilerinin suç korkusunun artış göstermesinde etkileri tespit edilirken, demografik değişkenlerin anlamlı bir etkisinin olmadığı ifade edilmiştir (Aytaç vd., 2015).

Kırklareli’nde yapılan bir başka araştırmada suç korkusu oluşturan yerleşim yerleri mahalle ölçeğinde çalışılmıştır (Gündoğdu ve Metintaş, 2022). Bu çalışmada kendilerini güvende hissetmeyen katılımcıların az geliri ve toplumsal ayrışma nedeniyle mekânsal dışlanmanın yaşandığı mahalleleri öne çıkardıkları tespit edilmiştir. Denizli’de kentsel dönüşüm projesi gerçekleştirilen yerleşim yerinde suç korkusundaki değişimin tespit edilebilmesi amacıyla yapılan araştırmada kentin ve mahallenin güvenli olduğu, yaşayanların komşularına güvendikleri, suç olgusunun, suç algısının ve suç korkusunun yok olmadığı, gece dışarı çıkmayı güvenli bulmadıkları gibi sonuçlar bulgulanmıştır (Savaş-Yavuzçehre, 2022).

İstanbul’da Kadıköy ilçesinde yapılan bir başka araştırmada bireylerin içerisinde buldukları mekânsal koşulları yorumlayarak algıya dayalı risk değerlendirmesi yaptıkları, karanlık ve ıssızlığın suç korkusunu arttırdığı ve katılımcıların çevrenin güvensizlik ve suç potansiyeli koşullarını değerlendirdikleri sonuçlarına ulaşılmıştır (Çolpan-Erkan ve Sevin, 2018). Mersin’de yaşam doyumunun suç korkusuyla ilişkisinin incelendiği araştırmada suç korkusu düzeyinin beklenilenin üzerinde olduğu, her iki değişkenin ilişkisinin olmadığı ve bireylerin malvarlığına karşı işlenen suçlardan korktukları belirlenmiştir (Öztürk ve Yıldız, 2017).

Yerel ölçekte suç korkusunun ölçülmesine yönelik gerçekleştirilen araştırmaların dışında dolandırıcılık, siber suçlar ve terör suçları gibi farklı suç türleri üzerinden suç korkusu araştırmalarının genişletildiği, kuramsal ve betimsel istatistikler yoluyla çalışmaların ele alındığı da tespit edilmiştir (Yurtsal, 2016; Yılmaz 2018; Yıldız ve Belen, 2018; Yavuz, 2019; Çalışkan, 2019; Gün-Çınğı, 2020). Suç korkusu araştırmalarında bireysel nedenleri ortaya çıkaran duygusal ve sosyo-ekonomik göstergelerin önemi mikro ölçekli araştırmalara yönelmeyi de zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla suç korkusu araştırmalarının il bazında yerleşim yerleri üzerinden genişletildiği tespit edilirken, mikro ölçekte yerleşim yerine özgü suç mağduriyet algısı ve risklerinin ne düzeyde değişkenlik gösterdiği ya da modellenmesine yönelik bakış açısının nasıl belirlenebileceği konusunun yeterli düzeyde araştırmalarda ele alınmadığı anlaşılmıştır. Suç korkusu ölçümlerinin yerleşim yerine bağlı özelliği, araştırmaların mikro ölçekte gerçekleştirilmesinin nedenleri arasında gösterilebilir.

Özetle, ulusal ölçekte gerçekleştirilen araştırmaların kuramsal bakış açılarının sayıltılarını ele aldığı, ampirik teste tâbi tutulduğu ve suç korkusuna yönelik yapısal kesiti belirli bir zaman dilimi üzerinden gözler önüne serdiği tespit edilmiştir. Bu nedenle suç korkusu araştırmalarının yerleşim yeri gerçekliğinden hareketle çözümlendiği görülmüştür. Dolayısıyla suç korkusunun yerleşim yerine ve araştırma sürecine bağlı gerçekliği çalışmaların en belirgin özelliği olarak ortaya çıkmaktadır. Suç korkusu araştırmalarının yerleşim yerinin ya da kuramsal bakış açısının etkisine bağlı olarak değişkenlik göstermesi, çalışmaların yerleşim yeri ve kesitsel özelliklerinin dışında genellenebilir sonuçlar üretmesi adına da önemli bir kısıttır. Bu nedenle suç korkusunun nasıl

ölçülmeye çalışıldığı metodolojik tartışmaların yanında pek çok kuramsal yaklaşımdan etkilenmiş ve araştırma sonuçlarını da belirlemiştir.

4. Veri ve Yöntem

Araştırma planının tasarım sürecinde mantıksal ve operasyonel açıdan çalışmanın metodolojisi inşa edilmiştir. Bu yönüyle çalışma, suç korkusu kavramının ölçülmesinde önem arz eden toplumsal parametrelerin belirlenmesini ve model tasarımı geliştirilmesini amaçladığından öncelikle metodolojik açıdan suç korkusu kavramının ölçülmesi problemini ele almıştır. Alan yazında konuya ilişkin temel bir uzlaşının bulunmadığı anlaşılmış, suç korkusu kavramının ölçeklendirilmesi amacıyla Türkiye özelinde araştırmanın amacına uygun bir şekilde toplumsal bir denklem geliştirilmiştir. Araştırma nicel araştırma yöntemi üzerine tasarlanmış, korelasyonel araştırma deseni esas alınarak suç korkusu kavramının sosyolojik belirleyicilerinin ve birlikte değişiminin bilimsel veriler esas alınarak tespit edilmesi ile önem düzeylerinin ortaya çıkarılması hedeflenmiştir. Böylelikle alan yazını dahilinde incelenen kuramsal çerçeveler göz önünde bulundurularak eklektik anlayışa dayalı olarak suç korkusu kavramının sosyolojik göstergeler üzerinden analiz edilmesi planlanmıştır.

Bu çerçevede mekânsal gerçekliğin önemi esas alınarak suç korkusu olgusunun toplumsal nedenleri üzerine bir tarama araştırması yapılmış ve araştırma stratejisi oluşturulmuştur. Suç korkusu olgusu ve sosyolojik belirleyicilerinin değişim düzeylerinin ortaya çıkarılması amaçlandığından sosyal bütünleşme teorisinden hareketle tümdengelimsel bir akıl yürütme tekniği esas alınmıştır. Suç korkusu araştırmalarında sosyal bütünleşme yaklaşımına ilişkin öne çıkan temel görüş ise suç korkusuna ilişkin tutumların sosyal bütünleşme derecelerine göre ele alınmasıdır (Gibson vd., 2002). Bu bakımdan suç olarak tanımlanan fiillerin gerçekleşme olasılığı ya da mevcut durumuna ilişkin yerleşim yeri odaklı verilen kolektif tepkilerin anlamlandırılması ve modellenmesi sağlanmalıdır.

Yerleşim yerleri esas alınarak suç korkusu kavramının ölçülmesi ise sosyo-demografik tahmin edicilerin önem durumlarının belirlenmesinin dışında yerleşim yerine özgü toplumsal parametrelerin de keşfedilmesini ve önem düzeylerinin tespit edilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu açıdan araştırma sistematiği göz önünde bulundurulduğunda sosyolojik bağlamda suç korkusuna ilişkin kolektif tepkiyi anlamlandırabilmek için araştırmalarda öne çıkan, gece yalnız gezerken kendini güvende hissetme oranları (TÜİK, 2023) incelenmiştir. Ancak söz konusu değişkenin belirleyiciliğine yönelik eleştiriler dikkate alınarak suç korkusu ölçümleri açısından kontrol değişkeni olarak suç ihbar oranlarının etkisi de değerlendirilmiş, çok değişkenli inşa sürecinin ardından suç korkusu kavramının modellenmesi yoluna gidilmiştir. Böyle bir gerekçelendirmenin sebebi ise yerleşim yerlerindeki suç korkusunun ölçülebilmesi ve sosyolojik bağlamda farklılıkların ortaya çıkarılabilmesi açısından kontrol değişkeni oluşturabilmek ve yerleşim yerlerini il bazında ölçeklendirebilmek amacıdır. Bu noktada suç korkusu açısından ihbar değişkeninin de olası suç tehdidine yönelik verilen reaksiyonu içermesinden dolayı model içerisinde yer verilen diğer değişkeni oluşturmuştur.

Adalet istatistikleri açısından ihbar dosyaları 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu 158'inci maddesi uyarınca yapılan şikâyetlerin, yasal düzenlemelerde suç olarak tanımlanmayan eylemlere ilişkin olması durumunu temsil etmektedir (<https://adlisicil.adalet.gov.tr/>). Dolayısıyla olası suçlara ilişkin verilen tepkiyi ölçeklendirebilmek açısından ihbar dosyaları yerleşim yeri özelinde önemli bir bilgi ve ipucu sunmaktadır. Buradan hareketle adalet istatistiklerine göre ihbar dosyaları suç olarak tanımlanmayan eylemlere ilişkin yapılan şikâyetleri ve bildirimleri raporlamaktadır. Ayrıca yerleşim yerlerinde gece yalnız gezerken kendini güvende hissetme oranları da araştırmalarda yaygın olarak kullanılan ve suç korkusunu modelleyen değişkenler arasında yer almaktadır. İhbar dosyalarının il bazında yerleşim yerlerine özgü değişim düzeyleri ile alan yazında sıklıkla ifade edilen yerleşim yerlerinde gece yalnız gezerken kendini güvende hissetme oranları araştırmanın bağımlı değişken setini oluşturmuştur. Böylelikle söz konusu değişkenler üzerinden suç korkusu olgusuna ilişkin sosyal bütünleşme derecelerinin önem durumları ve düzeyleri suç korkusu olgusu ölçeklendirilerek keşfedilmeye çalışılmıştır. Bu çerçevede Türkiye'de suç korkusu kavramına etki eden toplumsal parametrelerin anlamlılık düzeylerinin sosyal bütünleşme yaklaşımı çerçevesinde ele alınıp alınmayacağı anlaşılmaya çalışılmış ve söz konusu önerme (1) nolu açıklamada belirtilen değişken setleri üzerinden geliştirilen doğrusal kombinasyon modelleri aracılığıyla incelenmiştir.

$$Y_{i,k}, X_{i,j}; i = 1, 2, \dots, 33; j = 1, 2, \dots, 8; k = 1, 2 \quad (1)$$

Araştırma modelinde i indeksi il bazında yerleşim yerlerini, k indeksi ise bağımlı değişkenleri, j indeksi bağımsız değişkenleri ifade etmektedir. Suç korkusu modelinde sosyal bütünleşmeye ilişkin toplumsal parametrelerin belirlenmesi ve önem düzeylerinin ortaya çıkarılabilmesi amacıyla bağımsız değişken seti olarak (Adams ve Serpe, 2000; Kanan ve Pruitt, 2002) yaşam göstergeleri, memnuniyet düzeyleri ve göç hareketliliği istatistikleri dikkate alınmıştır.

$$U_1 = a_{11}X_1 + a_{12}X_2 + \dots + a_{1j}X_p \quad (2)$$

$$V_m = b_{m1}Y_1 + b_{m2}Y_2 + \dots + b_{mk}Y_k \quad (3)$$

U , V gibi (2) ve (3) nolu eşitlikteki değişken setlerinin doğrusal kombinasyonları geliştirilerek kanonik değişken çiftleri esas alınmış, ilgili eşitlikte korelasyonları maksimize eden doğrusal kombinasyonlar tespit edilmeye çalışılmıştır. Araştırma verilerinin analiz edildiği kanonik korelasyon analizi (KKA) Hotelling (1936) tarafından geliştirilmiş ve maksimum korelasyona sahip iki rasgele vektörün lineer projeksiyonlarını bulmak amacıyla yaygın olarak kullanılan standart bir istatistiksel teknik olarak kabul edilmiştir (Andrew vd., 2013).

$$cov(U_l; V_m) = \sum_{j=1}^p \sum_{k=1}^q a_{lj} b_{mk} cov(X_j, Y_k) \quad (4)$$

$$\rho_l^* = \frac{cov(U_l, V_l)}{\sqrt{var(U_l)var(V_l)}} \quad (5)$$

KKA çoklu doğrusal regresyon prosedürlerinin avantajları gibi iki değişken seti arasındaki ilişkinin ortaya çıkarılması amacıyla yararlı bir yaklaşım olduğu kabul edilmektedir, (4) ve (5) nolu eşitlikteki çözümlere üzerinden ise KKA uygulanmaktadır (<https://online.stat.psu.edu/statprogram/>). Bu çalışmada bağımlı değişkenler ile bağımsız değişkenler arasındaki değişimin önem düzeylerinin ortaya çıkarılabilmesi amacıyla KKA analizine başvurulmuştur. Değişkenlere ilişkin standardize etme işlemleri ve veriler MS Excel ortamında hazırlanmış, varsayımlar ve analizler ise IBM SPSS Statistics 28 programı ile yürütülmüştür. Böylelikle sosyal bütünleşme teorisine ilişkin ileri sürülen kuramsal yaklaşım ve sayıtları operasyonel açıdan araştırma kapsamında incelenmiştir.

4.1. Bağımlı Değişkenler

Araştırmada çok değişkenli bir yapı üzerinden suç korkusu kavramı ve suç korkusu kavramına etki eden toplumsal bileşenler modellenmeye çalışılmıştır. Bu çerçevede suç korkusu kavramını tanımlamak için ele alınan bağımlı değişkenlerin ilki Türkiye'deki yerleşim yerlerinin il bazında ihbar dosyası yoğunluğudur. Söz konusu veriler 2018 ve 2019 yıllarına ait Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün resmî web sitesinde yer alan bilgilerin nüfus istatistiklerine göre düzenlenmesiyle elde edilmiştir. Yerleşim yeri olarak il bazında sunulan ihbar dosyaları ilgili kurum tarafından paylaşılan verilere göre Tablo 1'de düzenlenmiştir.

Tablo 1. İhbar Değişkenine İlişkin Kategoriler

Y1: İl Bazında İhbar Yoğunluğu			
S. No	Yoğunluk (on binde)	Yerleşim Sayısı	Yüzdeler Oran
1	6<y<16	10	30.30%
2	17<y<27	15	45.45%
3	28<y<38	4	12.12%
4	39<y<49	3	9.09%
5	50<y<58	1	3.03%
Toplam			100%

Tablo 1'de yerleşim yerlerindeki ihbar dosyalarının illere göre frekans düzeyleri belirlenmiştir. İlgili kurum tarafından paylaşılan 33 yerleşim yerinin ihbar yoğunlukları olasılık dağılımları üzerinden incelendiğinde on binde 50 ile on binde 58 arasında bir ilin yer aldığı, on binde 39 ile on binde 49 arasında ise 3 ilin yer aldığı görülmektedir. İhbar yoğunluğunun nüfusa göre en fazla olduğu iller Elazığ, Erzurum, Çorum ve Giresun'dur. İhbar yoğunluğunun nüfusa göre en az olduğu il ise İzmir'dir. Çalışmada yer verilen diğer bağımlı değişken ise gece yalnız yürürken kendini güvende hissetmeme oranıdır. Bu değişkene ilişkin veriler Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) tarafından 2015 yılında gerçekleştirilen araştırma sonuçlarına dayanmaktadır (<https://www.tuik.gov.tr/>). İl bazında gece yalnız yürürken güvende hissetmeme yoğunluğuna ilişkin frekans bilgileri ise Tablo 2'de paylaşılmıştır.

Tablo 2. İkinci Bağımlı Değişkene İlişkin Kategoriler

Y2: İl Bazında Gece Yalnız Yürürken Güvende Hissetmeme Yoğunluğu			
S. No	Yoğunluk (yüzde)	Yerleşim Sayısı	Yüzdelerik Oran
1	12<y<20	1	3.03%
2	21<y<29	7	21.21%
3	30<y<38	14	42.42%
4	39<y<47	5	15.15%
5	48<y<55	6	18.18%
Toplam			100%

Araştırma kapsamında diğer bağımlı değişkenle uyumlu olarak gece yalnız yürürken kendini güvende hissetmeme yoğunluğuna ilişkin frekans bilgileri otuz üç yerleşim yeri üzerinden sunulmuştur. İlgili kurum tarafından paylaşılan yerleşim yerlerinin dağılımları incelendiğinde otuz üç yerleşim yerinden yüzde 48 ile yüzde 55 arasında altı ilin, yüzde 39 ile yüzde 47 arasında ise beş ilin yer aldığı görülmektedir. Nüfusa göre en fazla güvende hissedilmeme oranlarının yoğun olduğu iller; İstanbul, Ankara, Mersin, Antalya ve Diyarbakır'dır. En az oranın olduğu il ise Afyonkarahisar'dır.

4.2. Bağımsız Değişkenler

Suç korkusunun sosyolojik nedenlerini belirlemek ve Türkiye ölçeğinde ilişkisel bir analiz üzerinden toplumsal parametrelerin önem düzeylerini keşfedilebilmek amacıyla gerçekleştirilen araştırmada incelenen bağımsız değişkenler Tablo 3'te sıralanmıştır. Çalışmada suç korkusunun toplumsal göstergeler üzerinden incelenmesi hedeflediğinden bağımsız değişkenlerin belirlenmesinde sosyal bütünleşme yaklaşımın (Kanan ve Pruitt, 2002) sayıltılarına göre değerlendirme yapılmıştır. Bu açıdan sosyal bütünleşme yaklaşımının önemi ele alındığında bireysel etkilerin çıkarıldığı bir denklemde kişisel yatırım, toplumsal bağlılık ve sosyal uyum gibi faktörlerin önem düzeyleri vurgulanmıştır. Ayrıca belirtilen boyutlar sosyal bütünleşme yaklaşımı açısından yerleşim yeri özelliklerine (Adams ve Serpe, 2000) de kavramsal açıdan açıklama sunmaktadır.

Tablo 3. Araştırmada Yer Verilen Bağımsız Değişkenler

S. No	Bağımsız Değişkenler	Veri Toplanma Tarihi
1	Sosyal İlişkilerden Memnuniyet	2015
2	Sosyal Hayatından Memnuniyet	2015
3	Kamu Asayiş Hizmetlerinden Memnuniyet	2015
4	Mutluluk Düzeyi	2015
5	İşinden Memnuniyet	2015
6	Göç Alma Düzeyi	2019
7	Göç Verme Düzeyi	2019
8	Yabancı Nüfus Düzeyi	2019

Kaynak: TÜİK, 2023

Sosyal bütünleşme yaklaşımına göre belirtilen faktörleri anlamlandırabilmek için Tablo 3'te yer verilen bağımsız değişkenler arasından mutluluk düzeyi ile işinden memnuniyet değişkenleri "*kişisel yatırım*" boyutunu, sosyal hayatından memnuniyet, sosyal ilişkilerden memnuniyet ve kamu asayiş hizmetlerinden memnuniyet değişkenleri "*toplumsal bağlılık*" faktörünü, göç alma, göç verme ve yabancı nüfus düzeyi ise "*sosyal uyum*" faktörünü açıklamak amacıyla modelde değerlendirilmiş ve incelenmiştir.

4.3. Araştırmanın Sınırlılıkları

Araştırmada ikincil veri analizi kullanıldığından ilk araştırmalarda elde edilen verilerin içeriğine bağlı kalınarak araştırma gerçekleştirilmiştir. Araştırma verileri demografik bilgilere göre düzenlenerek Türkiye'deki 33 yerleşim yerine ait bilgileri içermektedir. Yerleşim yeri olarak il düzeyinde bütün değişken setlerine yer verilememesinin nedeni kurumlar tarafından sunulan

verilerde bazı illerin diğer yerleşim yeri olarak gruplandırılmasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla araştırma bütünlüğü açısından belirtilen sorunun çözümü için bağımlı ve bağımsız değişkenlerin değerleri yerleşim yerlerine göre yeniden gözden geçirilmiş ve eşbütünsellik sağlanmıştır. Demografik bağlamda verilerin toplandığı yıla ilişkin nüfus bilgileri ise TÜİK üzerinden temin edilerek veriler analize uygun hale getirilmiştir.

Çalışma kapsamında yerleşim yerlerine göre ihbar oranı, göç alma oranı, göç verme oranı ve yabancı nüfus oranı değişkenleri dışındaki diğer değişkenler 2015 yılına ait yaşam endeksi gösterge değerleri üzerinden araştırmanın içeriğine göre belirlenmiştir. İhbar oranları; adalet istatistiklerinin incelenmesi sonucu tespit edilmiştir. Göç alma oranı, göç verme oranı ve yabancı nüfus oranları ise demografik verilerinin incelenmesi sonucu tespit edilmiştir. Bu noktada belirlenen değişkenler üzerinden suç korkusu kavramının sosyolojik nedenlerinin belirlenmesi ile Türkiye ölçeğinde ilişkisel bir analizin gerçekleştirilmesi için önem arz eden parametrelerin belirlenmesi ve model tasarımı oluşturulma sürecine geçilmiş ve söz konusu model analiz edilmiştir.

5. Araştırmanın Bulguları

Araştırma suç korkusunun sosyolojik nedenlerini sosyal bütünleşme yaklaşımından hareketle çözümlenmeyi planlamaktadır. Bu amaçla Tablo 3'te yer verilen bağımsız değişkenler arasında öncelikle çoklu bağıntı problemi ele alınmıştır. *Ek-1*'de yer alan sonuçlara göre bağımsız değişkenler arasında yüksek düzeyde korelasyon tespit edilmiştir. Bağımsız değişkenler arasında yüksek düzeyli korelasyondan kaynaklı bağıntı probleminin çözümlenmesi amacıyla faktör analizi gerçekleştirilmiştir. Tablo 4'te yer verilen küresellik testi kapsamında (4) nolu eşitlikte ifade edilen korelasyon katsayı matrisinin birim matrise eşitliğini varsayan yokluk hipotezi (6) test edilmiştir.

$$H_0 : \rho = I \quad (6)$$

Tablo 4. Faktör Analizi (Temel Bileşenler Analizi) Uygulanabilirliğine İlişkin Analiz Sonucu

Kaiser-Meyer-Olkin Örnekleme Yeterlilik Ölçümü	0.651	
Bartlett Küresellik Testi	Ki- kare Değeri	114.987
	Serbestlik Derecesi	28
	Belirleyici Değer	.001*

Not: $p < 0,05^{**}$

Küresellik testi sonucu belirleyici değer (*) araştırma öncesinde belirlenen birinci tip hata değerinden (**) küçük olması nedeniyle yokluk hipotezi reddedilmiştir. Başka bir anlatımla bağımsız değişkenler arasında korelasyon varlığı tespit edildiğinden çoklu bağıntı probleminin çözümü için faktör analizinin uygulanmasına karar verilmiştir. Bu bağlamda bağımsız değişkenlerin kendi aralarında homojen ve ilişki düzeyleri bulunmayan faktörlerin elde edilebilmesi için temel bileşenler analizi gerçekleştirilmiştir.

Tablo 3'te ifade edilen bağımsız değişkenlere faktör analizi uygulanması sonrasında toplam değişimin %77.72'sinin üç faktör tarafından açıklandığı anlaşılmıştır. Bu çerçevede Tablo 5'te sunulan kovaryans matrisi özdeğer bilgilerine göre üç faktörün toplam değişimi açıklamada yeterli olduğu tespit edilmiştir. Söz konusu faktörler arasında birinci faktör toplam değişimin %39.30'una, ikinci faktör %25.74'üne, üçüncü faktör ise %12.67'sine açıklama sunmuştur.

Tablo 5. Faktörlerin Bağımsız Değişkenlerin Değişimini Açıklamasına İlişkin Sonuçlar

Faktörler	Toplam	Varyans (%)	Kümülatif (%)
1.Faktör	3.14	39.30	39.30
2.Faktör	2.05	25.74	65.04
3.Faktör	1.01	12.67	77.72

Faktör sayısı belirleme işleminin ardından faktör yüklerine göre araştırmada değerlendirilecek bağımsız değişkenlere ilişkin faktör isimlendirilmesi aşamasına geçilmiştir. Bunun için bağımsız değişkenlerin hangi faktörler altında gruplandığı belirlenmiş,

aynı faktör altında toplanan bağımsız değişkenlerin ortak özelliklerine göre faktör isimlendirilme süreci tamamlanmıştır. Tablo 6'ta varimax döndürme işlemine göre faktör isimlendirme işleminin sonuçları sunulmuştur.

Birinci faktör altında gruplanan değişkenlerin sosyal ilişkilerden, sosyal hayattan, işinden ve kamu asayiş hizmetinden memnuniyet ile mutluluk düzeyi olduğu görülmektedir. Temel bileşenler analizi sonucunda birinci faktör altında yer alan değişkenlerin yaşam memnuniyetini betimleyen değişkenlerden oluştuğu anlaşılmıştır. Birinci faktörün yaşam memnuniyeti olarak isimlendirilmesinin temelinde yerleşim yeri özellikleri ve memnuniyeti dışında bireye özgü olarak değişebilen işinden memnuniyet ve mutluluk düzeyi gibi değişkenlerin yer alması gerçeği de bulunmaktadır. Kuramsal yaklaşımdan hareketle model öncesinde tanımlanan kişisel yatırım faktörünün toplumsal yaşama ilişkin memnuniyet içeren değişken setlerini de içermesinden dolayı yaşam memnuniyeti olarak ifade edilmesinin uygun olacağı değerlendirilmiştir.

İkinci faktör altında gruplanan değişkenler ise göç alma ve yabancı nüfus düzeyine ilişkindir. Dolayısıyla ikinci faktör altında gruplanan değişkenler yerleşim yerlerinin nüfus hareketliliğini tanımlamaktadır. Diğer faktör altında ise tek bir değişkenin yer aldığı görülmektedir. Göç verme değişkeninin diğer faktörlerle ilişkisiz ve oldukça belirgin bir şekilde üçüncü faktör altında ayrı bir yapı oluşturmasının nedeni göç verme sürecinin toplumsal yapıyı sürüklediği düzensizlik gerçeğidir. Bu faktörün isimlendirilmesinde ise yerleşim yerinden göç etme tanımı tercih edilmiştir. Bu çerçevede araştırma öncesinde planlanan toplumsal bağlılık faktörüne ilişkin değişken setlerinin yaşam memnuniyeti faktörü altında kümelendiği anlaşıırken, sosyal uyum faktörüne ilişkin değişken setlerinin ise iki ayrı yapı oluşturduğu tespit edilmiştir.

Tablo 6. Bağımsız Değişkenlere İlişkin Faktör Yükleri ve Faktörler

Bağımsız Değişkenler	Yaşam Memnuniyeti	Yerleşim Yeri Nüfus Hareketliliği	Yerleşim Yerinden Göç Etme
Mutluluk Düzeyi	0.89		
Sosyal İlişkilerden Memnuniyet	0.66		
Sosyal Hayatından Memnuniyet	0.88		
Kamu Asayiş Hizmetinden Memnuniyet	0.77		
İşinden Memnuniyet	0.62		
Göç Alma Düzeyi		0.86	
Göç Verme Düzeyi			0.93
Yabancı Nüfus Düzeyi		0.67	

Araştırma öncesinde sosyal bütünleşme yaklaşımının bakış açısından hareketle temellendirilen değişken seti korelasyonel bağıntı nedeniyle ayrı bir incelemeye tâbi tutulmak zorunda kalmıştır. Bu bağlamda sosyal bütünleşmeyi içeren kişisel yatırım ve toplumsal bağlılık gibi bazı faktörlerin temel bileşenler analizi sonucunda birinci faktör olarak tanımladığımız yaşam memnuniyeti faktörü altında birliktelik oluşturduğu anlaşılmıştır. Sosyal uyum faktörü altında yer verilen değişkenlerin ise ayrıldığı görülmüştür. Araştırmada yer verilen bağımsız değişken setinin faktör yüklerine göre yaşam memnuniyeti, yerleşim yeri nüfus hareketliliği ve yerleşim yerinden göç etme faktörleri altında gruplandıkları tespit edilmiştir.

Tablo 7. Değişken Setleri Arasındaki Korelasyon Düzeyleri

S. No	Değişkenler	1	2	3	4	5
1	İhbar Düzeyi	1				
2	Gece Yalnız Yürürken Güvende Hissetmeme	-0.28	1			
3	Yaşam Memnuniyeti	0.08	-0.78*	1		
4	Yerleşim Yeri Nüfus Hareketliliği	0.07	0.06	0	1	
5	Yerleşim Yerinden Göç Etme	-0.38*	0.41*	0	0	1

Not: p=*<0,05

Suç korkusunun sosyolojik belirleyicilerinin toplumsal göstergeler üzerinden açıklanması amacıyla belirlenen değişken setleri arasındaki ilişki düzeyi Tablo 7'de incelenmiştir. Araştırmada yer verilen değişkenler arasında ihbar düzeyi ile yerleşim yerinden

göç etme, yaşam memnuniyeti ile gece yalnız yürürken güvende hissetmeme ve yerleşim yerinden göç etme ile gece yalnız yürürken güvende hissetmeme değişkenleri arasında istatistiksel açıdan anlamlı bir ilişki tespit edilmiştir. Bağımsız değişkenler arasında çoklu bağıntı problemi çözüldüğü için kendi aralarında herhangi bir ilişki saptanmamıştır. Bağımsız değişkenler arasından yaşam memnuniyeti değişkeninin suç korkusu araştırmaları alan yazınında önemini vurgulanan gece yalnız yürürken güvende hissetmeme değişkeni ile yüksek düzeyde negatif bir ilişki gösterdiği anlaşılmıştır. Yaşam memnuniyetinin azalması ise suç korkusunun artış göstermesiyle ilişki göstermektedir. Bununla birlikte yerleşim yerinden göç etme değişkeni de benzer şekilde ihbar düzeyleri ve gece yalnız yürürken güvende hissetmeme değişkenleriyle ilişkilidir. Göç etme yoğunluğunun artış göstermesi ise ihbar oranlarını azaltırken güvende hissetmeme duygusunun ise artış göstermesiyle ilişkilidir. Bu çerçevede suç korkusu yaşam memnuniyeti ve yerleşim yerlerinden göç etme düzeylerinden etkilenmektedir.

Tablo 8. Kanonik Korelasyon Test Sonuçları

Model	Kanonik Korelasyon Katsayısı	Özdeğer	Wilks Lambda	F
1	0.89	3.72	0.19	12.07*
2	0.32	0.12	0.90	.

Not: p=*<0,05

Araştırmada değişken setleri arasındaki ilişki düzeylerinin ortaya çıkarılması amacıyla gerçekleştirilen kanonik korelasyon analizinde birinci model anlamlı bulunmuştur (p<0,05). Değişken setleri arasında kanonik korelasyon katsayısının 0,89 olduğu anlaşılmıştır. Bağımlı ve bağımsız değişken olarak belirlenen ve araştırmada yer verilen değişkenlerin anlamlı olduğu tespit edilmiştir. Bunun yanında bağımlı ve bağımsız değişken setleri içerisinde değişkenlerin önem düzeylerinin anlaşılabilmesi amacıyla ilgili kombinasyonların kanonik yükleri incelenmiştir.

Tablo 9. Bağımlı Değişkenlerin Kanonik Yükleri

S. No	Bağımlı Değişkenler	1*	2
1	İhbar Düzeyi	-0.27	0.96
2	Gece Yalnız Yürürken Güvende Hissetmeme	1.00	-0.01

Not: Anlamlı model * ile gösterilmiştir.

Modelde bağımlı değişken seti içerisinde suç korkusu kavramının açıklanması açısından gece yalnız yürürken güvende hissetmeme değişkeni en yüksek etki düzeyine sahiptir. İhbar düzeyi değişkeni suç korkusu kavramının açıklanmasında negatif düzeyde bir etkiye sahip olup, önemli derecede bir ağırlığı bulunmamaktadır. Suç korkusu araştırmaları açısından alan yazında vurgulandığı gibi olası suç fiillerine karşı yaşanan duygu durumunun modellenmesinde söz konusu değişken önem arz etmektedir. Bu nedenle suç korkusu modellerinde gece yalnız yürürken güvende hissetmeme durumunu açıklayan değişken açıklama gücü yüksek bir değişken olarak analiz sonuçlarında da öne çıkmaktadır.

Tablo 10. Bağımsız Değişkenlerin Kanonik Yükleri

S. No	Bağımsız Değişkenler	1*	2
1	Yaşam Memnuniyeti	-0.88	-0.42
2	Yerleşim Yeri Nüfus Hareketliliği	0.07	0.28
3	Yerleşim Yerinden Göç Etme	0.46	-0.86

Not: Anlamlı model * ile gösterilmiştir.

Bağımsız değişken seti üzerinden belirlenen faktörler esas alınarak suç korkusunun açıklanmaya çalışıldığı modelde bağımsız değişkenler arasında yaşam memnuniyeti değişkeni en yüksek etki düzeyine sahiptir. Yaşam memnuniyeti değişkenini ise yerleşim yerinden göç etme değişkeni izlemektedir. Türkiye kentlerinde yaşam memnuniyeti ve yerleşim yerinden göç etme değişkenleri suç korkusu araştırmaları açısından belirgin bir öneme sahiptir. Böylelikle suç korkusu araştırmalarında mekânın belirtilen sosyolojik değişim ölçütlerine göre incelenmesi, risk düzeylerinin belirlenmesi ve risk düzeyleri üzerinden araştırmaların gerçekleştirilmesinin önemi ortaya çıkmaktadır.

Bu çerçevede suç korkusu araştırmalarının yaşam memnuniyeti ile göç etme düzeyleri açısından sosyolojik düzlemde derecelendirilmesi, öne çıkan mikro ölçekli yerleşim yerleri üzerinden genişletilmesi ya da alt yerleşim yerlerinin ilgili değişkenlere göre ölçeklendirilmesinin ardından araştırmaların tasarlanmasının önem arz ettiği anlaşılmıştır. Ayrıca yaşam memnuniyeti ve göç etme gerçekliği suç korkusu gibi toplumsal sorunların araştırılmasında doğrudan belirleyici görünümündedir. Yerleşim yeri temelli mikro ölçekli suç korkusu araştırmalarının ölçüm sorunlarının aşılması ve giderilmesinde söz konusu değişkenler hem bir belirleyici hem de bir çözüm aracı olarak öne çıkmaktadır.

Tartışma

Suç korkusu, olası suç mağduriyetini deneyimlemek yerine suçla ilgili birey(ler)in korku, kaygı ve endişeye ilişkin duygusal tepkilerinin anlamlandırılmasıdır. Suç korkusu, epistemolojik açıdan farklı yaklaşımlar üzerinden ele alınan ve pek çok yerleşim yeri baz alınarak ölçümleri genişletilen bir araştırma alanıdır. Bu bağlamda suç korkusu bireyin gerçeklik algısına bağlı olarak değişim gösterdiğinden araştırma alanları ve araştır(ıl)ma sonuçlarından önemli oranda etkilenmektedir. Alan yazında suç riski ve suç mağduriyeti üzerinden sürdürülen kavramsal tartışmalar suç korkusu ölçümleri açısından da metodolojik düzlemde belirleyici olmuştur. Suç korkusu kavramını etkileyen bireysel ya da içsel faktörlerin dışında sosyolojik göstergeler de suç korkusu ölçümlerinin temel bileşenleri arasında gösterilmiştir. Bu yönüyle suç korkusu bireysel değerlendirmelere bağlı olarak duygu durumlarını içermekle birlikte toplumsal gerçeklikten de önemli oranda etkilenmektedir.

Suç korkusunu engelleyici özellikteki toplumsal göstergelerin yerleşim yerleri üzerinden sosyal bütünleşme derecelerine göre incelenmesi düşüncesi sosyolojik bağlamı öne çıkarmıştır. Bu bağlamda söz konusu düşünceden hareketle çalışma kapsamında bireylerin suç olarak tanımlanan fiillere maruz kalma ihtimali ya da gerçekliğinden hareketle önem arz eden toplumsal parametrelerin keşfedilmesi ve önem düzeylerinin ortaya çıkarılması hedeflenmiştir. Araştırmada söz konusu sorunsalın çözümlenmesi amacıyla gerçekleştirilen kanonik korelasyon analizinde yaşam memnuniyeti ve yerleşim yerinden göç etme düzeylerine ilişkin değişkenlerin önem düzeyleri keşfedilmiştir.

Suç korkusunun, yerleşim yerlerinin özelliklerine göre bireyde algı düzeylerini şekillendiren yaşam memnuniyetinin değişimiyle önemli düzeyde ilişkili olduğu belirlenmiştir. Yaşam memnuniyetinin azaldığı yerlerde suç korkusunun arttığı bulgusu önemli bir sosyolojik tespit olarak öne çıkmıştır. Yaşam memnuniyeti, sadece yerleşim yerine özgü değerlendirmeleri içermeyip aynı zamanda sosyal gerçekliği inşa ederek sosyal sorunların kaynağında da önemli bir boyut elde etmektedir. Araştırmanın sonuçlarında mekânsal gerçekliği algılama ve suç korkusu gibi duygu durumlarının şekillenmesinde de önemli düzeyde belirleyici olduğu anlaşılmıştır. Alan yazından elde edilen bulgular da işlenen suçların yaşam memnuniyeti ile ilişkili olduğu ve yaşam memnuniyetini belirlediği sonucunu üretmiştir (Michalos ve Zumbo, 2000; Møller 2005; Powdthavee, 2005; Hanslmaier vd., 2016). Bu bağlamda suçtan kaynaklı olarak yaşam memnuniyetinin azalması durumunda suç korkusunun da artabileceği anlaşılmıştır.

Araştırma sonucunda elde edilen bir diğer bulgu ise yerleşim yerinden göç etme düzeyinin suç korkusuyla ilişki düzeyidir. Yerleşim yerlerinin verilen göçle birlikte düzensiz bir yapıya bürünmesi suç korkusu açısından önem teşkil etmektedir. Ancak burada elde edilen sonuca yönelik detaylı bir açıklamaya ihtiyaç duyulmuştur. Çalışmada bağımsız faktörler arasında yer alan yerleşim yeri nüfus hareketliliği suç korkusu üzerinde belirleyici bir konumda değildir. Yine de yerleşim yerlerinden göç verme düzeyinin artış göstermesi suç korkusunu arttırmaktadır. Göç verme düzeyi üzerinden gerçekleşen bu durum yerleşim yerlerinin sosyal bütünleşme düzeyini ilgilendirmektedir. Dolayısıyla modele dair değişken setleri arasındaki kombinasyon belirleyici olduğundan göç verme düzeyi suç korkusu araştırmaları açısından önem teşkil etmektedir.

Göç verme düzeyinin artış göstermesinin suç korkusu üzerine olan etkisi yerleşim yerlerindeki gayri resmi sosyal kontrol düzeylerinin azalması ve değişiminden de kaynaklı olabilir. Yerleşim yerlerinin göç vermesi sosyal bütünleşme derecesini zayıflatabileceği için suç korkusu oranlarının artış göstermesinde etkili olabilir. En azından araştırma bulguları bunların ipucunu bizlere göstermektedir. Alan yazında göç ile suç korkusu arasında yapılan araştırmalar göçmenlerin bulunduğu yerleşim yerindeki savunmasızlık durumlarına, göç süreçlerindeki pozisyonlarına ve göç geçmişine odaklanmıştır (Hunter vd., 2002). Taylor ve Covington (1993) beklenmedik düzeyde toplumsal yapıda görülen ekolojik değişimin yerleşim yerlerinin yaşanabilirliğini etkilediğini ifade etmiştir. Bu araştırmadan elde edilen sonuçlar ve araştırma sistematığı sosyal bütünleşmeyi etkileyen faktörlerin önem düzeylerini tespit etmiştir. Dolayısıyla demografik değişimden ziyade göç verme hareketliliği gayri resmi sosyal kontrol sürecini azaltabileceğinden suç korkusunun artış göstermesinde etkili olabileceği değerlendirilmektedir.

Sonuç

Suç korkusu kavramının sosyolojik belirleyicilerinin ve birlikte değişiminin önem derecelerinin keşfedildiği bu araştırmada yaşam memnuniyeti ve yerleşim yerinden göç etme değişkenlerinin önemi bulgulanmıştır. Belirtilen değişkenlerin mikro ölçekte değişim düzeylerine göre ilerleyen araştırmalarda ele alınması gerektiği değerlendirilmektedir. Söz konusu araştırma, alana yönelik ölçme sorunlarının üstesinden gelebilmek için sosyal bütünleşme düzeyini etkileyen ve alan yazında engelleyici bir özellik olarak sunulan değişkenlerin risk düzeylerine göre incelenmesini ve önem durumlarının ortaya çıkarılması gerçekliğini ele almıştır.

Bu çerçevede yerleşim yerleri özelinde yapılacak araştırmaların planlama ve tasarım süreçleri söz konusu değişkenlerin risk düzeylerine göre alt yerleşim yerlerini yapılandırma yoluna gitmelidir. Daha açık bir anlatımla, suç korkusu ölçümleri yerleşim yerlerinin özelliklerinden etkilenmesi nedeniyle yerel düzeyde önem teşkil eden bahse konu parametrelerin yerleşim yerlerine göre görünümü ve alt yerleşim yerlerine göre dağılımı keşfedilmeli, daha sonra araştırmalarda suç korkusuyla ilişkili bireysel ve duygusal faktörlerin etkileri ortaya çıkarılmalıdır. Bu açıdan söz konusu araştırma kurumsal veriler yordamıyla bu tespitin ipuçlarına dair parametre tespit sürecini ve önem durumlarına yönelik bir çerçeveyi gözden geçirmiştir. Yaşam memnuniyeti ve yerleşim yerlerinden göç etme değişkenlerinin yerleşim yerlerine özgü olarak dağılımı ölçüklendirildikten ve belirlendikten sonra suç korkusu düzeylerinin duygusal ve davranışsal düzlemde ölçülmesi araştırmalara yeni bir bakış açısı kazandıracaktır. Ayrıca suç korkusu ölçümlerinin metodolojisinden kaynaklı eleştirilerin aşılmasında da önemli bir başlangıç ve bakış açısını da inşa edecektir.

Bu doğrultuda tümdengelsel bir akıl yürütme tekniğiyle Türkiye özelinde gerçekleştirilen araştırma mikro ölçekteki yerleşim yerleri için önemli bir bakış açısı sunmaktadır. Suç korkusu araştırmalarında yerleşim yerlerinin yaşam memnuniyeti ve göç etme düzeylerine göre değerlendirilmesi ilerleyen araştırmalar için isabetli bulgular elde edilmesine katkı sağlayabilir. Yerleşim yerlerinin mikro ölçekte anılan değişkenler uyarınca modellenmesinin suç korkusu ölçümleri için karşılaştırılabilir sonuçlar elde edilmesi açısından da önem teşkil edeceği düşünülmelidir. Bu çerçevede araştırma sonuçlarına göre belirtilen değişkenler üzerinden anlamlı sonuçlar elde edildiği takdirde suç korkusu kavramının ölçülmesi, mikro yerleşim yerleri esas alınarak suç korkusu araştırmalarının genişletilmesi ve karşılaştırmalı sonuçlar elde edilmesi sonrasında üretilen sonuçların etkilerinin değerlendirilmesi bakımından bizlere önemli çıktılar sağlayabilir.

Etik Komite Onayı: Çalışma için etik kurul onayı gerekmemektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Ethics Committee Approval: Ethics committee approval is not required for the study.

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

- Adams, R. E., & Serpe, R. T. (2000). Social integration, fear of crime, and life satisfaction. *Sociological perspectives*, 43(4), 605-629.
- Alper, M., & Chappell, A. T. (2012). Untangling fear of crime: A multi-theoretical approach to examining the causes of crime-specific fear. *Sociological Spectrum*, 32(4), 346-363.
- Andrew, G., Arora, R., Bilmes, J., & Livescu, K. (2013, May). *Deep canonical correlation analysis*. Proceedings of the 30th International Conference on Machine Learning, PMLR.
- Aytaç, S., Derdiman, R., Baştürk, Ş., & Bilir, B. Ö. (2015). Kent Güvenliği Olarak Suç Korkusu: Bursa Örneği. *Mühendislik Bilimleri ve Tasarım Dergisi*, 3(3), 259-267.
- Bachman, R., Randolph, A., & Brown, B. L. (2011). Predicting perceptions of fear at school and going to and from school for African American and White students: The effects of school security measures. *Youth & Society*, 43(2), 705-726.
- Barton, M. S., Weil, F., Jackson, M., & Hickey, D. A. (2017). An Investigation of the Influence of the Spatial Distribution of Neighborhood Violent Crime on Fear of Crime. *Crime & Delinquency*, 63(13), 1757-1776.
- Bernard, Y. (1992). North American and European research on fear of crime. *Applied Psychology: An International Review*, 41(1), 65-75.
- Biderman, A., Johnson, L., McIntyre, J. and Weir, A. (1967), Report on a Pilot Study District of Columbia on Victimization and Attitudes toward Law Enforcement, President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice. Field Surveys I. Washington DC: US Government Printing Office.
- Bolger, M. A., & Bolger, P. C. (2019). Predicting fear of crime: Results from a community survey of a small city. *American journal of criminal justice*, 44(2), 334-351.
- Bowles, R., Garcia Reyes, M., & Garoupa, N. (2009). Crime reporting decisions and the costs of crime. *European journal on criminal policy and research*, 15(4), 365-377.
- Bowling, B. (1993). Racial harassment and the process of victimization: conceptual and methodological implications for the local crime survey. *The British journal of criminology*, 33(2), 231-250.
- Bureau of Justice Statistics (2023, December 16). National Crime Victimization Survey (NCVS). Retrieved from <https://bjs.ojp.gov/data-collection/ncvs#0-0>.
- Camacho Doyle, M., Gerell, M., & Andershed, H. (2021). Perceived Unsafety and Fear of Crime: The Role of Violent and Property Crime, Neighborhood Characteristics, and Prior Perceived Unsafety and Fear of Crime. *Deviant behavior*, 1-19.

- Canonical Correlation Analysis. (2023, 6 Ocak), Recieved from: <https://online.stat.psu.edu/statprogram/>
- Carter, T. M., & Wolfe, S. E. (2021). Explaining the relationship between neighborhood disorder and crime fear: The perceptual role of neighbors and the police. *Journal of criminal justice*, 77. <https://doi.org/10.1016/j.jcrimjus.2021.101867>
- Chadee, D., & Ditton, J. (2003). Are Older People Most Afraid Of Crime? Revisiting Ferraro and LaGrange in Trinidad. *The British Journal of Criminology*, 43(2), 417-433.
- Chadee, D., Ng Ying, N. K., Chadee, M., & Heath, L. (2019). Fear of crime: the influence of general fear, risk, and time perspective. *Journal of interpersonal violence*, 34(6), 1224-1246.
- Cossmann, J. S., & Rader, N. E. (2011). Fear of crime and personal vulnerability: Examining self-reported health. *Sociological Spectrum*, 31(2), 141-162.
- Covington, J., & Taylor, R. B. (1991). Fear of crime in urban residential neighborhoods: Implications of between-and within-neighborhood sources for current models. *Sociological Quarterly*, 32, 231-249.
- Çalışkan, M. (2019). Suç Korkusu Kullanılarak, Telefon Aracılığıyla Gerçekleştirilen Dolandırıcılık Vakaları (2017-2018) “İstanbul Örneği”. *Medeniyet Araştırmaları Dergisi*, 4(1), 29-42.
- Çoklar, I., & Solak, N. (2017). Suç korkusu: Tanım, ölçüm ve belirleyiciler. *Nesne Psikoloji Dergisi*, 5(10), 310-328.
- De Silva, B., Dharmasiri, K.S., Buddhadasa, M.P.A.A., & Ranaweera, K.G.N.U. (2021). An Overview of Fear of Crime and Its Criminological Significance. *GNOSI: An Interdisciplinary Journal of Human Theory and Praxis*, 4(3), 101-125.
- Dolliver, M. J., Kenney, J. L., Reid, L. W., & Prohaska, A. (2018). Examining the relationship between media consumption, fear of crime, and support for controversial criminal justice policies using a nationally representative sample. *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 34(4), 399-420.
- Dolu, O., Uludağ, Ş., & Doğutaş, C. (2010). Suç Korkusu: Nedenleri, Sonuçları ve Güvenlik Politikaları İlişkisi. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 65(1), 57-81.
- Doran, B. J., & Burgess, M. B. (2011). *Putting fear of crime on the map: Investigating perceptions of crime using geographic information systems*. Springer Science & Business Media.
- Doran, B. J., & Burgess, M. B. (2011). *Putting fear of crime on the map: Investigating perceptions of crime using geographic information systems*. London: Springer Science & Business Media.
- Doran, B. J., & Burgess, M. B. (2012). Putting Fear of Crime on the Map Investigating Perceptions of Crime Using Geographic Information Systems, Erişim Adresi: <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/978-1-4419-5647-7.pdf?pdf=button>
- Ennis, P. (1967), *Criminal Victimization in the United States: A Report of a National President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice*. Field Surveys II. Wash DC: US Government Printing Office.
- Erčulj, V., & Meško, G. (2022). Fear of Crime–Measurement of Fear of Ordinary Crimes and Fear of Crimes in Cyberspace1. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo/Ljubljana*, 73(4), 308-318.
- Erkan, N. Ç., & Sevin, B. (2018). Suç Korkusu Konusunda Bir İnceleme: Kadıköy Örneği. *Planlama Dergisi*, 28(3), 315-327.
- Etopio, A. L., & Berthelot, E. R. (2022). Defining and Measuring Fear of Crime: A New Validated Scale Created from Emotion Theory, Qualitative Interviews, and Factor Analyses. *Criminology, Criminal Justice, Law & Society*, 23(1), 46-67.
- Farrall, S. D., Jackson, J., & Gray, E. (2009). *Social order and the fear of crime in contemporary times*. New York: Oxford University Press.
- Farrall, S., & Gadd, D. (2004). Research note: The frequency of the fear of crime. *British Journal of Criminology*, 44(1), 127-132.
- Farrall, S., Bannister, J., Ditton, J., & Gilchrist, E. (1997). Questioning the measurement of the ‘fear of crime’: Findings from a major methodological study. *The British Journal of Criminology*, 37(4), 658-679.
- Fattah B. W., Pfeiffer, C., & Wetzels, P. (1993). *Fear of crime and criminal victimization*. Stuttgart: Enke.
- Fattah, E. A., & Sacco, V. F. (1989). *Crime and victimization of the elderly*. New York: Springer-Verlag.
- Ferguson, K. M., & Mindel, C. H. (2007). Modeling fear of crime in Dallas neighborhoods: A test of social capital theory. *Crime & Delinquency*, 53(2), 322-349.
- Ferraro, K. F. (1995). *Fear of crime: Interpreting victimization risk*. State University of New York.
- Ferraro, K. F., & LaGrange, R. L. (1992). Are older people most afraid of crime? Reconsidering age differences in fear of victimization. *Journal of gerontology*, 47(5), 233-244.
- Fisher, B. S., & Nasar, J. L. (1992). Fear of crime in relation to three exterior site features: Prospect, refuge, and escape. *Environment and Behavior*, 24(1), 35-65.
- Franc, R., & Susic, I. (2021). *Fear of Crime*. (Ed: Alex Michalos), In Encyclopedia of Quality of Life and Well-Being Research (pp. 1-7). Cham: Springer International Publishing.
- Franklin, C. A., & Franklin, T. W. (2009). Predicting fear of crime: Considering differences across gender. *Feminist Criminology*, 4(1), 83-106.
- Franklin, T., Franklin, C., & Fearn, N. (2008). A multilevel analysis of the vulnerability, disorder, and social integration models of fear of crime. *Social Justice Research*, 21, 204-227.
- Furstenberg, F. F. (1971). Public reaction to crime in the streets. *The American Scholar*, 4(4), 601-610.
- Furstenberg, F. F. (2017). Public reaction to crime in the streets. (Ed: Jason Ditton), Stephen Farrall, *In the Fear of Crime* (pp. 3-12). Routledge.
- Gabriel, U., & Greve, W. (2003). The psychology of fear of crime. Conceptual and methodological perspectives. *British journal of criminology*, 43(3), 600-614.

- Gainey, R., Alper, M., & Chappell, A. T. (2011). Fear of crime revisited: Examining the direct and indirect effects of disorder, risk perception, and social capital. *American Journal of Criminal Justice*, 36(2), 120-137.
- Garofalo, J. (1979). Victimization and the fear of crime. *Journal of research in crime and delinquency*, 16(1), 80-97.
- Garofalo, J. (1981). The fear of crime: causes and consequences. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 72(2), 839-857.
- Garofalo, J. (1981). The fear of crime: Causes and consequences. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 72(2), 839-857.
- Gibson, C. L., Zhao, J., Lovrich, N. P., & Gaffney, M. J. (2002). Social integration, individual perceptions of collective efficacy, and fear of crime in three cities. *Justice quarterly*, 19(3), 537-564.
- Grabosky, P. N. (1995). Fear of crime, and fear reduction strategies. *Current issues in criminal justice*, 7(1), 7-19.
- Gray, E., Jackson, J., & Farrall, S. (2008). Reassessing the fear of crime. *European journal of criminology*, 5(3), 363-380.
- Gün-Çinğı, T. (2020). Korku Mekanları: Terör Korkusunun Mekânsal Boyutu ve Kaçınma Davranışı. *Sosyoloji Araştırmaları Dergisi*, 23(1), 1-33.
- Gündoğdu, H. M., & Metintaş, F. (2022). Kırklareli Merkezde Kadın ve Suç Korkusu Üzerine Bir Araştırma. *Kırklareli Üniversitesi Mimarlık Fakültesi Dergisi*, 1(1), 1-17.
- Hale, C. (1996). Fear of crime: A review of the literature. *International review of Victimology*, 4(2), 79-150.
- Hanslmaier, M., Kemme, S., & Baier, D. (2016). *Victimisation, fear of crime and life satisfaction*. (Ed: Dirk Baier, Christian Pfeiffer), In Representative studies on victimisation (pp. 251-284), Nomos Verlagsgesellschaft mbH.
- Hart, T. C., Chataway, M., & Mellberg, J. (2022). Measuring fear of crime during the past 25 years: A systematic quantitative literature review. *Journal of Criminal Justice*, 82, Recieved from <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0047235222001088>
- Henson, B., & Reyns, B. W. (2015). The only thing we have to fear is fear itself. . . and crime: The current state of the fear of crime literature and where it should go next. *Sociology Compass*, 9(2), 91-103.
- Hough M. (1995). *Anxiety about crime: Findings from the 1994 British Crime Survey (Home Office Research Study 147)*. London, England: Home Office.
- Hunter, L. M., Krannich, R. S., & Smith, M. D. (2002). Rural migration, rapid growth, and fear of crime. *Rural Sociology*, 67(1), 71-89.
- Innes, M. (2015). 'Place-ing' fear of crime. *Legal and Criminological Psychology*, 20(2), 215-217.
- Jackson, J. (2005). Validating new measures of the fear of crime. *International journal of social research methodology*, 8(4), 297-315.
- Jackson, J. (2009). A psychological perspective on vulnerability in the fear of crime. *Psychology, Crime & Law*, 15(4), 365-390.
- Jackson, J. & Gouseti, I. (2014). Fear of Crime. Recieved from: https://www.researchgate.net/publication/291775791_Fear_of_Crime
- Jackson, J., & Gouseti, I. (2016). Threatened by violence: Affective and cognitive reactions to violent victimization. *Journal of interpersonal violence*, 31(18), 2987-3016.
- Juan, C. S., Vozmediano, L., & Vergara, A. I. (2010). Self-protective behaviour against crime in urban settings: Diagnosis through surveys and Geographic Information Systems. *Psychology*, 1(2), 253-262.
- Kanan, J. W., & Pruitt, M. V. (2002). Modeling fear of crime and perceived victimization risk: The (in) significance of neighborhood integration. *Sociological inquiry*, 72(4), 527-548.
- Karakus, O., McGarrell, E. F., & Basibuyuk, O. (2010). Fear of crime among citizens of Turkey. *Journal of criminal justice*, 38(2), 174-184.
- Karakuş, Ö. (2013). Suç Korkusunun Sosyolojik Belirleyenleri: Sosyal Sermaye mi? Sosyal Kontrol mü?. *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 14(1), 1-19.
- Karasu, M. A. (2017). Kentsel Mekânda Suç Korkusu-Şanlıurfa Örneği. *Sosyoloji Araştırmaları Dergisi*, 20(1), 41-76.
- Krulichová, E. (2019). The relationship between fear of crime and risk perception across Europe. *Criminology & Criminal Justice*, 19(2), 197-214.
- Krulichová, E., & Podaná, Z. (2019). Adolescent fear of crime: Testing Ferraro's risk interpretation model. *European journal of criminology*, 16(6), 746-766.
- Kuen, K., Weisburd, D., White, C., & Hinkle, J. C. (2022). Examining impacts of street characteristics on residents' fear of crime: Evidence from a longitudinal study of crime hot spots. *Journal of Criminal Justice*, (82), 101984.
- LaGrange, R. L., Ferraro, K. F., & Supancic, M. (1992). Perceived risk and fear of crime: Role of social and physical incivilities. *Journal of research in crime and delinquency*, 29(3), 311-334.
- Lagrange, S. L., & Ferraro, K. F. (1987). The Measurement of fear of crime. *Sociological Inquiry*, 57(1), 70-97.
- Lewis, D. A., & Salem, G. W. (2017). *Fear of crime: Incivility and the production of a social problem*. Routledge. <https://doi.org/10.4324/9780203792032>
- Lotz, R. (1979). Public anxiety about crime. *Pacific Sociological Review*, 22(2), 241-254.
- Markowitz, F. E., Bellair, P. E., Liska, A. E., & Liu, J. (2001). Extending social disorganization theory: Modeling the relationships between cohesion, disorder, and fear. *Criminology*, 39(2), 293-319.
- Maxfield, M. G. (1984). The limits of vulnerability in explaining fear of crime: A comparative neighborhood analysis. *Journal of research in Crime and Delinquency*, 21(3), 233-250.
- McGarrell, E. F., Giacomazzi, A. L., & Thurman, Q. C. (1997). Neighborhood disorder, integration, and the fear of crime. *Justice Quarterly*, 14(3), 479-500.
- Michalos, A.C, Zumbo, B.D. (2000). Criminal Victimization and the Quality of Life. *Social Indicators Research*, (50), 245-295.

- Møller, V. (2005). Resilient or Resigned? Criminal Victimization and Quality of Life in South Africa. *Social Indicators Research*, (72), 263-317.
- Nasar, J. L., & Jones, K. M. (1997). Landscapes of fear and stress. *Environment and behavior*, 29(3), 291-323.
- Office for National Statistics (2023, December 16). Crime Survey for England & Wales. Reiceved from <https://www.crimesurvey.co.uk/en/index.html>.
- Öztürk, M. (2016). Düzensizlik ve Toplumsal Kaygı Teorileri Bağlamında Suç Korkusu: Mersin Örneği. *Cumhuriyet Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 40(1), 281-291.
- Öztürk, M., & Yıldız, M. (2017). Yaşam Doyumu ve Suç Korkusu Arasındaki İlişki (Mersin Örneği). *Manisa Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 15(1), 1-30.
- Pain, R. (2000). Place, social relations and the fear of crime: a review. *Progress in human geography*, 24(3), 365-387.
- Perkins, D. D., & Taylor, R. B. (2002). *Ecological assessments of community disorder: Their relationship to fear of crime and theoretical implications*. In *Ecological research to promote social change* (pp. 127-170). Boston, MA: Springer.
- Podaná, Z., & Krulichová, E. (2021). Victimization experience does matter: Testing the effect of different types of victimization on fear of crime among adolescents. *European Journal of Criminology*, 14773708211053829.
- Powdthavee, N. (2005). Unhappiness and Crime: Evidence from South Africa. *Economica*, 72, 531-547.
- Prieto Curiel, R., & Bishop, S. R. (2018). Fear of crime: the impact of different distributions of victimisation. *Palgrave Communications*, 4(1), 1-8.
- Quann N., Hung K. (2002). *Victimization experience and the fear of crime. A cross-national study*. In Nieuwbeerta P. (Ed.), *Crime victimization in comparative perspective. Results from the International Crime Victims Survey, 1989-2000* (pp. 301-316). The Hague, The Netherlands: Netherlands Institute for the Study of Crime and Law Enforcement.
- Rader, N. (2017). *Fear of crime*. Henry N. Pontell (Ed.). In *Oxford research encyclopedia of criminology and criminal justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Rader, N. E. (2004). The threat of victimization: A theoretical reconceptualization of fear of crime. *Sociological Spectrum*, 24(6), 689-704.
- Rader, N. E., Cossman, J. S., & Porter, J. R. (2012). Fear of crime and vulnerability: Using a national sample of Americans to examine two competing paradigms. *Journal of Criminal Justice*, 40(2), 134-141.
- Raymond, P. (2017). Decisions to participate in and desist from four types of common delinquency: Deterrence and the rational choice perspective. In *The termination of criminal careers* (pp. 331-334). Routledge.
- Rountree, P. W. (1998). A reexamination of the crime-fear linkage. *Journal of research in crime and delinquency*, 35(3), 341-372.
- Rountree, P. W., & Land, K. C. (1996). Perceived risk versus fear of crime: Empirical evidence of conceptually distinct reactions in survey data. *Social forces*, 74(4), 1353-1376.
- Sanders, M. P. (2022). An augmented counseling approach on fear of crime and self-efficacy in older adults (Order No. 29685601). Available from ProQuest Dissertations & Theses Global. (2720472663). Reiceved from <https://www.proquest.com/dissertations-theses/augmented-counseling-approach-on-fear-crime-self/docview/2720472663/se-2>
- Sargeant, E., Liu, Y., St John, N., Fong Hong, N., Huu, T., Chen, J., & Mazerolle, L. (2017). Social capital and fear of crime in Brisbane. *Journal of Sociology*, 53(3), 637-652.
- Savaş-Yavuzçehre, P. (2022). Kentsel Dönüşüm Uygulaması Sonrası Suç Korkusu Üzerine Bir Değerlendirme: Denizli Aktepe Mahallesi Örneği. *Pamukkale Avrasya Sosyoekonomik Araştırmalar Dergisi*, 9(1), 1-17.
- Scarborough, B. K., Like-Haislip, T. Z., Novak, K. J., Lucas, W. L., & Alarid, L. F. (2010). Assessing the relationship between individual characteristics, neighborhood context, and fear of crime. *Journal of criminal justice*, 38(4), 819-826.
- Shaw C, McKay H. (1942). *Juvenile delinquency and urban areas*. Chicago: University of Chicago Press.
- Singer, A. J., Chouhy, C., Lehmann, P. S., Walzak, J. N., Gertz, M., & Biglin, S. (2019). Victimization, fear of crime, and trust in criminal justice institutions: A cross-national analysis. *Crime & Delinquency*, 65(6), 822-844.
- Skogan, W. G. (1981). *Issues in the Measurement of Victimization* (Vol. 74682). US Department of Justice, Bureau of Justice Statistics.
- Skogan, W. G. (1984). Reporting crimes to the police: The status of world research. *Journal of research in crime and delinquency*, 21(2), 113-137.
- Skogan, W. G. (1992). *Disorder and decline: Crime and the spiral of decay in American neighborhoods*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press.
- Smith, L. N., & Hill, G. D. (1991). Victimization and fear of crime. *Criminal justice and behavior*, 18(2), 217-239.
- Smith, S. J. (1987). Fear of crime: beyond a geography of deviance. *Progress in Human Geography*, 11(1), 1-23.
- Solymosi, R., Buil-Gil, D., Vozmediano, L., & Guedes, I. S. (2021). Towards a place-based measure of fear of crime: A systematic review of app-based and crowdsourcing approaches. *Environment and Behavior*, 53(9), 1013-1044.
- Taylor, R. B., & Covington, J. (1993). Community structural change and fear of crime. *Social problems*, 40(3), 374-397.
- Taylor, R. B., & Hale, M. (1986). Testing alternative models of fear of crime. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 77, 151-189.
- TÜİK (2023, December 16). Yaşam Memnuniyeti Araştırması. Reiceved from <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Yasam-Memnuniyeti-Arastirmasi-2022-49691>
- TÜİK (2023, January, 3). Göç İstatistikleri-2022. Reiceved from <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Ic-Goc-Istatistikleri-2022-49727>
- TÜİK (2023, January, 3). İllerde Yaşam Endeksi-2015. Reiceved from <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Illerde-Yasam-Endeksi-2015-24561>

- Uludağ, Ş. (2010). Vatandaşların suç korkusu (Güvenlik endişesi) hücrelerini etkileyen faktörler ve alınabilecek önlemler: Malatya örneği. *Polis Bilimleri Dergisi*, 12(1), 1- 28.
- Ünal-Reşitoğlu, H. (2017). Diğerleri için duyulan suç korkusu. *Süleyman Demirel Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, (41), 145-160.
- Visser, M., Scholte, M., & Scheepers, P. (2013). Fear of crime and feelings of unsafety in European countries: Macro and micro explanations in cross-national perspective. *The Sociological Quarterly*, 54(2), 278-301.
- Warr, M. (2000). Fear of crime in the United States: Avenues for research and policy. *Criminal Justice*, 4(4), 451-489.
- Warr, M. and M. C. Stafford. (1983). 'Fear of victimization: A look at the proximate causes. *Social Forces*, 61(4): 1033- 43.
- Wikström, P. O. H., & Dolmén, L. (2001). Urbanisation, neighbourhood social integration, informal social control, minor social disorder, victimisation and fear of crime. *International Review of Victimology*, 8(2), 121-140.
- Williams, F. P., McShane, M. D., & Akers, R. L. (2000). Worry about victimization: An alternative and reliable measure for fear of crime. *Western Criminology Review* 2(2). [Online]. Recieved from: <http://www.westerncriminology.org/documents/WCR/v02n2/williams/williams.html>
- Wilson, J. Q., & Kelling, G. L. (1982). Broken windows. *Atlantic monthly*, 249(3), 29-38.
- Wyant, B. R. (2008). Multilevel impacts of perceived incivilities and perceptions of crime risk on fear of crime: Isolating endogenous impacts. *Journal of research in crime and delinquency*, 45(1), 39-64.
- Yavuz, Y. (2019). Suç Mağduru Olma Korkusuna Sosyolojik Bir Bakış. *Toplum ve Kültür Araştırmaları Dergisi*, (4), 28-52.
- Yıldız, M., & Belen, F. Z. (2018). *Terör Eylemleri Sonrası Suç Mağduru Olma Korkusunu Tetikleyen Faktörler Üzerine Bir İnceleme*. Alex Michalos (Ed.), *Terör ve Uyuşturucu Madde Şiddeti içerisinde (37-48)*, Ankara: Hegem Yayınları.
- Yılmaz, Y. (2018). *Siber Suç Korkusu ve Önlem Alma Stratejileri: Ankara'daki Teknokentler Örneği (Yüksek Lisans Tezi)*. Ankara: Hacettepe Üniversitesi.
- Yurtsal, E. S. (2016). Sosyal Ağlarda Suç Korkusu: Facebook Örneği. *Güvenlik Bilimleri Dergisi*, 5(2), 93-112.
- Zauberman, R. (1985). *Sources of information about victims and methodological problems in this field*. Research on victimisation, Council of Europe.

ATIF BİÇİMİ / HOW CITE THIS ARTICLE

Çalışkan A, "A Model Design for Determining Social Parameters and Their Importance Regarding Fear of Crime Levels" (2023) 11(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 146.

Ek-1:Bağımsız Değişkenlere İlişkin Korelasyon Analizi Sonuçları

S. No	Değişkenler	1	2	3	4	5	6	7	8
1	Kamunun asayiş hizmetlerinden memnuniyet	1							
2	Sosyal ilişkilerinden memnuniyet	.652*	1						
3	Sosyal hayatından memnuniyet	.609*	.347*	1					
4	Mutluluk düzeyi	.613*	.564*	.766*	1				
5	İşinden memnuniyet	.360*	0.098	.643*	.395*	1			
6	Göç Alma düzeyi	0.036	-0.069	0.206	0.072	0.34	1		
7	Göç Verme düzeyi	-.466*	-0.221	0.016	-0.03	0.194	-0.002	1	
8	Yabancı Nüfus düzeyi	-0.289	-.372*	0.05	-0.052	0.324	.364*	.357*	1

Not: p-*)<0,05

Yeşil Kriminolojinin Bibliyometrik Bir Profili ve Turizme Yansımaları A Bibliometric Profile of Green Criminology and its Reflections on Tourism

Banu ÖZÜŞEN¹ , Erkan Kadir ŞİMŞEK² 

¹Öğr. Gör. Dr., Akdeniz Üniversitesi, Manavgat Meslek Yüksek Okulu, İşletme Yönetimi Bölümü, Antalya, Türkiye

²Öğr. Gör. Dr., Akdeniz Üniversitesi, Manavgat Meslek Yüksek Okulu, Turizm ve Otel İşletmeciliği Bölümü, Antalya, Türkiye

ÖZ

Kriminolojinin alt sahası olarak kabul edilen yeşil kriminoloji, tüm ekosisteme karşı oluşan tehdit unsurlarını araştırmaktadır. Dünyadaki doğal kaynakların sınırlı ve dengesiz dağılımı diğer taraftan uluslararası ticaretin hızı gelişimi, ekosistemin unsurlarına yönelik suçları arttırmaktadır. Artan suç sayısı, çok yönlü ekonomik kayıpları, tüm canlılar için sağlık ve güvenlik sorununu beraberinde getirmektedir. Bu çalışmanın amacı, 1990'lı yıllardan itibaren çalışma alanını genişleten ve disiplinler arası bir araştırma sahasına sahip olan, yeşil kriminoloji konusunda araştırma faaliyetlerini bibliyometrik yöntemle değerlendirmek, yeşil kriminoloji üzerine yapılan çalışmaları araştırarak turizme olan yansımalarını tartışmaktır. Scopus veri tabanı kullanılan çalışmada, 2010-2021 yılları arasında toplamda 360 yayına ulaşılmıştır. Ayrıca çalışmada betimsel analiz sonuçlarına, yıllık bilimsel üretime, en çok atıf alan yayınlara, trend konulara, en sık kullanılan ve ilintili sözcüklere, kelime bulutuna, ağaç haritasına, 3-bölgeli grafiğe, Dünya iş birliği haritasına, yazar ve kurumlar arası iş birliği ağına bakılmıştır. En çok yayın yapılan yılın 2020 olduğu belirlenmiştir. Yeşil kriminoloji ve turizm ilişkisi üzerine yapılan çalışmalar da incelenmiştir. Yeşil kriminoloji ve turizm alanında sadece 4 çalışmanın olması bu bağlamda yeni çalışmalara ihtiyaç olduğunu göstermektedir.

ABSTRACT

Green criminology is accepted as a sub-field of criminology and investigates threats against the entire ecosystem. The limited and unbalanced distribution of natural resources in the world and the rapid development of international trade has increased crimes against the elements of the ecosystem. This increasing number of crimes brings along multifaceted economic losses and health and safety issues for all living things. This study aims to use the bibliometric method to evaluate the research activities on green criminology, which has expanded its field of study since the 1990s and has become an interdisciplinary research field, by searching the studies on green criminology and discussing their reflections on tourism. This study uses the Scopus database to access a total of 360 documents published between 2010-2021. This study also examines the descriptive analysis results, annual scientific production, most cited publications, trending topics, most frequently used and related words, word cloud, tree map, three-field plot, world cooperation map, and cooperation network between authors and institutions. The study has determined 2020 to have been the most productive year regarding the number of publications. The article also investigates studies on the relationship between green criminology and tourism. The fact that only four studies are found on green criminology and tourism indicates the need for new studies in this context.

Anahtar Kelimeler: Yeşil kriminoloji, turizm, suç ekonomisi

Keywords: Green criminology, tourism, economics of crime

EXTENDED ABSTRACT

Crime and criminal behavior have been problems for every society. The complex nature of crime makes having a single definition difficult. The phenomenon of crime has been discussed in moral philosophy for many years and has currently expanded its field of study to an interdisciplinary level.

The subject of criminology concerns crime, criminals, and the criminal justice system, and green criminology is a new field of criminology. However, the views of Bentham, one of the pioneers of the criminology school, with regard to animals and other living things have also determined the history of green criminology (2021, s. 83). Green criminology covers the harms that

Corresponding Author: Banu ÖZÜŞEN **E-mail:** banuozusen@akdeniz.edu.tr

Submitted: 16.01.2023 • **Revision Requested:** 20.09.2023 • **Last Revision Received:** 28.09.2023 • **Accepted:** 22.10.2023 • **Published Online:** 23.01.2024



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

affect all living things and ecosystems. Identifying the criminal elements and economic losses that constitute the subject of green criminology is important. Climate change, biodiversity reduction, illegal trade, rapid depletion of natural resources, and ecosystem degradation make increasing the number of studies on green criminology important.

Tourism is an important source of income for sustainable development. In this respect, protection of the environment, biodiversity, and natural and cultural heritage have vital importance with regard to tourism and development. Environmental crimes leave biodiversity and cultural heritage vulnerable. While economies struggle with the destruction of natural resources, environmental pollution, loss of tax and tourism revenues, and crime costs, the world is also faced with irreversible damage to the ecosystem.

This study aims to use the bibliometric method to evaluate the research activities on green criminology, which has expanded its field of study and been an interdisciplinary field of research since the 1990s, to investigate the studies on green criminology, and to discuss their reflections on tourism. In this context, the study searched the Scopus database by entering the keywords “green criminology” on August 29, 2022, with the time interval for the study being selected as 2010-2021. The 360 documents obtained as a result of the search were taken from the system and used as a data set and include articles, books, book chapters, conference papers, editorials, and criticisms. As a result of the analysis performed on the data set, the study then examined the descriptive analysis results in terms of annual scientific production, top cited documents, trend topics, most frequent and most relevant words, a word cloud, a tree map, a three-region chart (i.e., Tree-Fields Plot), a world cooperation map, and the collaboration network between authors and institutions. Regarding the studies, the annual growth rate was found to be 17.69%. The most productive year about green criminology was seen to be 2020 with 59 documents. The most cited document is Gibbs et al.’s (2010), “Introducing Conservation Criminology: Towards Interdisciplinary Scholarship on Environmental Crimes and Risks” as published in the British Journal of Criminology, which received a total of 168 citations. The most frequently used words are crime, criminology, and the USA, respectively. As a result of the word cloud analysis, the words “crime,” “criminology,” “environmental,” and “green” were seen to come to the fore. A total of 340 authors’ works have been included in green criminology. While single-author publications show 79 authors, the number of authors for multi-author publications was determined to be 261. According to the results from the Tree Map analysis using the author keywords, the word “Green Criminology” (f = 126) was seen to occur at a rate of 38%. The USA was determined to be in the first place in the three-field plot showing the network between institutions, countries, and authors of articles on green criminology from 2010 to 2021. The frequency of the relationship between the USA and the United Kingdom was found to be 52. While a strong network of relations exists among the USA, the United Kingdom, and Australia, Essex University appeared at the forefront of the collaboration network.

This article has also investigated studies on the relationship between green criminology and tourism. The fact that only four studies were found on green criminology and tourism indicates the need for new studies in this context. When examining these studies, the concepts of green criminology and hunting tourism, eco-tourism, and sustainability, which are sub-branches of tourism, are seen to be related to one another. From this point of view, this article feels that studies to be done in the future should involve green criminology and these sub-branches of tourism in order to contribute to the literature.

Giriş

Uzun yıllar ahlak felsefesinde iyi ve kötü, erdem, ahlak, vicdan, haz ve ıstırap konuları içinde ele alınan suç olgusu, bireyin ve toplumun toplam mutluluğu ile ölçülerek değerlendirilmiştir. İnsanı suçlu davranışa iten psikolojik, sosyal ya da biyolojik etkiler araştırma alanını çok yönlü olarak değiştirirken, iktisat bilimi suçun toplumsal maliyetlerine ve suçlunun suçlu davranışta bulunma sürecindeki seçimlerine odaklanmıştır. Günümüzde ise suçla ilgili araştırmalar sinirbilim (Damasio, 2006; Takahashi, 2012), psikoloji, psikiyatri, sosyoloji, ekonomi (Becker, 1968; Damasio, 2006; Sykes ve Matza, 1957), turizm (Altındağ, 2014) ve eğitimi de (van Winden ve Ash, 2012) kapsayacak şekilde gerçekleştirilmektedir.

Belirli bir tanımlama ile sınırlandırılmayan çevresel suçlar ve bu suçların zararlarının çok boyutlu yapısı, disiplinler arası ve multidisipliner çalışmaları zorunlu hale getirmektedir. Çevre, siyaset bilimleri, epidemiyoloji, tıp, coğrafya ve sosyoloji gibi bilimler, yeşil kriminolojinin çok yönlü doğası içinde yer almaktadır. Bu kapsamda, özellikle 2000’li yılların başından günümüze kadar olan süreçte, farklı disiplinler ve çeşitli teorik, niteliksel ve niceliksel çalışmalar yeşil kriminoloji araştırmalarını önemli ölçüde genişletmiştir (Lynch 2020, s. 51; Lynch ve Long, 2022, s. 261; Konrad, Turatti, Flores ve Konrad 2020, s. 1).

Beccaria’ya göre her suç, bireysel bile olsa, toplumun zararındır ve toplum düzenini ihlal eder. Kimi suçların doğrudan toplumun yıkımına yönelmediği gözükse de, karmaşık yapısı bunu anlamaya imkân vermez (2016, s. 56-57). Nitekim çevresel suçlar da sonuçları bakımından tüm toplumları etkilerken, toplumun bireylerinde bu zararlara karşı gösterilen hassasiyet nispeten düşük kalmaktadır. İklim değişikliği, biyoçeşitliliğin azalması, kirlilik ve doğal kaynakların hızla tükenmesi gibi çevre sorunları gün geçtikçe artmakta, gerek riskleri gerekse zararlı sonuçları karmaşık bir yapıda kendini göstermektedir.

M. J. Lynch (1990) tarafından ilk kez önerilen “yeşil kriminoloji” insan ve insan dışı yaşamı, ekosistemleri ve bir bütün olarak gezegeni etkileyen çevresel suçlar ve zararlarla ilgilenmektedir. Yeşil kriminoloji ekolojik adalet, çevreyi ve insan olmayan doğayı etkileyen suçları içeren çevre yasaları ve suç çalışmalarına geniş bir “yeşil” bakış açısı uygular (Nurse 2017, s. 1). Yeşil

kriminoloji insan refahını, doğal kaynakları ve ekosistemleri korumayı amaçlayan çevre yasalarının ihlali (Lynch ve Long 2022, s. 256) ve aynı zamanda çevresel suçların önlenmesi, hayvanlara ve çevreye verilen zararların azaltılmasına yönelik olarak bozulma mekanizmalarını incelemektedir (Nurse 2017, s. 3).

Yeşil kriminoloji bugün kriminolojinin alt alanı olarak önemli bir literatüre sahiptir. Bu geniş literatür ile küresel bir nitelik kazanmış ve çok sayıda ulustaki araştırmacılar tarafından araştırma alanlarına dahil edilmiştir. Yeşil kriminoloji birden fazla isimle anılmakta ve daha geniş kriminolojik araştırma alanlarına bağlanmaktadır. Bu alternatif isimler ve alt alanlar ise yeşil kültürel kriminoloji, eko-küresel kriminoloji, koruma kriminolojisi, koyu yeşil kriminoloji, tür dışı kriminoloji ve kırsal yeşil kriminolojiyi içermektedir. Ayrıca teorik gelişme ve araştırma ile ilgili olarak yeşil kriminoloji içindeki bazı alanlar, ayrı incelemeler gerektirecek kadar geniş kapsama sahiptir (Lynch ve Long 2022). Ancak yeşil kriminoloji kapsamında suçları ölçmek basit değildir. Bu tür suçların işlendiği tek bir yerin olmaması, verilerin çok sayıda kaynaktan toplanmasını gerektirmektedir (Lynch, 2020, s. 55).

Çevre Suçu ve Çevre Suçlarında Küresel Ekonomik Görünüm

Çevre suçları, genel olarak, çevreye doğrudan zarar veren yasa dışı eylemler olarak tanımlanabilir. Çevreyi etkileyen suçlar, ekonomi, güvenlik, çevre ve insan sağlığı üzerinde geniş kapsamlı etkileri olan, biyolojik çeşitlilik kaybına ve iklim değişikliğine katkıda bulunan ciddi organize suçlardır. Bu kapsamda, yaban hayatında yasa dışı ticaret, ozon tabakasını incelten maddelerin kaçakçılığı, tehlikeli atıkların yasadışı ticareti, yasa dışı ve bildirilmeyen balıkçılık, yasadışı ağaç kesimi ve buna bağlı olarak çalıntı kereste ticareti çevresel suçlar arasında sayılmaktadır (UNODC, 2008, s. 1; 2022). Çevre suçları giderek çeşitlenmekte ve hızlanmaktadır. Suçlular, kaçakçılık kapsamını önemli ölçüde genişletip hızlandırırken, Dünya da kitlesel yok oluşlarla karşı karşıya kalmaktadır (Steiner ve Stock 2016, s. 4).

Uluslararası ticaretin hızlı gelişmesi ekonomilerin kalkınmasında önemli rol oynarken, yasa dışı ticaretin artmasına da katkıda bulunmuş, gelişmekte olan ülkelerin doğal kaynaklarının gelişmiş ülkelere aktarımına neden olmuştur. Bu doğal kaynaklar arasında elmas, vahşi yaşam, hammaddeler, somut kültürel miraslar yer almaktadır. Sözü geçen doğal kaynakların, yasa dışı yollarla edinilmesi sırasında, önemli oranda çevresel ve ekonomik kayıplarla karşı karşıya kalınmaktadır (Mackenzie, 2020b). Çevre suçları bireyleri, yerel halkları, küresel boyutta tüm toplumları, insan dışı türleri ve doğanın kendisini dolaylı ve doğrudan etkilemektedir. Ancak çevre suçlarının tanımlanmasındaki zorluk, bu kapsamdaki mağdurları kategorize etmeyi de zorlaştırmaktadır. Çoğunlukla "kurbansız" olarak algılanan bu suçlar, mağduriyetin karmaşıklığını da beraberinde getirmektedir. Geniş anlamda, çevresel bozulmalardan zarar gören herkes veya her şey mağdur olarak görülebilir. Çevresel suçların mağdurları, mağdur oldukları gerçeğinin her zaman farkında değildir (Skinnider 2013, s. 1-5). Bu suçların "mağdursuz görünümü" ise düşük önceliğe sahip olması ile sonuçlanır (Ayling 2017, s. 501).

Uluslararası suç faaliyetleri içerisinde hızlı ve karlı olarak büyüyen alanlardan birisi olan çevre suçlarındaki artış yıllık % 5 ile % 7 oranında gerçekleşmektedir (Uhm ve Siegel 2019, s. 729). Ancak bu suçların bireylere, ekonomilere, ekosistemlere ve dünyaya maliyetini belirlemek güçtür. Zararlar, kısa veya uzun vadede olabileceği gibi doğrudan ya da dolaylı olabilmektedir. Hasarın hemen meydana gelmemesi veya mali açıdan ölçülebilir olmaması nedeniyle tespit edilmesi zor olabilmektedir (Skinnider 2013, s. 1-5). Bu tür suçlarla ilgili olarak bir kısım analizlerle, yalnızca mahkumiyet veya ceza verileri kullanılarak ölçülebilir ki, bu da sınırlı bir veri elde edilmesine yol açabilmektedir (Lynch 2020, s. 55). Bireyler üzerindeki tam etkinin bilinmediği durumlarda, Yeni Zelanda'daki bazı mahkemeler, mağduriyetin toplum üzerindeki kümülatif etkisini "çevreden zevk alma kaybı" olarak sınıflandırmıştır. En sade anlatımla, yasa dışı ağaç kesimi ile başlayan ormansızlaşma süreci, oldukça kapsamlı ve karmaşık bir zarara katkıda bulunur. Bu süreçte yerel halkın geçim kaynağı etkilenir, biyoçeşitlilik kaybına sebep olur, iklimi, sürdürülebilir orman yönetimini ve kalkınmayı bozar ve güvenliği tehdit eder (Skinnider 2013, s. 1-3).

"Çevre suçları uyuşturucu kaçakçılığı (344 milyar USD), sahtecilik suçları (288 milyar USD) ve insan kaçakçılığından (157 milyar USD) sonra dünyanın dördüncü büyük suç grubu haline gelmiştir. Doğal kaynakların değeri ile ilgili olarak, çevre suçlarının 2016 yılı için yaklaşık ölçümü, 91-258 milyar USD olarak tahmin edilmektedir. Bu rakam, 2014 yılı tahminine göre, %26 artış olduğunu göstermektedir. Yıllık kaynak kaybı 2016 tahmini için, yasadışı vahşi yaşam (bitki ve hayvan) ticareti yıllık 7-23 milyar USD, yasadışı, bildirilmemiş ya da düzenlenmemiş balıkçılık 11-24 milyar USD, yasa dışı madencilik 12-48 milyar USD, yasa dışı ormancılık suçu 51-152 milyar USD, tehlikeli atıkların yasadışı ticareti ve boşaltılması 10-12 milyar USD olarak belirlenmektedir. Diğer taraftan devletlerin vergi gelirleri kaybı, yıllık en az 9-26 milyar USD olarak tahmin edilmektedir (UNEP-INTERPOL 2016, s. 7-20)." Çevre suçları kapsamında yeterince değinilmeyen somut kültürel miras kaçakçılığının ekonomik kayıplarını tahmin etmek ise güçtür. Tapınaklardan, höyüklerden ya da mezarlıklardan yıkıcı bir şekilde çalınan kültürel miraslar (Mackenzie ve Yates 2020, s. 99) ulus ötesi yasa dışı ticaretin önemli bir unsurudur. Kültür varlıklarının benzersiz özelliğe sahip olmaları her nesnenin ayrı bir yasa dışı piyasasının olması ile sonuçlanır. Diğer taraftan bu nesnelere ait oldukları tarihsel bağlamdan koparılımları ekonomik değer kayıplarının belirlenmesini daha zor getirir.

Yeşil Kriminoloji

Kriminolojinin konusu suç, suçlular ve ceza adalet sistemi üzerinedir. Yirminci yüzyıl kriminolojisi, on sekizinci ve on dokuzuncu yüzyıl teorilerinin bir ürünüdür ve (Jeffery 1959, s. 3) 18. yüzyıldan önce, suçlu davranışa yönelik çalışmalar ahlak felsefesi içinde ele alınan kötülük üzerinedir. Kriminoloji literatürü ise tarihsel olarak teorik ve metodolojik bilgiden yoksundur (Gibbs, Gore, McGarrell ve Rivers, 2010). Disiplinin çevresel ihlallere, suçlara ve etik dışı uygulamalara gösterdiği ilgi de geleneksel olarak oldukça düşük olmuştur (Uhm ve Siegel 2019, s. 729).

Eko-küresel kriminoloji, koruma kriminolojisi, çevresel kriminoloji ve yeşil kriminoloji çevresel suçlar ve zararları ile ilgili benzer özellikler gösteren ancak odaklanma noktaları farklı olan kriminolojinin alt dallarıdır. Eko-küresel kriminoloji, çevresel zararların, zararların küreselleşmesinin ve küresel politik ekonominin ulusötesi doğasına odaklanan kriminoloji ile ilgilidir (White ve Heckenberg, 2014). Çevresel kriminoloji, suçun ifasında yakın çevrenin oynadığı role odaklanmakta, bu doğrultuda çevresel etkilerin analiz edilmesini, suçu önleme ve kontrol etmede önemli bulmaktadır (Wortley ve Mazerolle, 2013). Koruma kriminolojisi, doğal kaynak kullanımı sorununa ilişkin soruları ve çözümleri inceleyen disiplinler arası bir alan olarak yeşil kriminoloji ile benzerlik göstermektedir (Kahler ve Gore, 2017). Gibbs ve arkadaşları "Yeşil" ve "çevresel kriminoloji" terimleriyle ilgili kısıtlamaları göz önünde tutarak, çalışmalarında "koruma kriminolojisi" terimini kullanmayı tercih etmişlerdir (2010, s. 2).

Yeşil kriminoloji, çağdaş kriminolojide, çevresel suçlar, zararlar ve bunların gelecek nesiller açısından olumsuz etkilerini araştıran yeni bir okuldur (Uhm ve Siegel 2019, s. 728). İnsanları, insan dışı canlıları ve tüm ekosistemleri etkileyen zararları kapsayan (McClanahan ve Brisman 2020, s. 1) bir çalışma alanı olan "Yeşil Kriminoloji" kavramı ilk olarak, 1990 yılında Lynch'in (1990) "The Greening of Criminology: A Perspective on the 1990s" çalışması ile ortaya çıkmış ve kriminolojinin içinde ayrı bir öneme sahip olmuştur. Yeşil kriminolojinin araştırma alanına giren suçlar 1990 öncesi çevre suçları kapsamında incelenmiştir (White 2013, s. 17). Doğal çevre, insan, insan olmayan türler ve dünya üzerinde zararlı ve suçlara yönelik entelektüel, ampirik ve politik yönelimler, yeşil kriminolojinin çerçevesini oluşturur. Ayrıca yeşil kriminoloji çevresel zararları, çevre yasalarını ve çevre düzenlemelerini geliştirmeye yönelik çalışmaları kapsamaktadır (Ruggiero ve South 2013, s. 360).

Kriminolojinin diğer alanlarına göre yeşil kriminoloji yeni bir alandır (Lynch, Stretesky ve Long 2018, s. 319). Araştırmalar ise genellikle, yeşil kriminoloji kapsamındaki suçları açıklamaya yardımcı olan, vaka çalışması yaklaşımlarını kullanır. Ancak bu çalışmalar tutarlı bir teorik temelden yoksundur (Lynch, Long, Barrett ve Stretesky 2013, s. 997). Yeşil kriminoloji ile ilgili çalışmaların bir bölümü de "üretimin koşu bandı teorisi" üzerinedir (Lynch, Stretesky ve Long 2018; Stretesky, Long ve Lynch 2013). Yeşil kriminoloji ile ilgili literatür geniş ve çeşitli olması sebebi ile kolayca özetlenmesi zordur. Literatüre dair çalışmalar otuz yıllık olsa da (Lynch, 1990), klasik kriminoloji okulunun öncülerinden Bentham (1748-1832), hayvanlar ya da diğer canlılar üzerindeki görüşleri ile yeşil kriminolojinin de öncüsü olmaktadır. Bentham bazı insanların hayvanlara karşı kötü muamelesini hassasiyetle değerlendirmiş, hayvanların insanlar aracılığı ile maruz kaldığı "faydasız eziyetleri" ve "gaddar kaprisleri" iyi yüreklilikle bağdaştırmamıştır. Hatta hayvanlara ıstırap veren muamelelerde bulunan kişilerin bir süre sonra insanlara da ıstırap verecek hareketlerde bulunabileceğini belirtmiştir (2021, s. 83). Bentham'ın bu görüşü suçun karmaşık doğasını açıklamada önemlidir. Özellikle tek bir canlıya yönelik olduğu düşünülen suçlu davranış, aslında tüm toplum için bir "kötülük" unsuru oluşturmaktadır. Nitekim hayvan ve bitki türlerine karşı yasa dışı olarak yapılan tahribat, biyoçeşitliliği azaltmakta ve biyoçeşitliliğin kaybı ise tüm ekosistemin dengesini bozmaktadır.

Yeşil kriminoloji kapsamındaki suçların kapsamı iklim değişikliği, antropojenik tür kaybı, kirlilik, ekolojik yıkım, kaçak avlanma gibi yerel ve küresel sorunları içerir (Lynch 2020, s. 55-57). Daha geniş perspektifte, hayvanların ve bitkilerin yasa dışı ticareti, yasa dışı ağaç kesimi, zehirli atık, hava kirliliği, biyoçeşitliliğe yönelik tehditler, köpek dövüşleri, elmas kaçakçılığı ve kültür varlıkları kaçakçılığı yeşil kriminolojide ele alınan konular arasında yer almaktadır (Brisman 2014; Mackenzie 2020b; Uhm ve Siegel 2019, s. 730). Bu bakımdan yeşil kriminoloji siyaset bilimi, ekonomi, psikoloji, koruma ve çevre gibi bilimlere kapsayacak şekilde disiplinler arası ve çok disiplinli bir buluşma noktası olma özelliği göstermektedir (Ruggiero ve South 2013, s. 361).

Yeşil kriminolojide; insanlar, hayvanlar, flora veya bitki yaşamı, çeşitli büyüklükteki ekosistemler (yerel bir tatlı su ekosistemi gibi), ekosistemlerin kurucu unsurları olan hava, toprak, su, böcekler, mikroplar, ekosistemdeki kimyasal süreçler mağdur ya da kurban olarak değerlendirilir (Lynch ve Stretesky 2014, s. 69). Bu kapsamdaki tek bir suç, sayısız insanı etkileyebilir ve mağdurlardan bazıları tekrarlanan mağduriyete maruz kalabilir (Williams, 1996).

Turizm ve Yeşil Kriminoloji

Turizm, dünyanın en hızlı büyüyen endüstrilerden birisidir. Birçok ülke için büyüme ve kalkınmanın itici gücünü oluşturur. Enerji tüketimi ve kirlilik oranının nispeten düşük olması sebebi ile tercih edilen bir sektör olarak kabul edilir (Altındag, 2014: 1). İnsan odaklı yapısı ile yerel ekonomileri canlandırmaya yönelik olarak da birçok iş olanakları sağlar. Ancak turizm de diğer kalkınma biçimlerinde olduğu gibi, sosyal yer değiştirme, kültürel mirasın kaybı, ekonomik bağımlılık ve ekolojik bozulma gibi sorunlara yol açabilmektedir. Bu sebeple "kültürel mirasa ve çevreye saygılı turizm" olarak tanımlanan sürdürülebilir turizm daha önemli hale gelmektedir (UNESCO, 2022). Sürdürülebilir turizm, tüm kaynakların kültürel bütünlük, temel ekolojik süreçler

ve biyolojik çeşitlilik korunarak ekonomik, sosyal ve estetik ihtiyaçların karşılanabileceği şekilde yönetilmesinin öngörülmesidir (Cernat ve Gourdon 2007, s. 1). Sürdürülebilir turizm uygulamaları, biyolojik çeşitlilik üzerindeki baskıları azaltmaya yardımcı olmaktadır (UNWTO 2010, s. 5).

Turizm önemli oranda doğal ve kültürel çevreye bağlıdır. Bu bakımdan doğal afetler, salgın hastalıklar ve uluslararası çatışmalar gibi iç ve dış şoklara karşı savunmasız kalmaktadır. Turizm, gerçek veya algılanan riskler nedeniyle zevkli olmaktan çıktığında, turistler riskli durumlardan veya destinasyonlardan kaçınmaktadırlar (Sönmez, Apostopoulos ve Tarlow, 1999: 13). Doğal ve kültürel çevreyi dolaylı ve doğrudan etkileyen çevre suçlarında geri dönüşü olmayan zararlar, turizmle birlikte tüm toplumlara tesir etmektedir.

Turizmin, iklime son derece duyarlı olduğu kabul edilir. Turizm destinasyonlarının seçiminde hava durumu ve iklim, rekabet edebilirliği ve sürdürülebilirliği etkileyen önemli unsurlardır. Mevsim dışı sıcaklıklar, kuraklık ve sel gibi aşırı hava olayları turist memnuniyetini ve ev sahibi ülkenin altyapısını etkilemektedir (Scott ve Steiger, 2013: 305). Ancak, potansiyel bir suç ile iklim değişikliği arasında nedensellik bağı kurmak, özellikle de sonucun henüz belli olmadığı durumlarda zordur. Sonuçların henüz ortaya çıkmadığı ve mağdurların zararın farkında bile olmadığı durumlarda suç, çoğu zaman fazla önemli bulunmayabilmektedir (UNODC, 2022: 23). Tek bir çevre ihlalinin etkileri önemli görünmeyebilir. Ancak tekrarlanan ihlallerin çevresel sonuçları toplamda büyük olabilmektedir. Belirli bir suçun ekosistem üzerindeki etkisini ayırt etmek güç iken turizme etkisini belirlemek de güç olmaktadır. Çevre suçları, ortaya çıkan zararları neticesinde iklim değişikliğine katkıda bulunuyorsa (Skinnider, 2011: 2) sadece turizm ve destinasyon için değil tüm toplumlar için küresel bir sorun haline gelebilmektedir.

Biy çeşitlilik turizm için hayati öneme sahiptir. Kıyılar, dağlar, nehirler ve ormanlar turistler için önemli cazibe merkezleridir. Biyoçeşitlilik, birçok turizm türüne önemli ölçüde katkıda bulunur. Destinasyonların çekiciliği, kalitesi ve dolayısıyla rekabet edebilirlikleri turizm için ekosistem hizmetleridir. Turizmin uzun vadeli başarısı, biyoçeşitliliğin korunmasına bağlıdır. Zengin biyoçeşitlilik bir çok destinasyon için ziyaretçilerin seçiminde önemlidir. Ziyaretçiler bu tür destinasyonlara girdikten sonra, kültürel veya miras alanları gibi diğer turistik cazibe merkezlerini deneyimlemek için, kalış sürelerini uzatmayı seçebilmektedirler. Ancak biyoçeşitlilik kaybı dünya çapında önemli ölçüde risk altındadır (UNWTO 2010, s. 1-51). Türlerin önemli bir bölümü, yasa dışı yaban hayatı ticareti tarafından nesli tükenmekte ya da yok edilmektedir (Ceballos, Ehrlich ve Raven 2020, s. 13601). Ekosistemin parçası olan flora ve fauna, dünyadaki yerel topluluklar için önemli kaynaklardır. Bunlar, özellikle gelişmekte olan ülkelerde gıda, yakıt (kereste vb.), ilaç ve turizm gibi alanlarda gelir kaynağı sağlamaktadır. Bu bakımdan ekosisteme verilen zarar neticesinde, biyoçeşitlilik kaybı ile yaşanabilecek olumsuz ekonomik ve kültürel etkiler, turizm yoluyla sürdürülebilir gelir beklentilerinin azalmasına yol açacaktır (Mackenzie, 2020a).

Kültür varlıkları da, doğal çevre gibi, sürdürülebilir kalkınma ve turizm için önemli bir unsurdur. Somut kültürel miras, turistlerin destinasyon seçimlerinde, ülkeye olan bağlılığı farklılaştıran bir faktör olarak görülmektedir Dünya mirasına sahip olan yerler, en fazla sayıda turisti çeken rekreasyonel ve kültürel deneyimler sunmak için rekabet etmektedir. (Hernández-Rojas, del Rfo, Fernández & Vergara-Romero 2021: 1). Ancak gün geçtikçe, kültürel miras ile ilgili tehditler daha fazla etkili hale gelmektedir. Akademik çalışmalar ekonomik, çevresel ve sosyal değerlerin üretilmesinde kültürel mirasın önemini vurgularken, kültürel mirasa yönelik suçlarla ilgili çalışmalar sınırlı kalmaktadır (Loureiro, Al-Ansi, Ryu, Ariza-Montes & Han 2022: 1). Mackenzie'ye göre (2020b), somut kültürel miras, yüzlerce yıl öncesinden üretilmiş ve doğa ile bütünleşmiş özelliğinden dolayı doğal kaynak niteliğindedir. Yer üstünde ve yer altında olan tüm eserler, geçmiş medeniyetlerin sunduğu yaşam ortamının bir parçasıdır. Kültürel miras doğanın bir parçası olarak kabul edildiğinde, antik tapınaklara, heykellere veya diğer eserlere yönelik suçlar, yeşil kriminoloji kapsamında suçlarla ilişkilendirilmelidir. Ayrıca kültür varlıklarını yasa dışı bir şekilde aramak ciddi çevresel tahribatlara neden olabilmektedir (Mackenzie, Hübschle & Yates, 2020: 421). Nitekim kültür varlıklarına ulaşmak için kullanılan ağır makinelerin bitki örtüsüne hasar verdiği bilinmektedir (Yates 2014: 26). Bugün, önemli oranda somut kültürel mirasa sahip olan ülkelerde gerçekleşen kültürel mirasa yönelik suçlar tarihsel, sosyal ve ekonomik olarak çok yönlü zarara neden olmaktadır (Mackenzie, 2020b). Ancak bu zararların hesaplanması ya da tahmin edilmesi oldukça güçtür. Somut kültürel mirasa karşı işlenen suçlar tarihsel, kültürel ve doğal çevreye ağır tahribat verirken, kültürel mirasın sergilenmesi yolu ile elde edilecek turizm gelirlerinden de mahrum bırakmaktadır. Bu suçlar da sadece kültürel mirasa sahip olan ülkeleri değil, tüm toplumları etkilemektedir.

Kültür varlıklarının ve yaban hayatının yasa dışı ticareti, bu öğelerin çıkarıldığı kaynak ülkeler için, sürdürülebilir kalkınmanın önünde önemli bir engel oluşturmaktadır. Bu tür suçlar kısa vadeli ekonomik kazanç uğruna gerçekleştirilirken, söz konusu ülkeler için ekonomik, adalet, tarih ve insan hakları ile birlikte, sürdürülebilir kalkınma konularının birlikte değerlendirmesini gerektirmektedir (Mackenzie ve ark., 2020: 421).

Turizm iyi bir planlamayı gerektirir. Bu planlama ülkenin doğal ve kültürel bütünlüğüne yönelik stresleri ve tehditleri azaltma stratejilerini belirler (Drumm ve Moore 2005, s. 31). Akademik çalışmalar, gerçekleştirilecek planlamalar için önemli katkı sağlar. Kriminoloji, özellikle de yeşil kriminoloji genç bir disiplin alanıdır. Dolayısı ile turizm de, kriminoloji için belirlenebilecek ortak alanlardan biri olabilir (Eman, Meško, Dobovšek ve Sotlar 2013, s. 353).

Turizm ve suç ilişkisi ile ilgili olarak teorik ve ampirik çalışmalar 1970’li yıllardan itibaren ele alınmaya başlanmıştır. Daha önceleri turizmin, büyümeye ve kalkınmaya olumlu katkıları göz önünde bulundurulmuştur. Turizm ve suç ile ilgili ampirik çalışmalar daha çok, söz konusu tarihten sonra turistlere karşı işlenen suçlar, turizm ve suç oranı arasında nedensellik ilişkisi ve suçun uluslararası turizm faaliyetleri üzerindeki etkisini (Altındag 2014; Johnny ve Jordan 2007; McPheters ve Stronge 1974) incelemeye yönelik olarak gelişmiştir. Teorik perspektifte ise rasyonel seçim, rutin aktivite, sıcak nokta ve kırık camlar teorilerinden faydalanılmıştır (Crotts, 1996; Lisowska, 2017: 31).

Suçun ve çevre suçlarının tanımlanmasındaki zorluklar, turizm ile ilgili suç istatistiklerinin sınırlılıkları ve turistlerin maruz kaldıkları suçları yetkili kurumlara bildirip bildirmedikleri hususundaki belirsizlikler, yapılacak ampirik çalışmaların kısıtlarını oluşturmaktadır. Çevre suçlarının turizm üzerinde doğrudan ve dolaylı etkilerinin belirlenmesi ise, bu zorluğu oluşturan başka bir faktör olarak çalışmaları sınırlandırabilmektedir. Diğer taraftan turizm ve suç ilişkisi üzerine gerçekleştirilen çalışmalar önemli oranda suçun turizme etkilerine odaklanmakta, turistlerin “kasıtlı” (yasa dışı yaban hayatı ticareti) veya “kasıtsız” işledikleri suçlarla ilgili az sayıda araştırma bulunmaktadır (Moore ve Berno, 1995). Özellikle çevre suçları veya yeşil kriminoloji açısından bu tür suçların ele alınmasının çerçevesi de oldukça sınırlı kalmaktadır.

YÖNTEM

Çalışmada bibliyometrik yöntem kullanılmıştır. Bibliyometri, disiplinlerin dinamiklerinin incelenmesiyle ilgili bileşen alanları ifade eden sayısal bir analizdir. Çalışma alanlarının kapsamında zaman içinde ve ülkeler arasında, bilimsel bir alanın çıktısındaki değişikliklerin grafiğini çıkarmak, çıktının kontrolünü sürdürmek ya da çözüm sağlamak bulunur (Hood ve Wilson 2001, s. 291). Bibliyometri, matematiksel ve istatistiksel uygulamaların kitaplar ve diğer iletişim araçlarına uygulanması olarak tanımlanmaktadır (Pritchard 1969, s. 348). Bibliyometrik çalışmalar, belirli alandaki çalışmaların kalitesi ile bu alandaki kavramların, tanımların ve trendlerin değerlendirilmesine olanak tanımaktadır (Kasemodel, Makishi, Souza ve Silva 2016, s. 73-83). Bibliyometrik analizler herhangi bir doküman üzerinde kullanılabilir de, çoğunlukla akademik dergiler kapsamında kullanılmaktadır (Xiao ve Smith 2006, s. 490-491). Bibliyometrik analiz, literatürü özetlemek ve sentezlemek için etkili bir yöntemdir (Donthu, Kumar, Mukherjee, Pandey ve Lim 2021, s. 285). Akademik dergilerin bulunduğu veri tabanları incelendiğinde, Scopus veri tabanı daha kapsamlı bir tarama yapılmasına olanak sağlamaktadır (Hodak ve Krajinović 2020; Martín-Martín, Orduna-Malea, Thelwall ve López-Cózar 2018; Atabay ve Güzeller 2021). Bunun yanı sıra Scopus, 240 disiplini kapsayan özet ve atıf veri tabanının en geniş kapsamını sunmaktadır. Scopus’taki alıntı sayısı 1,7 milyardan fazladır ve daha fazla atıf, daha kapsamlı bibliyometri ve tarihsel analize imkan vermektedir (Elsevier 2022). Scopus, bibliyometrik analizi kolaylaştıran çeşitli işletim fonksiyonlarına sahiptir. Bu tür işletim işlevleri arasında dergi adı, belge türü, yayın yılı, yazarlar ve bunların bağlantıları, atıf sayısı ve belgeler için h-endeksi metrikleri yer alır (Sweileh 2018, s. 3).

Bu araştırmada Scopus veri tabanı kullanılmıştır. Çalışmada aşağıdaki araştırma sorularına yanıt aranmaya çalışılmıştır:

AS1: “Yeşil Kriminoloji” hakkında Dünya’da, bilimsel yayınlardaki eğilimler ne yöndedir?

AS2: Yazarlar, kurumlar ve ülkeler “Yeşil Kriminoloji” ile ilgili çıkan yayınlarla kriminoloji alanında birbirleri ile nasıl bir etkileşime sahiptir?

Bibliyometrik analizde anahtar kelimelerin seçimi, bulgular ve sonuçlar üzerinde doğrudan etkisi olması sebebi ile son derece önemlidir. Bu kapsamda Scopus veri tabanında 29/08/2022 yılında “Green Criminology” anahtar sözcükleri girilerek tarama yapılmış, elde edilen 360 doküman sistemden çekilerek veri seti olarak kullanılmıştır. Veri setindeki doküman sayısı azlığı dikkate alınarak herhangi bir hariç tutma işlemi uygulanmamıştır.

Veri seti üzerinde gerçekleştirilen analizler neticesinde sırasıyla betimsel analiz sonuçlarına, yıllık bilimsel üretime, en çok atıf alan yayınlara, trend konulara, en sık kullanılan ve ilintili sözcüklere, kelime bulutuna, ağaç haritasına, 3-bölgeli grafiğe, Dünya iş birliği haritasına, yazar ve kurumlar arası iş birliği ağına bakılmıştır.

BULGULAR

Scopus veri tabanı kullanılarak yapılan analiz sonuçlarına göre 2010-2021 yılları arasında, dergi ve kitap gibi, toplamda 147 kaynaktan 360 yayına ulaşılmıştır. Tabloda sunulduğu üzere 340 yazar bu yayınlara katkıda bulunurken, isimleri de 711 kez bu yayınlarda geçmiştir. Bu veri, bir yazarın konuyla ilgili olarak birden fazla yayını olduğunu gösterdiği gibi çoğu yayının da çok yazarlı olduğuna işaret etmektedir. Tek yazarlı yayınlarda adı geçen yazarların sayısı 79 iken, yazarların konuyla ilgili kullandığı anahtar kelime sayısı 579 olarak bulunmuştur.

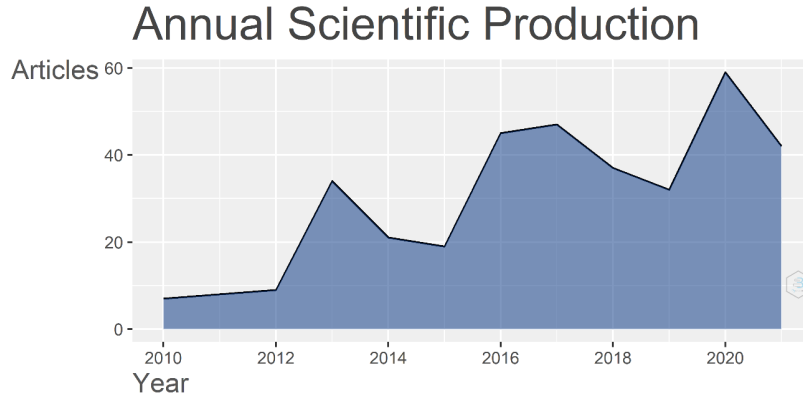
Tablo 1. Betimsel Analiz Sonuçları

Tanım	Sonuçlar
Veri Hakkındaki Genel Bilgiler	
Zaman Aralığı	2010:2021
Kaynaklar (Dergiler, Kitaplar vs.)	147
Dokümanlar	360
Yayın Başına Ortalama Atıf	11.79
Yayın Başına Yıllık Ortalama Atıf	1.749
Doküman Tipi	
Makale	199
Kitap	31
Kitap Bölümü	96
Konferans Bildirisi	4
Başyazı	9
Eleştiri Yazısı	21
Doküman İçeriği	
SCOPUS Tarafından İlişkilendirilen Anahtar Kelimeler (ID)	220
Yazarların Anahtar Kelimeleri (DE)	579
Yazarlara İlişkin Bilgiler	
Yazar Sayısı	340
Yazarların Yayınlarıdaki Görünme Sayısı	711
Tek Yazarlı Yayınlarında Adı Geçen Yazarların Sayısı	79
Çok Yazarlı Yayınlarında Adı Geçen Yazarların Sayısı	261
Yazar İşbirliği	
Tek Yazarlı Yayın Sayısı	158
Yazar Başına Yayın Sayısı	1.06
Yayın Başına Yazar Sayısı	0.944
Yayın Başına Ortak Yazar Sayısı	1.98
İşbirliği Endeksi	1.29

1. Yıllık Bilimsel Üretim

Şekil 1’de, yıllık bilimsel üretim ve buna bağlı olarak en çok yayının basıldığı yıl yer almaktadır. Yayınların 2010-2012 yılları arasında durağan bir seyir izlediği, 2013 yılında ise yayınlarda önemli bir artış olduğu görülmektedir. Bu tarihten sonra yıllara göre yayınlarda değişken bir yapı bulunmaktadır. “Yeşil Kriminoloji” ile ilgili en çok yayın sayısı, 2020 yılında 59 olarak gerçekleşmiştir. Bunu sırasıyla 47 yayın sayısı ile 2017 yılı, 45 yayın sayısı ile 2016 yılı takip etmektedir. 2021 yılında ise yayın sayısı 41 olarak gerçekleşmiştir.

Şekil 1. Yıllık Bilimsel Üretim

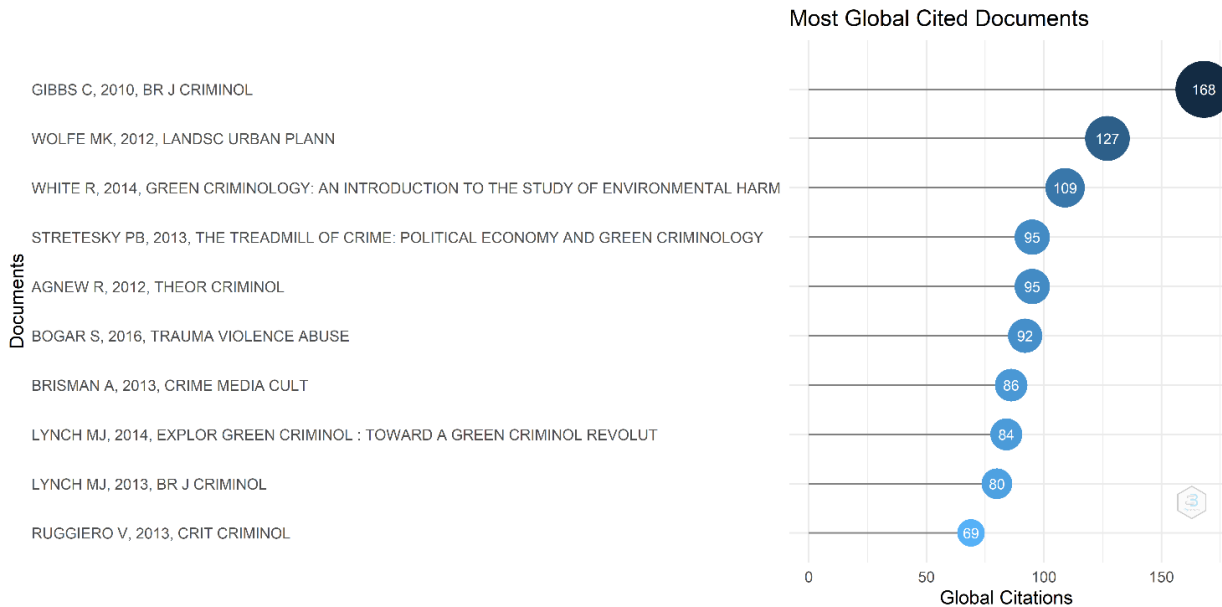


2. Yayınlarla İlişkin Bulgular (En Çok Atf Alan Yayınlar)

Şekil 2’de Dünya çapında en çok atf alan yayınlara yer verilmiştir. Bu analizin sonuçlarına göre, alan yazında en çok dikkat çeken çalışma toplamda 168 atflla, Gibbs, C., Gore, M. L., McGarrell, E. F. ve Rivers III, L.’nin (2010) “Introducing conservation criminology: Towards interdisciplinary scholarship on environmental crimes and risks” olmuştur. Gibbs ve arkadaşlarının çalışması koruma kriminolojisine odaklanır ve yeşil kriminoloji kapsamındaki suçlarla ilgili mevcut tartışmaları ilerletmek için tasarlanmış kavramsal bir çerçeve sunar. Çalışma, koruma kriminolojisini özellikle çevresel risklerin değerlendirilmesiyle başlatılır. “Yeşil” ve “çevresel kriminoloji” terimleriyle ilgili kısıtlamalar göz önünde bulundurulduğunda, çerçeveyi tanımlamak için “koruma kriminolojisi” terimi tercih edilir. Koruma kriminolojisinin, kriminoloji, doğal kaynaklar ve risk bilimlerinin kesiştiği noktada yer alan çevresel suçların ve risklerin incelenmesi yoluyla ilerletilebileceği önerilir. İnsan sağlığı, doğal kaynaklar ve çevre için risk derecesini değerlendirmede sistematik araçlar sağlayan mevcut risk biliminin avantajlı olacağı belirtilir. Çevresel risklerin karmaşıklığı ve disiplinlerin entegrasyonu, insanın çevre ile etkileşimini şekillendiren ve kaynakların sürdürülebilirliğini etkileyen faktörler arasındaki ilişkiye ait bilginin artacağı ifade edilir.

M. K. Wolfe ve J. Mennis’in (2012) “Does vegetation encourage or suppress urban crime? Evidence from Philadelphia, PA” başlıklı yayınları bitki örtüsü ve suç faaliyetleri arasındaki ilişkiyi analiz eder ve 127 atflla ikinci sırada yer almaktadır. R. White ve D. Heckenberg’in (2014) “Green criminology: An introduction to the study of environmental harm” adlı kitabı, yeşil kriminolojinin kavramsal ve metodolojik temellerine bakarken, bir dizi uluslararası vaka çalışması ve örnekten yararlanmakta ve 109 atflla üçüncü sırada yer almaktadır. Diğer yayınlar yine sırasıyla şekil 2’de sunulmuştur.

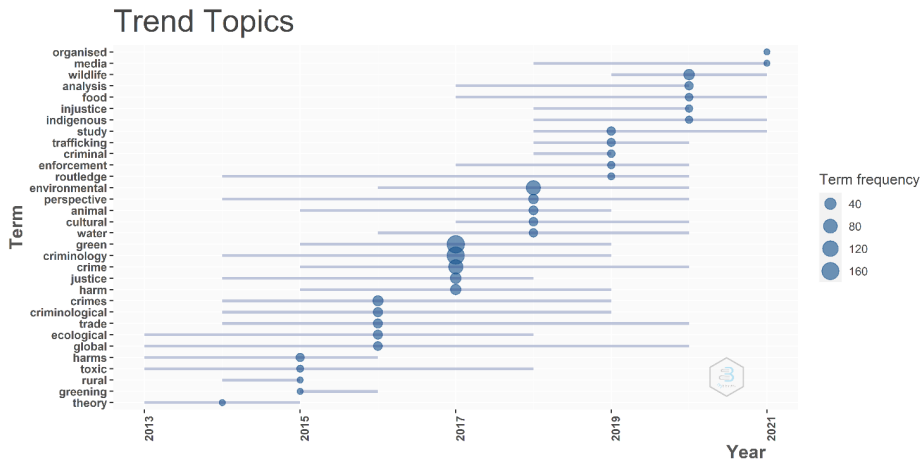
Şekil 2. En Çok Atf Alan Yayınlar



3. Trend Konular

Scopus veri tabanında bulunan çalışmaların başlıkları baz alınarak yapılan analizlerde, en çok çıkan sözcükler trend konular kapsamındadır. Terim sıklığı, bir terimin başlıklarda ne sıklıkta geçtiğinin ölçümüdür ve kelimenin kaç kez yer aldığını sayılması ile hesaplanır. 2010-2021 yılları arasındaki yayınlarla ilgili analiz sonuçları şekil 3'te verilmiştir. Buna göre “yeşil” (f=169) ve “kriminoloji” (f=168) sözcükleri en çok frekansa sahip olmaları neticesinde ilk 2 sırada yer almaktadır. Bu sıralamayı “suç” sözcüğü üçüncü olarak (f=91), “çevre” dördüncü olarak (f=89) ve “adalet” beşinci olarak (f=31) takip etmektedir. Yeşil kriminoloji insanlara, hayvanlara ve tüm çevreye karşı işlenen zararları inceler. Aynı zamanda ekolojik adalete yeni bir bakış açısı sunar. Adalet sisteminin sadece insanı ele almasını değil, hayvanları ve tüm çevreyi kapsamamasını sağlamasını önemli bulur (Nurse 2017, s. 1). Diğer taraftan anahtar kelimeler arasında “teori” düşük görünürlüğe sahiptir. Kelimelere ilişkin frekans sayıları ve yıllara göre dağılımı şekil 3'te belirtilmiştir.

Şekil 3. Trend Konular (Yöntem Parametresi: Yayın Başlıkları)

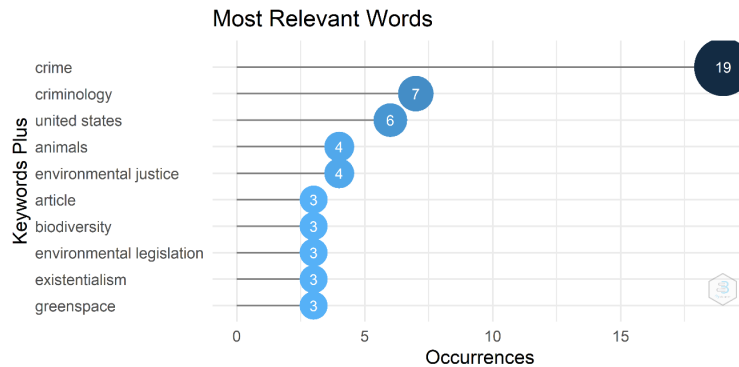


4. En Sık Kullanılan ve İlintili Sözcükler

SCOPUS tarafından ilişkilendirilen anahtar kelimeler ile ilgili olarak yapılan analizde, en sık kullanılan sözcükler sıralamasında suçun 1., kriminolojinin 2., A.B.D.'nin ise 3. sırada olduğu görülmektedir. A.B.D.'nin en çok araştırma yapılan ülke konumunda olması (Konrad, Turatti, Flores ve Konrad 2020, s. 11) bu sıralamada bulunmasını sağlamıştır. Ayrıca hayvanlar, çevre adaleti, biyoçeşitlilik, çevre yasaları, varoluşçuluk ve yeşil barış en sık kullanılan sözcükler arasında yer almaktadır. Sözcüklerin dağılımı aşağıda şekil 4'te yer almaktadır.

Yaban hayatı suçunun, hayvanlar, bitkiler ve tüm ekosistem üzerindeki küresel çevresel değişikliklerle ilgili büyük sonuçları vardır. Yeşil kriminoloji, yaban hayatı suçunu önlemede ve ekosistemi korumada politika yapımcılar için uygulamalar ve stratejiler hakkında bilgilendirme sağlar. Bir kısım çalışmalar da (Mayer 2021) yaban hayatı suçunun, yaygınlığının ardındaki karmaşıklıkları anlamayı amaçlayan eko-varoluşçu bakış açılarının, felsefi kavramlarını araştırmaktadır.

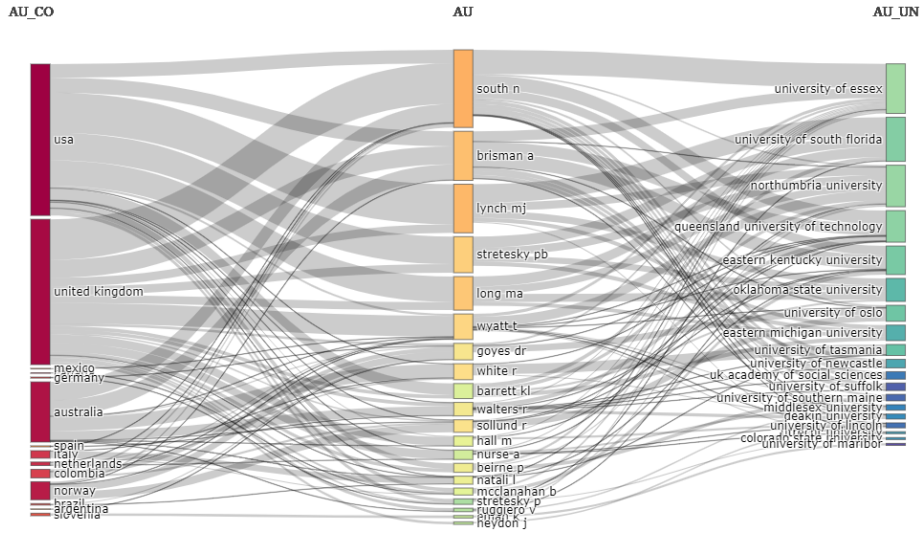
Şekil 4. En Sık Kullanılan ve İlintili Sözcükler (Parametre: Başlıktaki Anahtar Kelimeler)



7. 3-Bölgeli Grafik

3-Bölgeli Grafik “Yazarlar, Ülkeler ve İlişkili Kurumlar” arası bağlantıları göstermektedir. Bu grafikte üç farklı renkte kutular ve farklı bağlantı hatları görülmektedir. Kutuların uzunluğu ve bağlantı hatlarının kalınlığı ilişkinin kuvvetini göstermektedir. 3-Bölgeli Grafikte çıkan analiz sonuçları şekil 7’de sunulmuştur. Buna göre ülkeler bazında A.B.D., yazarlar bazında South, N., ilişkili kurumlar bazında ise Essex Üniversitesi birinci sırada bulunmaktadır. Yine bu ilişkilerin A.B.D.’den sonra Birleşik Krallık, Avustralya, Norveç ve Kolombiya, yazarlar olarak South’tan sonra Brisman, Lynch, Stretesky ve Long ve kurumlar olarak University of Essex’ten sonra University of South Florida, Northumbria University, Queensland Univesity of Technology arasında yoğunluk kazandığı izlenmektedir. Diğer sıralamalar, veriler ve yapılan ilintili analizler aşağıda verilmiştir.

Şekil 7. 3-Bölgeli Grafik (Parametreler: Yazarlar, Ülkeler ve İlişkili Kurumlar)



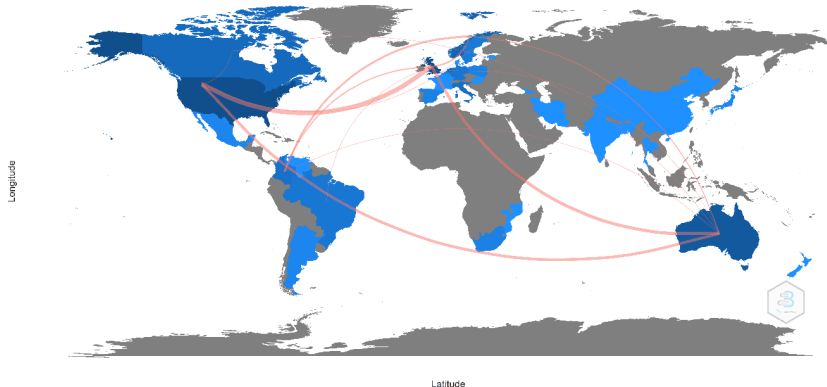
8. Dünya İş Birliği Haritası

Dünya iş birliği haritası analizi sonuçları şekil 8’de verilmiştir. Buna göre kırmızı çizgiler güçlü ilişkileri göstermektedir. Bu bağlamda A.B.D. ile Birleşik Krallık arasındaki ilişkinin frekansı 52, Birleşik Krallık ile Avustralya arasındaki 23, A.B.D. ile Avustralya arasındaki ise 19’dur.

Her bir farklı parametre ile gerçekleştirilen iş birliği analizlerine dair sonuçlar sırasıyla, şekil 9, 10 ve 11’de verilmiştir. Buna göre Şekil 9’da A.B.D., Birleşik Krallık ve Avustralya arasındaki ilişkiler açık bir biçimde görülebilmektedir. Yazar iş birlikleri incelendiğinde 5 yazarın (N. South, A. Brisman, M. J. Lynch, P. B. Stretesky, M. A. Long) ön planda olduğu belirlenmektedir. Kurum iş birliklerinde ise Essex Üniversitesi öne çıkan kurum olmaktadır.

Şekil 8. Dünya İş Birliği Haritası

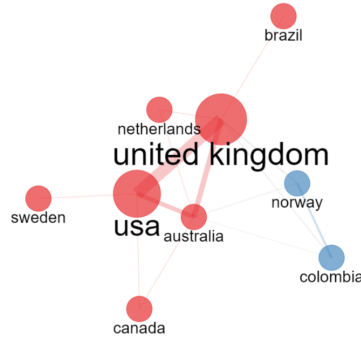
Country Collaboration Map



9. İş Birliği Ağı (Ülkeler)

Ülkeler arasındaki iş birliği ağını gösteren bibliyometrik haritalamada, ülkelerin daire düğümleri olduğu ve aralarındaki ilişkilerin iki düğüm arasındaki bir bağlantıyı temsil ettiği bir grafik veya ağ olarak görülmektedir. Her bir dairenin boyutu, ülkedeki yazarlar tarafından yapılan çalışmaların sayısını gösterir. Ülkeler arasındaki her bağlantı, o ülkelerdeki kuruluşlar arasında bir ortak yazarlık olduğunu işaret etmektedir. 9 ülke arasındaki, ortak yazarlık ilişkileri ağına dayalı bibliyometrik haritalamaya göre, çalışmalarla ilgili olarak uluslararası iş birliği analizinde A.B.D. ve Birleşik Krallık en yüksek belge yüzdesine (31.325%) sahiptir. Bu iş birliğini sırası ile Birleşik Krallık - Avustralya (13.855%), A.B.D. – Avustralya (11.445%), Norveç – Kolombiya (5.421%), Birleşik Krallık – Norveç (3.614%), Birleşik Krallık - Kolombiya (2.409%), Avustralya – Norveç (1.807%), Avustralya – Kanada (1.204%) yüzde değerleri ile takip etmektedir.

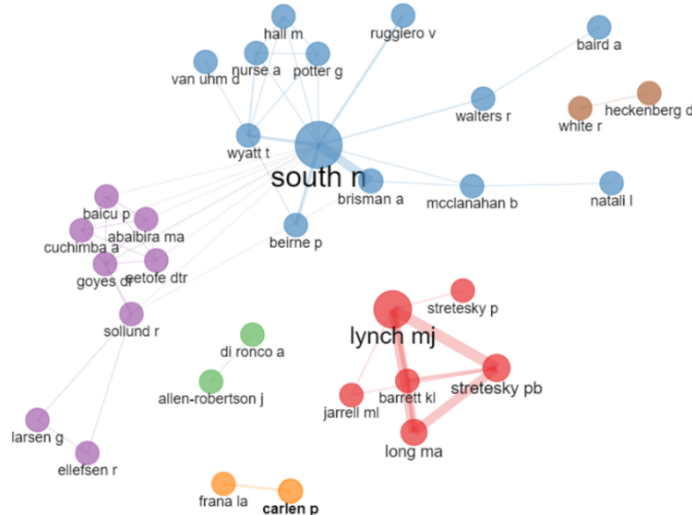
Şekil 9. İş Birliği Ağı (Ülkeler)



10. İş Birliği Ağı (Yazarlar)

Yazarların ortak yazarlık yöntemiyle yayın yapması çalışmalarını zenginleştiren bir özelliktir. Çok sayıda yazarın getirdiği fikirlerin çeşitliliği, çalışmanın geliştirilmesinin yanı sıra bilgi paylaşımına da olanak sağlamaktadır (Konrad, Turatti, Flores ve Konrad 2020, s. 9). Yeşil kriminoloji ile ilgili olarak toplam 340 yazarın çalışması bulunurken, iş birliği ağı olarak yazarlar analizinde, çok yazarlı yayınlarda adı geçen yazar sayısı 261 olarak belirlenmiştir. Yazarlar iş birliği ağına farklı renkte 6 küme görülmektedir. Şekilde görülen 6 farklı renk yazarların iş birliği kümesini göstermektedir. Dairelerin boyutu yazarın yayın sayısını, çizgiler ortak yazar ilişkilerini, çizgilerin kalınlığı ise yazarlar arasındaki iş birliğinin boyutunu göstermektedir. İki yazar N. South, (PageRank=0,144) ile M. J. Lynch (PageRank=0,054) ilk sırada yer aldıkları için şekilde ön plana çıkmaktadır. PageRank, hem gelen bağlantıları hem de giden bağlantıları dikkate alarak bir grafik içindeki bir tepe noktasının önemini belirlemek için kullanılan grafik tabanlı bir sıralama algoritmasıdır. Ortak yazarlık ağı analizi için büyük bir potansiyele sahiptir (Ding, Yan, Frazho ve Caverlee 2009). Diğer yazarlara ilişkin ağ haritası ise aşağıda sunulmuştur.

Şekil 10. İş Birliği Ağı (Yazarlar)

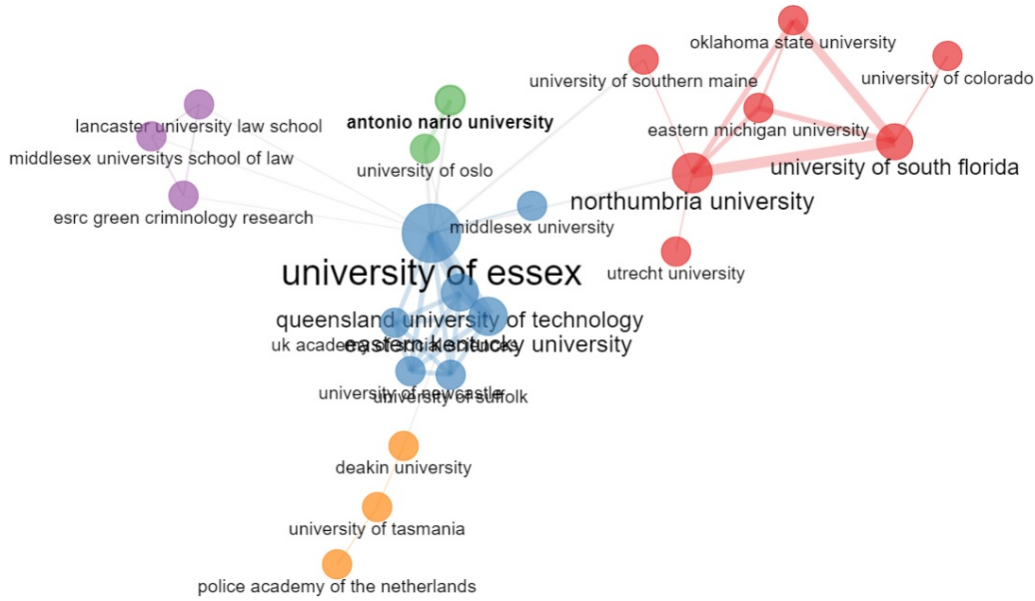


11. İş Birliği Ağı (Enstitüler)

Enstitüler iş birliği ağı yapısında, farklı renkte görülen 5 küme bulunmaktadır ve sadece ikisi en yüksek kurum sayısına sahiptir. Şeklin her düğümü bağlantılı kurumlar arasındaki ilişkileri temsil eder. İş birliği ağı enstitüler analizinde Essex Üniversitesi'nin ön planda yer aldığı (PageRank=0,146) görülmektedir. Bu bağlamda yine Queensland University of Technology (PageRank=0,095) ile Eastern Kentucky University (PageRank=0,085) ile mavi renkteki aynı kümede bulunan ağda öne çıkan ilk üç kurumdur. Daire büyüklükleri dikkate alındığında kırmızı renkteki kümede ise University of South Florida (PageRank=0,082) ile Northumbria University (PageRank=0,079) ön planda yer almaktadır.

Sosyal ağ analizlerinde, merkeziliğin ölçümü için farklı yöntemlere dayalı farklı sıralama hesaplamaları kullanılmaktadır. PageRank, grafiğin bağlantı yapısının önemini vurgulamak için bir tür derece merkeziliğidir. Genel olarak, daha yüksek dereceli veya daha fazla bağlantıya sahip köşeler yapı için daha merkezidir ve diğerlerini etkilemek için daha büyük bir kapasiteye sahip olma eğilimindedir. Arasındalık merkeziliği ölçümü ise, bir tepe noktasından geçen en kısa yolların sayısına bağlıdır. (Ding ve ark., 2009, s. 13). Bir düğümün arasındalık indeksi, düğümün ağdaki diğer iki düğüm arasındaki mümkün olan en kısa mesafede bulunma sayısıdır. Arasındalığı yüksek olan düğümler, ağları birbirine bağlamada önemli bir rol oynar ve ağda belirgin bir konuma sahiptir. Ayrıca ağ boyunca bilgi akışında da etkindir (Makkizadeh ve Sa'adat 2017, s. 721). Bu analize göre de Essex Üniversitesi (151,05 arasındalık değeri) öne çıkan kurum olmaktadır. Northumbria Üniversitesi (84 arasındalık değeri) ve Queensland Teknoloji Üniversitesi (55,07 arasındalık değeri) ile yer almaktadır.

Şekil 11. İş Birliği Ağı (Enstitüler)



Yeşil Kriminoloji Kapsamında Diğer Bibliyometrik Çalışmalar

Yeşil kriminoloji ile ilgili olarak üç adet bibliyometrik çalışma bulunmaktadır. Konrad ve arkadaşlarının (2020) "Systematic Review Study: A Comparative Analysis of the State of the Art of Green Criminology" adlı çalışmaları, Flores, C. R., Konrad, O. ve Flores, J. A. (2017) tarafından gerçekleştirilen "Green criminology: cenário das produções científicas" adlı çalışmanın bir uzantısıdır. Flores ve arkadaşlarının çalışmaları 1998-2015 yılını kapsarken, Konrad ve arkadaşlarının çalışmaları 2019 yılını da içine almaktadır. Söz konusu çalışmalarda, bu çalışmadan farklı olarak, yazar anahtar kelimeleri, ilintili sözcükler, trend konular, en çok atf alan yayımlar, iş birliği ağları yer almamaktadır. Bu çalışmalarda yıllık bilimsel üretim, yazarların kurumsal bağlılık ve mekânsal dağılımı, birden çok yayını olan yazarlar, veritabanı başına düşen yayın sayısı, ülkelere göre yazarlık durumu ve bilimsel yayın tipi analiz edilmiştir. İki çalışma birbirinin devamı niteliğindedir. R. Thomson, T. Samuels-Jones ve L. Downs'ın (2019) "The Branches of Green Criminology: A Bibliometric Citation Analysis 2000 – 2017" çalışmaları ise atf analizi, paylaşılan referansları, anahtar kelimeleri ve dergileri ampirik olarak analiz etmeye yöneliktir. Çalışma ile yeşil kriminolojinin alt dalları tespit edilmeye çalışılmıştır. Çalışmanın verileri Thomson Reuters Institute for Scientific Information'ın Web of Science'dan Core Collection atf indeksleri kullanılarak elde edilmiştir. Alt disiplinlerin özünde, kriminoloji, politik-ekonomi ve çevresel araştırmalara dayanan ortak ve sıklıkla başvurulan bir ana hat bulunmuştur. Yapılan bibliyometrik çalışmalarda turizmin, çalışma kapsamında olmadığı görülmektedir.

Tartışma ve Sonuç

Bu çalışmada Dünya’da “Yeşil Kriminoloji” alanında, bilimsel çalışmalardaki eğilimler ile bu konuda yazarların, kurumların ve ülkelerin birbirleri ile etkileşimlerine odaklanılmış, yeşil kriminoloji ve turizm ilişkisi üzerine yapılan çalışmalar da bu kapsamda değerlendirilmiştir.

Çalışmada bibliyometrik yöntemle betimsel analiz, yıllık bilimsel üretim (annual scientific production), en çok atıf alan yayınlar (Top Cited Documents), trend konular (Trend Topics), en sık kullanılan ve ilişkili sözcükler (Most Frequent/Relevant Words), kelime bulutu (WordCloud), ağaç haritası (TreeMap), 3-bölgeli grafik (Tree-Fields Plot), Dünya iş birliği haritası (Collaboration WorldMap), yazar ve kurumlar arası iş birliği ağı (Collaboration Network) sonuçları elde edilmiştir.

Scopus veri tabanı kullanılan çalışmada, 2010-2021 yılları arasında toplamda 147 kaynaktan 360 yayına ulaşılmıştır. Yeşil kriminoloji ile ilgili en çok yayın yapılan yıl 2020 olmuş ve yayın sayısı 59 olarak belirlenmiştir. Yayın sayısının artması yeşil kriminoloji literatürüne katkı sağlaması açısından önemlidir. İlerleyen süreçte yıllık bilimsel üretimin artması disiplinler arası ve multidisipliner çalışmaların da hız kazanmasına sebep olacaktır. Doküman tipi analizinde “bilimsel makale” türünün sayı olarak (199) ön sırada yer aldığı görülürken konferans bildirisinin oldukça düşük sayıda (4) olduğu belirlenmiştir. Ülkeler, enstitüler ve yazarlar arası iş birliğini arttırmada uluslararası konferanslar önemli olmaktadır.

En çok atıf alan yayının “Gibbs, C., Gore, M. L., McGarrell, E. F., Rivers III, L. (2010) “Introducing conservation criminology: Towards interdisciplinary scholarship on environmental crimes and risks” olduğu görülmüştür. Bu çalışma koruma kriminolojisi üzerinedir ve çevresel suçların ve risklerin incelenmesine odaklanır.

Çalışmaların başlıkları baz alınarak yapılan analizde yeşil, kriminoloji, suç, çevre ve adalet sözcükler ilk beş sırada yer almaktadır. Çevreyi oluşturan her unsur birbiriyle karşılıklı bağlıdır ve aynı dünyanın kaynaklarını kullanmaktadır. Dolayısı ile adalet, özellikle giderek yok olan türler söz konusu olduğunda, yeşil kriminoloji ile ilgili çalışmalarda sıklıkla yer bulmaktadır. “Teori” ise düşük görünürlüğe sahiptir. Yeni yapılacak çalışmalarda bu husus göz önünde bulundurulabilir. Yeşil kriminoloji biliminin ele alınışında aracı olan teoriler araştırma konularına dahil edilebilir.

SCOPUS tarafından ilişkilendirilen en sık kullanılan ilintili sözcükler analizinde sırası ile suç, kriminoloji ve A.B.D ilk üç sırada yer almaktadır. Bentham’ın faydacılık yaklaşımından hareketle, araştırmaların, tüm dünyanın toplam mutluluğunu arttırmaya yönelik çalışmalar üzerine şekillendiğini göstermektedir. Ayrıca çevre suçlarının etik ve ahlaki yönlerinin araştırıldığı felsefi yaklaşımlar yeni araştırmalara kaynaklık edebilir. Yazarların çalışmalarındaki anahtar kelimeleri kullanılarak yapılan “Ağaç Haritası” analizinde ise sırası ile yeşil kriminoloji, çevresel suç, çevresel adalet, yasa dışı yaban hayatı ticareti ve yaban hayatı kaçakçılığı ilk beş sırada yer almaktadır.

Yayınların özetlerindeki sözcüklerin sıklığını gösteren kelime bulutu analizinde “suç”, “kriminoloji”, “çevresel” ve “yeşil” sözcüklerinin ön plana çıktığı görülmektedir. “Teori” ve “ekonomi” kelimelerinin belirginlik oranı düşüktür. Bu bakımdan teorik çerçevede ve ekonomiye yansımaları ile ilgili araştırmaların ağırlık kazanması yeşil kriminolojinin çok yönlü olarak gelişimini hızlandıracaktır.

Ülkeler arasındaki iş birliği ağını gösteren bibliyometrik haritalamada, 9 ülke arasındaki ilişkiler görülmektedir. A.B.D. ve Birleşik Krallık en yüksek belge yüzdesine sahiptir. Ortak yazarlık ilişkilerinde N. South ve M. J. Lynch ön plana çıkmaktadır. Enstitüler iş birliği ağ yapısında ise iki küme belirgindir. Univerity of Essex ve Northumbria University iki farklı kümeyi temsil etmektedir. İklim değişikliği, biyoçeşitlilik kaybı ve yasadışı yaban hayatı ticaretinin etkileri ile gerçekleşen çevresel zararlar tüm toplumları yakından ilgilendirmektedir. Bu bakımdan analizler, daha fazla sayıda yazarın, ülkenin ve enstitülerin katılımı ile yapılacak araştırmalara gereksinim olduğunu göstermektedir.

Yeşil kriminoloji ve turizm ile ilgili olarak: “Environmental crime and green criminology in South Eastern Europe—practice and research” (Eman ve ark. 2013), “Toxic Colonialism in the Territorial Isles: A Geospatial Analysis of Environmental Crime Across US Territorial Islands 2013-2017” (Thomson ve Samuels-Jones 2022), “Conflict, Environment and Transition: Colombia, Ecology and Tourism after Demobilisation” (McClanahan, Parra ve Brisman 2019) ve “Victims of Environmental Harms and Their Role in National and International Justice” (Hall 2013) olarak sadece dört çalışma veri tabanında yer almaktadır.

Eman ve arkadaşları çalışmalarında yeşil kriminolojinin Güneydoğu Avrupa’da yeni geliştiğinin altını çizmektedir. Çevre suçlarının deniz ile sahil ekosistemlerinde kirliliğe yol açmasına, nesli tükenme tehdidi altındaki türleri olumsuz etkileyen av turizmi, aşırı avlanma, hayvan istismarı ve yasa dışı ağaç kesimi gibi konularla birlikte, bunların multidisipliner bir biçimde ele alınması gerektiğine dikkat çekmektedir. Eman ve arkadaşlarının çalışmaları turizm perspektifinden, yasa dışı yapılan av turizmi ile sınırlıdır. Thomson ve Samuels-Jones (2022) çalışmalarında ABD kara adalarındaki çevreye karşı işlenen suçlu davranışın nasıl şekillendiğini araştırmışlardır. Çalışmalarını “savunmasız uzak bölgeler” olarak adlandırdıkları adalar genelinde haritalandırmışlardır. Bu doğrultuda, yeşil kriminoloji kapsamındaki suçların dar alanda, hassas bir şekilde anlaşılmasını sağlamanın önemli bir fırsat olacağına altını çizmişlerdir. Bu suçların, anakara turizmini çeken doğal destinasyonlar ve ekonomik merkezleri etkilediğine işaret etmişlerdir. McClanahan ve arkadaşları (2019) ise Kolombiya’daki geçiş dönemi adaleti ile ekoturizm arasındaki

ilişkiye dikkat çekmektedir. Ekoturizm gibi koruma mantıklarının ortaya çıkması ile çatışmanın olduğu coğrafyalarda ve ekolojilerde, kalıcı barışın inşasının desteklenebileceğini belirtmişlerdir. Ayrıca ekoturizmin, geçiş sürecindeki önemli ekolojilerin ve toplulukların eşzamanlı olarak korunması ve geliştirilmesi için bir ekonomik model sunabileceğine işaret etmektedirler. Hall (2013) ise çalışmasında, çevre suçlarından etkilenenlere odaklanmakta, çevresel suçlar karşısında mağdur olanlarla ilgili olarak yeterli çalışma bulunmadığını belirtmektedir. Hall ayrıca, çevre suçlarında fail ve mağdur arasında nedensellik çizgisinin çizmenin zorluğunu dile getirmektedir.

Bu çalışmanın da diğer çalışmalar gibi bazı sınırlılıkları vardır. Öncelikle çalışmada Scopus veri tabanı kullanılmıştır. Gelecekteki çalışmalarda diğer veri tabanları da araştırmalara dahil edilebilir. Ayrıca çalışmanın kapsamında, yeşil kriminoloji ve turizm arasındaki ilişki üzerine yapılan çalışmalar da araştırılmıştır. Yeşil kriminoloji ve turizm ile ilgili olarak sadece 4 çalışmanın yer alması yeni çalışmalara olan ihtiyacı işaret etmektedir. Diğer taraftan çalışmalar incelendiğinde yeşil kriminoloji ile turizmin alt kollarından av turizmi, ekoturizm ve sürdürülebilirlik kavramlarının birbirleri ile ilişkili olduğu anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda, gelecekte yapılacak araştırmaların yeşil kriminoloji ve turizmin bu alt dalları ile ilgili olması, ayrıca alt dalların sınırlarının genişletilmesi alan yazına katkı sağlayabilecektir. Bu çalışmanın turizmin, yeşil kriminoloji için yeni bir alt dal olarak görünürlüğünün sağlanmasını destekleyeceği düşünülmektedir.

İklim değişikliği, biyoçeşitlilik azalması, yasa dışı ticaret ile doğal kaynakların hızla tükenmesi ve ekosistemin bozulması, yeşil kriminoloji ile ilgili çalışmaların artmasını önemli hale getirmektedir. Bu sebeple, yeşil kriminolojinin farklı yönlerini inceleyen ve diğer bilim dalları olan ilişkisini araştıran daha fazla bibliyometrik çalışmanın yapılması, disiplinler arası çalışma sahasını genişletecektir.

Etik Komite Onayı: Çalışma için etik kurul onayı gerekmemektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız

Yazar Katkıları: Çalışmanın Konsepti/Tasarımı- B.Ö., E.K.Ş.; Veri Toplama- E.K.Ş., B.Ö.; Veri Analizi/Yorumlanması- E.K.Ş., B.Ö.; Makaleyi Hazırlayan- B.Ö., E.K.Ş.; Makalenin Eleştirel Revizyonu- B.Ö., E.K.Ş.; Son Onay ve Sorumluluk B.Ö., E.K.Ş.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadıklarını beyan etmişlerdir.

Ethics Committee Approval: Ethics committee approval is not required for the study.

Peer-review: Externally peer-reviewed

Author Contributions: Conception/Design of Study- B.Ö., E.K.Ş.; Data Acquisition- E.K.Ş., B.Ö.; Data Analysis/Interpretation- E.K.Ş., B.Ö.; Drafting Manuscript- B.Ö., E.K.Ş.; Critical Revision of Manuscript- B.Ö., E.K.Ş.; Final Approval and Accountability- B.Ö., E.K.Ş.

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

- Altındağ, D. (2014). Crime and international tourism. *Journal of Labor Research*, 35(1), 1-14. <https://doi.org/10.1007/s12122-014-9174-8>
- Atabay, E. ve Güzeller, C. O. (2021). A bibliometric study on eye-tracking research in tourism. *Tourism: An International Interdisciplinary Journal*, 69(4), 595-610. <https://doi.org/10.37741/t.69.4.8>
- (Eds.), *Regulatory Theory: Foundations and Applications* (pp. 499–515). ANU Press. <http://www.jstor.org/stable/j.ctt1q1crtm.40>
- Beccaria, C. (2016). *Suçlar ve cezalar hakkında* (S. Selçuk, Çev.). Ankara: İmge Kitabevi.
- Becker, G. S. (1968). Crime and punishment: an economic approach. *The Journal of Political Economy*, 76(2), 169-217. <https://doi.org/10.1086/259394>
- Bentham, J. (2021). *Yasamanın ilkeleri* (B. Asal, Çev.). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Brisman, A. (2014). Of theory and meaning in green criminology. *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, 3(2), 21-34. <https://doi.org/10.5204/ijcjsd.v3i2.173>
- Ceballos, G., Ehrlich, P. R. & Raven, P. H. (2020). Vertebrates on the brink as indicators of biological annihilation and the sixth mass extinction. *PNA*, 117(24), 13596–13602. <https://doi.org/10.1073/pnas.1922686117>
- Cernat, L. & Gourdon, J.(2007). Is the concept of sustainable tourism sustainable?, United Nations Publication, New York and Geneva. https://unctad.org/system/files/official-document/ditctncd20065_en.pdf
- Crotts, J. C. (1996). Theoretical Perspectives on Tourist Criminal Victimization. *Journal of Tourism Studies*, 7 (1), 1-8. Corpus ID: 3278279
- Damasio, A. (2006). *Descartes'in Yanılgısı* (F. E. Çetin, E. Kumral, Çev.). Ankara: ODTÜ Yayıncılık.
- Ding, Y., Yan, E., Frazho, A., & Caverlee, J. (2009). PageRank for ranking authors in co-citation networks. *Journal of the American Society for Information Science and Technology*, 60(11), 2229-2243. <https://arxiv.org/ftp/arxiv/papers/1012/1012.4872.pdf>

- Donthu, N., Kumar, S., Mukherjee, D., Pandey, N. & Lim, W. M. (2021). How to conduct a bibliometric analysis: An overview and guidelines. *Journal of Business Research*, 133, 285-296. <https://doi.org/10.1016/j.jbusres.2021.04.070>
- Drumm, A., & Moore, A. (2005). *Ecotourism development - a manual for conservation planners and managers. Volume I - An Introduction to Ecotourism Planning*. USA: The Nature Conservancy
- Elsevier (2022). <https://www.elsevier.com/solutions/scopus/how-scopus-works/content>.
- Eman, K., Meško, G., Dobovšek, B. & Sotlar, A. (2013). Environmental crime and green criminology in South Eastern Europe—practice and research. *Crime, Law and Social Change*. 59, 341–358. <https://doi.org/10.1007/s10611-013-9419-0>
- Flores, C. R., Konrad, O., & Flores, J. A. (2017). Green criminology: cenário das produções científica. *Revista Ibero-Americana Ciências Ambientais*. 8(4), 268-280. <https://doi.org/10.6008/SPC2179-6858.2017.004.0022>
- Gibbs, C., Gore, M. L., McGarrell, E. F., & Rivers, L. (2010). Introducing conservation criminology: Towards interdisciplinary scholarship on environmental crimes and risks. *The British Journal of Criminology*, 50(1), 124–144. <http://www.jstor.org/stable/43612851>
- Hall, M. (2013). Victims of environmental harms and their role in national and international justice. In: R. Walters, , D.S. Westerhuis, , T. Wyatt (Eds.), *Emerging issues in green criminology. Critical criminological perspectives*. London: Palgrave Macmillan. https://doi.org/10.1057/9781137273994_12
- Hernández-Rojas, R.D., del Río, J.A.J., Fernández, A.I. & Vergara-Romero, A. (2021). The cultural and heritage tourist, SEM analysis: the case of The Citadel of the Catholic King. *Heritage Science*. 9 (52), 1-19. <https://doi.org/10.1186/s40494-021-00525-0>
- Hodak, F. D. & Krajinović, V. (2020). Examining recent research in the field of sharing economy in tourism: Bibliometric and content analysis. *Tourism: An International Interdisciplinary Journal*. 68(4), 402-414. <https://doi.org/10.37741/t.68.4.3>
- Hood, W. W., & Wilson, C. S. (2001). The literature of bibliometrics, scientometrics, and informetrics. *Scientometrics*, 52(2), 291-314. <https://doi.org/10.1023/A:1017919924342>.
- Johnny, L. & Jordan, L. A. (2007). Tourism and crime in the Caribbean: A case study of St Lucia. *Annals of Leisure Research*, 10(3-4), 475-497. DOI: 10.1080/11745398.2007.9686777
- Jeffery, C. R. (1959). The historical development of criminology, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 50(1), 3-19.
- Kahler, J. S. & Gore, M. L. (2017). Conservation Crime Science. In M. L. Gore (Eds.), *Conservation Criminology*. <https://doi.org/10.1002/9781119376866.ch2>
- Kasemodel, M. G. C., Makishi, F., Souza, R. C., & Silva, V. L. (2016). Following the trail of crumbs: A bibliometric study on consumer behavior in the food science and technology field. *International Journal of Food Studies*, 5 (1), 73-83. <https://doi.org/10.7455/ijfs/5.1.2016.a7>
- Konrad, A. C., Turatti, L., Flores, C. R. & Konrad, O. (2020). Systematic Review Study: A Comparative Analysis of the State of the Art of Green Criminology. *International Journal of Social Science Studies*, Redfame publishing, 8(2), 1-14.
- Lisowska-Kierepka, Agnieszka. (2017). Crime in tourism destinations: Research review. *Tourism*. 27(1), 31-39. DOI:10.18778/0867-5856.27.1.12
- Loureiro, S.M.C., Al-Ansi, A., Ryu, H.B., Ariza-Montes, A. & Han, H. (2022) Culture, heritage looting, and tourism: A text mining review approach. *Frontiers in Psychology*. 13(944250), 1-10. doi: 10.3389/fpsyg.2022.944250
- Lynch, M. J. (1990) The greening of criminology: A perspective on the 1990s. *The Critical Criminologist* 2(3): 1-12. <https://doi.org/10.4324/9781315093390-7>
- Lynch, M. J., Long, M. A., Barrett, K. L. & Stretesky, P. B. (2013). Is it a crime to produce ecological disorganization? Why green criminology and political economy matter in the analysis of global ecological harms. *The British Journal of Criminology*, 53(6), 997–1016. <http://www.jstor.org/stable/23639950>
- Lynch, M. J. & Stretesky, P. (2014). *Exploring green criminology: Toward a green criminological revolution*. England-USA: Ashgate Publishing Ltd.
- Lynch, M. J., Stretesky, P. B. & Long, M. A. (2018). Green criminology and native peoples: The treadmill of production and the killing of indigenous environmental activists. *Theoretical Criminology*, 22(3), 318–341. <https://doi.org/10.1177/1362480618790982>
- Lynch, M. J. (2020). Green criminology and environmental crime: Criminology that matters in the age of global ecological collapse. *Journal of White Collar and Corporate Crime*, 1(1), 50–61. <https://doi.org/10.1177/2631309X19876930>
- Lynch, M. J. & Long, M. A. (2022). Green Criminology: Capitalism, Green Crime and Justice, and Environmental Destruction. *Annual Review of Criminology*. 5, 255-276 <https://doi.org/10.1146/annurev-criminol-030920-114647>
- Mackenzie, S. (2020a). Wildlife Trafficking. In (1st ed.), *Transnational Criminology: Trafficking and Global Criminal Markets* (pp. 55-70). Bristol University Press. doi:10.46692/9781529203851.005
- Mackenzie, S. (2020b). Antiquities Trafficking. In (1st ed.), *Transnational Criminology: Trafficking and Global Criminal Markets* (pp. 105-120). Bristol University Press. doi:10.46692/9781529203851.008
- Mackenzie, S. & D. Yates (2020). Crime, corruption, and collateral damage: Large infrastructure projects as a threat to cultural heritage. In T. Wing Lo, D. Siegel, and S. I. Kwok (Eds.), *Organized crime and corruption across borders exploring the belt and road initiative*. London: Routledge. <https://traffickingculture.org/publications/crime-corruption-and-collateral-damage-large-infrastructure-projects-as-a-threat-cultural-heritage>.
- Mackenzie, S., Hübschle, A. & Yates, D. (2020). Global trade in stolen culture and nature as neocolonial hegemony. Blaustein, J., Fitz-Gibbon, K., Pino, N.W. and White, R. (Ed.) *The Emerald Handbook of Crime, Justice and Sustainable Development*, Emerald Publishing Limited, Bingley, pp. 419-436. <https://doi.org/10.1108/978-1-78769-355-520201023>
- Makkizadeh, F. & Sa'adat, F. (2017). Bibliometric and thematic analysis of articles in the field of infertility (2011-2015). *International Journal of Reproductive Biomedicine*. 15(11): 719-728. PMID: 29404534; PMCID: PMC5780558

- Martín-Martín, A., Orduna-Malea, E., Thelwall, M., & López-Cózar, E. D. (2018). Google scholar, web of science, and scopus: A systematic comparison of citations in 252 subject categories. *Journal of Informetrics*, 12(4), 1160-1177. <https://doi.org/10.1016/j.joi.2018.09.002>
- Mayer C.H. (2021). Understanding Wildlife Crime from Eco-Existential and African Perspectives: A Psycho-Philosophical Investigation. *International Journal of Environmental Research Public Health*. 18(21):11675. 2-19 doi: 10.3390/ijerph182111675. PMID: 34770189; PMCID: PMC8582875.
- McClanahan, B., Sanchez Parra, T. & Brisman, A. (2019). Conflict, environment and transition: Colombia, ecology and tourism after demobilisation. *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, 8(3), 74-88. doi: 10.5204/ijcjsd.v8i3.1246
- McClanahan, B. & Brisman, A. (2020). Green Criminology for Social Sciences: Introduction to the Special Issue. *Social Sciences*. 9(10), 170. <https://doi.org/10.3390/socsci9100170>
- McPheters, L. R., & Stronge, W. B. (1974). Crime as an environmental externality of tourism: Miami, Florida. *Land Economics*, 50(3), 288-292. <https://doi.org/10.2307/3145040>
- Moore, K. & Berno, T. (1995). Relationships between crime and tourism. *Visions in Leisure and Business*, 14 (3) , Article 2. <https://scholarworks.bgsu.edu/visions/vol14/iss3/2/>
- Nurse, A. (2017). Green criminology: Shining a critical lens on environmental harm. *Palgrave Commun* 3(10). 1-4. <https://doi.org/10.1057/s41599-017-0007-2>
- Pritchard, A. (1969). Statistical bibliography or bibliometrics?. *Journal of Documentation*, 25, 348-349.
- Ruggiero, V. & South, N. (2013). Green criminology and crimes of the economy: Theory, research and praxis. *Critical Criminology*. 21, 359–373. DOI 10.1007/s10612-013-9191-6
- Scott, D. & Steiger, R. (2013). Vulnerability of the ski industry. *Climate Vulnerability: Understanding and Addressing Threats to Essential Resources*. 4, 305-313. <https://doi.org/10.1016/B978-0-12-384703-4.00440-8>
- Skinnder, E. (2011). *Victims of Environmental Crime – Mapping the Issues*. The International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy, Canada.
- Skinnder, E. (2013). *Effect, issues and challenges for victims of crimes that have a significant impact on the environment*. International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy, Canada.
- Sönmez, S. F., Apostolopoulos, Y., & Tarlow, P. (1999). Tourism in crisis: Managing the effects of Terrorism. *Journal of Travel Research*, 38(1), 13–18. <https://doi.org/10.1177/004728759903800104>
- Steiner, A. & Stock, J. (2016). The Rise of Environmental Crime – A Growing Threat To Natural Resources Peace, Development And Security. Nellemann, C. (Editor in Chief); Henriksen, R., Kreilhuber, A., Stewart, D., Kotsovou, M., Raxter, P., Mrema, E., and Barrat, S. (Eds). A UNEP-INTERPOL Rapid Response Assessment. United Nations Environment Programme and RHIPTO Rapid Response–Norwegian Center for Global Analyses.
- Stretesky, P. B., Long, M. A. & Lynch, M. J. (2013). Does environmental enforcement slow the treadmill of production? The relationship between large monetary penalties, ecological disorganization and toxic releases within offending corporations, *Journal of Crime and Justice*, 36(2), 233-247. DOI: 10.1080/0735648X.2012.752254
- Sweileh, W. M. (2018). Research trends on human trafficking: a bibliometric analysis using Scopus database. *Globalization and Health*. 14(106), 1-12. <https://doi.org/10.1186/s12992-018-0427-9>.
- Sykes, G. M. & Matza, D. (1957). Techniques of neutralization: A theory of delinquency. *American Sociological Review*. 22(6), 664–670. <https://doi.org/10.2307/2089195>
- Takahashi, T. (2012). Molecular neuroeconomics of crime and punishment: implications for neurolaw. *Neuro Endocrinology Letters*. 33(7), 667–673. PMID: 23391873
- Thomson, R. Samuels-Jones, T. & Downs, L. (2019) The branches of green criminology. In *Quantitative Studies in Green and Conservation Criminology* (pp.20-46). DOI:10.4324/9780429453946-2
- Thomson, R., & Samuels-Jones, T. (2022). Toxic colonialism in the territorial isles: A geospatial analysis of environmental crime across US Territorial Islands 2013–2017. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 66(4), 470-491. <https://doi.org/10.1177/0306624X20975161>.
- Uhm, D. P. V. & Siegel, D. (2019). Green criminology and organized crime. In E. W. Plywaczewski and G. Makaruk (Eds.), *Current problems of the penal law and criminology* (pp.729-752). Warszawa: Wydawnictwo C.H.Beck.
- UNEP-INTERPOL (2016). The Rise of Environmental Crime – A Growing Threat To Natural Resources Peace, Development And Security. Nellemann, C. (Editor in Chief); Henriksen, R., Kreilhuber, A., Stewart, D., Kotsovou, M., Raxter, P., Mrema, E., and Barrat, S. (Eds). A UNEP-INTERPOL Rapid Response Assessment. United Nations Environment Programme and RHIPTO Rapid Response–Norwegian Center for Global Analyses.
- UNESCO (2022). Cultural heritage based tourism. <https://en.unesco.org/fieldoffice/almaty/silkroads/cultural-heritage>
- UNODC (2008). Environmental crime a threat to our future. (Eds. M. Rice), D. Banks, C. Davies, J. Gosling, J. Newman, M. Rice, J. Wadley and F. Walravens. https://www.unodc.org/documents/NGO/EIA_Ecocrime_report_0908_final_draft_low.pdf.
- UNODC (2022). Crimes that Affect the Environment and Climate Change. https://files.worldwildlife.org/wwfmsprod/files/Publication/file/8mie6esklg_Crimes_that_Affect_the_Environment_and_Climate_Change.pdf
- UNWTO (2010). *Tourism and Biodiversity Achieving Common Goals Towards Sustainability*, Spain. ISBN: 978-92-844-1371-3. <https://www.e-unwto.org/doi/pdf/10.18111/9789284413713>
- van Winden, F., & Ash, E. (2012). On the behavioral economics of crime. *Review of Law and Economics*, 8(1), 181-213. <https://doi.org/10.1515/1555-5879.1591>

- White, R. (2013). The conceptual contours of green criminology. In: R. Walters, D. S. Westerhuis, T. Wyatt (Eds.), *Emerging issues in green criminology. Critical criminological perspectives*. London: Palgrave Macmillan. https://doi.org/10.1057/9781137273994_2
- White, R. & Heckenberg, D. (2014). *Green criminology: An introduction to the study of environmental harm*. Routledge. <https://doi.org/10.4324/9780203096109>
- Williams, C. (1996). The environmental causes of intellectual injury — A victim perspective. *dementia. International Review of Victimology* 4(3), 682–696. <https://doi.org/10.1177/1471301212442583>
- Wolfe, M. K., & Mennis, J. (2012). Does vegetation encourage or suppress urban crime? Evidence from Philadelphia, PA. *Landscape and Urban Planning*, 108(2-4), 112-122. <https://doi.org/10.1016/j.landurbplan.2012.08.006>
- Wortley, R. & Mazerolle, L. (Eds.) (2013). *Download Environmental Criminology and Crime Analysis*, Willan ISBN: 9781136308451
- Xiao, H., & Smith, S. L. (2006). The making of tourism research: Insights from a social sciences journal. *Annals of Tourism Research*, 33 (2), 490-507.
- Yates, D. (2014). Displacement, deforestation and drugs: Antiquities trafficking and the narcotics support economies of Guatemala. In J. Kila, & M. Balcells (Eds.), *Cultural Property Crimes: An Overview and Analysis on Contemporary Perspectives and Trends*, 23-36. Leiden: Brill.

ATIF BİÇİMİ / HOW CITE THIS ARTICLE

Özüşen B, Şimşek EK, “A Bibliometric Profile of Green Criminology and its Reflections on Tourism” (2023) 11(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 168.

The Clear and Present Danger Test in Turkish Penal Law

Büşra DEMİRAL BAKIRMAN¹ 

¹Dr. Research. Assist., Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Türkiye

ABSTRACT

The concept of clear and present danger originates from American law has become a phenomenon in different legal systems, particularly in connection with freedom of expression. The Turkish legal system uses the criterion of clear and imminent danger and has more than one regulation involving this criterion. Pursuant to Articles 215 and 216 of the Turkish Penal Code, in order for punishment to be possible, a clear and imminent danger must exist in terms of public order and public security. In addition to these provisions, Articles 17 and 19 of the Code on Meetings and Demonstrations (*Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu*) state that, if a clear and imminent danger is present that a crime will be committed, meetings may be banned for a certain period. This study aims to examine how the clear and imminent danger test is applied in Turkish judicial decisions in the context of the aforementioned provisions and to reveal the criteria for determination of clear and imminent danger.

Keywords: Clear and present danger, freedom of expression, public safety, public order, danger crime

Introduction

The clear and present danger test closely related to freedom of expression is a concept based on American law. The Bill of Rights was added to the Constitution of the United States of America in 1791 and guarantees freedom of expression, along with many other freedoms. However, according to the decisions of the Supreme Court of the United States, this freedom is not absolute and can be limited under certain circumstances. While making this limitation, the clear and present danger test is also a concept that has emerged in addition to the tendency toward evil and balancing criteria developed by the Court as the test for applying these limitations.¹ In 2002, Turkish legislators introduced the concept of clear and imminent danger through amendments made to the Code on Meetings and Demonstrations (*Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu*). This concept had previously been used with similar terms in judicial decisions on freedom of expression and cases concerning the dissolution of political parties. Ultimately, the concept was included as clear and imminent danger with regard to the two types of offenses regulated under the title of Offences against Public Peace in the Turkish Penal Code (TPC).²

This study thus aims to display the adaptation and application of the clear and present danger test in Turkish law through the Turkish judicial decisions. Firstly, however, the article will analyze the emergence of the concepts in the decisions of the Supreme Court of the United States, as well as the different meanings the concept acquired in this process. The paper will then provide general information about how the clear and present danger test was first used in Turkish law and its place in the legislation. Finally, after analyzing the judicial decisions that point to or apply the clear and imminent danger test, the study will attempt to determine the concrete grounds for this test by referring to academic writings. In this context, the article will analyze how the Turkish Constitutional Court handles the concept of clear and imminent danger in party dissolution cases and individual application decisions, as well as the decisions of the Turkish Court of Cassation (*Yargıtay*) and the Regional Court of Appeals (*Bölge Adliye Mahkemesi*) on the subject.

¹ Chester James Antieau, 'The Rule of Clear and Present Danger: Scope of Its Applicability' (1950) *Michigan Law Review*, 48(6), 811, 824; Zühtü Arslan, *ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü* (Liberal Düşünce Topluluğu 2003) 29.

² This study has preferred to express the words "açık ve yakın" as chosen by Turkish legislators regarding the nature of the danger as "clear and imminent." Although the legislators did not use the concept of "clear and present" in the texts of the Articles, this concept was included in the justifications of the Articles. In the judicial decisions analyzed later on, both concepts are used interchangeably. For this reason, the study finds using the word "imminent," which may have the closest meaning to the word "present," to be more accurate. In Section II of the study, the details regarding the adaptation of the concept into Turkish law as "clear and imminent danger" will be discussed. With the study preferring the term "clear and imminent danger" from that point onward in accordance with its usage in Turkish law.

Corresponding Author: Büşra DEMİRAL BAKIRMAN E-mail: bdemiral@istanbul.edu.tr

Submitted: 20.12.2023 • **Revision Requested:** 11.01.2024 • **Last Revision Received:** 15.01.2024 • **Accepted:** 16.01.2024 • **Published Online:** 24.01.2024



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

I. The Concept and Historical Background

In 1917 during World War, the Espionage Act was enacted in the United States of America to penalize the betrayal of soldiers and their refusal to fulfill their duties.³ According to this Act, intentional insubordination, disloyalty, mutiny, or refusal to perform one's duty in the military or naval forces or to willfully obstruct recruiting or enlistment services of the United States while the United States is at war became criminal offenses.⁴ Following the seizure of pamphlets at the Socialist Party headquarters on the prevention of recruiting in that same year, the Party General Secretary Schenck and his associates were prosecuted for violating the Espionage Act. The concept of clear and present danger first appeared in the Supreme Court Case of *Schenck v. United States* (1919).⁵ In this case, Justice Oliver Wendell Holmes, one of the Supreme Courts judges, used the clear and present danger test as a tool for determining which expressions the government could punish.⁶ In his opinion, the question in any case concerning freedom of expression is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent.⁷ Words' ability to create a clear and present danger is determined by relying upon the conditions and the way they are used in each concrete case. When considering clear and present danger, the place where the expressions are used and the extent of their spread, the state of national and international security at the time of their use, the authority the person using the expression has over the community, the size of this community (organization), and the actuality of the dangerous opinions expressed are the issues that should be taken into consideration.⁸

The clear and present danger test has been adopted in many subsequent judgments of the Supreme Court and also been accepted in different legal systems. When the Supreme Court first used this test, circumstances such as the United States being in World War I led to its use in limiting freedom of expression.⁹ Justice Holmes again referred to the concept of present danger in his dissenting opinion on a decision given by the Court in 1925. In this case, the defendants had been accused of recommending, supporting, and teaching the duty, necessity, and propriety of overthrowing or destroying the existing government by force, violence, or any other unlawful means in their article titled "The Left Wing Manifesto." They were also accused in regard to printing and publishing the newspaper *The Revolutionary Age*, which contained articles of similar content. In this case, Justice Holmes had noted that an attempt to overthrow the government by a small group that was believed to share the defendant's views did not pose an immediate danger.¹⁰

In another decision of the Supreme Court in 1927, Justice Brandeis used the concept of clear and present danger. In his opinion, restrictions on expressions of opinion cannot be justified in cases where the expressions used do not create a clear and present danger or are not intended to create such a danger.¹¹ For this approach, a clear danger exists when the expression creates a danger without any doubt, whereas a present danger exists when an inevitably high probability occurs that the expression will result in harm.¹²

In another decision given in 1949, the Supreme Court found a decision unconstitutional using the clear and present danger criterion. In the relevant case, a protest occurred over a Catholic priest (Terminiello) for his statements about communists and Jews in front of a crowded group, and he was convicted in the trial that was held after the events. The Supreme Court found the decision unconstitutional by applying the clear and present danger test. For the Court, freedom of expression is not unlimited, but it also has the function of provoking debate. Therefore, the mere fact that the priest's expressions angered people and caused unrest should not be penalized unless a clear and present danger of concrete harm could be shown.¹³ Justice Jackson, who dissented from the decision, applied the same criterion and concluded that the decision was constitutional.

In the first half of the 20th century, a number of prohibitive and restrictive policies were implemented in the USA against the communist ideology, which was considered a threat against democracy. The Smith Act was enacted during this period with the aim of suppressing political opposition and punishing views advocating to overthrow the government through violent acts.¹⁴ The approach of the Supreme Court against the decisions made in opposition to this Act played an important role in shaping the

³ For a detailed discussion of the Espionage Act see: Thomas F. Carroll, 'Freedom of Speech and of the Press in War Time: The Espionage Act' (1919) *Michigan Law Review*, 17, 621; See also, Fred B. Hart, 'Power of Government over Speech and Press' (1920) *Yale Law Journal*, 29, 410; Henry W. Taft, 'Freedom of Speech and Espionage Act' (1921) *American Law Review*, 55, 695; Petra DeWitt, "'Clear and Present Danger' The Legacy of 1917 Espionage Act in the United States' (2016) *Historical Reflections*, 42(2), 115.

⁴ Yaşar Salihpaşaoğlu, 'Açık ve Mevcut Tehlike Kriteri ve Türk Hukuk Sistemine Yansımaları' (2008) *Liberal Düşünce Dergisi*, 52, 231, 232.

⁵ *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, 1919.

⁶ David R. Dow, 'The Moral Failure of the Clear and Present Danger Test' (1998) *William & Mary Bill of Rights Journal*, 6(3), 733, 736.

⁷ *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, 1919.

⁸ Özge Apiş, *Halkı Kin ve Düşmanlığa Alenen Tahrik veya Aşağılama Suçları (TCK md. 216)* (Adalet Yayınevi 2017) 127.

⁹ Hasan Tunç & Murat Erdoğan, 'Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokratik Toplum Düzeninde Gerekliklik ile Açık ve Yakın Tehlike Kavramları' (2020) *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(16), 1295, 1303.

¹⁰ *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652, 1925.

¹¹ *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 1927.

¹² Arslan (n 1) 30; Salihpaşaoğlu (n 4) 234.

¹³ *Terminello v. Chicago*, 337 U.S. 1, 1949.

¹⁴ Batuhan Ustabulut, 'İfade Özgürlüğünde Açık ve Mevcut Tehlike' (2017) *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16, 27, 45.

criterion of clear and present danger.¹⁵ In the case *Dennis v. the United States*, the court approved the decision, arguing that the defense of the doctrine of overthrowing the government by force and violence created a “clear and present danger” after stating that the defendants had intended to overthrow the government when the appropriate conditions arose.¹⁶ Justice Douglas, who dissented from the decision, concluded in summary that the defendants were only defending a doctrine and that therefore no clear and present danger of overthrowing the government existed. For Justice Douglas, if the defendants had been alleged to have taught such techniques as sabotage, assassination of the President, theft of public documents, planting bombs, and the art of street warfare, then a clear and present danger would undoubtedly have existed. However, the lack of evidence regarding the defendants committing such actions made the decision unconstitutional.

In another judgment concerning this Act, the Court overturned the conviction of Communist Party members on the ground that they had propagandized and educated for the overthrow of the government through the use of force and violence. The Court stated that the Act prohibits not mere expressions of opinion but rather concrete actions.¹⁷ With this decision, the Court evaluated the clear and present danger criterion with a liberal approach.¹⁸

In the 1969 case of *Brandenburg v. Ohio*, the Supreme Court redefined the clear and present danger criterion to better protect freedom of expression.¹⁹ In this case, the Supreme Court held that only statements that directly incite an unlawful act or create an immediate threat to public safety would confer a clear and present danger to society.²⁰ In other words, the criterion of clear and present danger contends that the mere content of the opinions is not enough to deem something punishable, the way these opinions are expressed and the invitation to concrete actions such as incitement to crime or mutiny are what makes it punishable.²¹

One important judgment of the Supreme Court in which it clarified the criterion of clear and present danger is the case of *Hess v. Indiana*.²² In this case, the appellant had been arrested during an antiwar demonstration on a college campus for loudly stating, “We’ll take the f***ing street later (or again)” and was subsequently convicted for violating Indiana’s disorderly conduct statute. The Court held that no clear and present danger had occurred as the defendant’s statements related to an action that would take place at an indefinite time in the future.²³

When analyzing these judgments of the Supreme Court of the United States, the presence of the possibility of harm to society due to the expression of the thought being investigated is understood to be necessary in order for freedom of expression to be restricted. This danger, which was initially referred to as clear and present danger and later characterized by different concepts, must not be a possibility of harm but rather a concrete danger that is capable of causing harm.²⁴ Throughout history, this criterion has been a means of concretizing a danger and ensuring the use of freedom of expression when handled with a libertarian approach. In times when fears for the survival of the government predominated, such as in periods when communist ideologies were widespread, this criterion also played a restrictive role regarding the use of freedom of expression by using a narrow interpretation.²⁵

II. Adaptation and Development of the Concept in Turkish Law

Within the scope of the harmonization process with the European Union, the Code on Meetings and Demonstrations was amended in 2002. The criterion of clear and present danger was thus positively regulated for the first time. However, this criterion was formulated as “clear and imminent danger” in this Code. Pursuant to Articles 17 and 19 of the Code on Meetings and Demonstrations, meetings in which a clear and imminent danger exists that a crime will be committed may be banned or postponed for a certain period of time.

Article 216 of the TPC, which entered into force on June 1, 2005, regulates the crime of provoking the public to hatred and hostility. According to Paragraph 1 of Article 216 of the TPC, provoking hatred or hostility in one section of the public against another section that has a different characteristic based on social class, race, religion, or area or regional difference is punishable. However, in order for this act to be punishable, a “clear and imminent danger” to public safety must occur as a result of this act.

Similarly, pursuant to an amendment made in 2013 to Article 215 of the TPC titled “Praising the Offence and the Offender,” in order to punish a crime, a “clear and imminent danger” to public order must occur because of this act.

¹⁵ Arslan (n 1) 31.

¹⁶ *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494, 1951.

¹⁷ *Yates v. United States*, 354 U.S. 298, 1957.

¹⁸ Tunç & Erdoğan (n 9) 1303.

¹⁹ Salihpaşaoğlu (n 4) 235.

²⁰ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 1969.

²¹ Türkan Yalçın Sancar, *Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları* (2nd ed., Seçkin 2006) 206.

²² *Hess v. Indiana*, 414 U.S. 105, 1973.

²³ Aras Türay, *Nefret Söylemi Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu* (Seçkin Yayıncılık 2016) 158.

²⁴ Aslı Ekin Yılmaz, ‘İfade Özgürlüğü Bağlamında Tehlike Suçlarının Düzenlenişine İlişkin Bir Değerlendirme’ (2020) *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17(Special Issue), 155, 162.

²⁵ Nisan Kuyucu, ‘Yargının Siyasallaşması Çerçevesinde Suçu ve Suçluyu Övme Suçu: Yeni Düzenlemenin Anlamı’ (2014) *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 69(4), 807, 826.

Although legislators have used the concept of clear and imminent danger in these regulations, the term “clear and present danger” is used in the reasoning of Article 216, according to the reasoning of the article regulating the crime of provoking the public to hatred and hostility, freedom of expression and dissemination of opinion is a necessity for the existence of a democratic society. In order for this crime to occur, a danger must be present for the deterioration of public security based on concrete facts. This danger must be a concrete danger. The judge determines whether this danger has been realized as a result of the expressions used by showing the grounds. In this context, the person’s words and behavior must be determined to constitute an imminent danger in terms of disrupting public security. The words and behavior of the person must have an effect on a segment of the public that justifies the concern that the acts subject to provocation will be committed. As such, any speech made or ideas put forward may be prohibited if they constitute a clear and imminent danger to society. However, one cannot be punished for this crime unless the existence of such a danger is clearly established by set of concrete terms.²⁶

During the parliamentary debates on the Code, the concept of imminent danger was emphasized to be unclear. Instead of this concept, preference for the concept of “present danger” was suggested, as indicated in the justification.²⁷ However, this proposal was not accepted. Thus, these two concepts can be said to not be identical and the legislators to have made a conscious choice.²⁸ One opinion is found regarding the doctrine that states the two criteria to be different from each other. Accordingly, pursuant to the criterion of clear and present danger, a short period of time must occur between the expressions used and the provoked act, one that is too short to allow precautions to be taken, whereas in the criterion of clear and imminent danger, this period is slightly longer.²⁹ On the other hand, although legislators have used different expressions, the content of the concept has been stated to remain the same and the evaluations made in judicial decisions regarding the danger to be similar to those in American law.³⁰ In this study’s opinion, although the legislators chose different words, the criterion of clear and imminent danger, which is accepted with the intention of expanding the freedom of expression, should be evaluated in the same way as the criterion of clear and present danger criterion is in American law. Otherwise, punishment may be possible even if the danger is close, which may lead to the criterion being used to narrow rather than expand freedom of expression.

III. The Clear and Imminent Danger Test in Turkish Judicial Decisions

A. Clear and Imminent Danger in the Decisions of the Constitutional Court

The criterion of clear and present danger has been used in different expressions in the party dissolution cases of the Constitutional Court, in the indictments prepared by the Chief Public Prosecutors of the Court of Cassation, and in the defenses of the parties and by the Court prior to the test being incorporated into Turkish legislation. In the case in which the Court decided to dissolve the Socialist Unity Party (*Sosyalist Birlik Partisi*) in 1995, the Court stated that in democratic societies, racial discrimination could not be the basis, aim, or requirement of a political party and a party that had become a tool of racial discrimination would not be able to maintain its existence. The Chief Public Prosecutor’s Office concluded that the points in the program of the defendant Party constituted an “clear and imminent danger” for the Republic of Türkiye.³¹ As one can see, although the court did not directly articulate the term as clear and present danger, it indirectly applied this criterion.

Indeed, similar to the case before the Turkish Constitution, the case filed for the dissolution of the Welfare Party (*Refah Partisi*) was the first case in which the concept of clear and present danger had been directly used by referring to the decisions of the Supreme Court of the United States. In the preliminary defense made by the party in this case, parties in contemporary democracies that do not advocate violence and terrorism and do not pose a clear, serious, present, and concrete danger to others were stated to not be able to be dissolved. The defense also referred to the decisions of the Supreme Court of the United States, accepting that the words used must constitute a clear and imminent danger in order to limit freedom of expression. While the Constitutional Court decided to dissolve the party with a majority of votes, the dissenting opinion written against the decision stated that limits to freedom of expression exist in democratic societies, that the US Supreme Court has developed the concept of clear and present danger for the limitation of freedom of expression, and that thoughts expressed can be banned if they pose a clear and present danger to society.³²

In another party dissolution decision of the Turkish Constitutional Court in 1999, the Court decided to dissolve the Democratic

²⁶ See the reasoning of Art. 216 of TPC.

²⁷ <https://www.tbmm.gov.tr/Tutanaklar/Tutanak?Id=b0f5a7da-b7ad-4983-bf32-0185ceac78ab>

²⁸ The then Minister of Justice stated regarding the text of the article, “... it is already clear what is meant by clear and imminent danger. The previous motion states: ‘Clear and present danger.’ In any case, if the danger exists, the offense has already been committed. In other words, public security is clearly being exposed to danger, because it is present; there is no book on it. Therefore, an offense has been committed and will be punished.” <https://www.tbmm.gov.tr/Tutanaklar/Tutanak?Id=b0f5a7da-b7ad-4983-bf32-0185ceac78ab>

²⁹ Türey (n 23) 285.

³⁰ Öykü Didem Aydın, ‘YTCK Açısından Salt İfade Suç Tiplerine Eleştirel Bir Bakış’ (2006) Hukuki Perspektifler Dergisi, 6, 119, 132.

³¹ The Turkish Constitutional Court, Dissolution of Political Parties, 19.7.1995, Case No. (C.) 1993/4, Decision No. (D.) D. 1995/1.

³² The Turkish Constitutional Court, Dissolution of Political Parties, 16.1.1998, C. 1997/1, D. 1998/1.

Mass Party (*Demokratik Kitle Partisi*) on the grounds that its program was in violation of the Code on Political Parties. In this case, the Chief Public Prosecutor of the Court of Cassation stated that the activities of the party had constituted a clear and imminent danger to the integrity of the country.³³

Another judgment in which the concept of clear and present danger was used involved the decision to dissolve the Virtue Party (*Fazilet Partisi*), which was claimed to be the continuation of the dissolved Welfare Party (*Refah Partisi*). In this case, the Chief Public Prosecutor of the Court of Cassation considered the existence of the party to be a clear and imminent danger to the constitutional order and stated that freedom of expression can be restricted in cases where this danger exists. However, the defense noted that “clear and imminent danger” and “clear and present danger” stand as different concepts and that the party did not encourage armed actions or the use of force and violence. As a result of the evaluation made by the Court, the decision was made to shut the party down due to its activities against the principle of laicity.³⁴

The concept of clear and imminent danger was also included in the Court’s decision to reject the dissolution of the Rights and Freedoms Party (*Hak ve Özgürlükler Partisi*) in 2008. Pursuant to the Court’s decision, the statements in the statutes and programs of political parties should be considered within the scope of freedom of expression if they do not pose a clear and imminent danger to democratic life. The same judgment also held that the dissolution of political parties in democratic countries is not permitted unless they pose a serious danger to the regime. The Court remarked that proposing solutions to the Kurdish problem in the party’s statute could not be characterized as a rejection of the concept of nation based on citizenship and that expressions regarding the existence of a certain problem and proposals for its solution should be evaluated within the scope of freedom of expression in a democratic regime.³⁵ In summary, the Court concluded that not all expressions of opinion are considered to be within this scope, only those that pose a direct, clear, and imminent danger to democratic life.

With regard to examining individual applications alleging violation of the right to freedom of expression, the Turkish Constitutional Court has essentially assessed the necessity of such intervention in a democratic society.³⁶ In this context, the court has also included the criterion of clear and imminent danger in its assessments,³⁷ limitedly referring to this criterion in a case in which it found the applicant’s freedom of expression to have been violated after he had been convicted of making propaganda for a terrorist organization. In this case, the applicant Gergerlioğlu applied to the Constitutional Court claiming, among other allegations, that his conviction for making propaganda for a terrorist organization due to a post he had made on his social media account violated his freedom of expression. In this case, the Court evaluated the provision regulated in Article 14 of the Constitution that states “None of the rights and freedoms set out in the Constitution may be exercised in the form of activities aimed at destroying the indivisible integrity of the State with its territory and nation and abolishing the democratic and secular Republic based on human rights.” Consequently, in cases where the acts carried out are in the form of the expression and dissemination of ideas, whether these pose a direct, clear, and imminent danger to democratic life; whether they cause real damage; and finally whether the applicant’s aim is to destroy the rights of others need to be examined.³⁸ According to the Court, in order to interfere with a terrorist organization’s expression of opinion on grounds such as making its voice heard by the masses, ensuring the public’s sympathy and active support for the organization, or increasing the political or social effectiveness of the organization, these statements must possess certain qualities that can be listed as follows: The statement directly or indirectly causes the danger of committing a terrorist offence, recommends resorting to violent means or bloody acts, justifies the commission of terrorist acts, or encourages resorting to violence against certain individuals with a deep and irrational motive of hatred.³⁹

In another decision of the Constitutional Court in which this criterion was used, the applicant, a journalist, was convicted of the crime of praising crime and criminals on the grounds that he had described the PKK terrorist organization in a column as “Apo’s Patriots” and as the “Kurdish Freedom Movement,” glorified the leaders and members of the organization, praised their actions, criticized the struggle of the security forces against the terrorist organization, and had used expressions that were of such a nature as to create a clear and imminent danger to public order. In this case, the Court noted that by taking into account the fact that the crime and criminals that the applicant was deemed to have praised were terrorist crimes and criminals, it needed to assess whether the article in question contained the danger of encouraging the use of force, violence, or threatening methods of the terrorist organization and of spreading a message to the public that would lead to the danger of committing one or more crimes by advocating the commission of terrorist crimes. In the Court’s assessments made in this context, it did not accept that statements

³³ Although the Decision includes the concept of clear and imminent danger, detailed explanations regarding this concept are not provided. The Turkish Constitutional Court, Dissolution of Political Parties, 26.2.1999, C. 1997/2, D. 1999/1.

³⁴ The Turkish Constitutional Court, Dissolution of Political Parties, 22.6.2001, C. 1999/2, D. 2001/2.

³⁵ The Turkish Constitutional Court, Dissolution of Political Parties, 29.1.2008, C. 2002/1, D. 2008/1.

³⁶ Case of Meki Katar, Application No. (A.), 2015/4916, 3.10.2019; Case of Sırrı Süreyya Önder, A. 2018/38143, 3.10.2019; Case of Ömer Faruk Gergerlioğlu, A. 2019/10634, 1.7.2021; The Court’s approach is in line with that of the ECtHR. The ECtHR does not include the clear and present danger criterion in its judgments, and in its analyses of Article 10 of the Convention, which protects freedom of expression, it examines whether the expressions used are contrary to the fundamental values of the Convention. See also: Ümit Kocasakal, Emine Eylem Aksoy, & Pınar Memiş, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü’ in *İfade Özgürlüğü ve Ceza Hukuku* (Ceza Hukuku Derneği Yayınları 2003) 25, 37.

³⁷ Tunç & Erdoğan (n 9) 1316.

³⁸ Case of Ömer Faruk Gergerlioğlu, A. 2019/10634, 1.7.2021, [119].

³⁹ Ibid. [175].

of opinion, such as the views of various groups on political, economic, and social problems that do not contain expressions encouraging others to resort to violence, had led to the danger of committing a crime such as praising or legitimizing terrorism.⁴⁰ The Court held that no expression of opinion should be subjected to punishment by attributing a meaning different from that intended by its author in examinations on freedom of expression and ruled that freedom of expression and freedom of the press had been violated on the grounds that no clear and imminent danger had occurred to justify the interference in the subject matter of the application.⁴¹

Although the Constitutional Court does not directly include the concept of clear and imminent danger in its examinations within the scope of the right to organize meetings and demonstrations, it does seek justification of the state of danger to public order in interventions in this right.⁴² In a case where it was decided that this right was violated, the press statement that the applicant wanted to organize was prevented by law enforcement officers on the grounds of a general ban. The Court held that a violation had occurred on the grounds that the number of participants was small, that they did not pose any danger to public order, and that they did not engage in violent acts that would justify an intervention.⁴³

B. Clear and Imminent Danger in the Decisions of the Court of Cassation

The Court of Cassation determines the lawfulness of a punishment by determining whether a danger is clear and imminent in its examinations regarding the offense of praising crime and the criminal and the offense of provoking the public to hatred and hostility, which are regulated as crimes of concrete danger in the TPC. Apart from cases related to these crimes, the Court of Cassation also includes the concept of clear and imminent danger in cases related to the crime of making propaganda for a terrorist organization, as regulated under the Anti-Terror Code. However, the clear and imminent danger test has also been a criterion used in the decisions of the Court of Cassation during the abrogated Turkish Penal Code period. In 1999, the dissenting opinion of the Court of Cassation's Assembly of Criminal Chambers pointed to the concept of clear and imminent danger as set out in the Code.⁴⁴ In one case concerning the offense of "making propaganda against the indivisibility of the State," as regulated in the abrogated Article 8 of the Anti-Terror Code, the dissenting member argued that, in order for a piece of propaganda to be considered a crime, the court must determine whether the thought or idea in the way it is expressed poses a clear and imminent danger to the society, State, regime, and social order.

In another decision given by the Court of Cassation's Assembly of Criminal Chambers in 2004, the criterion of clear and present danger was used for the first time. In the case, the defendant had been convicted of the crime of provoking the public to hatred and hostility, as regulated under Article 312 of the abrogated Penal Code, due to an article published in a national newspaper with the title "Let's Protect Our Children."⁴⁵ The Court of Cassation's Assembly of Criminal Chambers overturned this judgment by including the concept of clear and present danger. In the judgment, the Assembly concluded that no clear and present danger had occurred to public order, as the expressions in question did not contain a call for violence.⁴⁶

Shortly after this decision, the Court of Cassation's Assembly of Criminal Chambers upheld the conviction based on the criterion of clear and present danger.⁴⁷ In the case subject to the decision, the defendant had been sentenced by the Court of First Instance for the crime of provoking the public to hatred and hostility due to a column published in a national newspaper.⁴⁸ In this judgment, in which the clear and present danger test was elaborated in detail for the first time, the conditions required for a statement of opinion to be penalized were listed as follows:

1- The conditions under which the opinions are expressed must be such as to create a real danger regarding what is being expressed. The mere existence of fear is not sufficient for a danger to be considered present. . .

3- The danger must be so serious that the State must prevent it. In order to eliminate the danger, no other option than the restriction of thought (necessity) must

⁴⁰ Case of Hacı Boğatekin, A. 2020/3630, 19.10.2022, "Thus, the expression, dissemination, active, systematic and persuasive inculcation, indoctrination and recommendation of ideas - even if offensive to State authorities or a significant part of the population - concerning right-wing or left-wing ideologies, anarchist and nihilist movements, the social and political environment or socio-economic imbalances, ethnic problems, differences in the country's population, the demand for greater freedom or criticism of the country's form of government are protected by freedom of expression." [55].

⁴¹ Ibid. [58].

⁴² Tunç & Erdoğan, (n 9) 1316.

⁴³ Case of Filiz Kerestecioğlu Demir (3), A. 2020/11218, 19.10.2022.

⁴⁴ Court of Cassation Assembly of Criminal Chambers (ACC.), 20.04.1999, Case No. (C.)1999/58, Decision No. (D.) 1999/69.

⁴⁵ "In summary, the defendant stated that during the years when irreligion was in vogue, religious people were tortured spiritually, children and young people were prevented from reading the Qur'an, eight-year education was imposed, the number of Imam Hatip schools was reduced, children under the age of 12 were prevented from studying in Qur'an courses, the headscarf was banned in public spaces without any basis, and those who endeavored to keep children and young people away from the Qur'an and Islam would be disgraced." Court of Cassation ACC, 23.11.2004, C. 2004/130, D. 2004/206.

⁴⁶ Court of Cassation ACC, 23.11.2004, C. 2004/130, D. 2004/206.

⁴⁷ Court of Cassation ACC, 15.03.2005, C. 2004/201, D. 2005/30.

⁴⁸ In his article titled "Terror of Religious Enmity," the journalist stated that in the context of the headscarf ban, an irreligious minority had launched an attack against the dominant religion in the country and that these people were militant and notorious enemies of religion. The Court convicted the journalist on the grounds that these statements exceeded the limits of criticism and that incitement to hostility by the majority against the minority in a Muslim-majority society constituted a clear and present danger to public order.

be present. . .

5- The degree of imminence of the danger must be very high. (Hakyemez, 2000, pp. 73–74).

In terms of clear and present danger, clarity means that the danger is evident in such a way that no doubt can exist, and imminence means that the words used in the expression of opinion are close to the possibility of concrete danger (i.e., the possibility of causing harm). In addition to the high probability of the occurrence of damage to the extent of inevitability, whether the expression of opinion contains a clear and direct threat or not should be examined separately in each concrete case. (Korkmaz, 2000, pp. 294–295)

With this judgment, the Court used the clear and present danger criterion as a justification for upholding the decision of conviction to restrict freedom of expression, contrary to its previous judgment. In the dissenting opinions, no expression and call for violence in the relevant opinion column were considered to be present that would cause the public order to be shaken, and no situation that could constitute a concrete and imminent danger could not be detected. This decision is important in the sense that the majority of the Court and the dissenting members had each reached different conclusions using the clear and present danger criterion in the particular case, thus showing that this criterion is not always interpreted in favor of freedom of expression.⁴⁹

In the case that was the subject of another decision of the Court of Cassation's Assembly of Criminal Chambers in 2008, the First Instance Court (local court) acquitted the defendant on the grounds that certain statements in the report prepared by the Minority Rights and Cultural Rights Working Group of the Human Rights Advisory Board, which was then an institution under the Prime Ministry, had constituted the offense of inciting hatred and hostility among the public. In the examination made by the General Assembly following the reversal decision of the 8th Chamber of the Court of Cassation, the Assembly discussed whether the statements in the aforementioned report had caused the clear and imminent danger required for the offense of provoking the public to hatred and hostility. In summary, the Assembly concluded that the statements did not constitute a clear and imminent danger to public order or public security as they did not contain calls for violence against different groups of people.

After the above-mentioned decision, another decision occurred that included comprehensive explanations regarding the determination of clear and present danger. The Court stated:

In the light of these explanations, in order for the offense regulated in Article 312 of Turkish Penal Code No. 765 to occur and as pointed out in the precedent decisions of the Court of Cassation's Assembly of Criminal Chambers:

... 4- *The provocation must incite the aforementioned different communities of people to enmity or hatred against each other, but in a manner that may be dangerous for public order and at a level and effectiveness sufficient to realize the result; the provocation must also include a call for violence, and this call must be realized at an effective level, as accurately reflected in many judgments of the ECtHR, the Criminal General Assembly, and the 8th Criminal Chamber of the Court of Cassation,*

5- *As explained in the justification of Code No. 4744, the fact that the defined danger is not abstract but a concrete and imminent danger should be evaluated by observing the comments, interactions, and movements of the masses,*

6- *However, even if it cannot be clearly detected at the first stage, the offense will occur in cases where the calls for violence that are conducive to enmity or hatred, as well as which are made under a skillful secrecy that can be perceived by the addressed audience, reach a concrete level that creates an imminent danger and endangers public order,*

....

9- *In this respect, it is not possible to accept that the crime under Article 312/2 of the Penal Code has occurred by attributing the elements mentioned in indirect and coercive abstraction to the provocations that do not tend to provoke the differences determined by the legal limitation, do not contain a call for violence, and have not reached the level of concrete and imminent danger. Also, the court should never ignore that such an act cannot be accepted to create a crime by analogy in criminal jurisdiction,*

10- *... When doubts arise as to whether the public order based on the coexistence of differences can be disrupted, whether it has become a concrete and imminent danger by getting rid of abstractness, and finally whether it carries a call for violence, the Court should take into consideration that this doubt must first be overcome, and if it cannot be overcome, the interpretation must be made in favor of the accused and in line with the expansion of freedom of expression, The necessity for the criminal judge to evaluate each case in the light of these principles has been made clear.*

In this decision, the Court emphasized that the danger must be clear and beyond doubt. The imminence of the danger is expressed as the words used in the expression of opinion being close enough to cause a concrete danger. In its assessment of the concrete case in terms of the clear and imminent danger test, the Court emphasized that no outrage or outburst had occurred among segments of society due to the report or after the press statement made in relation to the report, nor had any concrete phenomenon disrupting public security occurred.⁵⁰

When considering the above-mentioned and other decisions of the Court of Cassation, the Court of Cassation is seen to consider the call for violence as one of the most important elements of the clear and imminent danger test in its analyses of the offense of provoking the public to hatred and hostility.⁵¹

In the 2013 amendment regarding the offense of praising the crime and criminal, which has been transformed into a crime of concrete danger, the Court of Cassation looked for the existence of a clear and imminent danger to public order with regard to the punishment. In one decision, the 16th Criminal Chamber of the Court of Cassation ruled that the act of a perpetrator shouting

⁴⁹ Salihpasaoglu (n 4) 240.

⁵⁰ Court of Cassation ACC, 29.4.2008, C. 2007/244, D. 2008/92.

⁵¹ Court of Cassation 8th Criminal Chamber (CC.), 12.10.2015, C. 2014/35434, D. 2015/22535; Court of Cassation 8th CC., 17.2.2015, C. 2014/27832, D. 2015/9649; Court of Cassation 8th CC., 24.5.2018, C. 2017/12669, D. 2018/5877; Court of Cassation 16th CC., 10.12.2018, C. 2018/3738, D. 2018/5019.

slogans praising the leader of a terrorist organization during a meeting had constituted the offense of praising the crime and the criminal; however, no clear and imminent danger had occurred to public order.⁵²

Apart from the cases related to these crimes under the Penal Code, the Court of Cassation has also applied the clear and imminent danger test in cases related to the crime of making propaganda for a terrorist organization under the Anti-Terrorism Code.⁵³ In these cases, the accused's identity, location, and the place and time of the conversation are also taken into account.⁵⁴

C. Clear and Imminent Danger Test in the Decisions of the Regional Court of Appeals

In Turkish law, appeal as a second instance started being applied as a legal remedy on July 20, 2016. As of this date, due to the legal remedy of appeal being applied first against the judgments given by the Courts of First Instance, with some exceptions, jurisprudence is found in the decisions of the regional courts of appeal that have included the concept of clear and imminent danger in relation to crimes against public peace and the crime of making propaganda for a terrorist organization.⁵⁵

In a case that was subject to an investigation by the Samsun Regional Court of Appeal on the offense of praising the crime and the criminal, the determination of whether a clear and imminent danger existed to public order within the scope of this article was noted should be determined by taking into account such things as the title of the person who said it and the place where it was said.⁵⁶

In a case heard by the Ankara Regional Court of Appeal regarding the offense of provoking the public to hatred and hostility, the following statements were made:

*"The provocation must have direct results in the form of hatred and hostility, and signs must exist of a clear and imminent danger to public safety by inciting the public to hatred and hostility by creating a psychological state that forms the basis for acts of hatred against a group of people with violence that requires harm and revenge."*⁵⁷

According to the Court, when determining whether the expressions used by the person constitute an imminent danger to public safety, the court must take into account whether those expressions have an effect on a section of the public, which justifies the fear that the acts subject to incitement will be committed. The criterion of clear and imminent danger is used to look for threats against life, bodily integrity, liberty, property, and similar values that are part of the public security being legally protected and of the functions of the organs ensuring the security of these values, and these threats must be serious and alarming. In so doing, the expressions used must be of such a nature as to publicly incite the public to hatred and hostility, and therefore public safety must face a clear and imminent danger.

In another examination of the offense of provoking the public to hatred and hostility, the Court ruled that the offense had not occurred on the grounds that the act did not constitute a clear and imminent danger to public safety in such a way that could be dangerous to the masses or at a level and effectiveness sufficient to achieve such a result.⁵⁸

Conclusion

Although crimes related to freedom of expression as regulated in the TPC have been turned into concrete danger crimes with the clear and imminent danger criterion, this criterion does not provide a judge with the tools necessary to detect the danger; instead, the criterion leaves the decision up to the judge to find these tools. This may mean leaving the protection of freedom of expression to a subjective interpretation.⁵⁹ The judicial organs are the ones that will determine when an assembly constitutes a clear and imminent danger of a crime that will be committed or when an expression involves incitement to hatred and hostility, is harsh criticism, or is praise for a criminal. These organs are also the ones who will determine whether these expressions constitute a danger to public order or public security.⁶⁰ Thus, determining the principles that should be taken into account in limiting freedom of expression is very important.

The ECHR does not explicitly use the clear and present danger test; instead, it evaluates an expression in terms of the following

⁵² Court of Cassation 16th CC., 25.4.2018, C. 2016/2510, D. 2018/1384.

⁵³ Court of Cassation 16th CC., 17.3.2016, C. 2015/2276, D. 2016/1947; Court of Cassation 3rd CC., 7.2.2023, C. 2022/39452, D. 2023/382.

⁵⁴ Court of Cassation 3rd CC., 14.6.2022, C. 2021/5646, D. 2022/3521; Court of Cassation ACC., 4.10.2022, C. 2018/236, D. 2022/598.

⁵⁵ İstanbul Regional Court of Appeal (RCA) 2nd CC., 1.2.2017, C. 2017/101, D. 2017/144; İstanbul RCA 2nd CC., 5.1.2017, C. 2016/181, D. 2017/8; Ankara RCA 4th CC., 3.6.2020, C. 2018/993, D. 2020/414.

⁵⁶ Samsun RCA 8th CC., 8.10.2019, C. 2019/1100, D. 2019/866.

⁵⁷ Ankara RCA 4th CC., 28.2.2017, C. 2017/17, D. 2017/46.

⁵⁸ Ankara RCA 4th CC., 30.1.2019, C. 2017/1568, D. 2019/62.

⁵⁹ Kuyucu (n 25) 829.

⁶⁰ Salihpaşaoğlu, (n 4) 240.

contents: the care taken in making the expression, the context in which it is made, the position and purpose of the person making the expression in society, the subject of the expression or the person or group targeted by the expression, the potential effect of the expression of opinion, whether ideas can be expressed with other concepts, the proportionality and potential deterrent effect of the imposed sanction, the effectiveness of judicial protection, and the justifications put forward by the courts regarding the restricted opinion.⁶¹ When looking at the decisions of the Turkish Court of Cassation, however, the criteria for how this determination will be made can be seen to have not been explained concretely in every decision.⁶² Similarly, in interventions in freedom of expression, whether a compelling social need exists and whether a concrete danger arises due to the expressions used are observed to have not been examined.⁶³

When considering the judicial decisions and doctrine, only expressions that include violence or that recommend violence are accepted to constitute clear and imminent danger and to be punishable within this scope.⁶⁴ When examining the decisions of the Court of Cassation regarding the crime of provoking the public to hatred and hostility, whether any incident has occurred among the segments of the public that have been provoked as a result of the expressions used is considered a criterion in determining clear and imminent danger.⁶⁵ One should note that such an examination may result in this crime, which is a crime of danger, being evaluated as a crime of harm. However, the danger sought in terms of this type of crime points to a situation where the harm has not yet occurred but where the probability of occurrence is high.⁶⁶ For this reason, although the expressions used need to have an effect on a segment of the public that justifies the concern that the acts subject to provocation will be committed, an action that does not result in harm must still occur in line with this.⁶⁷

The fact that the types of crimes that interfere with the freedom of expression appear as danger crimes requires an evaluation of the regulation of danger crimes in terms of the criteria to be taken into account in limiting freedom of expression.⁶⁸ For this reason, when determining clear and imminent danger, what the danger is that may occur regarding the subject of the crime needs to be determined first. Then, the clarity and imminence of this danger should be evaluated. In crimes where clear and imminent danger is required for punishment to be applicable, the subject of the crime must involve the concept of public order (Art. 215 TPC) and public security (Art. 216 TPC).⁶⁹ For this reason, in order to better understand the clear and imminent danger test, the concepts of public order and public security need to be examined.

Public security is defined in the dictionary as the security of life and property provided to the public by police services in a state.⁷⁰ In academic writings, public security is the protection of individuals against dangers that may cause harm to their lives in society.⁷¹ The ability of individuals to move around without being attacked, coerced, held up, or detained is part of public security.⁷² On the other hand, public order means that individuals live in peace, security, and tranquility within society.⁷³ In this context, public order is a concept with broader content than public security.⁷⁴

Within the framework of these explanations, in order for the offense of praising the crime and the criminal to be punishable, clear and imminent danger must exist in terms of public order, which means that society should be secure, orderly, and peaceful and that public services should be carried out without interruption.⁷⁵ In terms of the crime of provoking the public to hatred and hostility, the possibility of committing the acts constituting the crime must be serious, and the said segments of the public must be exposed to the danger of the disappearance of a social environment in which they can live without fear of their rights being violated.⁷⁶ While Article 312 of the former Turkish Penal Code punished public provocation toward enmity or hatred in a way that may be dangerous for public order, Article 216 has narrowed the scope of this crime by stipulating that the concrete danger must arise in terms of public security.⁷⁷

⁶¹ *Bergens Tidende v. Norway*, App no 26132/95 (ECHR, 2 May 2000); *Sürek v. Turkey*, App no 24735/94 (ECHR, 8 June 1999); *Zana v. Turkey*, App no 18954/91 (ECHR, 25 November 1997); *Karataş v. Turkey*, App no 23168/94 (ECHR, 8 June 1999); *News Verlag v. Austria*, App no 31457/96 (ECHR, 11 January 2000).

⁶² Court of Cassation ACC, 23.11.2004, C. 2004/130, D. 2004/206; Court of Cassation 16th CC., 25.4.2018, C. 2016/2510, D. 2018/1384.

⁶³ Yılmaz (n 24) 169.

⁶⁴ Hasan Tahsin Gökcan & Mustafa Artuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi* (Adalet Yayınevi 2021) Vol. 5, 7272.

⁶⁵ Court of Cassation ACC, 29.4.2008, C. 2007/244, D. 2008/92; Court of Cassation 3rd CC., 7.2.2023, C. 2022/39452, D. 2023/382.

⁶⁶ Türay (n 23) 278; Aykut Ersan, 'Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama' (2014) *TBB Dergisi*, 111, 77, 83; Elif Ergüne, 'Tehlike Suçları Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama Suçları (TCK m 216)', (2020) *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 78(3), 1675, 1694; Soner Demirtaş, *Tehlike Suçları* (Adalet Yayınevi 2023) 98.

⁶⁷ Gökcan & Artuç (n 64) 7301; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökcan, Mehmet Emin Alşahin, & Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (20th ed., Adalet Yayınevi 2022) 922.

⁶⁸ Kuyucu (n 25) 829.

⁶⁹ Artuk, Gökcan, Alşahin, & Çakır (n 67) 922; Apiş (n 8) 118.

⁷⁰ <https://sozluk.gov.tr>.

⁷¹ Halil Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri C. II* (Seçkin Yayıncılık 2021) 266.

⁷² Apiş (n 8) 123.

⁷³ Kalabalık (n 71) 265.

⁷⁴ Adem Sözüer, 'İfade Özgürlüğü' Yuvarlak Masa Toplantısı, (2006) *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 6, 100, 108; Gökcan & Artuç (n 64) 7300.

⁷⁵ Gökcan & Artuç (n 64) 7272.

⁷⁶ Apiş (n 8) 126.

⁷⁷ Sözüer (n 74) 108; For detailed information on the former TPC Art. 312, see: Ahmet Gökcan, *Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK md. 312/2)*, (Liberal Düşünce Topluluğu 2001) and Türkan Yalçın Sançar, 'Türk Ceza Kanunu'nun 159. ve 312. Maddelerinde Yapılan Değişikliklerin Anlamı' (2003) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 52(1), 89.

After determining the nature of the situations that may endanger public order and public security in this way, the clarity and imminence of such a danger should be evaluated in the concrete case. With regard to the clear and imminent danger criterion, the existence of danger arising from a statement must be concretely determined, and the actuality of the damage arising from this danger must be practically certain unless immediate precautions are taken.⁷⁸ In Turkish doctrine, a clear danger generally means that it clearly has an impact on public security or public order, one that can be objectively recognized. Objectively detectable means that the danger can be perceived not only by a certain group but also by different segments of society.⁷⁹ In the doctrine, examples such as the occurrence of incidents that could have been prevented with the simple intervention of the police, intense public debates, or the reaction of the aforementioned groups to the expressions used by making harsh statements are not considered sufficient to show that a clear and imminent danger has been realized.⁸⁰

The imminence of the danger is the very high likelihood that harm will occur if action is not taken immediately.⁸¹ The likelihood of harm must be unavoidably high, and the expressions used must contain a clear and direct threat.⁸² With regard to the crime of provoking the public to hatred and hostility in this context, the probability of harm to public security must be very high, and the threats to legal values such as the right to life, physical integrity, liberty, and property rights, as well as the functions of the organs responsible for protecting these values, must be serious.⁸³

The introduction into Turkish legislation of the criterion of clear and present danger, which emerged and was shaped by the decisions of the Supreme Court of the United States, as “clear and imminent danger” through the amendments made to the Code on Meetings and Demonstrations and the TPC represents a positive development in terms of freedom of expression. The inclusion of the criterion of clear and imminent danger in the texts of the articles is also interpreted in the doctrine as expanding the area of use of fundamental rights and freedoms.⁸⁴ However, uncertainties regarding the conditions for applying this criterion may lead to the suppression of dissent and the creation of a system of fear by penalizing acts that do not pose any danger, especially in times of repression.⁸⁵ For this reason, judicial bodies are required to reveal, together with their justifications, whether a clear and imminent danger to public order or public security exists as a result of the expressions used in the concrete case.

Ethics Committee Approval: Ethics committee approval is not required for the study.

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

- Antieau CJ, ‘The Rule of Clear and Present Danger: Scope of Its Applicability’ (1950) *Michigan Law Review*, 48(6), 811.
- Apış Ö, *Halkı Kin ve Düşmanlığa Alenen Tahrik veya Aşağılama Suçları (TCK md. 216)* (Adalet Yayınevi 2017).
- Arslan Z, *ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü* (Liberal Düşünce Topluluğu 2003).
- Artuk ME, Gökcan A, Alşahin ME & Çakır K, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (20th edn, Adalet Yayınevi 2022)
- Aydın ÖD ‘YTCK Açısından Salt İfade Suç Tiplerine Eleştirel Bir Bakış’ (2006) *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 6, 119.
- Carroll TF, ‘Freedom of Speech and of the Press in War Time: The Espionage Act’ (1919) *Michigan Law Review*, 17, 621.
- Ceyhan M, ‘Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu (TCK m. 301)’ (2013) Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan MÜHF-HAD, 19(2), 1781.
- Demirtaş S, *Tehlike Suçları* (Adalet Yayınevi 2023).
- DeWitt P, ‘“Clear and Present Danger” The Legacy of 1917 Espionage Act in the United States’ (2016) *Historical Reflections*, 42(2), 115.
- Dow DR, ‘The Moral Failure of the Clear and Present Danger Test’ (1998) *William & Mary Bill of Rights Journal*, 6(3), 733.
- Dülger İ & Cin S, ‘Suçu ve Suçluyu Övme Suçu (TCK md. 215)’ 2019 D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, 21, 2865.

⁷⁸ Kuyucu (n 25) 829.

⁷⁹ Türay (n 23) 283.

⁸⁰ Aydın (n 30) 131.

⁸¹ Aydın (n 30) 132.

⁸² Gökcan & Artuç (n 64) 7273.

⁸³ Aydın (n 30) 133; Türay (n 23) 283.

⁸⁴ Türay (n 23) 281; Gökcan and Artuç, (n 64) 7272, 7300; Ersan (n 66) 84; İbrahim Dülger & Selami Cin, ‘Suçu ve Suçluyu Övme Suçu (TCK md. 215)’ (2019) *D.E.Ü. Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21, 2865, 2887.

⁸⁵ Arslan (n 1) 32; Murat Ceyhan, ‘Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu (TCK m. 301)’ (2013) Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, *MÜHF-HAD*, 19(2), 1781, 1794.

- Ergüne E, 'Tehlike Suçları Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama Suçları (TCK m 216)' İstanbul Hukuk Mecmuası, 78(3), 1675.
- Ersan A, 'Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama' (2014) TBB Dergisi, 111, 77.
- Gökcan HT & Artuç M, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi* (Adalet Yayınevi 2021) Vol 5.
- Gökcan A, *Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK md. 312/2)* (Liberal Düşünce Topluluğu 2001).
- Hart, FB, 'Power of Government over Speech and Press' (1920) Yale Law Journal, 29, 410.
- Kalabalık H, *İdare Hukuku Dersleri C. II* (Seçkin Yayıncılık 2021).
- Kocasakal Ü, Aksoy EE & Memiş P, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü' in İfade Özgürlüğü ve Ceza Hukuku (Ceza Hukuku Derneği Yayınları 2003) 25.
- Kuyucu N, 'Yargının Siyasallaşması Çerçevesinde Suçu ve Suçluyu Övme Suçu: Yeni Düzenlemenin Anlamı' (2014) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 69(4), 807.
- Salihpaşaoğlu Y, 'Açık ve Mevcut Tehlike Kriteri ve Türk Hukuk Sistemine Yansımaları' 2008 Liberal Düşünce Dergisi 52, 231.
- Sözüer A, 'İfade Özgürlüğü', Yuvarlak Masa Toplantısı (2006) Hukuki Perspektifler Dergisi, 6, 100.
- Taft HW, 'Freedom of Speech and Espionage Act' (1921) American Law Review, 55, 695.
- Tunç H & Erdoğan M, 'Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokratik Toplum Düzeninde Gereklik ile Açık ve Yakın Tehlike Kavramları' (2020) Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(16), 1295.
- Türay A, *Nefret Söylemi Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu* (Seçkin Yayıncılık 2016).
- Ustabulut B, 'İfade Özgürlüğünde Açık ve Mevcut Tehlike' (2017) Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16, 27.
- Yalçın Sancar T, 'Türk Ceza Kanunu'nun 159. ve 312. Maddelerinde Yapılan Değişikliklerin Anlamı' (2003) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 52(1), 89.
- Yalçın Sancar T, *Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları* (2nd edn, Seçkin 2006).
- Yılmaz AE, 'İfade Özgürlüğü Bağlamında Tehlike Suçlarının Düzenlenişine İlişkin Bir Değerlendirme' (2020) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17 (Special Issue), 155.

Table of Cases

- Schenck v. United States, 249 U.S. 47, 1919.
- Gitlow v. New York, 268 U.S. 652, 1925.
- Whitney v. California, 274 U.S. 357, 1927.
- Terminello v. Chicago, 337 U.S. 1, 1949.
- Dennis v. United States, 341 U.S. 494, 1951.
- Yates v. United States, 354 U.S. 298, 1957.
- Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444, 1969.
- Hess v. Indiana, 414 U.S. 105, 1973.
- The Turkish Constitutional Court, Dissolution of Political Parties, 19.7.1995, C. 1993/4, D. 1995/1.
- The Turkish Constitutional Court, Dissolution of Political Parties, 16.1.1998, C. 1997/1, D. 1998/1.
- The Turkish Constitutional Court, Dissolution of Political Parties, 26.2.1999, C. 1997/2, D. 1999/1.
- The Turkish Constitutional Court, Dissolution of Political Parties, 22.6.2001, C. 1999/2, D. 2001/2.
- The Turkish Constitutional Court, Dissolution of Political Parties, 29.1.2008, C. 2002/1, D. 2008/1.
- Case of Meki Katar, A. 2015/4916, 3.10.2019.
- Case of Sırrı Süreyya Önder, A. 2018/38143, 3.10.2019.
- Case of Ömer Faruk Gergerlioğlu, A. 2019/10634, 1.7.2021
- Case of Hacı Boğatekin, A. 2020/3630, 19.10.2022.
- Case of Filiz Kerestecioğlu Demir (3), A. 2020/11218, 19.10.2022.
- Court of Cassation ACC, 20.04.1999, C.1999/58, D. 1999/69.
- Court of Cassation ACC, 23.11.2004, C. 2004/130, D. 2004/206.
- Court of Cassation ACC, 15.03.2005, C. 2004/201, D. 2005/30.
- Court of Cassation ACC, 29.4.2008, C. 2007/244, D. 2008/92.
- Court of Cassation 8th CC., 12.10.2015, C. 2014/35434, D. 2015/22535.
- Court of Cassation 8th CC., 17.2.2015, C. 2014/27832, D. 2015/9649.

Court of Cassation 8th CC., 24.5.2018, C. 2017/12669, D. 2018/5877.
Court of Cassation 16th CC., 10.12.2018, C. 2018/3738, D. 2018/5019.
Court of Cassation 16th CC., 25.4.2018, C. 2016/2510, D. 2018/1384.
Court of Cassation 16th CC., 17.3.2016, C. 2015/2276, D. 2016/1947.
Court of Cassation 3rd CC., 7.2.2023, C. 2022/39452, D. 2023/382.
Court of Cassation 3rd CC., 14.6.2022, C. 2021/5646, D. 2022/3521
Court of Cassation ACC., 4.10.2022, C. 2018/236, D. 2022/598.
Court of Cassation 3rd CC., 7.2.2023, C. 2022/39452, D. 2023/382.
İstanbul RCA 2nd CC., 1.2.2017, C. 2017/101, D. 2017/144.
İstanbul RCA 2nd CC., 5.1.2017, C. 2016/181, D. 2017/8.
Ankara RCA 4th CC., 3.6.2020, C. 2018/993, D. 2020/414.
Samsun RCA 8th CC., 8.10.2019, C. 2019/1100, D. 2019/866.
Ankara RCA 4th CC., 28.2.2017, C. 2017/17, D. 2017/46.
Ankara RCA 4th CC., 30.1.2019, C. 2017/1568, D. 2019/62.
Bergens Tidende v. Norway, App no 26132/95 (ECHR, 2 May 2000).
Sürek v. Turkey, App no 24735/94 (ECHR, 8 June 1999).
Zana v. Turkey, App no 18954/91 (ECHR, 25 November 1997).
Karataş v. Turkey, App no 23168/94 (ECHR, 8 June 1999).
News Verlag v. Austria, App no 31457/96 (ECHR, 11 January 2000).

Online Resources

<https://www.lexpera.com.tr/>.

<https://sozluk.gov.tr/>.

<https://www.tbmm.gov.tr/>.

HOW CITE THIS ARTICLE

Demiral Bakırman B, The Clear and Present Danger Test in Turkish Penal Law' (2023) 11(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 186.

İzinsiz Giriş, Geçiş ve İkametin Kolaylaştırılmasını Önlemek İçin Cezai Çerçevenin Güçlendirilmesine İlişkin 2002 tarihli Avrupa Birliği Direktifi ve Çerçeve Kararı Bağlamında İnsani Yardımın Cezalandırılabilirliği Sorunu

The Problem of the Criminalisation of Humanitarian Aid in the Context of the 2002 European Union Directive and Framework Decision on Strengthening the Criminal Framework to Prevent the Facilitation of Unauthorised Entry, Transit and Residence

Meral BALCI¹ , Ceren KARAGÖZOĞLU² 

¹Dr. Öğr. Üyesi, Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Bursa Türkiye

²Araş.Gör. Dr., Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Sakarya, Türkiye

ÖZ

Yasa dışı göçü önlemek amacıyla Avrupa Birliği tarafından kabul edilen hukuki düzenlemeler, gittikçe daha sert hale gelmekte ve düzenlemeler çerçevesinde gelişen uygulama alınan tedbirlerin hukuki meşruiyetini zayıflatmaktadır. Özellikle yabancıların ülkeye yasa dışı girişi veya ülkede yasa dışı kalışı meselesinin ceza hukuku araçlarıyla kontrol altında tutulmaya çalışılması birçok açıdan sorun ortaya çıkmasına neden olmaktadır. 2002 tarihli Kolaylaştırıcılar Direktifi bunun en önemli örneklerindedir. Çalışmada söz konusu Direktif kapsamında suç teşkil eden fiiller, Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol çerçevesinde özellikle insani yardımın cezalandırılabilirliği konusu üzerinden ele alınacaktır. Göçmen kaçakçılığının ceza hukuku bakımından çerçevesinin belirlenmesinde ceza hukuku esasları ve insan hakları hukuku temelli bir yaklaşım ortaya konulmaya çalışılacaktır. Zira yasa dışı göçe yönelik uygulanan yaptırımların yoğunluğunun, salt devlet sınırlarının korunması perspektifiyle ele alınması, insan hakları hukuku, mülteci hukuku ve deniz hukuku başta olmak üzere devletin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülüklerinin ihlali ile sonuçlanmaktadır. Dolayısıyla idari düzenlemelerin etkin olduğu bir alan olan göç hukukunda ceza hukuku müdahalesinin sınırlarının genişletilmemesi önem arz etmektedir.

ABSTRACT

The legal regulations the European Union (EU) has adopted to prevent illegal migration are becoming increasingly harsh. The practice that has developed within the framework of the regulations weakens the legal legitimacy of the measures taken. In particular, trying to control the illegal entry or illegal stay of foreigners in a country through the tools of criminal law causes problems in many respects. The EU Council Directive 2002/90/EC, referred to here as the Facilitators Directive, is one of the most important examples of this. This study will examine the acts that constitute a criminal offense under the Facilitators Directive within the framework of the Protocol against the Smuggling of Migrants, especially regarding the ability to punish humanitarian assistance. In determining the framework of the smuggling of migrants in terms of criminal law, this article will attempt to put forth an approach based on the principles of criminal law and human rights. The intensity of the sanctions imposed on illegal migration from the perspective of the protection of state borders results in the violation of state obligations arising from international conventions to which states are a party. Therefore, not expanding the limits of criminal law's ability to intervene in immigration law is important, being an area where administrative regulations are effective.

Anahtar Kelimeler: Yasa dışı göç, direktif, insani yardım

Keywords: Illegal migration, directive, humanitarian aid

Corresponding Author: Meral BALCI E-mail: balcmeral@gmail.com

Submitted: 09.06.2023 • Revision Requested: 10.11.2023 • Last Revision Received: 13.11.2023 • Accepted: 04.12.2023



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

EXTENDED ABSTRACT

The problem of illegal migration is seen as an area that needs to be fought against hard, especially in Europe. In relation to this, the EU adopted the Council Directive 2002/90/EC (the Facilitators Directive) and framework Decision 2002/946/JHA in 2002. This Directive is important as it significantly expands the scope of the offense of smuggling migrants. The Directive regulates different acts facilitating illegal entry or transit across the territory of a Member State, as well as illegal residency in the territory of a Member State. Each Member State is to adopt appropriate sanctions against any person who intentionally assists someone who is not a national of a Member State in entering or transiting across the territory of a Member State in breach of the laws of the State concerned regarding the entry or transit of aliens. According to the Directive, the purpose for which the person who commits the acts of facilitating illegal entry or transit does not matter. On the other hand, the Directive adopted the criterion of financial gain for the act of facilitating illegal residence in a Member State. The Directive also gives Member States discretion to not penalize acts of facilitating illegal entry and transit when humanitarian aid is involved. These regulations pose problems both in terms of criminal law principles and human rights.

The study will first determine the scope of criminal acts in terms of migrant smuggling by taking into consideration the Protocol to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime on the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air (United Nations General Assembly, 2000), which is an important international convention, as a guide in determining the scope of the crime of migrant smuggling. Article 6-1(a) of the Protocol states that each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally and in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit for the smuggling of migrants. Thus, the Protocol regulates punishable smuggling of migrants more narrowly than the Facilitators Directive. The criterion of financial or other material benefit constitutes an important limit in the crime of smuggling of migrants. Article 5 of the Protocol also states that migrants should not be penalized in the context of migrant smuggling. Migration law is a field shaped mainly by administrative regulations. Therefore, the scope of criminal regulations in this field should be narrow. These regulations are also a consequence of the principle of proportionality and the principle of last resort. The criterion to be taken as a basis in determining the offense within the scope of migrant smuggling is that the criminal acts constitute an injustice worthy of criminal law sanctions, taking into account the principle that punishment is a last resort. The fact that the Directive leaves it to the discretion of EU Member States not to criminalize humanitarian aid is problematic in this respect. Moreover, the Directive does not define humanitarian aid, which has led Member States to apply different definitions. This is incompatible with the principle of certainty, which is more important in criminal law.

The provisions of the Directive should also be noted to be incompatible with Member States' obligations under international law. The need to protect the fundamental rights and freedoms of migrants carries the regulations on migrant smuggling beyond the criminal policy and constitutes the limits of the criminal policy as adopted by the states. The components of the limits are the international conventions that set the general framework for the definition of migrant smuggling and the obligations of Member States in this regard, the principle of *non-refoulement*, refugee law, and the maritime law conventions that envisage the rescue of persons in danger at sea, as well as human rights conventions that envisage meeting common minimum standards for the protection of fundamental rights and freedoms of the individual in universal and regional contexts. For this reason, legal regulations on migrant smuggling should be regulated in line with the obligations of Member States arising from international law. Taking into account the obligations undertaken by Member States under international conventions also strengthens the legal legitimacy of legal regulations on migrant smuggling.

GİRİŞ

İnsanların kendi ülkelerindeki zulüm, yoksulluk ve işsizliğe tepki olarak başka ülkelere göç etmek istemesi veya zorunda kalması ve bunu yasal göç yollarına getirilen kısıtlamalar nedeniyle çoğunlukla örgütlü suç gruplarının yardımıyla gerçekleştirebilmeleri, göçmen kaçakçılığını¹ hem ulusal hem de uluslararası alanda gündeme getirmektedir. Göç rotasının çoğunlukla Avrupa'ya yönelmesi sonucu Avrupa Birliği'ne üye devletlere² yasa dışı göçlerin artması ve bu yasa dışı göçün devletler bakımından sosyal, ekonomik³ vb. alanlarda olumsuz sonuçlar⁴ doğurması, düzensiz göç⁵ şeklinde adlandırılan eylemlerin engellenmesi adına siyasi ve hukuki çözümler geliştirilmesine sebep olmaktadır.

Göçmen kaçakçılığıyla mücadele ederek yasa dışı göçü azaltmak, özellikle 2015-2020 arasındaki dönem bakımından Avrupa sınır kontrol politikalarının ana hedeflerinden biri olarak kabul edilmiştir⁶. Bu kabul Birlik hukukunda ise sert önlem ve yaptırımların uygulanması şeklinde karşılık bulmuştur⁷. Düzensiz göçün ceza hukuku yaptırımlarına tâbi biçimde genişletilmesi bu noktada önemli bir rol üstlenmiştir. Göç hukukunun idari yaptırımlar ile düzenlenen alan olmaktan ziyade cezaî yaptırımların ve ceza hukuku kurumlarının ağırlık kazanmaya başladığı alan olarak anılması 2002 tarihli İzinsiz Giriş, Geçiş ve İkametin Kolaylaştırılması Önlemek İçin Cezai Çerçevenin Güçlendirilmesine İlişkin Avrupa Birliği Direktifi⁸ ile daha da güçlenmiştir. Direktif, göçmen kaçakçılığında ceza hukuku yaptırımlarının uygulanabilirlik alanını insani yardım dâhil olmak üzere mümkün kılmıştır. Bu durum ise göçmenlerle dayanışma içinde hareket eden, insani yardım getiren ve güvenli geçişler için malzeme temin eden kişilere müsamaha gösterilmesi ile bu kişilerin davranışlarının suç sayılması arasındaki çatışma ekseninde⁹ birçok tartışmayı beraberinde getirmiştir. Göçmenlere yardımın suç sayılması sorunu doğaldır ki göçmen kaçakçılığı temelinde incelemeye ihtiyaç duymaktadır. Göçmen kaçakçılığının çok geniş uygulama alanına sahip olması ve bu kapsamda karmaşık durumları bünyesinde barındırması, çalışma bağlamında ele alınan konunun göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturup oluşturmadığını ve bu amaçla gerçekleştirilen hareketlerin cezaî yaptırıma tâbi tutulup tutulamayacağını değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır.

Çalışmada söz konusu Direktif ile öngörülen düzenleme ve bu düzenleme çerçevesinde Birliğe üye devletler tarafından benimsenen uygulamanın hukuki boyutu incelenecektir. Bu kapsamda ilk olarak genel çerçeveyi çizmek adına, Birlik hukuku göç düzenlemelerine ve uluslararası sözleşmelerin ve Birlik hukuki tasarruflarının hukuk düzeni içerisindeki konumunu verebilmek amacıyla norm hiyerarşisine değinilecektir. Ardından Sınraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol¹⁰ gözetilerek göçmen kaçakçılığının suç teşkil ettiği durumlara ilişkin çerçeve, genel olarak belirlenecektir.

Bununla birlikte görülmektedir ki düzensiz göçün artmaya devam etmesi ve edecek olması, bu alanda ceza hukuku müdahalesinin sınırının çizilmesine yönelik zorunluluğu ortaya koymaktadır. Bu sınırın belirlenmesinde ise insani yardımın ceza tehdidi altına alınması durumunun hem ceza hukuku esasları hem de insan hakları hukuku bakımından ortaya çıkardığı sonuçlar dikkate alınmalıdır. Zira sözü edilen durum, ceza hukukunun temel ilkeleri kadar insan hakları hukuku çerçevesinde de değerlendirmeyi gerektirmektedir. Düzensiz göçmenlerin hakları, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı¹¹ ve göçmen kaçakçılığı kapsamında devletin yükümlülüklerine ilişkin genel çerçeveyi çizen uluslararası sözleşmeler, özellikle mülteci hukuku ile öngörülen korumanın temel

¹ Söz konusu terim, gerek ulusal ve uluslararası düzenlemelere gerekse doktrine "göçmen kaçakçılığı" şeklinde yerleşmiş olmakla birlikte, göçmen ifadesinin uygun olmadığı belirtilmektedir. İnsan kaçakçılığı şeklinde ifade edilmesinin daha yerinde olduğu yönünde değerlendirme için bkz. Koray Doğan, *Göçmen Kaçakçılığı*, (3. Bası, Seçkin 2021), 26.

² Söz konusu husus sadece Avrupa Birliği'ne üye devletlerle sınırlandırılmayacak şekilde farklı devlet uygulamalarına da konu olmaktadır. Nitekim Amerika Birleşik Devletleri-Meksika sınırında gerçekleşen düzensiz göçler bakımından da benzer sorunlar ortaya çıkmaktadır (Delphine Rodrik, 'Solidarity at The Border: How The Eu and Us Criminalize Aid to Migrants' (2021) 39(1) Berkeley Journal of International Law 81, 92 vd). Bununla birlikte çalışmanın kapsamı itibarıyla sadece Avrupa Birliği hukuku ile sınırlı bir inceleme yapılacaktır.

³ Yasa dışı yollarla ülkeye sokulan göçmenler ülkede ucuz işgücüne, dolayısıyla da ülke vatandaşlarının iş kayıplarına yol açmakla birlikte, kayıt dışı çalışmaları nedeniyle vergi kayıpları da meydana gelmektedir. Bu durum kamu hizmetinin finansman kaynağının zarar görmesi nedeniyle kamu ekonomisi üzerinde olumsuz etki oluşmasına sebep olmaktadır. Zeynel T. Kangal, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçu' (2019) 21 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 221, 230.

⁴ Sınır güvenliği ihlal edilen devletlerin kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin tehlikeye düşmesi nedeniyle suçtan zarar gören olarak kabul edilmesi hakkında bkz. Asuman Aytekin İnceoğlu, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçu' (2019) 14(175-176) 14 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 387, 392.

⁵ Düzensiz göç (*irregular migration*) kavramı, yasal şekilde ülkeye giren ancak ülkede bulunma süresini dolmasını takiben ülkeden ayrılmaması sebebiyle düzensiz hale gelen göçmenler ile yasal olmayan şekilde ülkeye giren ancak daha sonra kalışı yasal hale gelen (örneğin, sığınma hakkı verilen kişilerin uluslararası koruma başvurularının incelenmesine kadar ülkede buldukları süreçteki durumları) göçmenler ve son olarak ne girişi ne de kalışı yasal olan göçmenlerin durumlarını yansıtmaktadır. Mark Provera, 'The criminalization of irregular migration in the European Union' CEPS Policy Brief No 80 (Centre for European Policy Studies 2015), 4. Düzensiz göç kavramı hakkında ayrıca bkz. Vincenzo Militello/Alessandro Spena, 'Between Criminalization and Protection The Italian Way of Dealing with Migrant Smuggling and Trafficking within the European and International Context', *Transnational Crime*, Ed. Valsamis Mitsilegas (2018) 6. Çalışmada düzensiz göç ve yasa dışı göç terimleri birbirine eş kavramlar olarak kullanılmaktadır.

⁶ EU Commission, Communication From The Commission to The European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and The Committee of The Regions, 27.5.2015.

⁷ Avrupa Birliği'nin düzensiz göçle ilgili araçları; olguyu önleme, bunu kolaylaştıranları tespit etme ve cezalandırma ve düzensiz göçmenlerin geri dönüşü için ortak standartlar oluşturma şeklinde ifade edilmektedir. Maria Giovanna Manieri, 'Current Trends, Numbers and Routes in EU Migrations: Is Existing Legislation Creating More Irregularity?' *Controlling Immigration Through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on 'Crimmigration'* (eds.) Gian Luigi Gatta, Valsamis Mitsilegas, Stefano Zirulia (Oxford: Hart Publishing 2020), 106.

⁸ İzinsiz Giriş, Geçiş ve İkametin Kolaylaştırılması Önlemek İçin Cezai Çerçevenin Güçlendirilmesine İlişkin Direktif, Council Directive 2002/90/EC of 28 November 2002 defining the facilitation of unauthorised entry, transit and residence, 05.12.2002, Official Journal of the European Communities (L 328/17).

⁹ Martina Tazzioli/William Walters, 'Migration, solidarity and the limits of Europe' (2019) 9(1) Global Discourse 175, 176.

¹⁰ Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, United Nations, *Treaty Series*, vol. 2241, p. 507. 28 Ocak 2008'de uluslararası alanda yürürlük kazanan Protokol'ü 12 Aralık 2000 tarihinde imzalayan Avrupa Birliği'nin onay belgesi 6 Eylül 2006 tarihinde depo mercine tevdi edilmiştir. Protokol metin içerisinde "Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol" şeklinde kısaltılmaktadır.

¹¹ Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFREU) (2012) OJ C326.

taşını teşkil eden *non-refoulement* ilkesi (geri gönderme yasağı), denizde tehlike altında bulunan kişilerin kurtarılmasını öngören deniz hukuku sözleşmeleri ve gerek evrensel gerekse bölgesel düzeyde bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunması hususunda ortak asgari standartlarda buluşmayı öngören insan hakları sözleşmelerinin konusunu teşkil etmesi nedeniyle Birlik hukuku kapsamında göz ardı edilemez niteliktedir. Bu durum Direktif çerçevesinde öngörülen düzenlemeler ve devlet uygulamalarının devletin uluslararası yükümlülükleri bağlamında incelenmesini zorunlu kılmaktadır. Bu sebeple söz konusu durum, çalışmanın son bölümünde ele alınacaktır.

I. Avrupa Birliği Hukuku Göç Düzenlemeleri

Avrupa Birliği Andlaşması'nın dış sınırların kontrolünü, iltica, göç ve suçun önlenmesini, suçla mücadele konularında uygun tedbirler vasıtasıyla kişilerin serbest dolaşımının sağlanmasını; iç sınırların olmadığı bir özgürlük, güvenlik ve adalet alanı sunulmasını öngören 3. maddesinin 2. fıkrası¹², Birlik Hukuku'nun göç sorunundaki rolünü belirlemede esas alınmaktadır¹³. Birliğin sınır kontrolleri, iltica ve göç konusundaki yetkileri ise Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Andlaşma'nın 77-79. maddeleri arasında düzenlenmekte; “*paylaşılan yetki alanı*” olarak sınıflandırılan bu konularda Birlik ve üye devletlerin yasama yetkisi kullanabileceği ancak Birlik yetki kullandığı ölçüde üye devletlerin artık o alanda yetki kullanmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir¹⁴.

Andlaşma'nın 77. maddesinde sınır kontrollerine ilişkin hususlara yer verilirken, 78. maddesinde *non-refoulement* ilkesine yapılan vurguyla uluslararası koruma statülerine değinilerek 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair Sözleşme¹⁵ ve 1967 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Protokol¹⁶ çerçevesinde uluslararası korumaya ihtiyacı olan kişiler bakımından hukuki statüler öngörülmektedir. Andlaşma'nın 79. maddesinde mülteci akınının etkin yönlendirilmesi, hukuka uygun olarak üye devletlerde ikamet eden üçüncü devlet vatandaşlarına adil muamele edilmesi ve yasa dışı göç ve insan ticaretinin önlenmesi amacıyla ortak göç politikası öngörülmektedir. Birlik Kurumları söz konusu alanlara ilişkin yetkilerini bu amaç ve serbest dolaşım hakkına, iltica ve sınır kontrolünde işbirliğine ilişkin birtakım düzenlemelere yer veren 1985 tarihli Schengen Andlaşması¹⁷ çerçevesinde ikincil hukuk düzenlemeleri (tüzük, direktif, karar) aracılığıyla kullanmaktadır¹⁸. Bu çerçevede yasa dışı giriş, insan ticareti ve göçmen kaçakçılığına karşı ve sınır dışı etme ve geri gönderme işlemlerine yönelik ikincil düzenlemelerin, kural olarak doğrudan uygulanma kabiliyetine sahip olmayan, üye devletler tarafından iç hukuk tasarruflarıyla ulusal hukuk düzenine aktarılacak olan direktiflerle kabul edildiği görülmektedir.

Direktifler, Birlik kurumları tarafından gerçekleştirilen ve ikincil düzenlemeler/hukuk olarak adlandırılan tasarruflardan birini teşkil etmektedir. Bu düzenlemelerin birincil düzenlemelere uygun bir biçimde yorumlanacağı öngörülmekte¹⁹; birincil düzenlemeler, ikincil düzenlemelerin hukuka uygunluk denetimi bakımından ölçüt norm olarak kabul edilmektedir²⁰. Birlik hukuk sisteminde birincil düzenlemeleri/hukuku ise Birlik kurucu andlaşmaları, Birlik hukukunun yazılı olmayan kaynakları; Birlik hukukunun genel ilkeleri ve uluslararası teamül hukuku teşkil etmektedir²¹.

Birliğin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ise norm hiyerarşisinde birincil nitelikli düzenlemeler ile ikincil nitelikli düzenlemeler arasında yer almaktadır²². Bu doğrultuda Birlik kurumlarının, hukuki tasarrufları bağlamında sözleşmelerle bağlı olduğu öngörülmekte; söz konusu tasarrufların Birliğin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ışığında ve mümkün olduğunca bu sözleşmelerle uyum içinde yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir²³. Hatta “*doğrudan etkilil*” addedilen uluslararası sözleşmelerin, Birlik kurum tasarruflarının hukuka uygunluk denetiminde ölçüt olarak kullanılabilmesi kabul görmektedir²⁴.

¹² ABA md. 3/2, “*Birlik, vatandaşlarına, dış sınırların kontrolü, iltica, göç, suçun önlenmesi ve suçla mücadele konularında uygun tedbirler vasıtasıyla kişilerin serbest dolaşımının sağlandığı, iç sınırların olmadığı bir özgürlük, güvenlik ve adalet alanı sunar.*” şeklindedir.

¹³ Ayşe Füsün Arsava ‘AB Hukukunda Mülteci ve Göç Sorunu’ (2021) 155 Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 462.

¹⁴ Arsava, (n 13) 464.

¹⁵ Convention Relating to the Status of Refugees, United Nations, *Treaty Series*, vol. 189, p 137. Sözleşme çalışmada “1951 Cenevre Sözleşmesi” olarak kısaltılacaktır.

¹⁶ Protocol relating to the Status of Refugees, United Nations, *Treaty Series*, vol. 606, p 267. Protokol çalışmada “1967 tarihli Protokol” olarak kısaltılacaktır.

¹⁷ The Schengen acquis- Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985 between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the gradual abolition of checks at their common borders, Official Journal of the European Communities, 22/09/2000.

¹⁸ Arsava, (n 13) 471.

¹⁹ Sanem Baykal/İlke Göçmen, ‘Avrupa Birliği Hukukunun Kaynakları Bakımından Normlar Hiyerarşisi’, Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan (Ankara Üniversitesi Basımevi 2013), 346.

²⁰ ABIHA md. 263.

²¹ Baykal/Göçmen, (n 19) 345.

²² Mehmet Hanifi Bayram, *Avrupa Birliği Hukuku Dersleri* (7. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022), 162.

²³ Uygun yorum ilkesinin Birlik kurucu andlaşmaları bağlamında uygulanmasına ilişkin öğretideki görüşlere ilişkin analiz için bkz. Baykal/Göçmen, (n 19) 352-3. Ayrıca Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Birlik kurum tasarruflarının hukuka uygunluğunu denetlerken, bu tür uluslararası andlaşmaların ölçüt olabileceğini belirttiği görülmektedir. Case T-115/94, 22.01.1997, *Opel Austria GmbH v Council of the European Union*, para 95 <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61994TJ0115:EN:PDF>> 22 Mart 2023.

²⁴ Bir uluslararası anlaşma hükmü ise, o “*anlaşmanın lâfzı, amacı ve niteliği göz önünde tutularak, o hüküm, uygulanması veya etkisi ile ilgili olarak herhangi bir müteakip önlemin alınmasına konu olmaksızın açık ve kesin bir yükümlülük içeriyorsa doğrudan etkilil*” kabul edilecektir. Doğrudan etkili olmayan uluslararası andlaşmaların ise Birlik tasarrufundaki hükmün, bu tip bir uluslararası anlaşmanın kurallarına atfı yapması veya Birlik tasarrufunun bu tip bir uluslararası anlaşma kaynaklı bir yükümlülüğü uygulamak için çıkarılması halinde ilgili Birlik tasarruflarının hukuka uygunluk denetiminde ölçüt olarak kullanılabilmesi kabul görmektedir. Ayrıntılı analiz için bkz. Baykal/Göçmen, (n 19) 353.

II. Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol Bağlamında Suç Teşkil Eden Hareketler

Sınıraşan²⁵ niteliğe sahip olan göçmen kaçakçılığının cezalandırılabilir kapsam sorunu, göçmen kaçakçılığı bağlamında gerçekleştirilen hareketlerin çeşitliliğine dayanmaktadır. Farklı göçmen kaçakçılığı suçları, hareketlerinin gerçekleşme biçimine göre normatif düzeyde de ayırt edilmektedir²⁶. Göçmen kaçakçılığının göçmenlerden menfaat elde etme amacıyla hareket eden örgüt kapsamında gerçekleştirilmesi en fazla görünür şekli olmakla birlikte bununla sınırlı değildir²⁷. Bunun dışında bu çalışma bakımından da asıl önem arz eden göç kolaylaştırıcıları bulunmakta olup, bu kişiler genellikle küçük ölçekli olarak kabul edilen az sayıda göçmenin yasa dışı geçişini veya kalışını sağlamakta²⁸ ve bazı durumlarda bunu maddi kazanç elde etmeksizin gerçekleştirmektedirler.

Göçmen kaçakçılığı suçunun kapsamının belirlenmesinde yol gösterici olarak uluslararası alanda önem taşıyan sözleşme²⁹ olan Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol göz önünde bulundurulacaktır. Protokol, göçmen kaçakçılığının suç sayılmasına yönelik evrensel bir yaklaşım sağlama umuduyla geliştirilmiş olup³⁰, taraf devletlere iç hukuk düzenlemeleri bakımından yükümlü kıldığı göçmen kaçakçılığı kapsamında cezalandırılması gereken hareketlere ilişkin asgari gerekliliği içermesi³¹ nedeniyle önemlidir. Böylece taraf devletlerin göçmen kaçakçılığına yönelik iç hukuk düzenlemeleri bakımından çerçeveyi ortaya koymaktadır³². Bu nedenle göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin iç hukuk düzenlemelerinin asgari gerekliliği karşılamak şartıyla, farklı kapsam belirlemelerinin olması mümkündür. Ancak kapsam belirlemelerinin, ceza hukuku bakımından temel teşkil eden ilkelerin ihlal edilmesi sonucunu ortaya çıkarabilecek ya da göçmenlerin haklarının korunmasını işlevsiz hale getirecek şekilde olmaması önem taşımaktadır.

Protokol'ün göçmen kaçakçılığı suçu bakımından belirleyici kıldığı ilk husus, kaçakçılığın örgüt (*organized criminal group*) kapsamında gerçekleştirilmesidir³³. Bir örgütün göçmenlerin yasa dışı girişini veya yasa dışı ikametini sağlaması, ağır bir sınıraşan örgütlü suç biçimi olarak kabul edilmiştir ve bu nedenle Protokol'ün birincil odak noktası olarak değerlendirilmektedir. Cezalandırılması gereken fiil olarak göçmen kaçakçılığının kapsamı Protokol'ün 6. maddesinde belirlenmiş iken; göçmen kaçakçılığının ne anlaşılması gerektiği 3. maddenin 'a' fıkrasında³⁴ ifade edilmiştir. İlgili düzenlemelere göre, bir kişinin vatandaşlığını taşımadığı³⁵ bir devlete yasa dışı girişinin sağlanması³⁶, doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi menfaat elde

²⁵ Göçmen kaçakçılığının hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar için bkz. Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Seçkin, 2022), 61 vd.; Doğan (n 1) 96 vd.; Aytekin İnceoğlu, (n 4) 388 vd.; Ayhan Önder/Mehmet Saydam, 'TCK'nın 79. Maddesinde Düzenlenen Göçmen Kaçakçılığı Suçunun Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi' ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi' (2015) XIX (1-2) EÜHFD 1, 4.

²⁶ Militello/Spena, (n 5) 24.

²⁷ Alberto Aziani, 'The heterogeneity of human smugglers: A Reflection on The Use of Concepts in Studies on The Smuggling of Migrants', (2021) Trends in Organized Crime <<https://doi.org/10.1007/s12117-021-09435-w>> 13 Mart 2022, 7 vd. Deniz yoluyla gerçekleştirilen göçmen kaçakçılığı ile kara yolu üzerinden gerçekleştirilen göçmen kaçakçılığı arasında kaçakçılığı gerçekleştirenler bakımından bulunan ayrıma yönelik değerlendirme için bkz. Militello/Spena, (n 5) 12.

²⁸ Aziani, (n 27) 18.

²⁹ 15 Kasım 2000'den önce, uluslararası hukukta göçmen kaçakçılığının üzerinde anlaşmaya varılmış bir yasal tanımı bulunmamaktaydı. Abdelnaser Aljehani, 'The Legal Definition of the Smuggling of Migrants in Light of the Provisions of the Migrant Smuggling Protocol' (2015) 79(2) The Journal of Criminal Law 122, 122. Toplumsal ve tarihsel bir olgu olarak göç ve göçmen kaçakçılığı yeni konular olmamakla birlikte, göçmen kaçakçılığını hedef alan bir anlaşmanın hazırlanmasına yönelik müzakereler, genel olarak sınıraşan örgütlü suçlarla ilgili artan küresel kaygılar nedeniyle 1990'larda başlamıştır. Andreas Schloenhardt/Jessica E. Dale, 'Twelve years on: revisiting the UN Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air' (2012) 61(1) Zeitschrift für öffentliches Recht 129, 132.

³⁰ Schloenhardt/Dale, (n 29) 131.

³¹ Gülşah Bostancı Bozbağcı, 'Türk Ceza Kanunu'nda göçmen kaçakçılığı suçu' (2015) Disiplinlerarası Göç ve Göç Politikaları Sempozyumu 377, 379. Göçmen kaçakçılığının Birleşmiş Milletler ve Avrupa Birliği nezdinde mücadele edilmesi ve cezalandırılması gereken bir fiil olarak kabul edildiğini vurgulayan Doğan, aradaki ayrıma da dikkat çekmiştir. Yazar, Birleşmiş Milletler'in daha çok göçmen kaçakçılığının insani boyutuna ağırlık verdiğini, buna karşılık Avrupa Birliği'nin kontrolsüz göç akımının önlenmesinde bulunduğu maddi çıkarlarını korumayı amaçladığını belirtmiştir. Doğan (n 1) 229.

³² Rodrik (n 2) 102.

³³ Anne Gallagher, 'Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis' (2001) 23(4) Human Rights Quarterly 975, 978; Rachel Landry, 'The 'humanitarian smuggling' of refugees Criminal offence or moral obligation?', Refugee Studies Centre Working Papers Series No. 119 (2016), 8. Örgüt kapsamında işlenen göçmen kaçakçılığı suçu bakımından örgütlü suç grubu, doğrudan veya dolaylı olarak, mali veya başka bir maddi menfaat elde etmek amacıyla, belirli bir süreden beri var olan ve bu Sözleşmede belirtilen bir veya daha fazla ağır suç veya yasa dışı fiili gerçekleştirmek amacıyla birlikte hareket eden, üç veya daha fazla kişiden oluşan yapılanmış bir grup anlamına gelmektedir (Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, md. 2-a). Konu göçmenlere insani yardımda bulunanların sivil toplum kuruluşu bünyesinde yer almaları nedeniyle de önem taşımaktadır. Gönüllülük esasına dayalı olarak çalışan ve maddi bir menfaat amacı gütmeyen devlet dışı sosyal yapılar olarak sivil toplum kuruluşları birden fazla kişinin belli bir amaç çerçevesinde bir araya gelmeleri esasında örgüt teşkil etmekle birlikte, bunların klasik anlamda göçmen kaçakçılığı bakımından suç işlemek amacıyla örgütlenme kapsamında dikkate alınmayacağı göz ardı edilmelidir.

³⁴ Protokol'de tanımlanan göçmen kaçakçılığı, ülkeye yasa dışı girişi sağlanan tüm düzensiz göçmenleri, örneğin insan ticareti suçunun mağduru olan göçmenleri de içerecek şekilde geniş kapsamlıdır. İnsan ticareti suçunun gerçekleşme şekline göre bazı durumlarda insan ticaretini göçmen kaçakçılığından ayırmaya yönelik unsurlarının varlığı açık olmayıp, söz konusu durum soruşturma sürecinde tespit edilebilmektedir. İnsan ticareti suçunun mağdurlarına yönelik devletin idari yükümlülüklerinin daha fazla olması nedeniyle düzensiz göçmenleri tespit edip kategorize etmekten sorumlu olan sınır makamları ve göçmenlik yetkilileri tarafından, insan ticareti suçu kapsamında ülkeye yasa dışı girişi sağlanan göçmenlerin insan ticareti mağduru olmaktan ziyade kaçak göçmen olarak tanımlanmasına yönelik eğilim, göçmenlerin korunmasının geri planda tutulduğunu göstermektedir. Gallagher, (n 33) 1000.

³⁵ Protokol bağlamında yasa dışı şekilde ülkeye giren veya ülkede kalan kişilerin hukuksal statüsü bakımından bir ayrıma gidilmemiş ve sadece "vatandaşlığını taşımadığı devlet" ifadesine yer verilmiştir. Konu bakımından dikkate alınması gereken ayrım, vatandaş ve yabancı ayrımı olarak ön plana çıkmaktadır (Doğan (n 1) 230). Böylece farklı gerekçelere dayalı olarak, ülkeye girişin yasa dışı gerçekleşmiş olmasının göçmen kaçakçılığı bakımından göçmen tespitinde fark yaratmadığı kabulü önemlidir. Diğer bir ifadeyle, yasa dışı göç eden kişi hangi hukuksal statüye tâbi olduğundan bağımsız olarak göçmen üst kavramı içinde değerlendirilecektir.

³⁶ Yasa dışı girişin sağlanması ifadesinin sorunlu olduğuna yönelik değerlendirmeler için bkz. Aljehani, (n 29) 123. Yasa dışı girişin sağlanması ifadesinin yasa dışı giriş için koşulları yaratan kolaylaştırma hareketini de kapsayıp kapsamadığının belirsiz olduğuna yönelik görüş için bkz. Aljehani, (n 29) 124. Yazar, Protokol'de verilen göçmen kaçakçılığı tanımında hareket unsurunu, yalnızca yasa dışı girişe yol açan hareketlerle sınırlı olarak anlaşılmasının doğru olabileceği sonucuna Protokol kapsamında yapılacak bağlamsal yorumla ulaşılabileceğini ileri sürmektedir. Yazar konuyu Protokol md. 6/1-b üzerinden örneklemiştir. İlgili düzenlemede, sahte bir seyahat veya kimlik belgesinin üretilmesi, tedarik edilmesi veya sağlanması gibi göçmen kaçakçılığını kolaylaştırmak için işlenebilecek bir dizi hareket belirtilmiştir. Kolaylaştırıcı hareketler göçmen kaçakçılığının tanımına dâhil edilmiş olsaydı, md. 6/1-a tarafından zaten kapsanacağı için muhtemelen md. 6/1-b'ye gerek kalmayacaktı. Aljehani, (n 29) 125.

etmek amacıyla gerçekleştirilmedikçe, kaçakçılık kapsamında kabul edilmeyecektir. Protokol'de yasa dışı girişin tanımına da yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeye (md. 3-b) göre, yasa dışı giriş, giriş yapılan devletin yasal giriş için gerekli şartlarına uymaksızın, sınırı geçmek anlamına gelmektedir.

Ayrıca ilgili devletin vatandaşı olmayan veya o devlette daimi ikametgâhı bulunmayan bir kişinin, anılan devlette, yasal olarak kalmak için gerekli şartlara uymaksızın orada kalmasına yasa dışı yollarla imkân sağlanması da Protokol'ün 6. maddesinin ilk fıkrasının 'c' bendine göre taraf devletlerin iç hukuklarında suç sayma yükümlülüğü kapsamında yer almaktadır. Böylece Protokol göçmen kaçakçılığını sınırın geçilmesi veya başka bir ülkeye yasa dışı giriş yapılması ile sınırlı şekilde dikkate almamıştır. Bunun yanı sıra Protokol dâhilinde suç olarak sayılan fiillerin iştirak kapsamında işlenmesi haline ayrıca yer verilmiş olup; taraf devletler göçmenlerin ülkeye yasa dışı girişini veya ülkede yasa dışı kalışını sağlayanların fiiline azmettiren veya yardım eden olarak iştirak eden kişilerin cezalandırılması hususunda yükümlü kılınmıştır.

Protokol'de suç teşkil eden fiil bakımından ülkeye yasa dışı giriş için göçmenlere *yardım edilmesi* veya *destek verilmesi* yerine göçmenlerin yasa dışı girişinin *sağlanması (procurement)* ifadesine yer verilmiştir. Bunu bilinçli bir tercih olarak değerlendirmek ve Protokol'ün yasa dışı girişi, göçmenlerin de dâhil olduğu bir suç ortaklığı şeklinde dikkate almadığı sonucuna varmak mümkündür³⁷. Dolayısıyla Protokol kapsamında göçmen kaçakçılığını gerçekleştiren kişinin fiilinin haksızlığı göç olgusunun kendisinden değil, aksine doğrudan doğruya göçmenden maddi anlamda yararlanılmasından ve çoğu durumda göçmenin savunmasız durumunun kullanılmasından kaynaklanmaktadır³⁸. Bununla birlikte devletlerin iç hukuklarında sadece göçmenlerin yasa dışı girişinin suç olarak düzenlenmesi Protokol'ün kapsamı dışında kalmaktadır³⁹.

Örgütlü suç alanındaki Birleşmiş Milletler standartlarını ortaya koyan Protokol kapsamında belirleyici olan diğer bir husus, göçmenlerin yasa dışı olarak ülkeye girişinin ve ülkede kalmalarının "*mali veya diğer maddi menfaat*"⁴⁰ elde etmek amacıyla yapılıyor olmasıdır. Bu nedenle suç tipini oluşturan hareketler farklılaşsa dahi göçmen kaçakçılığının karakteristik özelliği ülkeye yasa dışı giriş veya ülkede kalmaya olanak sağlamanın belli bir maddi menfaat karşılığı olmasıdır⁴¹. Burada suçun manevi unsuru bakımından kastın yeterli olmadığına ve ayrıca bir amacın gerekli olduğuna dikkat edilmelidir.

Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün "*Tanımlar*" başlıklı 3. maddesinde "*mali veya diğer maddi menfaat*" ifadesi tanımlanmamıştır. Kavram, Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (UNCTOC) 2. maddesinin 'a' fıkrasında ise örgütlü suç grubunun bir unsuru olarak kullanılmış ve kavramın Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarından hareketle, baskın motivasyonun cinsel tatmin olabileceği suçlar kapsamında elde edilen maddi menfaati de kapsayacak şekilde geniş anlaşılması gerektiği belirtilmiştir⁴².

Menfaat, kişinin maddi veya manevi her türlü ihtiyacına cevap veren şeyler olsa da, Protokol kapsamında maddi menfaat ile sınırlamaya gidilmiştir⁴³. Bir şeyi yapmakla ilgili olarak maddi bir menfaat elde etmek, o şeyi yapmak için doğrudan veya dolaylı olarak herhangi bir mal, para, maddi avantaj, ayrıcalık, mülk veya herhangi bir değerli karşılığı elde etmek anlamına gelmektedir⁴⁴. Bu kapsamda göçmen kaçakçılığından kaynaklanan ödemenin, ücretsiz tren veya uçak bileti gibi mali olmayan teşvikleri veya araba gibi malvarlığı değerlerini kapsayabileceği belirtilmektedir⁴⁵. Özetle, mali veya diğer maddi menfaat, her türlü mali veya mali olmayan ödemeyi, haksız çıkarı, avantajı, ayrıcalığı veya hizmeti içerecektir⁴⁶. Bu kapsamda maddi menfaat doğrudan olabileceği gibi dolaylı da olabilecektir⁴⁷. Cinsel arzuları tatmin gibi manevi menfaatler ise bu kapsamın dışında kalmaktadır⁴⁸. Benzer

³⁷ Alessandro Spena, 'Human Smuggling and Irregular Immigration in the EU: From Complicity to Exploitation?' Eds. Sergio Carrera/Elspeth Guild, *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings Policy Dilemmas in the EU* (2016), 37.

³⁸ ibid.

³⁹ Valsamis Mitsilegas, 'The Normative Foundations of the Criminalisation of Human Smuggling Exploring the Fault Lines between European and International Law' (2018) 294 Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper 1, 4.

⁴⁰ Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'e yönelik müzakere aşamalarında göçmen kaçakçılığının tanımında kâr (*profit*) terimi mali veya diğer maddi menfaat terimi ile değiştirilmiştir. Bu değişiklik, mali veya diğer maddi menfaat kavramının kaçakçılığı gerçekleştiren kişi ile göçmen arasındaki ticari ilişki ile insani yönü (*human dimension*) bulandırtarak bir gri alan oluşturması nedeniyle eleştirilmiştir. Metnin suç sayılan davranışı doğru bir şekilde sınırlandırmadığı yönündeki eleştirilere engel olmak adına, Protokol'e ilişkin Yorum Notu'nda, tanımın "*mali veya diğer maddi menfaat*" unsurunun, kâr amaçlı hareket eden örgütlü suç gruplarının faaliyetlerini kapsadığı ve insani nedenlerle veya yakın aile bağları temelinde göçmenlere destek sağlayanların faaliyetleri hariç bıraktığı açıklanmıştır. Schloenhardt/Dale, (n 29) 136.

⁴¹ Göçmen kaçakçılığı için mali veya diğer maddi menfaat elde etme amacının aranması durumunda dahi göçmen kaçakçılığı tanımının hâlâ esnek olması ve eleştirilmesine ilişkin bkz. Rodrik (n 2) 102. Oxford Mülteci Çalışmaları Merkezi, Protokol'deki menfaat kriteri karşısında insani yardımın sınırlanmasının sorunlu olduğunu, zira menfaat için hareket etmenin insancıl olamayacağı öncülüne dayandığını, insani yardım kuruluşları tarafından istihdam edilen kişiler gibi, insani gerekçelerle faaliyet gösteren kişilere çalışmalar için ödeme yapılabileceğini belirtmiştir. Rodrik (n 2) 102.

⁴² United Nations General Assembly, Fifty-fifth session (Agenda item 105), Report of the Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime on the work of its first to eleventh sessions, Interpretative notes for the official records (travaux préparatoires) of the negotiation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto (A/55/383/Add.1) 3 November 2000, para 3.

⁴³ Doğan (n 1) 160.

⁴⁴ UNODC, Model Law against the Smuggling of Migrants (United Nations: New York, 2010), 14. Kabul edilmesinden bu yana Protokol, onaylanmasını teşvik etmek ve devletlerin düzenlemeleri iç hukuka aktarmalarını kolaylaştırmak için bağlayıcı olmayan uluslararası uygulama kılavuzları ile tamamlanmıştır. Bunlardan biri olan Model Kanun, Protokol'de belirtilen temel yasal gereklilikleri açıklayarak taraf devletlere yardımcı olmak için geliştirilmiştir. Schloenhardt/Dale, (n 29) 136.

⁴⁵ UNODC, Model Law, 13.

⁴⁶ ibid.

⁴⁷ Örnek için bkz. Aytekin İnceoğlu, (n 4) 409-410.

⁴⁸ Doğan (n 1) 160.

şekilde sevgi, dayanışma, destek olma, acıma gibi nedenler ya da sosyal ya da siyasî sebepler de maddi menfaat bakımından dikkate alınmaz⁴⁹.

Menfaatin haksız olması gerekmemektedir. Bu nedenle ev sahibinin evini rayiç bedelden kaçak olduğunu bildiği göçmenlere kiralaması örneğinde, bu suçun oluştuğu kabul edilmelidir⁵⁰. Benzer şekilde seyahat acentesi sahibinin bedeli karşılığında göçmenin yasa dışı yollarla ülkeye girmesini sağlaması halinde suç oluşur⁵¹. Bununla birlikte *kâr amacı gütmeksizin, yardım ettiği göçmenlerden, katlandığı masrafları çıkarmak için ve bunu aşmayacak şekilde maddi menfaat elde eden kişinin ise* suçun manevi unsuru oluşmadığından sorumluluğu söz konusu olmayacaktır⁵². Sözü edilen durum bu şekildeki göçmenlere insani yardım amacıyla hareket eden ve kâr amacı gütmeyen sivil toplum kuruluşları bakımından da geçerlidir. İlgili kuruluşlar insani gerekçelere dayalı olarak hareket edebilirler, ancak bu kapsamda masrafların karşılanmasını isteyebilirler. Mültecilere yardım amacıyla kurulan Team Humanity üzerinden örnek veren *Landry*, maddi menfaat ölçütünün kâr odaklı olacak şekilde⁵³ ifade edilmemesinin bu tür durumlar bakımından gri alan oluşturduğuna dikkat çekmiştir⁵⁴. Maddi menfaat temin etme ölçütünün aşkın kazanç ile sınırlandırılması gerekliliği, belli hizmet sağlayıcılarının bu hizmetin standart bedelini göçmenlerden temin etmesi şeklinde gerçekleşen durumlar bakımından da önem taşımaktadır. Konuya ilişkin Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin önüne gelen bir davada, mültecilerin Macaristan'dan Avusturya'ya sınırı geçmesine yardım eden bir taksi şoförünün, sağlanan hizmet için standart ücretler uygulamasından dolayı göçmen kaçakçılığı kapsamında yargılanamayacağı sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla hizmet karşılığı elde edilen bedel, katlanılan masrafa ilişkin olup sebepsiz zenginleşme anlamında kişisel çıkar teşkil etmemektedir. Maddi menfaat kapsamındaki bu sınırlamanın varlığı özellikle barınma veya yemek için standart ücretler uygulayan Birlik genelindeki sivil toplum kuruluşları bakımından daha güvenceli görülmektedir⁵⁵.

Söz konusu kriterle birlikte Protokol'ün hazırlık çalışmalarında da belirtildiği üzere, Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün 3. maddesinin aile üyelerini veya dini ya da sivil toplum kuruluşları gibi destek gruplarını cezadan muaf tutmayı amaçladığı⁵⁶ şeklindeki çıkarım tutarlıdır ve bu çalışma bağlamında önemli bir dayanak noktasını oluşturmaktadır. Kâr amacı güden yardımın insani nitelikte olamayacağı esas teşkil etmektedir. Hazırlık çalışmalarında bireysel nitelikteki insani yardımlar konusunda ayrıca bir açıklamaya yer verilmemiş⁵⁷ olsa da, hükmün amacı ve hazırlık çalışmalarında ileri sürülen yaklaşım çerçevesinde bu nitelikteki yardımların da cezasızlık kapsamında değerlendirilmesi çelişki ortaya çıkarmayacaktır. Kaldı ki Protokol örgütlü suç grupları tarafından gerçekleştirilen göçmen kaçakçılığını merkeze almıştır. Kişinin yakın aile bağları veya insani sebeplerle göçmen kaçakçılığına olanak sağlaması veya kişinin yasa dışı girişini ya da kalışını sağlaması, Protokol bağlamında göçmen kaçakçılığı tanımına uymamaktadır⁵⁸.

⁴⁹ Kangel, 'Göçmen Kaçakçılığı' (n 3) 251. Göçmen kaçakçılığının terör veya terör örgütlerine destek sağlamak amacıyla gerçekleştirilmesine ilişkin değerlendirme için bkz. ibid, 252; Önder/Saydam, (n 25) 5.

⁵⁰ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (20. Bası, Seçkin 2022) 105. Aynı yönde Kangel, 'Göçmen Kaçakçılığı' (n 3) 253; Doğan (n 1) 161. Bununla birlikte *Erel* farklı yönde bir değerlendirmede bulunmuştur. Yazara göre, ülkede yasa dışı kalan yabancıyı bu durumunu bilerek, normal ücretini vererek, evinde, işyerinde çalıştırma halinde doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek amacıyla hareket edilmediği için bu suç oluşmayacaktır. "*Fail yabancının bu durumundan yararlanarak normal koşullarda ödemesi gerekenden çok düşük bir ücrete çalıştırmak, bunun karşılığında da ülkede kalmasını bu yolla sağlamak suretiyle maddi menfaat temin ediyorsa yani kazanç sağlama amacıyla hareket ediyorsa (diğer koşulların da varlığı halinde) bu suçun oluşabileceği düşünülebilir.*" Kemalettin Erel, 'Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu' (2007) 71, TBB Dergisi, 264, 276.

⁵¹ Doğan (n 1) 161. Konu hakkında ayrıca bkz. Aytekin İnceoğlu, (n 4) 401.

⁵² Tezcan/Erdem/Önok, (n 50) 107; Kangel, 'Göçmen Kaçakçılığı' (n 3) 255-256.

⁵³ İtalyan göç mevzuatında ilgili suç düzenlemesine yönelik menfaat ölçütü bakımından haksız kazanç (*unfair profit*) ifadesine yer verilmiş olup, yakın tarihli kararlarda, haksız kazancın yabancıya verilen bir zarardan kaynaklanması gerektiği fikrinin hâkim olma eğiliminde olduğu dikkat çekilmiştir (Militello/Spena, (n 5) 34). Yazar bu unsurdan hareketle, ilgili düzenlemenin Protokol'ün öngördüğü düzenleme karşısında daha çok göçmen lehine bir düzenleme olduğunu belirtmiştir. Haksız kazanç elde edilmesi ile amaçlanan, yabancı bu durumda olmasaydı, elde edilemeyecek olan ekonomik yararlarıdır ve yabancının yasa dışı konumda bulunmasından kaynaklı olarak mali anlamda yarar sağlama şeklinde kabul edilmelidir (ibid, 35). Yabancının hukuka aykırı durumda bulunması kazanç elde etmenin sebebinin teşkil etmektedir. Konu ile ilgili olarak İtalyan Yüksek Mahkemesi (*Italian Supreme Court*) tarafından kârın, haksız kazanç şeklinde anlaşılmasına yönelik verilen bir kararda kaçak göçmenlere barınmaları için yer teklif eden veya mülk kiralayan kişilerin cezai sorumluluğa sahip olabilmesi için, göçmenlere bilinçli olarak özellikle külfetli ve fahiş koşullar dayatması gerektiği belirtilmiştir. Italian Criminal Court of Cassation (Cassazione Penale, Sez. I) (2013) No 26457, 18 June 2013 (24 April 2013)'den aktaran Sergio Carrera/Valsamis Mitsilegas/Jennifer Allsopp/Lina Vosyliute, *Policing Humanitarianism: EU Policies Against Human Smuggling and Their Impact on Civil Society* (Oxford, London 2019), 61.

⁵⁴ Landry, (n 33) 8.

⁵⁵ Crackdown on NGOs assisting refugees and other migrants, Policy Option Brief (2019), 19.

⁵⁶ Carrera/Mitsilegas/Allsopp/Vosyliute, (n 53) 16. Protokol'de göçmen kaçakçılığı suçu bakımından mali veya diğer maddi menfaat unsurunun dâhil edilmesinin insani yardımın suç teşkil etmediği anlamına gelmeyeceğine ve bu duruma ilişkin ilgili mevzuata açık bir insani yardıma ilişkin muafiyet hükmünün eklenmesi gerekliliğine ilişkin bkz. Rodrik (n 2) 102, dp 114.

⁵⁷ Landry, (n 33) 8.

⁵⁸ Pablo Rodriguez Ocotrinillo, *Non-criminalization of smuggled migrants* (Notes on the interpretation of article 5 of the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air), UNCHR (2014), 11.

Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün 5. maddesine göre göçmenlerin suçun konusunu⁵⁹ ⁶⁰ oluşturmaları nedeniyle cezalandırılmayacakları hususu da bu çalışmada ele alınan konu bakımından önemli bir dayanak noktası teşkil etmektedir. Suçun gerçekleşmesi bağlamında birden fazla kişinin varlığının gerekli olması, suçun çok failli suç olduğunu göstermemektedir. Asgari iki kişinin varlığının gerekliliğinde bir kişi fail olmakla birlikte, diğer kişi suçun konusuna karşılık gelen göçmendir⁶¹. Göçmen kaçakçılığı suçunda kaçırılan kişi olarak göçmenin cezalandırılmayacağı esasını ilgili suç tipi ile sınırlı şekilde değerlendirmek gerekeceğinden, göçmenin belgede sahtecilik suçu gibi farklı suçlar işlemesi durumu cezasızlık kapsamında ele alınamayacaktır⁶². Protokol'ün 6. maddesinin 4. fıkrasında, taraf devletlere tanınan takdir yetkisi çerçevesinde Protokol'deki hiçbir hükmün, bir taraf devleti, kendi iç hukukuna göre eylemleri suç teşkil eden bir kişiye karşı önlem almaktan alıkoymayacağı düzenlemesini de 5. madde ile birlikte değerlendirerek bu takdir yetkisinin sınırlı olduğu kabul edilmelidir⁶³. Böyle bir durumda 6. maddesinin 4. fıkrasının, 5. maddeyi işlevsiz hale getirecek şekilde ele alınmamasına dikkat edilmelidir. Göçmenlerin yasa dışı olarak ülkeye girmeleri veya ülkede kalmaları bakımından cezalandırılmayacak olmaları, göçmenlerin göçmen kaçakçılığı suçundan dolayı fail olarak kabul edilemeyeceklerini ifade etmenin yanı sıra, göçmenlere maddi bir menfaat elde etme amacı olmaksızın yardım eden kişilerin de fail olarak cezalandırılmayacakları sonucunu ortaya çıkarmaktadır.

III. İzinsiz Giriş, Geçiş ve İkametin Kolaylaştırılmasını Önlemek İçin Cezai Çerçevenin Güçlendirilmesine İlişkin 2002 tarihli Avrupa Birliği Direktifi ve Çerçeve Kararına İlişkin Değerlendirme

A. Genel Bakış

Avrupa Birliği kapsamında düzensiz göçün kolaylaştırılmasına yönelik uygulanacak yaptırımlar bakımından önemli bir adım atılmıştır. 2002 tarihli *"İzinsiz Giriş, Geçiş Ve İkametin Kolaylaştırılmasını Önlemek İçin Cezai Çerçevenin Güçlendirilmesi"* konulu Direktif ve Çerçeve Kararı⁶⁴, Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ü uygulamayı, üye devletlerin mevzuatını koordine etmeyi ve düzensiz göçle mücadele etmeyi amaçlamakla⁶⁵ birlikte üye devletlerin, Birlik vatandaşı olmayan kişilerin izinsiz girişine

⁵⁹ Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'de, 12-13 Aralık 2000 tarihinde Palermo'da düzenlenen konferansta kabul edilen Sınırışın Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İnsan Ticaretinin Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına Dair Ek Protokol'den farklı olarak göçmenlerin suçun mağduru olduklarına ilişkin açık bir ifadeye yer verilmemiştir. Konu hakkında ayrıca bkz. Ocotrinillo (n 58) 2. Protokol'ü hazırlayanlar, İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol'ün ilgili amaç beyanında kullanılmış olmasına rağmen, Protokol'ün 2. maddesinde yer alan amaç beyanında mağdur teriminin kullanılmasının uygun olmadığına karar vermişlerdir (UNODC, Model Law, 20). Göçmen kaçakçılığı ile insan ticareti suçu arasındaki önemli bir ayrım noktası olarak öne çıkan rıza unsurunun bunda etkisi olduğu belirtilmektedir. Protokol md. 3-a'daki göçmen kaçakçılığının tanımı açıkça bir rıza unsuru içermese de tanım içinde rıza zımni bir unsur olarak kabul edilebilir (Aljehani, (n 29) 131). Nitekim Sınırışın Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (UNCTOC) uygulanmasına ilişkin yasama kılavuzunda da, bu unsurun göçmen kaçakçılığı ile insan ticareti arasındaki temel ayrımı oluşturduğu belirtilmektedir (Legislative Guide for the Implementation of the United Nations Convention against Transnational Organised Crime and the Protocols Thereto (United Nations: New York, 2004) para 30). Ülkeye yasa dışı girişin temini veya ülkede kalmanın sağlanmasına ilişkin kaçakçılığı gerçekleştiren kişi ile göçmen arasındaki rızaya dayalı anlaşma göçmen kaçakçılığı bakımından önemi arz etmekte iken, rızayı ortadan kaldıran tehdit, zorlama, baskı gibi nedenlere dayalı olan anlaşma insan ticaretinin unsuru olarak dikkate alınmaktadır. Bununla birlikte rıza unsuru her durumda göçmen kaçakçılığı ile insan ticareti arasında ayrımı ortaya koymak bakımından yeterli olmayabilir. Zira göçmen kaçakçılığı kapsamında rızanın, insan ticareti kapsamında değerlendirilebilecek bir zorlamadan etkilenip etkilenmediğine yönelik değerlendirme olayın şartlarına göre muğlak kalabilir (Aljehani, (n 29) 132). Olayın gerçekleşme koşullarına göre, göçmen kaçakçılığı şeklinde başlayan sürecin insan ticaretine dönüşmesi söz konusu olabileceği gibi, göçmen kaçakçılığının gerçekleşmesinden sonra ayrıca insan ticareti suçunun da işlenebilmesi mümkündür (Carrera/Mitsilegas/Allsopp/Vosyliute, (n 53) 17). Göçmen kaçakçılığında göçmenlerin gönüllülüğüne ilişkin değerlendirme için bkz. Militello/Spena, (n 5) 16. İnsan ticareti insanın zorla çalıştırılması, fuhuş sürüklenmesi, organlarının verilmesine zorlanması gibi kişinin sömürülmesine dayalı olduğundan, insan ticaretinin insani nedenlere dayalı olarak gerçekleştirilmesi gibi bir durumdaki söz edilmesi de mümkün olmaz. Liz Fekete/Frances Webber/Any Edmond-Pettitt, *Humanitarianism: The Unacceptable Face of Solidarity*, Institute of Race Relations (London 2017) 7.

⁶⁰ Göçmen kaçakçılığı karmaşık bir yapıya sahip olması nedeniyle suçun mağdurunun kim olduğu sorunu, üzerinde görüş birliğine varılmayan bir husustur. Göçmen kaçakçılığı suçunun mağduruna ilişkin değerlendirmeler için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, (n 50) 93 vd.; Kangal, "Göçmen Kaçakçılığı" (n 3) 234 vd.; Önder/Saydam, (n 25) 8. Doktrinde bir görüş, Protokol'ün md. 5 hükmünden hareketle konuya ilişkin şu şekilde bir değerlendirmede bulunmuştur: "... uluslararası sözleşmede göçmenlerin bu suçun hukuksal anlamda mağduru olduğu düşünülmeydi, bu suçtan cezai kovuşturmaya tâbi tutulmalarına ilişkin düzenlemeyi öngörmezdi. Sözleşmedeki bu düzenleme ile suçun sosyal bakımından mağduru konumundaki göçmenlerin ayrıca göçmen kaçakçılığı suçundan da cezai kovuşturmaya tâbi tutularak daha da mağdur edilmelerini önlemeyi amaçlandığı söylenebilir. Bu, göçmenlere yönelik bir suç ve ceza siyasetinin bir sonucudur." Erel, (n 50) 270. Benzer yönde bir değerlendirmeye Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol kapsamında 2010 yılında hazırlanan Model Kanun'da yer verilmiştir. "Kaçak göçmen tanımı, bu suçun konusu olan kişiyi ifade etmektedir. Bu Kanun tarafından suç sayılan davranışlar için 'mağdur' yerine 'konu' teriminin kullanılması Protokol ile uyumludur. Kaçırılan bir göçmen 'göçmen kaçakçılığı mağduru' olarak kabul edilmez, çünkü genellikle kişi bu fiil için rıza gösterir. Ancak, kaçak göçmenler kaçakçılık sırasında başka suçların da mağduru olabilirler. Örneğin, kaçakçılar tarafından göçmene karşı şiddet uygulanabilir veya hayatları tehlikeye atılabilir. Kaçak göçmenler, örneğin taşıma koşullarının çok tehlikeli olduğunu düşündükleri halde kaçakçılık sürecine devam etmeye zorlandıkları takdirde, kaçakçılık yapılmasına ilişkin rızalarını geri çekebilirler." UNODC, Model Law, 20.

⁶¹ Doğan (n 1) 231.

⁶² Ocotrinillo (n 58) 4. Göçmenlerin sahte bir belge temin etmek veya bulundurmaktan sorumlu tutulabileceğini Protokol kapsamında yer alan 6. madde üzerinden gerekçelendiren Pacurar, 5. maddenin, göçmenlerin 6. maddede belirtilen suç sayılacak fiillerden kovuşturmaya tâbi tutulamayacağını ifade etse de, 6. maddede sahte belge temin etmenin veya bulundurmanın "kaçakçılığa olanak sağlamak amacıyla işlendiğinde" suç sayılacağını belirtildiğine dikkat çekmiştir. Andi Pacurar, 'Smuggling, Detention and Expulsion of Irregular Migrants A Study on International Legal Norms, Standards and Practices' (2003) 5 European Journal of Migration and Law 259, 265.

⁶³ Farklı yönde değerlendirme için bkz. Mitsilegas, (n 39) 3.

⁶⁴ Avrupa Birliği üye devletlerinin düzensiz göçün kolaylaştırılmasını cezai yaptırımlarla ortadan kaldırma yükümlülüğü, 2002/90/EC Direktifi ve 2002/946/JHA Çerçeve Kararı kapsamındaki hükümlerden kaynaklanmaktadır. Bir bütün olarak Kolaylaştırıcılar Paketi'ni (*Facilitators Package*) özetleyen bu hükümler, Schengen Andlaşmasına katılan tüm üye devletler ve üye olmayan devletler (İzlanda, Norveç, İsviçre ve Lihtenştayn) için geçerlidir. Yasa dışı göçün kolaylaştırılmasını cezalandırma yükümlülüğü, başlangıçta, dış sınır kontrollerini sıkılaştırarak Avrupa bölgesindeki serbest dolaşımı dengelemek için getirilmiş olup, bu amaçla Schengen Andlaşması'nın 27. maddesinde yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, taraf devletler, bir yabancıyı taraf devletlerden birinin topraklarına girişine ve ikametine ilişkin yasalarını ihlal ederek, taraf devletlerden birinin topraklarına girmesine veya bu topraklarda ikamet etmesine mali kazanç sağlamak amacıyla yardım eden veya yardım etmeye çalışan herhangi bir kişiye uygun cezaları vermeyi taahhüt etmektedir. Stefano Zirulia, 'Is that a Smugger?: The Blurring Line between Facilitating Illegal Immigration and Providing Humanitarian Assistance at the European Borders' *Controlling Immigration Through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on 'Crimmigration'*, Eds Gian Luigi Gatta, Valsamis Mitsilegas, Stefano Zirulia (Oxford: Hart Publishing 2020), 237. Böylece 1990 yılında Schengen Andlaşması çerçevesinde Avrupa Birliği'ne üye devletler, insan kaçakçılarını ve sınırlarına yasa dışı giriş, geçiş veya ülkede kalışa yardımcı olanlara karşı suç saymayı, kazanç elde etmek için hareket etmekle sınırlamıştır. Fekete/Webber/Edmond-Pettitt, (n 59) 8.

⁶⁵ Rodrik (n 2) 107.

veya diğer bir ülkeye transit geçişine ya da ikametine⁶⁶ doğrudan veya dolaylı olarak yardım etme suçları düzenleyebilmesini⁶⁷ mümkün kılmaktadır. Bu yönüyle Direktif, davranışın suç sayılmasının doğrudan ulusal kanun yapma sürecinin bir sonucu olmadığını, bunun yanı sıra sınıraşan düzeydeki düzenlemelerin giderek daha fazla etkili olmaya başladığının⁶⁸ örneğini teşkil etmektedir. Direktif'te *göçmen* kavramına yer verilmemiş ve *üye devlet vatandaşı olmayan kişi* kavramı benimsenerek Direktif kapsamında suç teşkil eden fiillerin belirlenmesinde vatandaş-yabancı ayrımı esas alınmıştır.

İlgili fiillere geçmeden önce belirtmelidir ki, Direktif, devletlerin, ilgili göçmenlik mevzuatını ihlal ederek yabancıların bir üye devletin topraklarına girişini veya diğer bir üye devlete geçişini⁶⁹ kolaylaştıran herkese karşı uygun yaptırımları öngörmesini gerektirirken; Çerçeve Kararı, Direktif çerçevesinde yer alan hukuka aykırı fiiller bakımından ceza hukuku yaptırımlarının kabul edilmesi gerekliliğini açıklığa kavuşturmuştur⁷⁰. İlgili Konsey Çerçeve Kararı kolaylaştırma suçları için cezaların yanı sıra suçun işlendiği sırada mesleki faaliyetten yararlanması halinde bu faaliyetin uygulanması yasağı, suçla bağlantılı ulaşım araçlarına el koyma, göçmenin sınır dışı edilmesi, suçun tüzel kişinin faaliyetleri çerçevesinde işlenmesi halinde tüzel kişiye özgü yaptırımların uygulanması⁷¹ gibi diğer yaptırımların da söz konusu olabileceğini içermektedir.

Direktif çerçevesinde yaptırıma tâbi kılınması gereken fiiller bakımından konuyu 3 ayrı kapsamda ele almak gerekir. Öncelikle maddi kazanç veya diğer maddi menfaat elde edilmediği durumlar da dâhil olmak üzere bir üye devletin vatandaşı olmayan bir kişiye, ilgili devletin yabancıların girişine veya transit geçişine ilişkin yasalarını ihlal ederek ülkesine girmesine veya ülkesinden transit geçmesine kasten yardım eden kişiye cezai yaptırım uygulanması şart koşulmaktadır. Ülkeye yasa dışı girişin kolaylaştırılması (*facilitation of entry*) şeklinde ifade edilen bu durumda söz konusu fiillerin hangi amaçla gerçekleştirildiği hususu, Birliğin haksızlığın belirlenmesine ilişkin yaklaşımında talî nitelik arz etmektedir⁷². Maddi bir menfaat amacı bulunmaksızın yasa dışı girişi kolaylaştırma suçuna ilişkin uygulanacak yaptırımın türü ve miktarı bakımından belirleme, devletlerin takdirine bırakılmakla birlikte⁷³, yasa dışı girişin kolaylaştırılmasında maddi menfaat amacının varlığı ve ayrıca fiilin suç örgütü çerçevesinde gerçekleştirilmesi veya göçmenlerin hayatının tehlikeye atılması⁷⁴ halinde, hapis cezasının öngörülmesi gerekecektir⁷⁵.

İkinci olarak, Direktif üye devletlere, maddi kazanç (*financial gain*) için, üye devletin vatandaşı olmayan bir kişinin, yasaları ihlal ederek bir üye devletin topraklarında ikamet etmesine kasten yardım eden kişiye de cezai yaptırım öngörülmesini gerektirmektedir⁷⁶. Ülkede yasa dışı kalmaya imkân sağlamak, devlet mevzuatına aykırı şekilde ülkeye girmiş olanların herhangi bir şekilde himaye edilmesi anlamına geldiği gibi, ülkeye mevzuata uygun şekilde girmiş olmakla birlikte, ülkede kalmak bakımından gerekli izni bulunmayan kişilere sınır dışı edilmemeleri için kalacak yer sağlanması, görevlilerce takibini zorlaştırmak için bu kişilerin ülke içinde değişik yerlere götürülmesi veya saklanması⁷⁷ ya da kişilere iş verilmesi şeklinde yardım edilmesini de kapsamaktadır⁷⁸. Yasa dışı göçü kolaylaştırma suçu kapsamındaki bu fiil kesintisiz suç özelliği gösterdiğinden kişinin ülkede yaşamını idame ettirebilmesi bakımından etkili olabilecek şekildeki kolaylaştırma önem arz etmekte olup, kişiye menfaat karşılığında bir kez yiyecek verilmesi veya bir gecelik kalacak yer temini suçun gerçekleşmesi bakımından yeterli değildir⁷⁹. Ülkede yasa dışı kalmanın kolaylaştırılması bakımından maddi kazanç ölçütünün kabul edilmiş olması, özellikle göçmenlerin sorunlarıyla ilgilenmek için

⁶⁶ Kişilerin ülkeye yasa dışı girişinin veya ülkede yasa dışı kalışının tespitinde her bir üye devletin iç mevzuatı belirleyici olacaktır. Üye devletlerin konuya ilişkin mevzuatlarının açık olmadığı yönünde değerlendirme için bkz. Provera, (n 5) 4.

⁶⁷ Nitekim Fransa'da 2004 yılında ülkeye yasa dışı girişi ve ikameti kolaylaştırma Yabancıların Girişi ve İkameti ve Sığınma Hakkı Kanunu'nun Teşri Kısım ile ilgili 2004 tarihli Kanun Hükmünde Kararname'de düzenlenmiştir. İlgili düzenleme uyarınca (md. L. 622-1) *bir yabancının Fransa'ya yasal olmayan yollardan girmesini, Fransa'da dolaşmasını veya ikamet etmesini doğrudan ya da dolaylı yardımlarıyla kolaylaştıran veya kolaylaştırmaya teşebbüs eden herkesin beş yıl hapis ve 30.000 Euro adli para cezası ile cezalandırılması* öngörülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kangal, 'Göçmen Kaçakçılığı' (n 3) 227.

⁶⁸ Jannemieke W. Ouwkerk, 'Criminalisation as a Last Resort: A National Principle Under the Pressure of Europeanisation?' (2012) 3 (3-4) New Journal of European Criminal Law, 229.

⁶⁹ Birliğe üye devletler arasında yasa dışı geçişin sağlanmasının Direktif'te kalıcı geçiş ve geçici geçiş arasında ayrım yapılmadığından hareketle, ne şekilde gerçekleştiğinin öneminin olmadığı belirtilmektedir. Ancak bazı yargı kararlarında geçişi kolaylaştırmanın yalnızca diğer üye devletlerden geçerek yasa dışı göçmeni ülkesine geri göndermeyi amaçladığında, göçle mücadeleyle ilişkin bir zarara neden olmayacağına dikkat çekilerek cezalandırılmaması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Militello/Spena, (n 5) 21.

⁷⁰ Zirulia, (n 64) 238.

⁷¹ Çerçeve Karar, kapsamını gerçek kişilerin ötesine geçerek tüzel kişilere yönelik yaptırımları da içerecek şekilde genişletmiştir (Provera, (n 5) 12). Nitekim konuya ilişkin Hırvatistan'da yaşanan bir olayda mülteci haklarına odaklanan bir sivil toplum grubunun bir gönüllüsü, Afgan bir ailenin yetkili merciden sığınma talebinde bulunduğu sırada gözlemci olarak bulunduğu için yasa dışı göçü kolaylaştırmakla suçlanmıştır. Hırvat makamları, kişiye ilgili mevzuat çerçevesinde hapis cezasının üst sınırdan verilmesini, örgütün çalışmalarının yasaklanmasını ve 43.000 Euro'luk para cezasını talep etmiştir. Rodrik (n 2) 97.

⁷² Spena, 'Human Smuggling' (n 37) 5. Spena düzenlemenin, kaçak göçmenlerin kaçakçılığı gerçekleştiren kişilerin tarafından herhangi bir şekilde zarar görmesine veya sömürülmesine yönelik hareketlerden bağımsız olarak kaleme alındığına dikkat çekerek bunun, göçmenlerin korunmasından ziyade devlet çıkarlarının korunmasının ön planda tutulduğunun göstergesi olduğunu ileri sürmüştür. Militello/Spena, (n 5) 49.

⁷³ Nitekim Hollanda Ceza Kanunu md. 197'de insan kaçakçılığı suçu düzenlenmiş olup, herhangi bir menfaat unsuruna yer verilmemiştir.

⁷⁴ Söz konusu düzenlemenin göçmenlerin hayatını tehlikeye atma durumu ile sınırlandırılmasının göçmen haklarına yeterli önemin verilmeyeceği anlamını ortaya çıkardığına yönelik eleştiriler için bkz. Spena, 'Human Smuggling' (n 37) 36.

⁷⁵ Direktif kapsamında maddi menfaat elde etme amacıyla hareket etsin veya etmesin, bir göçmenin yasa dışı yollarla Birlik üyesi devletin ülkesine girmesine veya bir diğer Birlik üyesi devletin ülkesine transit geçmesine kasten yardım etme şeklindeki bu hükme Yunanistan, İngiltere, Macaristan ve İtalya'nın iç hukuk düzenlemelerinde yer verilmiş olup, maddi menfaat temin edilmesi amacı suçun daha fazla cezayı gerektiren şekli olarak düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Carrera/Mitsilegas/Allsopp/Vosyliute, (n 53) 16.

⁷⁶ Ülkede yasa dışı kalışın kolaylaştırılması noktasında Birliğe üye devletler arasında bir tutarlılıktan söz edilememektedir. Bazı üye devletler maddi menfaat temininin bulunması yönünde düzenlemeye yer vermişken, bazı üye devletler böyle bir amacın bulunmasına sonuç bağlamamıştır. Örneğin, Yunan mevzuatında kalışın kolaylaştırılmasının suç teşkil etmesi için maddi menfaat unsuruna gerek yokken; İtalyan, Macar mevzuatlarında mali veya diğer maddi menfaat amacı gereklidir. Carrera/Mitsilegas/Allsopp/Vosyliute, (n 53) 16.

⁷⁷ Kangal, 'Göçmen Kaçakçılığı' (n 3) 242.

⁷⁸ Tezcan/Erdem/Önok, (n 50) 99.

⁷⁹ Kangal, 'Göçmen Kaçakçılığı' (n 3) 233.

kurulmuş olan ulusal veya uluslararası kuruluşlar bakımından önem taşımaktadır. Zira bu amaçla hareket eden ilgili kuruluşlar bağlamında tipe uygun hareketin gerçekleştiğinden söz edilemeyecektir⁸⁰. Direktif'teki düzenlemeler çerçevesinde ülkede yasa dışı kalışı kolaylaştırmanın, ülkeye yasa dışı girişi kolaylaştırmaya nazaran haksızlık içeriği daha az fiil olarak dikkate alındığı sonucuna ulaşılmaktadır⁸¹.

Direktif'te yer alan her iki kolaylaştırma hareketi bakımından dikkat edilmesi gereken husus, göçmenlerin ülkeye yasa dışı girişini sağlayanlara yardım edilmesinin yaptırım altına alınması değil, ülkeye yasa dışı giren göçmenlere yardım edilmesinin cezaî yaptırıma tâbi tutulmasıdır. Bu yönüyle Direktif, göçmen kaçakçılığı suçu bakımından suçun konusu ve bazı durumlarda suçun mağduru konumundaki göçmeni adeta suçun faili konumunda kabul etmiş olmaktadır⁸². Bu şekildeki kolaylaştırma hareketleri özü itibarıyla yardım etme teşkil edebilecekken, bunları bağımsız olarak cezalandırılması gereken suç tipi olarak değerlendirmek gerekecektir. Belirtilmelidir ki, ne Direktif ne de Çerçeve Kararı, düzensiz göçün cezalandırılmasına, diğer bir ifadeyle ülkeye yasa dışı giren veya ülkede yasa dışı kalan kişilerin cezalandırılmasına yönelik açık bir düzenleme içermektedir. Bununla birlikte devletlere göçmenin cezalandırılmayacağına ilişkin düzenleme yapma yükümlülüğü de öngörülmüş değildir⁸³.

Son olarak, ülkeye yasa dışı girmeyi kolaylaştırma hareketinin amacının ilgili kişiye insani yardım sağlamak olduğu durumlarda, yani insani yardıma erişimi kolaylaştıran kişi ve kuruluşlara karşı cezaî yaptırımların uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin asıl karar, her bir üye devletin takdirine bırakılmıştır⁸⁴. Böylece Birlik kapsamında devletler, durumla ilişkili olarak iç mevzuatı yürürlüğe koyarken, insani yardımın cezalandırılmaması hükmüne yer vermeyi tercih edebilecekleri gibi, tanımı istedikleri gibi yorumlayıp geliştirme işini mahkemelere de bırakabilirler. Birliğe üye devletlere cezalandırma alanı olarak takdir yetkisi bırakılan bu durum, ceza hukuku yaptırımına tâbi tutulabilir göçmen kaçakçılığını oldukça genişletmektedir. Bu anlamda devletlere çok geniş bir takdir yetkisi tanınarak⁸⁵ özellikle sivil toplum alanlarının sınırlandırılmasında istenmeyen sonuçların ortaya çıkmasına zemin hazırlanmıştır⁸⁶. Bu aynı zamanda devletler arasında sadece yaptırım türlerinde farklılaşmayı ortaya çıkarmayacak olup, aynı duruma ilişkin cezalandırma-cezasızlık şeklinde birbirinin zıddı sonuçları mümkün kılabilir.

Direktif cezalandırılabilirlik alanının insani yardım ile sınırlanabileceğine yer vererek, hem insani yardım kavramını ön plana çıkarmış hem de insani yardımın cezalandırılmasını kesin olarak engellemeyerek, doktrinde dayanışma suçları (*crimes of solidarity*)⁸⁷ şeklinde ifade edilen konuyu gündeme getirmiştir. Bu şekilde adlandırılmasının nedeni, göçmenlere resmî veya gayri resmî olarak gıda, eğitim, barınak, yasal tavsiye veya daha güvenli bir yere ya da varış güzergâhına ulaşım gibi yardım ve hizmetler sağlama veya göçmenlerin bu yardım ve hizmetlere ulaşmalarına yardımcı olma⁸⁸ ile karakterize olan göçmenlerle dayanışma esasına dayanmasıdır. Böylece sadece tehlikede olanları kurtarma ya da yoksulluğu giderme şeklindeki yardımlar ile sınırlı olmayıp, bu tür yardımlar da insani yardım kapsamında yer almaktadır. Diğer bir ifadeyle, insani yardım düzensiz göçmenlerin ülkeye yasa dışı girişini veya ülkede yasa dışı kalışını kolaylaştıran hareketlerin göçmenlere yardım sağlama amacıyla gerçekleştirilmesidir.

Avrupa'ya göç etmek isteyenlerin büyük bir kısmının, zorlayıcı yaşam koşullarından kaçmaya çalışan yoksul devlet vatandaşları olduğu dikkate alındığında, göç bu kişiler için asgari düzeyde de olsa destek elde etme yolu olarak önem taşımaktadır⁸⁹. Düzensiz göç kapsamında kişiler ülkeye girmeleri, ülkede barınmaları veya hayatlarını sürdürebilmeleri konusunda yardıma ihtiyaç duymaktadır⁹⁰. Bu noktada göçmenlerin ülkede kalmasını sağlamaya yönelik yardımlar maddî menfaat karşılığında olabildiği gibi, herhangi bir menfaat gözetmeksizin desteğin sağlanması şeklinde de gerçekleştirilebilir. Göçmenin ülkede kalmasına imkân

⁸⁰ Kangal, 'Göçmen Kaçakçılığı' (n 3) 244.

⁸¹ Militello/Spena, (n 5) 23. Yazarlar, yasa dışı göçü kolaylaştırmanın her iki şekli bakımından amaçlanan aynı olmasına rağmen, böyle bir ayrımın öngörülmesinin izahının güç olduğunu belirtmişlerdir. Buna yönelik olarak yasa dışı göçü kolaylaştırmada birincil amacın bu yasa dışı müdahalenin doğurabileceği sonuçların önlenmesi yani devletlerin kamu düzeninin korunmasından ziyade sınırlarını korumak şeklinde biçimsel bir yaklaşıma ilişkin değerlendirme için bkz. ibid 24. Uygulamada ülkeye yasa dışı girişi kolaylaştırma ile ülkede yasa dışı kalışı kolaylaştırma arasında yapılan ayrımın bulanık olduğu ve yasal belirsizliği artırdığı ileri sürülmektedir. Carmine Conte/Lina Vosyliute, Crackdown on NGOs assisting refugees and other migrants, Policy Option Brief (2019), 21.

⁸² Militello ve Spena, Direktif'te yer alan düzenlemeler bağlamında Birliğin konuya bakiş açısının suç ortaklığı yaklaşımı (*complicity approach*) şeklinde ifade edilebileceğini belirterek, göçmen kaçakçılığına yönelik suç ortaklığı yaklaşımının, Birliğin son yıllardaki göçe yönelik genel yaklaşımının mantıksal sonucu olduğuna ifade etmişlerdir. Bu yaklaşımın ise temelde üye devletler arasındaki iç sınırları açmaya karşı bir önlem olarak Birliğin dış sınırlarını güvence altına alma ihtiyacından kaynaklandığına dikkat çekmişlerdir. Militello/Spena, (n 5) 44-5.

⁸³ Spena, 'Human Smuggling' (n 37) 35. Bununla birlikte yazar, ülkeye yasa dışı girişin veya ülkede kalışın kolaylaştırılmasının haksızlık teşkil etmesinin temelinde yer alan hususun yasa dışı giriş veya kalış olduğuna dikkat edilmesi gerektiğine vurgu yapmıştır (ibid).

⁸⁴ Carrera/Mitsilegas/Allsopp/Vosyliute, (n 53) 15.

⁸⁵ Nitekim doktrinde bir görüş bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: "Bu hükümlerin kapsamı, aynı zamanda üye devletlere, göçmenin ülkeye yasa dışı girişini veya ülkede kalışını kolaylaştıran kişi tarafından izlenen amacın dikkate alınmasını gerektirmeden, esasen göçmenlik mevzuatının idari hükümlerinin ihlali olan herhangi bir yardım biçimini kovuşturma yükümlülüğü getirdiğinden çok geniş kalmaktadır." Görüş için bkz. Zirulia, (n 64) 239. Diğer bir görüş ise konuya ilişkin, bu durumda bile üye devletin takdir yetkisinin tamamen sınırsız olmadığına, devletin hem düzensiz göçmenlerle dayanışma içinde olanlara hem de düzensiz göçmenlerin kendilerine yönelik temel insan hakları yükümlülükleriyle uyumlu hareket etmesi gerektiğine dikkat çekmiştir. Provera, (n 5) 9.

⁸⁶ Carrera/Mitsilegas/Allsopp/Vosyliute, (n 53) 20. Benzer şekilde doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, düzenleme ile, ilgili devletin muafiyet öngörmesi halinde yasa dışı göçü insani amaçlarla kolaylaştıran kişilerin gerçekleştirdikleri hareket nedeniyle cezalandırılmaları mümkün kılınmakla birlikte, söz konusu durum potansiyel yardımcıların yardımını riskli hale getirerek insani yardım kapsamında göçmenlerin kendilerine ihtiyacı bulunması halinde bundan yoksun kalmalarına neden olacaktır. Spena, 'Human Smuggling' (n 37) 36.

⁸⁷ Tazzioli/Walters, (n 9) 175 vd.

⁸⁸ Rodrik (n 2) 87.

⁸⁹ Alessandro Spena, 'Iniuria Migrandi: Criminalization of Immigrants and the Basic Principles of the Criminal Law' (2014) 8 Criminal Law and Philosophy, 635, 637.

⁹⁰ ABİA md. 214'e göre, doğal veya insan kaynaklı felaketlerden kaynaklanan durumlar nedeniyle mağdur olan üçüncü ülkelerdeki kişilere yönelik insani ihtiyaçların karşılanması amacıyla ad hoc yardımların yapılması ve bu kişilerin korunmalarının sağlanması gerekir. Birlik kapsamında insani yardım operasyonlarının uluslararası hukuk ilkelerine ve tarafsızlık,

sağlanması, sadece kişiye barınacak yer temini ile sınırlı olmayıp, kişinin ülkede karşılaşabileceği sorunların giderilmesini de kapsamaktadır. Direktif ülkede yasa dışı kalışı kolaylaştırmayı maddi kazanç ölçütü ile sınırlamışsa da yasa dışı girişi kolaylaştırma bakımından sınırlama getirmemesi nedeniyle, insani nedenlerle göçmenin sınırı geçmesine yardım edilmesi Birlik bakımından önem taşımaktadır. Birlik kapsamında yer alan ülkeler arasında geçiş konusunda göçmenlere yardım sağlanmasının ne şekilde konumlandırılması gerektiği sorunu tartışılmaktadır. Birliğin iç sınırları bakımından, özellikle İtalya ile Fransa arasında veya Macaristan ve Avusturya, Almanya arasında ya da Danimarka ve İsveç arasında yahut Yunanistan ve diğer ülkeler arasındaki geçişlerde aile ilişkileri veya salt dayanışma temelinde yardımların verildiği bu tür durumlar meydana gelmiştir⁹¹. Nitekim Birlik sınırları içinde geçiş halindeki göçmenleri desteklemek için dayanışma uygulamalarının yoğun bir şekilde gerçekleştiği Fransa-İtalya sınırındaki bir olayda, bir Fransız'ın mültecileri barındırmasının ve sınırı geçmelerinde yardımcı olmasının ceza davasına konu edilmesi gündem olmuştur⁹². Benzer şekilde 2007'de yaşanan diğer bir olayda, iki Tunuslu balıkçı teknesinin yedi kişilik mürettebatı, botları batmak üzere olan kırk dört kişilik bir göçmen grubunu kurtardıktan sonra Sicilya'da gözaltına alınarak yasa dışı göçü kolaylaştırmak suçundan yargılanmışlar ve bu süreçte geçim kaynakları olan teknelerine de el konulmuştur⁹³. Özellikle 2015 yılından itibaren göçmenlerin yasa dışı girişini veya geçişini kolaylaştırma yasağı kapsamındaki suçlar bakımından başlatılan kovuşturmalarda sivil toplum kuruluşlarının üyeleri, gönüllüler, aktivistler, göçmen aileleri, gazeteciler, din görevlileri (*religious*) para cezalarından birkaç yıl hapis cezasına kadar olacak şekilde türü ve ağırlığı değişen yaptırım istemleriyle yargılanmışlardır⁹⁴.

İnsani yardıma ilişkin ulusal mevzuatta hüküm bulunması veya bulunmama da mahkeme kararlarında dikkate alınması sorunun çözümü bakımından yeterli değildir. Hangi aşamadan itibaren fiilin insani yardım çerçevesinde cezasızlık alanından çıkıp suç teşkil eden yasa dışı girişi veya kalışı kolaylaştırma teşkil ettiğinin belirlenmesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, ülkeye yasa dışı giren veya ülkede yasa dışı kalan göçmenle dayanışma içinde hareket eden kişi veya kuruluş ve dayanışma eyleminin kendisi bakımından yapılacak değerlendirme⁹⁵ dayanışmanın kapsamı açısından önem arz etmektedir. Söz konusu Direktif, insani yardımın nasıl tanımlanması gerektiğine dair herhangi bir açıklama içermemesi nedeni ile de sorun teşkil etmektedir. Nitekim bu Direktif uyarınca belgesiz, belgeleri tam olmayan veya henüz sığınma talebinde bulunduğunu kanıtlayamayan göçmene yönelik herhangi bir kasıtlı yardımın suç teşkil eden hareket olarak kabulüne izin verilmektedir⁹⁶.

Bu noktada insani yardımın kapsamının belirlenmesi konusunda farklı ihtimaller⁹⁷ ileri sürülmektedir. İnsani yardımın çerçevesinin belirlenmesi konusunda ileri sürülen ölçütler insani yardımın cezalandırılmamasını öngören devlet uygulamalarında farklılık göstermektedir. İnsani yardımın⁹⁸ cezasızlık kapsamında ele alınması konusunda yaklaşım benimseyen bazı devletler, uygulamada insani yardımın kapsamını daraltmak suretiyle cezalandırılabilirlik alanını genişletme yoluna gitmektedirler. Nitekim İtalya'da insani yardım ancak zorunluluk durumunun (*state of necessity*) varlığı halinde göçmenlerin yasa dışı giriş veya kalışına yardım etme olarak cezalandırılmayacaktır. Böylece örneğin, insanların aç kalmasına, donmasına veya önlenebilir ölümlere maruz kalmasına izin vermemek şeklinde denizde kurtarma ve insan onurunun ve fiziksel bütünlüğün korunması⁹⁹ gibi durumlar ile

yansızlık ve ayrımcılık yapmama ilkelerine uygun olarak yürütüleceği kabul edilmiştir. Bu bağlamda insani yardım ceza tehdidi altında bırakan Direktif'in ilgili düzenlemesi ile paralellikten söz edilememektedir. Rodrik (n 2) 108.

⁹¹ Zirulia, (n 64) 250.

⁹² Tazzioli/Walters, (n 9) 175-90. Nitekim 2017'deki benzer bir olayda da Fransa-İtalya sınırındaki göçmenlerin tespit edilmeden Fransa'ya daha fazla ilerlemelerine yardımcı olan bir grup gönüllüye başkanlık eden Fransız çiftçi Cedric Herrou, Fransız Yabancı Kişilerin Girişi ve İkameti Yasası'nın L622-1 maddesi ve Birliğin 2002 tarihli Direktifi uyarınca göçmenlerin yasa dışı düzensiz girişini ve ikametini kolaylaştırmak kapsamında "bir yabancı uyruklu kişinin Fransa'ya yasa dışı girişini veya ikametini" doğrudan veya dolaylı olarak kolaylaştırmak veya kolaylaştırmaya çalışmaktan dolayı beş yıla kadar hapis ve 30.000 Euro para cezası istemi ile yargılanmıştır. Hakkında verilen 3000 Euro para cezası ve ertelenen 4 aylık hapis cezası üzerine yapılan üç derece yargılamasında sanığın fiili, göçmenleri, göçmenlikle ilgili yasal düzenlemeleri uygulamak için kullanılan kamu yetkililerinin kontrollerinden korumayı amaçlayan bir çabanın parçası olarak kabul edilmiştir. İlgili yasal mevzuata ilişkin hükümler ihlal edilmek suretiyle gerçekleştirilen fiilin, kabul edilebilir insani gerekçe olarak nitelendirilemeyeceği tespit edilmiştir. Herrou, yasa dışı göçü kolaylaştırma olarak nitelendirilen fiilin Fransız anayasal ilkelerine aykırılık teşkil ettiği iddiasıyla Fransız Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Mahkeme, Temmuz 2018 tarihli kararında "kardeşlik ilkesiyle, yardım edilen kişinin yasal olarak Fransız topraklarında ikamet edip etmediği dikkate alınmaksızın insani nedenlerle birbirine yardım etme özgürlüğünün" anlaşılması gerektiğini vurgulamıştır. Bir (düzensiz) göçmenin serbest dolaşımına yönelik, insani nedenlerle olduğu durumlar da dâhil olmak üzere, her türlü yardımın, suç teşkil eden izinsiz ikamete yardımın tamamlayıcısı olarak suç sayılmasının, kardeşlik ilkesi ve kamu düzenini koruma amacıyla dengeli bir uzlaşma sağlayamadığı belirtilmiştir. Yargıtay, Anayasa Mahkemesi'nin kararının ardından cezanın kaldırılmasına karar vermiş olsa da Lyon Üst Derece Mahkemesi'ndeki yeniden yargılanmasında Başsavcı insani yardım muafiyetinin hala yasa dışı girişin kolaylaştırılması için geçerli olmadığını ileri sürerek cezanın kaldırılmasına itiraz etmiştir ancak Mahkeme beraatine karar vermiştir (Rodrik (n 2) 113 vd.) Söz konusu olay Fransa'da insani yardım muafiyetinin başlangıçta yasa dışı kalışı kolaylaştırmak için tanınmış olmasına karşın, *Cédric Herrou* davasında verilen kararın ardından, geçiş sürecini kolaylaştıracak şekilde genişletilmesine sebep olması nedeniyle oldukça önemlidir (Zirulia, (n 64) 241).

⁹³ Fekete/Webber/Edmond-Pettitt, (n 59) 3. Karar, çalışmanın son bölümünde daha detaylı bir biçimde ele alınacaktır.

⁹⁴ Zirulia, (n 64) 242. Konuyla ilgili yapılan araştırmada, gelen mülteci ve göçmenlerin sayısının 2015'ten önce tahmin edilen seviyelere göre önemli ölçüde düşmesine rağmen, insani yardım gerçekleştiren kişilere yönelik kovuşturmanın artmaya devam ettiği tespit edilmiştir. Conte/Vosyliute, (n 81) 9.

⁹⁵ Provera, (n 5) 5.

⁹⁶ Carrera/Mitsilegas/Allsopp/Vosyliute, (n 53) 16.

⁹⁷ Nitekim Kanada Yüksek Mahkemesi'nin göçmen kaçakçılığı suçu teşkil etmeyecek hareketler bakımından karara vardığı 'R/Appulonappa' davasında ortaya koyduğu ölçütler bu hususta örnek teşkil edebilir. Mahkeme, belgesiz giriş yapanlara insani yardım gerçekleştirenlere, sığınmacılar arasında karşılıklı yardıma ve gerekli belgeler olmadan giriş yapan aileye yardıma bulunanların cezalandırılmaması gerektiğini belirtmiştir (R. v. Appulonappa (2015 SCC 59)'dan aktaran Conte/Vosyliute, (n 81) 21). Kanada Göçmenlik ve Mülteci Koruma Kanunu, insani nedenlerle düzensiz girişi kolaylaştıran kişileri cezalandırma imkânı içerdiğinden, Avrupa Birliği Kolaylaştırma Direktifi'ne benzetilmektedir. Mahkeme'nin kararı sadece insani yardımın cezalandırılmaması bakımından değil, ayrıca Göçmenlik ve Mülteci Koruma Kanunu çerçevesinde kanun koyucunun suç örgütlerinin kovuşturulmasına yönelik amacı aştığı tespiti bakımından da önem taşımaktadır. Mahkeme söz konusu hususu, "örgütlü suçlarla bağlantısı olmayan kişileri kovuşturmaya yönelik geniş cezaî hedef, kanun koyucunun amacı ile tutarlı değildir" şeklinde ifade etmiştir. Karar hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. Conte/Vosyliute, (n 81) 21.

⁹⁸ İnsani yardım yerine insani kaçakçılık (*humanitarian smuggling*) şeklindeki ifade için bkz. Joanna Parkin, 'The Criminalisation of Migration in Europe', CEPS Policy Brief No. 61 (Centre for European Policy Studies 2013) 8; Landry, (n 33) 4.

⁹⁹ Fekete/Webber/Edmond-Pettitt, (n 59) 2.

sınırlı olarak dikkate alınabilecektir. Dolayısıyla acil ve zorunlu durumun gerekliliği, genel ihtiyaç durumu gibi acil olmayan ya da mutlak şekilde gerekli olmayan ihtimalleri insani yardımın dışında bırakmaktadır¹⁰⁰. İnsani yardımın ancak göçmenlerin hayatına yönelik bir riskin veya tehlikenin varlığı halinde cezalandırılmayacağı şeklinde çok dar bir kapsam belirlenmesi söz konusu olmakla birlikte, insani yardımın göçmenlerin onurlu şekilde hayatlarını sürdürebilmelerine olanak sağlanması şeklinde kapsamın biraz daha genişletilmesi de söz konusu olabilmektedir. İnsani yardımın cezalandırılmamasının sadece ailevi sebepler ile sınırlı kalması ya da mültecilere yönelik yardım faaliyetlerinde bulunan gönüllü kuruluşlar çerçevesinde mümkün kılınması da gündeme getirilmiştir¹⁰¹. Bu şekilde uygulamada insani yardımın belirlenmesi noktasındaki farklılıklar, insani yardımın cezadan muaf tutulmasının önündeki yasal boşluklar ve engellerden kaynaklanmaktadır¹⁰². Böylece açıkça insani yardımın cezalandırılmayacağına yer verilmeyerek, devletlerin bu Direktif'i ulusal mevzuata nasıl aktardıkları konusunda farklılık göstermelerinin önu açılmıştır¹⁰³.

Düzensiz göçmenlerin ülkeye girişi ve transit geçişlerine her türlü yardım edilmesinin suç teşkil etmesi ve bu bağlamda herhangi bir menfaat temini amacı ile sınırlandırmanın yapılmaması¹⁰⁴, diğer bir ifadeyle menfaat temini amacıyla gerçekleştirilmeyen yardım hareketinin suç kapsamının dışında bırakılmaması, düzensiz göçe yönelik katı yaklaşımın önemli göstergelerinden biridir. Özellikle insani yardımın cezalandırılabilirliği imkânından hareketle caydırıcılık merkezli¹⁰⁵ bir göç rejiminin benimsendiğini gösteren bu yaklaşım uyarınca, Birlik üye devleti yasa dışı girişi kolaylaştıranları, buna yönelik amacının menfaat temini veya insani nedenlerle olup olmadığına bakmaksızın yargılayabilecek ve cezalandırabilecektir¹⁰⁶. Menfaat temini olmaksızın insani amaçlarla yardımın cezalandırılması gerekliliğini öngören düzenleme yerine buna olanak sağlayan bir düzenlemeye yer verilmiş olması, bu yaklaşımın esnetilmesi anlamına gelmemektedir. Böyle bir düzenleme (insani yardımın cezalandırılmamasına ilişkin istisna hükmü) çoğu Avrupa devletinin iç hukuk düzenlemelerinde¹⁰⁷ karşılık bulmamış¹⁰⁸ olup, konuya ilişkin raporlarda birçok Birliğe üye devlette insani yardım kapsamında kalabilecek bazı hareketlerin yargılama konusu yapılmasına yönelik tespitin¹⁰⁹

¹⁰⁰ Militello/Spena, (n 5) 37.

¹⁰¹ Landry, (n 33) 11.

¹⁰² Conte/Vosyliute, (n 81) 6.

¹⁰³ Jennifer Allsopp, 'The European Facilitation Directive and the Criminalisation of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants: Measuring the Impact on the Whole Community' Eds. Sergio Carrera/Elspeth Guild, *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings Policy Dilemmas in the EU* (2016) 48. Direktif'e ilişkin taslak metin müzakereleri sırasında dahi insani yardım muafiyetine yer verilip verilmemesi noktasında devletler arasında uzlaşma sağlanamamıştır. Landry, (n 33) 10.

¹⁰⁴ Avrupa Parlamentosu'nun (2018a), 5 Temmuz 2018'de ülkeye yasa dışı giren veya ülkede yasa dışı kalan göçmenlere insani yardım gerçekleştiren kişilerin hareketlerinin suç sayılmaması ve bu kişilerin bu sebeplerle cezalandırılmaması gerektiğine ilişkin karar almasıyla birlikte bu soruna yönelik önemli bir gelişme sağlanmıştır. Avrupa Parlamentosu, Direktif'in insani yardımın cezalandırılmasını mümkün kılan düzenlemesine atıfta bulunarak, bu düzenlemenin uygulanmasının ortaya çıkardığı istenmeyen sonuçlardan duyduğu endişeyi dile getirmek suretiyle, insani yardım teşkil eden fillerin, Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün uluslararası standartların gerektirdiği şekilde suç sayılmaması gereğini ortaya koymuştur. Parlamento ayrıca insani yardıma ilişkin muafiyet hükmünün az sayıda devlet tarafından iç hukuka aktarıldığına da dikkat çekerek, üye devletlere "göçmenlere insani nedenlerle yardım eden bireylere ve sivil toplum kuruluşlarına karşı kovuşturma yapılmamasını sağlamaya" yönelik çağrıda bulunmuştur. Bununla birlikte, Avrupa Komisyonu'nun Göç ve İçişleri Genel Müdürlüğü bünyesindeki sorumlu birim, Kolaylaştırma Paketinde reform yapmak için yeterli kanıt olmadığını veya bildirilen vakaların Direktif'in iç hukuka aktarılması ile ilgili olmadığını, daha ziyade siyasi bağlamla ilgili olduğunu iddia etmeye devam etmiştir. Avrupa Komisyonu 2014-2016 yılları arasında yürüttüğü Düzenleyici Uygunluk ve Performans Programı (the Commission's Regulatory Fitness and Performance Programme - REFIT) kapsamında ele aldığı Kolaylaştırıcı Paketinin değerlendirmesinde mevcut yasal çerçeveyi değiştirmek için yeterli kanıt olmadığı sonucuna varmıştır. Sorunun mevcut düzenlemelerden değil, düzenlemelerin uygulanması noktasındaki işbirliği eksikliğinden kaynaklandığı ifade edilmiştir (Conte/Vosyliute, (n 81) 14-5, 18). Bunun yanı sıra ilgili değerlendirmede insani yardım kavramının tanımlanmasının zor olduğuna ve Birlik genelinde farklılık gösterilebilmesi nedeniyle insani yardımın muaf tutulmasının güçlüğünü dikkat çekilmiştir (Avrupa Komisyonu 2017). Bununla birlikte Avrupa Parlamentosu Başvuru Komisyonu (European Parliament Committee on Petitions) tarafından Avrupa Konseyi, Avrupa Komisyonu ve Avrupa Parlamentosu tarafından 2007'de imzalanan İnsani Yardım Konusunda Üst Düzey Avrupa Mutabakatının (*High-Level European Consensus on Humanitarian Aid*) sonuçlarında sağlanan "insani yardım" tanımından Avrupa Komisyonu'nun yararlanması yönünde öneride bulunulmuştur. İlgili Mutabakat insani yardımın anlamını açıklığa kavuşturmakla birlikte, insani yardımın insanlar arasındaki dayanışmanın evrensel değerinin ve ahlaki bir zorunluluğun temel bir ifadesi olduğunu vurgulamıştır. Mutabakat'ta insani yardımın amacı, ihtiyaç ortaya çıkan ve hükümetlerin ve yerel yöneticilerin yetiemediği veya yardımcı gerçekleştirmek konusunda isteksiz kaldığı yerlerde yaşamı korumaya, insanların acı çekmesini önlemeye ve hafifletmeye ve insan onurunu korumaya yönelik acil durum müdahalesi olarak belirtilmiştir. Bu çerçevede insani yardım, "insani krizlerde (humanitarian crises) veya hemen sonrasında hayat kurtarmak ve korumak için yapılan yardım, yardım ve koruma operasyonlarının yanı sıra ihtiyacı olan insanlara erişimi ve serbest yardım akışını kolaylaştırmayı amaçlayan faaliyetleri" kapsamaktadır (Conte/Vosyliute, (n 81) 21).

¹⁰⁵ "Başkalarına zarar vermenin önlenmesi, devletin ve dolayısıyla ceza hukukunun mesuru bir amaç olsa da, tek başına caydırıcılık, insanların yaşamlarına yönelik zorlayıcı müdahalelerin zayıf bir gerekçesidir." Ana Aliverti, 'Making people criminal: The role of the criminal law in immigration enforcement' (2012) 16(4) Theoretical Criminology 417, 426.

¹⁰⁶ Aljehani, (n 29) 130.

¹⁰⁷ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kangel, 'Göçmen Kaçakçılığı' (n 3) 226 vd.; Yusuf Yaşar/Umut Güneş, 'Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Göçmen Kaçakçılığı Suçunda 'Maddi Menfaat Elde Etme Amacı' Kavramı' (2022) 28 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 240, 244 vd. Bununla birlikte Birliğe üye devletlerin ulusal mevzuatlarının Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol ile uyumlu olup olmadığına yönelik 2018 yılında yapılan çalışmada, kaçakçılığın tanımlarını mali veya diğer bir maddi menfaatin varlığına bağlayan yalnızca dört üye devlet olarak Almanya, İrlanda, Lüksemburg ve Portekiz'in ulusal mevzuatının Protokol'ün kaçakçılık standartlarını içerdiği ortaya konulmuştur. Rodrik (n 2) 108.

¹⁰⁸ Allsopp, (n 103) 48. Bununla birlikte bazı devletler, Direktif'in ilgili maddesinde tanınan takdir yetkisini, insani amaç veya saiklerle yasa dışı giriş veya geçişi kolaylaştıranlar için cezaî sorumluluğu hariç tutan hükümlerin kabulü yoluyla kullanmıştır. Bu anlamda en geniş formülasyon Belçika ve İspanyol hukukunda yer alırken, farklı uygulama kapsamına sahip muafiyetlerle karakterize edilen çözümleri benimseyen devletler de bulunmaktadır. Bu bağlamda Finlandiya, göçmenin menşe ülkesindeki güvenlik koşullarını da dikkate alarak insani veya aile dayanışması amacıyla gerçekleştirilen davranışları cezalandırılabilir hareketin dışında tutmuştur. Konuya yönelik diğer bir örneği teşkil eden Yunanistan ise ilgili düzenlemede, uluslararası deniz hukukunun öngördüğü şekilde denizde kişilerden korumaya ve uluslararası korumaya muhtaç kişilerin taşınması hallerinde bu fiili gerçekleştiren, yani göçmenlere yardım eden kişilerin cezalandırılmayacağı öngörülmüştür. Zirulia, (n 64) 240 vd.

¹⁰⁹ Rapor, Belçika, Yunanistan, İspanya, Finlandiya, İtalya, Malta ve Birleşik Krallık'ta insani yardım için "bazı açık muafiyet biçimlerine" dikkat çekilmesine rağmen, bu muafiyetlere sahip yargı bölgelerinde bile insani yardım gerçekleştiren kişilerin kovuşturmayla tâbi tutulduğunu ortaya koymuştur (Rodrik (n 2) 108). Konuyla ilgili uygulamada sorun, sadece gerçekleştiren hareketin insani yardım kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda olmayıp; insani yardım muafiyet kapsamında kabul edilse dahi yargılanan kişiye bunu ispat yükümlüğüdür. Dolayısıyla ispat yükü, kaçakçılık eyleminin insani nedenlerle yapıldığı iddia etmek isteyenlere düşmektedir. Nitekim 2018 yılında Fransa'da yaşanan bir olaya dayanan yargılamada sanıktan göçmenlere yapmış olduğu yardımın cezaî nitelikte değil de insani muafiyet teşkil ettiğini ispatlaması istenmiştir. Göçmenlerle dayanışmanın aksi gösterilmedikçe yasal olmadığı varsayımı üzerine sanığın masumiyetini kanıtlayana kadar suçlu kabul edilmesi ceza muhakemesinin temel ilkelerinden masumiyet karinesine açık aykırılık teşkil etmektedir (Rodrik (n 2) 116 vd.). Evrensel bir ilke olarak masumiyet karinesi Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda (*Charter of Fundamental Rights of the European Union*) "Masumiyet Karinesi ve Savunma Hakkı" kenar başlığı ile 48. maddede düzenlenmiştir. Hükme göre, "1- Suçlanan herkes, kanuna göre suçluluğu ispatlanana kadar masum sayılır. 2- Suçlanan herkesin savunma haklarına saygı gösterilmesi garanti edilecektir." Konu bağlamında masumiyet karinesine yönelik değerlendirme için bkz. Robin Antony Duff, 'A Criminal Law for Citizens' (2010) 14(3) Theoretical Criminology 1, 2.

varlığı, caydırıcılığın yoğunluğunun ulaştığı boyut itibarıyla göçmenlerin korunması noktasında oluşan tehdidin devam ettiğini göstermektedir. Bu bağlamda ülkeye yasa dışı girişin kolaylaştırılmasının suç teşkil etmesi noktasında unsur olarak maddi menfaat ölçütünün kabul edilmesinden kaçınılmasının nedeninin açıklanmasında kaçakçılıkla bağlantılı ödeme yöntemlerinin yoğun nakit niteliğinin yasa dışı mali akışların izini sürmeyi zorlaştırması ve buna bağlı olarak bu suçun soruşturulmasını ve kovuşturulmasını orantısız bir şekilde engellemesi gerekçesi¹¹⁰ yeterli ve ikna edici değildir. Belirtilen husus, ispata ilişkin olup, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesi konusunda meşruluk sağlamamaktadır.

Tüm belirtilenler ışığında, Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol ile Kolaylaştırma Direktifi'nin birçok açıdan farklılık arz ettiği görülmektedir.¹¹¹ İnsani yardım konusunda mali veya maddi menfaat temini ölçütünün kabul edilmesi hem objektif niteliği haiz olması hem de uygulamada yeknesaklığı sağlama bakımından makul ve Protokol ile uyumlu bir çözüm sunmaktadır.

B. İnsani Yardımın Ceza Hukuku Kapsamında Yaptırıma Tâbi Tutulamayacağına Yönelik Argümanlar

Hukuksal açıdan korunacak değerlerin belirlenmesi ve kapsamı ceza siyasetinin konusunu teşkil etmekle birlikte, kanun koyucunun sınırsız özgürlükle hareket edemeyeceğinin¹¹² dikkate alınması gerekmektedir.¹¹³ Devletlerin benimsedikleri göç politikalarının geçerliliğini göstermek adına göçmenlere verilen desteğin meşru destek eylemleri olarak değil, caydırılması ve cezalandırılması gereken ulusal güvenliğe yönelik tehditler olarak tasvir edebilmelerinde¹¹⁴ en etkili araç olarak ceza hukuku kuralları ön plana çıkmaktadır. Bununla birlikte göç bağlamında ceza hukukuna ilişkin caydırıcılık ve cezalandırma pratiği üzerinden sürecin şekillendirilmesi çabaları¹¹⁵, makul ve adil olmayan durumları ortaya çıkarmaktadır.¹¹⁶ Göç akışlarını bir güvenlik tehdidi olarak ele alma ihtiyacına yönelik bir acil durum ürünü olarak kabul edilebilecek Direktif kapsamında göçmen kaçakçılığının suç sayılmasının ardındaki normatif temellerin belirsizliği ceza hukukunun da tutarlı bir şekilde uygulanamamasını sonuçlamaktadır.¹¹⁷ Söz konusu durumu, ceza hukukunun birçok esasına aykırılığın bir yansıması olarak dikkate almak mümkündür.

Ceza hukukunun, toplumda kabul edilebilir davranış alanını sınırlama ve dolayısıyla belirli hakların kullanılmasına müdahale etme potansiyeline sahip olması, bunun sınırsız olduğu anlamına gelmemektedir. Toplumsal düzenin iyi bir şekilde sürdürülmesi noktasında ceza hukuku araç teşkil etmekle birlikte, ceza hukuku aynı zamanda bireyi keyfi hükümet eylemlerine, orantısız yaptırımlara, yasal belirsizliğe ve adalet eşitsizliğine karşı korumak için gereklidir.¹¹⁸ Belirli bir davranışın suç sayılması için meşru bir amaç bulunabiliyorsa, bunun demokratik bir toplumdaki gerekliliği noktasında haklara müdahaleyi haklı çıkarabilecek acil bir sosyal ihtiyaca karşılık gelen ikna edici ve zorlayıcı nedenlerin varlığına ihtiyaçtan söz edilmesi gerekir ki, orantılılık ilkesine aykırılık teşkil etmesin.¹¹⁹ Ayrıca zorunluluk yanında, davranışın güçlü şekilde kınanması istendiğinde cezalandırma yoluna başvurulabilir olması korunan hukuki değer, toplumsal düzeyde teyidine hizmet eden bir husus olarak belirtilmektedir.¹²⁰ Konuyla ilişkili olarak Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 48. maddesinin 3. fıkrasında açık bir düzenlemeye yer verilerek, cezaların ağırlığının suç teşkil eden fiille orantısız olmaması gerektiği belirtilmiştir.

Ceza hukukunda orantılılık ilkesinin bir sonucu olarak ifade edilmesi mümkün olan cezanın son çare olması ilkesi, insan hak ve özgürlüklerine ağır müdahaleyi içeren ceza hukuku yaptırımlarının son araç olarak uygulanması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla yasama organının amacına ulaşmada cezalandırıcı olmayan alternatiflerin daha iyi olduğu durumlarda ceza uygulanmamalı ve ceza kanunları aşırı kapsayıcı olmamalıdır.¹²¹ Hukuka aykırı hareketin gerçekleşme sıklığı ve önemi de dikkate alınarak, bu harekete yönelik diğer önlemlerin etkinliğinden söz edilemediği aşamada ceza hukuku müdahalesinin gerekliliği

¹¹⁰ Nitekim *Carrera* konuya yönelik olarak soruşturma ve kovuşturmanın etkinliğini artırmak amacıyla göçmen kaçakçılığında suç teşkil eden hareketlerin kapsamının genişletilmesinin, maddi ceza hukukunun, suç işlemeye yönelik normatif veya toplumsal tercihleri yansıtmak yerine, kovuşturma etkinliği için yalnızca bir araç haline gelmesi anlamını ortaya çıkaracağı ifade etmiştir (*Carrera/Mitsilegas/Allsopp/Vosyliute*, (n 53) 20-1). Konuyla ilişkili olarak Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol kapsamında yer alan mali veya diğer maddi menfaat ölçütü bakımından değerlendirmede bulunan *Aljehani* ise menfaat ölçütünün göçmen kaçakçılığında unsur olarak kabul edilmemesinin, ceza sorumluluktan kaçmak için bu unsuru kötüye kullanan kaçakçılar aleyhine bir sonucu ortaya çıkaracağından, gerekli olduğunu ileri sürmüştür. *Aljehani*, (n 29) 136.

¹¹¹ *Militello/Spena*, (n 5) 8.

¹¹² "Kanun koyucu, ceza alanını dar tutmak bakımından pozitif ve negatif sınırlara tâbidir. Bir davranışın suç olarak tanımlanması için o davranışın önemli tehlike veya zarara yol açmış olması pozitif sınıra işaret ederken, kanun koyucunun cezanın tayini sırasında temel haklara saygı göstermek zorunda olması negatif sınırı oluşturur. Söz konusu iki sınır arasındaysa, kanun koyucu takdir hakkını kullanabilir." Ozan Ercan Taşkın, 'Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku' 2016 (59-91) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 59, s. 80.

¹¹³ Taşkın, (n 112) 80.

¹¹⁴ *Rodrik* (n 2) 98.

¹¹⁵ *Rodrik* (n 2) 86.

¹¹⁶ Benzer yönde değerlendirme için bkz. *Fekete/Webber/Edmond-Pettitt*, (n 59) 7.

¹¹⁷ *Mitsilegas*, (n 39) 2.

¹¹⁸ *Ouwerkerk*, (n 68) 230. Temel hak ve özgürlüklerin anayasal düzeyde korunması bağlamında ilgili mevzuatın anayasallık denetiminde dikkate alınan ölçütlere ilişkin değerlendirme için bkz. *Douglas Husak*, 'The Criminal Law as Last Resort' (2004) 24(2) *Oxford Journal of Legal Studies* 207, 210.

¹¹⁹ CoE, *Using Criminal Law To Restrict The Work Of Ngos Supporting Refugees And Other Migrants In Council Of Europe Member States*, Thematic Study prepared by Dr Carla Ferstman on behalf of the Expert Council on NGO Law of the Conference of INGOs of the Council of Europe, CONF/EXP (2019)1, December 2019, 11.

¹²⁰ *Demuro*, 1661'den aktaran Taşkın, (n 112) 75.

¹²¹ *Husak*, (n 118) 211. En genel tanımıyla 'suç saymanın aşınlaşması (*overcriminalization*)' kavramını, ceza hukukunu ilgilendirmemesi gereken davranış türlerini suç kabul etme şeklinde ifade eden *Duff*'a göre, bu durum cezalandırmanın şiddetli ve baskıcı şekilde yürütülmesine neden olmaktadır. *Duff*, (n 109) 2. Suç saymanın aşınlaşması kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *David Alan Sklansky*, 'Crime, Immigration, And Ad Hoc Instrumentalism' (2012) 15(2) *New Criminal Law Review* 157, 194. Ceza hukukunun alanının suçların artırılması yoluyla genişlemesinde, düzenleyici suçlar (*regulatory offences*) şeklinde adlandırılan ve gerçek suç olarak nitelendirilemeyecek "suç benzeri fiillerin (*quasi-criminal offences*)" etkili olduğu yönünde bkz. *Aliverti*, (n 105) 420.

kabul edilmelidir¹²². Ceza hukuku ilgili fiil bakımından toplum tarafından kınamanın en güçlü şeklini ifade etmektedir¹²³. Ceza hukukunun ikincilliği şeklinde de belirtilen bu durumda özel hukuk veya kamu hukukunun hukuksal değerlerin korunmasında yeterli olacağı noktada ceza hukukunun geri çekilmesi gerekecektir¹²⁴. Bu husus, göç yönetimi ve kontrolü gibi yasaklayıcı ya da bastırıcı kurallardan ziyade düzenleyici kuralların varlığını gerektiren alanlar¹²⁵ bakımından daha önemli hale gelmektedir.

Orantılılık ve cezanın son çare olması ilkelerinin sonucu, gerçekleştirilen fiilin ceza hukuku yaptırımına layık¹²⁶ olmasıdır¹²⁷. Ceza hukuku yaptırımına layık olma, fiilin haksızlık içeriğinin belli bir yoğunluğa ulaşmış olması demektir. İlgili fiil, haksızlık itibarıyla belli bir yoğunluğa ulaşmamışsa, ki yasa dışı göç ve yasa dışı göçe insani yardım bu niteliktedir, diğer hukukî önlemler ile engel olunamaması ilgili fiillerin suç teşkil etmesini meşru kılmaya yetmez.

Birçok Avrupa ülkesinde, son çare ilkesi uzun süredir maddi ceza hukukunun kapsamını¹²⁸ belirlemek için kullanılan temel bir kılavuz olarak kabul edilmektedir¹²⁹. Avrupa Birliği'ne üye devletlere ilgili fiili suç olarak ihdas etme yükümlülüğü getiren düzenlemelerin iç hukukta karşılığı olacak hükümler bakımından cezai yaptırımların son çare olarak dikkate alınması ve öncelikle medeni hukuk veya idare hukuku gibi diğer hukuk alanları çerçevesinde uygulanacak yaptırım ile hukuka aykırı fiilin karşılık bulması gereklidir. Bununla birlikte Birlik kapsamında bu ilkenin dikkate alınabilirliği konusuna da değinilmelidir.

Lizbon Andlaşması'nın yürürlüğe girmesi, Avrupa Birliği'ne maddi ceza hukuku alanında düzenleme yapabilme yetkisi vermiştir¹³⁰. Davranışı suç saymanın mevcut yasal dayanağı, Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Andlaşma'nın 83. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, Avrupa Parlamentosu ve Konsey, olağan yasama usulüne uygun olarak kabul edilen direktifler aracılığıyla, özellikle ağır suç alanlarında bu tür suçların doğasından veya etkisinden ya da bunlarla ortak temelde belirli bir düzeyde mücadele etme ihtiyacından kaynaklanan sınıraşan boyutu olan suçların ve yaptırımların tanımlanmasına ilişkin asgari kurallar belirleyebilir. Yasal dayanağı ilgili hükümle sağlanmış olmakla birlikte, hüküm her bir davranışın suç olarak kabul edilebileceği sonucunu ortaya çıkarmamaktadır¹³¹.

Bu anlamda ceza hukuku hükümleri bakımından yol gösterici olması amacıyla hazırlanan 2009 tarihli kılavuz¹³² önem arz etmektedir. Zira bu kılavuzda ceza hukuku hükümlerinin, menfaatlerin korunması için gerekli görüldüğünde getirilmesi ve kural olarak ancak son çare olarak kullanılması ifade edilerek son çare ilkesinin ceza hukuku düzenlemeleri bakımından dikkate alınması gerekliliği açıkça belirtilmiştir. Ayrıca orantılılık ve ikincillik ilkeleri dikkate alınarak cezai hükümlerin, daha hafif önlemlerle

¹²² Bu noktada yazar, cezanın son çare olması ilkesini işlevsiz kılacak değerlendirmelerden kaçınılması gerektiğini de ifade etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ouwerkerk, (n 68) 234-9.

¹²³ Aliverti, (n 105) 426.

¹²⁴ Yener Ünver, *Ceza Hukukunda Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer* (Seçkin Yayınevi 2003) 698. Yazar, ceza hukukunun ikincilliği ile cezanın son çare olmasının birbirinden farklı olduğunu belirtmektedir.

¹²⁵ Göç mevzuatının ihlali nedeniyle açılan ceza soruşturma ve kovuşturmalarının az olması ve çoğu yargılamaların sonucunda mahkûmiyet kararının verilmemesi tespiti üzerine yapılan değerlendirmede, ceza hukukunun göç alanında politik anlamda sembolik etkisinin bulunduğunu belirten görüş, aslında bu şekilde, gelecek düzensiz göçmenlere yönelik bir tehdit algısının oluşumunun ve toplumda yasa dışı yabancılara yönelik suçlu potansiyelini güçlendirmenin gerçekleştirilmeye çalışıldığını ileri sürmüştür. Aliverti, (n 105) 427. Göçmenlerin potansiyel suçlu olarak görülmesinin nedenlerine ilişkin ayrıca bkz. Sklansky, (n 121) 195-196.

¹²⁶ "İhlal, hak veya menfaate yönelik ortaya çıkardığı zarar veya tehlikeye bağlı olarak ele alınmalı; devlete karşı 'itaatsizlik' olarak değerlendirilmemelidir. Aksi haldeyse cezayı gerektiren her ihlal, aynı zamanda siyasal toplumsal düzenin tehdidi olarak algılanmaya başlanır." Dimatteo, 2'den aktaran Taşkın, (n 112) 64.

¹²⁷ Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (15. Bası, Seçkin 2022) 45. Cezaya liyakat ve cezaya ihtiyaç kavramları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver, (n 124) 694 vd.

¹²⁸ Ceza tehdidi aşamasından başlayarak, ceza muhakeme süreçleri dâhil olmak üzere, cezai sorumluluğun tayin edilmesi sürecinde ve nihayetinde infaz aşamasında, ceza enstrümanının kullanılmasının sosyal ve ekonomik maliyeti olduğuna dikkat çekilerek ilkenin sosyo/ekonomik boyutuna vurgu yapılmaktadır. Taşkın, (n 112) 68.

¹²⁹ Ouwerkerk, (n 68) 229. Bununla birlikte yazar, Hollanda uygulamasında cezai yaptırıma tâbi kılınan fiillerin kapsamının genişleme eğiliminde olduğu yönündeki değerlendirmesinde ele aldığı örneklerde, yasa dışı kalış (*illegal residence*) fiiline ilişkin getirilen öneriye de yer vermiştir. Söz konusu fiile ilişkin tartışmalar sonucunda suç olarak kabul edilmemesi kabul edilmiştir. Yazar ayrıca ceza hukukunda suç kapsamının genişleme eğiliminin sadece Hollanda bakımından geçerli olmadığını, diğer Avrupa devletlerinde de böyle bir eğilimin bulunduğunu belirtmiştir (Ouwerkerk, (n 68) 231).

¹³⁰ Lizbon öncesi dönemde, Birlik yasa koyucusunun maddi ceza hukuku alanında mevzuat çıkarma yetkisinin olup olmadığı tartışmalı bir konuydu. Belirli ve açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, belirli davranış türlerini yasaklayan ve suç sayan çok sayıda yasal önlem kabul edilmiştir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Merve İnan Orman, *Avrupa Birliği'nde Organize Suçluluk Mevzuatlarının Uyumlaştırılması ve Yakılaşılması* (Oniki Levha Yayıncılık 2018), 7 vd.

¹³¹ Ouwerkerk, (n 68) 234.

¹³² Council Conclusions on Model Provisions, Guiding The Council's Criminal Law Deliberations, Brussels, 30 November 2009. Kılavuz'un kabul edilmesinden kısa bir süre sonra 10 Birlik üyesi devletten katılan ceza hukuku akademisyenleri, Avrupa yasa koyucusunu bir dizi temel ilkeye dayalı ceza hukuku konusunda yaklaşım geliştirmeye teşvik ettikleri 'Avrupa Suç Politikası Bildirisi' yayınlamıştır. Bildiri'nin kaleme alınmasının gereği şu şekilde ifade edilmiştir: "Bu bildiri, maddi ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunun giderek Avrupa mevzuatının odak noktası haline geldiği gerçeğine dikkat çekerek Avrupa bütünlüğünün dinamiklerini yansıtmaktadır. Şu anda, ceza mevzuatının uyumlaştırılması için kullanılan Avrupa hukuku tasarımları, hâlihazırda maddi ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunun mevcut ulusal yasal çerçeveleri üzerinde etkili olmaktadır. Lizbon Andlaşması'nın getirdiği değişikliklerle bu eğilim gelecekte daha da güçlenecektir. Büyük ölçekte ceza politikası kararları alan Avrupa kurumları, ceza politikasını özerk bir Avrupa politikası olarak kabul etmekte başarısız olmuşlardır. Sonuç olarak, tutarlı bir suç politikası kavramını takip edememişlerdir. Bildiri Grubu, Avrupa'nın bir dizi temel ilkeye dayanan dengeli ve tutarlı bir suç politikası kavramına ihtiyacı olduğuna inanmaktadır. Bu ilkeler, ceza hukukunu ilgilendiren veya etkileyebilecek her bir hukuki belge için bir temel olarak kabul edilmelidir." 'A Manifesto on European Criminal Policy' (European Criminal Policy Initiative), Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (2009-12), 707. Avrupa Birliği kapsamında ceza hukuku alanında düzenleme yapabilme yetkisinin kabulünde meşru amacın gerekliliğine dikkat çekilen Bildiri'de, meşru bir amacın gerekliliğinin, orantılılık ilkesinden türetililebileceği belirtilerek ceza hukukunun ancak Birlik kapsamında vatandaşların temel çıkarlarının korunması için kullanılıyorsa meşru ve orantılı olarak kabul edilebileceği ifade edilmiştir. Ayrıca Bildiri'de Avrupa Birliği'nin amaç ve politikalarının uygulanmasının, tek başına, bir fiilin suç sayılmasını meşrulaştıramayacağına yer verilmiştir. Bunun yanı sıra 2011 yılında Avrupa Komisyonu'nun Lizbon Andlaşması kapsamında birlik suç politikasının daha da geliştirilmesi için bir çerçeve sunmayı amaçladığı bildiriminde Birlik suç politikasının çerçevesini şu ifadelerle belirtmiştir: "Birlik suç politikasının genel hedefi, vatandaşların özgürlük, güvenlik ve adaletin olduğu bir Avrupa'da yaşamaları, çıkarlarını koruyan Avrupa Birliği hukukunun tam olarak uygulanması ve aynı zamanda Birliğin yetki ikamesi ve orantılılık ile diğer temel Andlaşma ilkelerine saygı duyarak hareket etmesidir. Ceza hukukunun son çare olma işlevine ise "Cezai soruşturmalar ve yaptırımlar, vatandaşların hakları üzerinde önemli bir etkiye sahip olabilir ve damgalayıcı bir etki içerebilir. Bu nedenle, ceza hukuku her zaman son çare olarak kalmalıdır." şeklinde yer verilmiştir. European Commission Communication, 'Towards a EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law', Brussels, 20 September 2011, COM (2011) 573 final, para 2.2.1.

etkili bir şekilde ele alınamayan açıkça tanımlanmış ve sınırlandırılmış davranışlar bakımından söz konusu olabileceği kabul edilmiştir. Sözü edilen husus, “Orantılılık ilkesine tâbi olarak, sınırlamalar yalnızca gerekli olmaları ve Birlik tarafından tanınan genel çıkar hedeflerini veya başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma ihtiyacını gerçekten karşılamaları halinde yapılabilir” düzenlemesinin yer aldığı Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın 52. maddesini tamamlayıcı niteliktedir.

Böylece Birlik kapsamında yer alan kurumların son çare ilkesini de içeren yol gösterici ilkelere olan ihtiyacı açıkça kabul etmeleriyle birlikte, son çare ilkesine Avrupa Birliği düzeyinde yapılan vurgunun daha da ön plana çıktığı sonucuna ulaşmak mümkündür¹³³. Cezanın son çare olması gerekliliğinin Birlik kapsamında hazırlanan andlaşma, bildiri veya raporlarda benimsenmiş olmasının, konuya yönelik kabul edilen direktiflere de yansımış olması beklenmekle birlikte, yasa dışı göçün kolaylaştırılmasına ilişkin direktif bakımından bu sonuca varılamamaktadır. Toplumun korunması, sosyal alarm gibi gerekçelerle yeni suç türlerinin oluşturulmasının¹³⁴ örneğini teşkil edebilecek insani yardımın cezalandırılabilirliği hususunun açık bırakılması, yasa dışı göçle mücadelede ceza hukukunun ilk çare¹³⁵ olarak uygulanması sonucunu daha makul kılmaktadır. Hukukî yaptırımlar arasındaki öncelik-sonralık ilişkisinin varlığını göz ardı ederek, bu yaptırımların “birbirinin yerine geçebilirliği (*interchangeability of laws*)”¹³⁶ üzerinden ortaya konan yaklaşım hukukî temelden yoksundur¹³⁷. Bu süreçte göçmenlerin yaşadığı hak ihlalleri ve sivil toplum kuruluşlarına yönelik yaptırımlar dikkate alındığında, insani yardımın suç teşkil etmesinden daha fazla “kötülük”¹³⁸ ortaya çıktığı söylenebilecektir¹³⁹. Cezalar, insanları faydalı faaliyetlerde bulunmaktan caydıracak kadar şiddetli olmamalıdır¹⁴⁰.

Göçmen kaçakçılığı kapsamında suç belirlenmesinde esas alınması gereken ölçüt, cezanın son çare olması ilkesi göz önünde bulundurularak suç teşkil eden hareketlerin ceza hukuku yaptırımlarına layık bir haksızlığı teşkil etmesidir. Bu yönüyle göçmenin ülkeye yasa dışı girişinin veya ülkede kalışının kolaylaştırılmasının maddi menfaat elde etmek amacıyla gerçekleştirilmiş olması halinde cezalandırılabilir olması, bu amaçla hareket edilmeyen durumların ceza hukuku müdahalesinin dışına çıkarılması anlamına geleceğinden, makul bir cezalandırılabilirlik eşiği olarak kabul edilebilecektir¹⁴¹. Dolayısıyla düzensiz göçün önlenmesi veya azalmasına¹⁴² yönelik göçmen kaçakçılığının suç alanının genişletilmesinde¹⁴³ sınır, yasa dışı göçe¹⁴⁴ ve insani yardıma indirilmemelidir. Göçmenlere insani yardımın göçmen kaçakçılığı suçunun daha az cezayı gerektirecek şeklini oluşturması argümanı dahi söz konusu davranışların suç olarak kabul edilebilmelerini meşru kılmamaktadır. Yasa dışı göçe insani yardımı gerçekleştiren kişiler, yapılan yargılamalar sonucunda beraat etse bile, yargılamaların uzun sürece yayılması, bu süreçte sanıkların maddi kayıplarının büyüklüğü¹⁴⁵ vs. gibi sebeplerden dolayı insani yardımı gerçekleştirenlerle ilişkin caydırıcılık sağlansa¹⁴⁶ da,

¹³³ Ouwerkerk, (n 68) 241.

¹³⁴ Demuro, 1675’ten aktaran Taşkın, (n 112) 79.

¹³⁵ Taşkın, (n 112) 79.

¹³⁶ Provera, (n 5) 8.

¹³⁷ Nitekim bazı üye devletlerin göçmenlerin yasa dışı girişini ve onlara insani yardımda bulunanların fiilini cezaî yaptırıma tâbi kılmalarının sonucunda gerçekleştirilen ceza yargılamalarına ilişkin yapılan araştırmada, cezaî hükümlerin yasa dışı göç bakımından caydırıcı etkisinin bulunmadığı görülmüş ve bu devletlerin ceza hukukunu normatif temelden kopuk ve araçsal şekilde kullandıkları tespitinde bulunulmuştur. Ceza hukukunun, idare hukukuyla ilgili engellerin üstesinden gelmek için pratik nedenlerle kullanıldığı belirtilmiştir. Provera, (n 5) 26.

¹³⁸ Husak, (n 118) 217. “Sosyal politika boyutundan da cezalar orantılı olmalıdır. Bu yüzden korunan hukuki değerini uğradığı zarardan, ceza daha ağır bir zarara yol açmamalıdır. O halde dar anlamda cezanın meşruluğundan söz edilebilir için, etkili şekilde sosyal fayda sağlaması, ikame edilebilir olmaması ve suç fiiliyle orantılı olması gerekir.” Taşkın, (n 112) 73.

¹³⁹ 2002 yılında Hollanda’da göçmenin ülkede yasa dışı kalışının ceza yaptırımına tâbi tutulmasına ilişkin hazırlanan tasarıyı dönemin Adalet Bakanı eleştirerek, buna yönelik bir düzenlemenin düzensiz göçmenleri caydırmayaacağına ve bu tür önlemlerin düzensiz göçmenlerin hayatta kalmak için suça itilmesine yol açacağına, buna bağlı olarak toplum için olumsuz sonuçlar doğuracağına dikkat çekmiştir (Provera, (n 5) 22). Benzer şekilde konuya ilişkin olarak yapılan araştırmalarda bizzat düzensiz göçün ve göçmenlere insani yardım faaliyetlerinin cezalandırılma tehdidi altında olmasının düzensiz göçmenlerin suç işleme eğilimlerinde artışa ve düzensiz göçmenlerin sömürüsüne karşı savunmasızlığın artmasına sebep olduğu belirtilmiştir (Provera, (n 5) 27). Konu hakkında ayrıca bkz. Lucia Zedner, ‘Is the Criminal Law Only for Citizens? A Problem at the Borders of Punishment’, Eds. Katja Franko Aas, Mary Bosworth The Borders of Punishment: Migration, Citizenship, and Social Exclusion (Oxford, 2013) 48 vd. Nitekim doktrinde bir görüş, ceza hukukunun göç alanına müdahalesinin yarardan çok zarar getirdiğini ileri sürmüştür. Bkz. Elspeth Guild, ‘Assessing Migration Management and the Role of Criminal Law’ *Controlling Immigration Through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on ‘Crimmigration’* Eds. Gian Luigi Gatta, Valsamis Mitsilegas and Stefano Zirulia (Oxford: Hart Publishing, 2020), 12.

¹⁴⁰ Husak, (n 118) 219. Başaran, denizde göçmenleri kurtarma faaliyeti gerçekleştirenler hakkında yapılan yargılamaların beraatle sonuçlanabileceği, yargılama sürecinin cezaya dönüşmesine ilişkin değerlendirmesini dava örnekleri üzerinden şekillendirmiştir. Tuğba Başaran, ‘The Saved and The Drowned: Governing Indifference in The Name of security’ 2015 46(3) Security Dialogue 205, 212. Konu hakkında ayrıca bkz. Landry, (n 33) 20.

¹⁴¹ Conte/Vosyliute, (n 81) 7.

¹⁴² Doktrinde bir görüş son çare ilkesi bakımından ceza hukukunun kapsamının belirlenmesinde dikkate alınması gereken ölçütün, söz konusu hareketin gerçekleşme sıklığını kabul edilebilir bir orana indirmede başarılı olacak ama bir ceza kanunundan daha az müdahaleci ve daha az zorlayıcı olan bir sosyal kontrol aracının bulunup bulunmadığı şeklinde değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür (Jonathan Schonsheck, *On Criminalization, Dordrecht* (Kluwer Academic Publishers, 1994) 68’den aktaran Husak, (n 118) 218). Bununla birlikte Husak, bu yaklaşıma karşı çıkarak, kabul edilebilirlik belirlenmesinin neye dayanılarak yapılacağına ilişkin hususun belirsiz olduğunu belirtmiştir. Husak, (n 118) 218.

¹⁴³ Göç konusunun medeni hukuk ve idare hukuku kapsamında düzenlenebilir bir alan olması ile ceza hukuku kapsamında ele alınan bir alan olması arasındaki farklılıklara vurgu yapan bir görüş, öncelikle ceza hukuku yaptırımlarının, düzensiz göçmenler ve düzensiz göç ile suç faaliyetinin birleştirilmesi ile ilgili söylem ve kamu algısı üzerinde etkili olabileceği hususuna dikkat çekerek ceza hukukunun göçmenlere yönelik toplumsal bakış açısının farklılaşmasında kullanılan araç olma niteliğini vurgulamıştır (Provera, (n 5) 3). Göç alanındaki suç sayımının artmasıyla göç hukuku ile ceza hukuku arasındaki ayrımın belirsizleşmesine yönelik değerlendirme için bkz. Sklansky, (n 121) 195. Göç hukuku ile ceza hukuku arasında benzer yönlere bulunduğu yönünde değerlendirme için bkz. Juliet Stumpf, ‘The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, And Sovereign Power’ 2006 56 (2) American University Law Review, 380. Göç hukukunda cezalandırma alanının genişletilmesine ilişkin ayrıca bkz. Landry, (n 33) 5-6.

¹⁴⁴ Yasa dışı giriş ve çıkış ile ihlal edilen hukuksal değere ilişkin değerlendirme için bkz. Doğan (n 1) 32 vd. Nitekim Landry, göçmen kaçakçılığı kapsamında cezalandırılması gereken fiile ilişkin değerlendirmesinde yalnızca, kaçakçılığı gerçekleştiren kişinin, göçmenin sınırdışı düzensiz bir şekilde geçmesine yardım ettiği ve bunu yaparken bireye zarar verdiği veya zarar verme riski getirdiği durumların dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Landry, (n 33) 22.

¹⁴⁵ Başaran, dar anlamda ceza ve geniş anlamda ceza ayırımıya yönelik değerlendirmede bulunmuştur. Bkz. Başaran, ‘The Saved and The Drowned’ (n 140) 212.

¹⁴⁶ Başaran, insan davranışını belirleyen, sadece cezaî yaptırımların ve cezaların sıklığının ve büyüklüğünün değil, aynı zamanda usule ilişkin sürecin ortaya çıkardığı durumlar olduğunu belirtmiştir. Başaran, ‘The Saved and The Drowned’ (n 140) 212.

bu, devletlerin ceza hukuku esaslarını ihlal etmeleri pahasına olmaktadır ve asıl hedeflenen yasa dışı göçü engellemeye yönelik etkin bir yöntem ortaya koyamamaktadır.

Son çare ilkesinin asıl önemi, kanun koyuculara bir davranışın ilk etapta suç olarak kabul edilip edilmemesi konusunda rehberlik sunması olmakla birlikte¹⁴⁷, davranışı suç teşkil eden kişinin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı konusunda da cezanın kapsamı ve türünün belirlenmesi bakımından yol gösterici kabul edilmelidir. Diğer bir ifadeyle, cezanın son çare olması ilkesi sadece kanun koyucuyu sınırlayan¹⁴⁸ bir ilke olma özelliğine sahip değildir. Ayrıca özellikle ceza verilmesi gerektiği yönünde hükme bağlanan bir ceza yargılamasında, yargılama makamının cezanın belirlenmesi noktasında ihtiyatlı davranmasını gerektirmektedir.¹⁴⁹

Belirtilmelidir ki ilke, yalnızca insani yardımın cezalandırılmaması bağlamında önem taşıyor olmayıp ayrıca, ülkeye yasa dışı giren veya ülkede yasa dışı kalan kişilere uygulanacak yaptırımın türü bakımından da dikkate alınmalıdır¹⁵⁰. Yabancıların ülkeye yasa dışı girişi veya kalışı bakımından idari yaptırımların öngörülmesi yeterli olabileceken, düzensiz göçmenleri caydırmak ve düzensiz göçmenlerin zorla sınır dışı edilmesini kolaylaştırmak için kişinin cezaî yaptırım tehdidinde muhatap kılınması ceza hukukunun son çare işlevi ile çelişmektedir.

Konu, göçmen kaçakçılığı kapsamındaki suç düzenlemeleri ile ilişkili olduğu için, ceza hukukunun temel ilkelerinden ve ceza kanununun garanti fonksiyonunu ifade eden kanunilik ilkesinin¹⁵¹ sonuçlarından biri olan ve kanun koyucuya hitap eden belirlilik ilkesi (*lex certa*)¹⁵² bakımından da önem taşımaktadır. Ceza hukukuna sadece barış ve güvenlik içinde bir yaşamın sürdürülmesine hizmet ettiği oranda başvurulması gerekliliği ile birlikte ceza hukukunun güvence fonksiyonunu tamamlayan ve toplumsal yaşamın temel koşullarının korunması ve bireysel özgürlüklere müdahalenin en az düzeyde tutulabilmesi için cezalandırma yetkisinin kullanılmasında sınırların çizilmiş olmasını ifade eden belirlilik ilkesidir¹⁵³. Zira kanunilik ilkesiyle birlikte garanti fonksiyonunu yerine getiren ceza hukuku kişilerin toplumsal anlamda beklenen davranışlara yönlendirilmesine katkı sağlamakta ve yasak alanını belirtmek suretiyle kişilerin özgür hareket edebilecekleri sahayı göstermektedir¹⁵⁴. Belirlilik ilkesi bağlamında bir davranışın tipik hareket olarak yasal zemine kavuşturulmuş olması gerekli olmakla birlikte yeterli değildir. Suç teşkil eden tipik hareket açık ve kesin şekilde belirlenmelidir. Kişi, belirli bir davranış biçiminin yasaklandığını bilme ve buna ilişkin devlet reaksiyonunu öngörme olanağına sahip olduğu sürece belirlilik ilkesine uygunluktan söz edilebilir¹⁵⁵. Böylece kişilerin yükümlülüklerini öngörebilmesi ve buna göre davranışlarını ayarlayabilmesi mümkün olabilecek ve hukuki güvenliğin sağlanabilmesine hizmet edilebilecektir¹⁵⁶. Nitekim açık olmayan bir hükmün, kişileri keyfi davranışlara karşı korumasından da söz edilemez¹⁵⁷. Avrupa Birliği Adalet Divanı'na göre de bu ilke, hukuk kurallarının bilinmesini, açık, kesin, istikrarlı ve öngörülebilir olmasını gerektirmektedir.¹⁵⁸

Ceza hukukunda belirlilik ilkesi devletlerin iç hukuk düzenlemelerinde dikkate almaları gereken bir ilke olmakla birlikte, hukuki belirlilik ilkesinin Birlik kurumları tarafından kabul edilen hukuki tasarruflar bakımından da dikkate alınması gerektiği göz ardı edilmemelidir¹⁵⁹. Zira Birlik düzeyindeki uyumlaştırma çalışmasının tali niteliğinin zorunlu sonucu olarak Birlik kurum

¹⁴⁷ Husak, (n 118) 215.

¹⁴⁸ Son çare olma ilkesinin iktidarı sınırlayan bir ilke olduğu yönünde değerlendirme için bkz. Ercan Yaşar, 'Ceza Hukukunun İktidarı Sınırlama Fonksiyonu Üzerine Bir Değerlendirme' (2021) 156, TBB Dergisi, 41.

¹⁴⁹ Ouwerkerk, (n 68) 230.

¹⁵⁰ Orantılılık değerlendirmesini mültecilere güvenli ulaşım olanağı sağlayan kaçakçılara uygulanacak yaptırım üzerinden ele alan yaklaşım için bkz. Mollie Gerver, 'Decriminalizing People Smuggling' 2021 8(1) Moral Philosophy and Politics, 131, 141.

¹⁵¹ Kanunilik ilkesinin dogmatik esası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Zeynel T. Kangal, 'Anayasal Bir Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi' (2011) 17, Ceza Hukuku Dergisi, 64 vd. Bazı devletler örneğin, Almanya (md. 103/2), İtalya (md. 25/2-3), Fransa (md. 34), Belçika (md. 14), İspanya (md. 8/3) anayasalarında kanunilik ilkesine doğrudan yer vermiştir (Düzenlemeler için bkz. ibid 62 vd). Kanunilik ilkesine birçok uluslararası düzenlemede de yer verilmiştir. 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi md. 11/2'ye göre; "Hiç kimse işlendikleri sırada milli veya milletlerarası hukuka göre suç teşkil etmeyen fiillerden veya ihmallerden ötürü mahkum edilemez. Bunun gibi, suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha şiddetli bir ceza verilemez." Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md. 7/1'e göre; "Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez." 1966 tarihli Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme md. 15/1'e göre; "Hiç kimse, işlendiği zamanda ulusal ya da uluslararası hukuk bakımından suç sayılmayan bir fiil ya da ihmali yüzünden suçlu sayılamaz. Suç sayılan bir fiile, işlendiği zaman yürürlükte olan bir cezadan daha ağır ceza verilemez. Fiilin işlenmesinden sonra yasalarda bu fiile karşılık daha hafif bir ceza öngörülecek olursa, fiili işleyene bu ikinci ceza uygulanır." Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı md. 49/1'e göre; "Hiç kimse, işlendiği sırada ulusal hukuka veya uluslararası hukuka göre suç teşkil etmeyen herhangi bir fiil veya ihmalden dolayı suçlu tutulamaz. Ayrıca, suçun işlendiği sırada uygulanmakta olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Suçun işlenmesinden sonra kanunda daha hafif bir ceza öngörülmüşse, o ceza uygulanır."

¹⁵² Kangal, 'Anayasal Bir Güvence' (n 151) 63.

¹⁵³ Taşkın, (n 112) 62.

¹⁵⁴ Kangal, 'Anayasal Bir Güvence' (n 151) 65.

¹⁵⁵ Kangal, 'Anayasal Bir Güvence' (n 151) 77.

¹⁵⁶ Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (9. Baskı, Adalet Yayınevi 2022) 113. AİHM de belirlilik ilkesini erişilebilirlik ve öngörülebilirlik esasları üzerinden dikkate alarak, bir kuralın "kamu mercileri tarafından keyfi uygulamalarda bulunulmasına ve bir kısıtlamanın herhangi bir tarafın zararına olacak şekilde kapsamlı olarak uygulanmasına karşı bir koruma tedbiri sağladığında 'öngörülebilir' nitelikte olduğunu" vurgulamıştır. Konuyla ilgili takdir yetkisi de dikkate alınarak, temel hakları etkileyen durumlarda, sınırsız yetki biçimindeki bir hukuki takdir yetkisinin tahsis edilmesinin, demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biri olan hukukun üstünlüğüne aykırılık teşkil edeceği ve buna bağlı olarak kanunların, takdir yetkisinin kapsamı ile bunun uygulanış biçimini gereken netlikle belirtmesi gerektiği ifade edilmiştir. ECtHR, 41226/09, 14.11. 2017, Işıkırık v. Turkey Kararı, para 56-8 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-178506>> 22 Mart 2023.

¹⁵⁷ Kangal, 'Anayasal Bir Güvence' (n 151) 72.

¹⁵⁸ Jeremie Van Meerbeeck, 'The Principle of Legal Certainty in the Case Law of the European Court of Justice: From Certainty to Trust' (2006) 41(41) European Law Review, 275, 275. Divan kanunilik ilkesi ve sonuçları, masumiyet karinesi gibi suç ve cezalara ilişkin ilkeleri de hukukun genel ilkeleri kapsamında Birlik hukuk düzenine kabul etmiş ve uygulamıştır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Burak Bilgin, 'Avrupa Birliği Hukukunda Hukukun Genel İlkeleri' (2016) LXXIV (1) İÜHF 73, 86.

¹⁵⁹ Avrupa Suç Politikası Bildirisi'nde söz konusu ilkeye yer verilerek ilkenin, ceza hukuku düzenlemelerinin suçları katı ve açık bir şekilde tanımlanması anlamına geldiği ifade edilmiştir. European Criminal Policy Initiative, 708.

tasarruflarının belirli bir derecede muğlaklık içerip, üye devletlerin uygulamanın ayrıntılarının hazırlanmasında belirli bir dereceye kadar serbestliğe sahip olması gerekmektedir birlikte belirlilik ilkesi, Birlik hukuki düzenlemeleri için genel bir hukuk ilkesi ve hukukun üstünlüğüne¹⁶⁰ dayalı ceza hukuku sisteminin temel bir unsuru olarak önem taşımaktadır.¹⁶¹ Birliğe üye devletler arasında uyumun sağlanması açısından bu düzenlemelerin açık, kesin olması gerekir¹⁶². Bu durum, ilgili normun suç düzenlemesine ilişkin olması halinde daha da önem taşımaktadır.

İlkenin suç teşkil eden hareketlerin belirlenmesinde olduğu gibi bunlara yönelik yaptırımların tespiti bakımından da gözetilmesi, devletler arasındaki uygulamalarda farklılığın sınırlı kalması noktasında önemlidir. Birliğe üye devletlerde aynı fiil bakımından bir devlette adli para cezası öngörülürken, diğer bir devlette hapis cezasının öngörülmesi bu niteliktedir. Nitekim Avrupa Komisyonu da 2011 tarihli Bildiriminde¹⁶³ ceza hukukunun, örneğin yaptırım türleri ve miktarları ile belirli bir davranışın idari yaptırımı veya cezaî yaptırımı gerektiren fiil olarak sınıflandırılması gibi ulusal sistemler arasındaki farklılıkların önemli düzeyde kaldığı alan olduğunu ifade etmiştir. Bununla birlikte Komisyon, sınıraşan nitelikteki suçlar göz önüne alındığında, ortak çerçevede Birlik düzenlemeleriyle ceza hukuku tedbirlerinin kabul edilmesinin, ulusal hukuk sistemleri arasındaki farklılıkların cezaî amaçlarla kötüye kullanılmamasını sağlamaya yardımcı olabileceğini belirtmiştir¹⁶⁴.

Bu çerçevede Birliğe üye devletlerin göçmen kaçakçılığına ilişkin yaklaşımını birleştirmeyi amaçlayan Direktif'in, göçmen kaçakçılığının kapsamını belirlemede ortaya çıkardığı yasal belirsizliğin, göçmenlerin haklarının ihlal edilmesine yönelik tehlikeye sebep olabileceği tespiti dikkate değerdir¹⁶⁵. Nitekim belgesiz kişilere barınma sağlayan veya ikamet durumları hakkında yetkililere bilgi vermeyi reddedenlerin, gözaltı merkezlerindeki koşulları ifşa edenlerin veya idari gözetim altındaki tutulanların haklarını savunanların¹⁶⁶ göçmenlerle kabul edilemez dayanışma içerisinde oldukları ileri sürülerek cezaî soruşturmaya konu edilmesi, mevzuatın meşru amacının dışında kalan kişi ve davranışlar üzerinde muğlak veya çok geniş bir ağ oluşturan cezalandırma durumunu ortaya çıkarmaktadır¹⁶⁷. Avrupa Komisyonu tarafından yapılan değerlendirmede de Direktif'te yer alan düzenlemeler çerçevesinde hukuki kesinlik ve belirlilik noktasında etkililikten söz edilemeyeceği belirtilerek, söz konusu durumun özellikle sivil toplum aktörlerini cezalandırmaktan açıkça muaf tutan bir hükmün ve insani yardımın bir tanımının olmamasından kaynaklandığına vurgu yapılmıştır¹⁶⁸. Konuya ilişkin hazırlanan raporlarda da Direktif'in, üye devletlerin "bir göçmenin bir üye devletin topraklarına girmesine veya bu topraklardan geçmesine kasten yardım eden" herhangi bir kişiyi suçlu saymasına izin verecek şekilde muğlak bir çerçeveye yerleştirildiği sonucuna varılmıştır¹⁶⁹.

Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı (*European Union Agency for Fundamental Rights*) ve Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi (*United Nations Office on Drugs and Crime*) gibi kurumsal aktörlerin, Direktif'te yer alan göçmen kaçakçılığı suçlarının kapsamının, Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol kapsamındaki Birleşmiş Milletler standartlarına uygun olarak daraltılmasına ve belirliliğin sağlanmasına yönelik görüş açıklamaları da benzer yöndedir¹⁷⁰. Direktif kapsamında suç teşkil eden hareketlere atıfta bulunularak insani yardımın cezalandırılması konusunda devletlere takdir yetkisi tanınmasında asıl sorun, insani yardımın ne olduğunun tanımlanmasından ziyade özellikle göçmenin ülkeye yasa dışı girişinin kolaylaştırılması hareketi bağlamında kesin bir ölçütün getirilmemesinden kaynaklanmaktadır. Bu hareketin suç teşkil etmesi, ülkede yasa dışı kalmaya imkân sağlanmasında olduğu gibi maddi menfaat ölçütüne bağlı kılınsaydı ve maddi menfaat kavramından ne anlaşılması gerektiği hükme bağlansaydı, bu tür amaç içermeyen yardımların insani yardım kapsamında değerlendirilmesi söz konusu olabilecekti. Böyle bir ölçüte yer verilmemesi nedeniyle Direktif çerçevesinde insani yardım ile ne kastedildiği anlaşılammakta ve devlet uygulamalarında farklılıkların ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

Ülkeye yasa dışı girişin ve insani yardımın suç teşkil etmesi fiil ceza hukuku (*Tatstrafrecht*) yaklaşımının değil, fail ceza hukuku (*Täterstrafrecht*) yaklaşımının¹⁷¹ konuyla ilişkili olarak merkezi şekilde konumlandırılması anlamına gelebilecektir. Zira cezalandırılması gereken bir fiilin belirlenmesinde fiilin niteliğine ve haksızlık içeriğine yönelik esasların dikkate alınmasından ziyade fiili gerçekleştiren kişinin özelliklerine ve bu anlamda suçlu türlerine ağırlık verilmesi fail ceza hukukunun yansıması olarak ortaya

¹⁶⁰ Konu hakkında değerlendirme için ayrıca bkz. Sklansky, (n 121) 209 vd.

¹⁶¹ European Criminal Policy Initiative, 708; Landry, (n 33) 6-7.

¹⁶² Bu noktada gerekli olan açıklık bakımından Avrupa Suç Politikası Bildirisi'nde önemli bir ifadeye yer verilmiştir. Avrupa Birliği kapsamında belirli bir hukuki düzenleme ile üye devletlerdeki yasaklamalar tam olarak uyumlaştırmaya çalışılıyorsa, ilgili düzenleme belirlilik ilkesine ilişkin gerekliliği sanki bir ceza kanunuymuş gibi karşılamalıdır. European Criminal Policy Initiative, 708.

¹⁶³ European Commission Communication, 'Towards a EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law', Brussels, 20 September 2011, COM (2011) 573.

¹⁶⁴ European Commission Communication, 3. Benzer şekilde Avrupa Parlamentosu tarafından 2012 yılında yayınlanan Rapor'da ceza hukukunun son çare olarak uygulanması gerekliliğine vurgu yapılmıştır. European Parliament, 'Report on an EU approach on criminal law' (Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs), 24 April 2012.

¹⁶⁵ Rodrik (n 2) 108. Webber, Birlik kapsamında insan ticareti, göçmen kaçakçılığı ve insani yardım arasındaki sınırın belirsizliğinin insani yardımın cezalandırılmasına imkân sağladığı değerlendirmesinde bulunmuştur. Fekete/Webber/Edmond-Pettitt, (n 59) 7.

¹⁶⁶ Liz Fekete, Europe: Crimes of Solidarity, (2009) 50(4) Race & Class 83, 84.

¹⁶⁷ Using Criminal Law To Restrict The Work Of Ngos Supporting Refugees And Other Migrants In Council Of Europe Member States, 12.

¹⁶⁸ Carrera/Mitsilegas/Allsopp/Vosyliute, (n 53) 20.

¹⁶⁹ Conte/Vosyliute, (n 81) 6.

¹⁷⁰ Conte/Vosyliute, (n 81) 19.

¹⁷¹ Kavramlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Anneke Petzsche, 'Die Kriminalisierung von Vorbereitungshandlungen – Abschied vom Tatstrafrecht?' (2019)131(3) ZSTW 576, 579 vd.

çıkılmaktadır¹⁷². Bu yaklaşımda fail, onu belirli bir imaja bağlayan bazı özelliklere sahip olması üzerinden tanımlanmaktadır¹⁷³. Ceza sorumluluğunun sınırı olarak fiil ve tipikliği terk eden fail ceza hukukunda ceza, failin kişiliğine bağlıdır¹⁷⁴. Göçmenlerin ve onlara insani yardımda bulunanların cezalandırılması, özünde kamu güvenliğine yönelik bir riskin varlığına¹⁷⁵ işaret etmekte olup, yasa dışı göçün önlenmesinin aciliyetinden kaynaklanan yasa dışı göçle mücadelede katı araçların kullanılmasının sonucunu ifade etmektedir¹⁷⁶. Fail ceza hukuku kabulü, ceza hukukunun temel ilkelerinden kusur ilkesi (*nulla poena sine culpa*) ile çelişmektedir. Zira kusur ilkesi, “*kriminalize etmenin yalnızca topluma ciddi şekilde zarar veren davranışlara karşı kullanılması gerektiği gerçeğini değil, aynı zamanda ceza hukuku tarafından insan onuruna saygı gösterilmesinin bir garantisi olarak görülmesi gerektiğini*” de içermektedir¹⁷⁷. Kişinin salt bir ülkeye yasa dışı şekilde girdiği veya ülkede bu şekilde kaldığı gerekçesiyle suçlu bulunması ve cezalandırılmasında¹⁷⁸, ne topluma ciddi şekilde zarar veren fiilden ne de insan onuruna saygı gösterildiğinden söz edilebilir.

Ayrıca Birliğe üye bazı devletlerde olduğu gibi, göçmenin yasa dışı girişinin veya ülkede yasa dışı kalışının suç teşkil edebileceğinin kabul edilmesi¹⁷⁹, bu kişilere yardım eden kişilerin suça iştirak kapsamında cezalandırılmasının önünü açacaktır. İnsani yardım teşkil eden hareketler bakımından cezasızlık öngören hükmün düzenlenmesinin takdirî nitelikte olmaması ve buna yönelik bir zorunluluk öngörülmesi, asıl bu noktada önem taşımaktadır. Öngörülen bu zorunluluk, insani yardımdan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin belirlemeyi içermelidir. Böylece her bir üye devletin insani yardımın kapsam alanını kendi uygulamaları çerçevesinde dikkate almasına engel olmak mümkün olabilir. Konuya ilişkin yasal ölçütün getirilmesi, ulusal düzenlemelerde tutarlılığın sağlanması ve göçmenle dayanışmanın haksız yere suç sayılmasının önüne geçilmesi bakımından önemlidir¹⁸⁰.

IV. 2002 tarihli Avrupa Birliği Direktifi ile Öngörülen Düzenlemelerin ve Gelişen Devlet Uygulamalarının Uluslararası Sözleşmeler Bağlamında Değerlendirilmesi

2002 tarihli Direktif ile yasa dışı göçü kolaylaştırmanın cezalandırılması ve herhangi bir şekilde tanımı öngörülmeyen insani yardım açısından cezasızlık öngörülmesi hususunda takdir yetkisinin devletlere bırakılması, Birliğe üye devletler arasında uluslararası sözleşmelerle üstlenilen yükümlülükleri de ihlal edecek farklı birtakım uygulamaların ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Avrupa devletlerinin bir kısmı, kişilerin uluslararası koruma bağlamında sahip olduğu hukuki statü ve içinde bulunduğu koşullara ilişkin birtakım özel ölçütler getirerek insani yardımın cezalandırılmayacağını açık veya dolaylı bir biçimde ulusal düzenlemeleri çerçevesinde kabul etmiştir¹⁸¹. Ancak görülmektedir ki deniz alanlarında, özellikle arama kurtarma faaliyetleri kapsamında, “*gerçek tehlike veya risk*” gibi birtakım ölçütler geliştirilmiş olsa da devletin kara ülkesinde gerçekleşen eylemler bakımından benzer kıstaslar öngörülmesi oldukça güçtür¹⁸². Somut bir tehlikenin yokluğunda insani yardımı tanımlamak ve bu kapsamda hukuka uygun eylemlerin eşliğini belirlemek yasa koyucuların takdirine bırakılmaktadır¹⁸³. Bu durum ise söz konusu sınırların belirlenmesinin, devletin düzensiz göçün önlenmesi bağlamında benimsemiş olduğu ceza adaleti/politikası ile ilişkilendirilmesine sebep olmaktadır. Ancak göçmenlerin temel ve hak ve özgürlüklerinin korunması gereği, göçmen kaçakçılığına ilişkin düzenlemeleri ceza adaletinin/politikasının ötesine taşımakta¹⁸⁴ ve devletlerin benimsedikleri ceza adaletinin/politikasının sınırını teşkil etmektedir.

¹⁷² Spena, söz konusu durumu, “*Belirli bir insan tipine karşılık gelme gerçeği, doğrudan bir cezanın verilmesini tetikleyen bir haksızlığa dönüştürülür*” şeklinde ifade etmiştir. Spena, ‘*Iniuria Migrandi*’ (n 89) 641-2.

¹⁷³ Spena, ‘*Iniuria Migrandi*’ (n 89) 644. Yabancıların etnik kökenleri, görünüşleri vb. sebeplerle suçlu ilan edilme olasılığına sahip olduğu yönünde değerlendirme için bkz. Zedner (n 139) 48. Yazar, yasa dışı şekilde ülkede bulunan kişilerin potansiyel tehlikeli olarak kabul edilmesini, *Jakobs*’un görüşleri çerçevesinde ele aldığı düşman ceza hukuku (*Feindstrafrecht*) ile ilişkilendirerek değerlendirmiştir. Yazara göre, esası, kural tanımazlığı davranışlarıyla göstermiş kişilere karşı uygulanacak ceza hukuku kurallarının farklı şekilde ele alınmasını gerektiren düşman ceza hukuku, göç konusunda cezalandırma alanının aşırı genişlemeye başlaması nedeniyle düzensiz göçe kadar uzanmaktadır. Zira zarar meydana gelmeden önce önlemek için, önleyici olarak göçmenlerin cezalandırılmaya çalışılması, kamu güvenliği gerekçe gösterilerek göçmenlerin süresiz şekilde gözetim altında tutulması veya göçmen kaçakçılığı kapsamında cezalandırma alanının genişlemesi şeklinde orantısız uygulamaların artması buna örnek teşkil etmektedir. Özellikle göçmenlerin henüz daha ülke sınırlarına girmeden denizde yakalanmaları ihtimalinde cezaî sorumluluk değerlendirmesi, sınırın ne kadar genişletilebileceğini göstermektedir (Zedner, (n 139) 49-50).

¹⁷⁴ Petzsche, (n 171) 580.

¹⁷⁵ “*Güvenlik esaslı ceza hukuku, risklerle ve bunlara yol açan nedenlerle mücadele aracıdır. Ceza hukukunu bu şekilde tasnife tâbi tutulmasının sonucu olarak kusurluluk ve tehlikelilik arasındaki fark ve aynı zamanda maddî ceza hukuku ile ceza muhakemesi hukuku arasındaki ayrımlar belirsizleşir. Böylece genel olarak bütün bir ceza hukuku sistemi, siyasetin ve onun icra kuvvetinin elinde araçsallaşmış olur. Önleme, ceza hukukunun temel amacı haline geldikçe diğer taraftan suç ve cezada orantılılık ile eşitlik ilkelerinin gerçekleştirme imkânları azalır.*” Taşkın, (n 112) 83.

¹⁷⁶ “*Korunacak husus topluluğu olsa dahi, ceza hukukunun kesinlik ilkesinden uzaklaşmaması gerekir. Ceza hukukunda ‘güvenlik’ vurgusunun çoğaltılması, doğal olarak güvenliğin aşırı şekilde korunması gibi bir sonucu ortaya çıkarır. Bu hal ise, hak, menfaat ve hatta usule ilişkin koruma sahasının daralmasına yol açar.*” Demuro, 1681’den aktaran Taşkın, (n 112) 82. Toplumsal hedeflere ve rollere uyumu sağlamak için ceza hukukunun kullanılmasının ceza hukukunun genişlemesinin arkasındaki ana faktör olarak görüldüğü yönünde bkz. Aliverti, (n 105) 419.

¹⁷⁷ A Manifesto on European Criminal Policy’, 707.

¹⁷⁸ Bu yönüyle göç suçunun (*immigration offence*) yeterli bir kusurluluk koşulundan yoksun olduğu şeklindeki görüş için bkz. Zedner, (n 139) 51.

¹⁷⁹ Göç suçları (*immigration offences*) şeklinde ifade edilebilecek bu kapsamda yer alan fiillerin muğlaklık içerdiğine yönelik eleştiri için bkz. Parkin, 12.

¹⁸⁰ Conte/Vosyliute, (n 81) 22.

¹⁸¹ İlgili örnekler için bkz. Human Rights Council, Human rights and international solidarity, para 19-20.

¹⁸² Zirulia, (n 64) 242-8, 249.

¹⁸³ Zirulia, (n 64) 251.

¹⁸⁴ Roxane de Massol de Rebetz/Pinar Ölçer, ‘Aggravated Migrant Smuggling in a Transit Migration Context, Criminal Victimization under ECtHR Positive Obligations Case Law’ (2022) 71 *Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul*, 416.

Avrupa Birliği'ne üye devletlerin göçmenlerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması bağlamında benimsedikleri ceza politikasının sınırlarını ise Birliğin kurucu andlaşmalarının ilgili hükümleri, Avrupa Birliği Andlaşması'nın 6. maddesi¹⁸⁵ ile atıf yoluyla kurucu andlaşmalarla aynı hukuki değere sahip kılınan Temel Haklar Şartı ve Birliğin ve üye devletlerin taraf oldukları uluslararası sözleşmeler teşkil etmektedir.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi ve insan hakları sözleşmeleri ile kurulan denetim mekanizmaları, insan haklarının korunması noktasında devletin uluslararası sözleşmelerle üstlendiği yükümlülüklerin bütüncül bir şekilde ve ülkesel bir sınırlama olmaksızın¹⁸⁶ ele alınması gerektiğini göstermektedir. Göçmenlerin cezalandırılması¹⁸⁷, göçmenlere yapılan insani yardımın suç teşkil etmesi ve cezalandırılması veya kişi ve/veya kuruluşlar hakkında başlatılan kovuşturmaların ve uygulanan yaptırımların, muhteviyatları itibarıyla arama-kurtarma faaliyetlerinde görevli sivil toplum kuruluşları üzerinde yarattığı baskı ve kuruluşların faaliyetlerine olan caydırıcı etkisi¹⁸⁸ hususunda, bu bütüncül yaklaşımın parçalarını; göçmen kaçakçılığı tanımını belirterek suç kapsamında devletin yükümlülüklerine ilişkin genel çerçeveyi çizen uluslararası sözleşmeler, özellikle mülteci hukuku ile öngörülen korumanın temel taşı teşkil eden *non-refoulement* ilkesi ve uluslararası korumaya ihtiyacı olan kimselerin korunmasını konu alan uluslararası belgeler, denizde tehlike altında bulunan kişilerin kurtarılmasını öngören deniz hukuku sözleşmeleri ve gerek evrensel gerekse bölgesel bağlamda bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunması hususunda ortak asgari standartlarda bulunmayı öngören insan hakları sözleşmeleri oluşturmaktadır.

A. Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol

Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol sadece göçmen kaçakçılığı kapsamında cezalandırılabilir hareketlerin sınırını çizmekle kalmamakta, ayrıca göçmenlerin korunmasına yönelik düzenlemeler içermektedir. Protokol, kara, deniz ve hava yoluyla yapılan göçmen kaçakçılığını önlemek ve bununla mücadele etmek için atılacak etkin adımların, işbirliği, bilgi alışverişi ve ulusal, bölgesel ve uluslararası düzeylerdeki sosyo-ekonomik önlemleri de içeren diğer uygun önlemlerin alınmasının yanında göçmenlere insanca muamele yapılması ve göçmenlerin haklarının bütünüyle korunmasının sağlanmasını amaç edinmektedir¹⁸⁹. Bu amaç doğrultusunda Protokol'ün 14. maddesinin 2. fıkrasının 'e' bendinde¹⁹⁰ göçmenlere insanca muamele yapılması ve göçmenlerin haklarının bu Protokol'de öngörüldüğü şekilde korunması vurgulanmaktadır. Protokol'ün 16. maddesinde¹⁹¹ ise devletler bakımından öngörülen bu yüküme daha geniş biçimde yer verilmekte; göçmenlerin, yaşam hakkı, işkenceye veya başka zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı muameleye veya cezaya tâbi tutulmama gibi hakları saklı tutularak taraf devletlerin, söz konusu hakları korumak için uluslararası hukuktan doğan yükümlülükleriyle uyumlu olarak, gerekli yasal ve diğer bütün uygun önlemleri alacağı; hayatları veya güvenlikleri tehlikeye giren göçmenlere uygun yardım sağlayacağı; yetkisi altında bulunan bireyler veya gruplar tarafından göçmenlere yöneltilebilecek şiddete karşı koruma sağlamak için uygun önlemleri alacağı hükme bağlanmaktadır. Devletlerin göçmenler bakımından üstlendikleri koruma veya temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alma yükümü, devletin pozitif yükümlülüklerini de içermekte; devlet dışı aktörler tarafından gerçekleştirilecek ihlal teşkil eden uygulamaların önlenmesi ve bunun için gerekli hukuki düzenlemelerin yapılması gereğini taşımaktadır¹⁹². Ayrıca bu yüküm, yalnızca düzensiz göçmenlerin

¹⁸⁵ ABA md. 6/1, "Birlik 12 Aralık 2007 tarihinde Strazburg'da uyarıldığı haliyle Andlaşmalarla aynı hukuki değere sahip olan 7 Aralık 2000 tarihli Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda yer alan hakları, özgürlükleri ve ilkeleri tanıır." şeklindedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasıyla ise Birliğin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olması öngörülmüştür. Söz konusu gelişmelerle birlikte temel hak ve özgürlükler tartışmasız bir biçimde Birlik hukukunun bir parçası haline gelmiştir (Bayram, (n 22) 90).

¹⁸⁶ Devletin ülke dışında gerçekleştirdiği sınır kontrollerinin yürütülmesinde rehber ölçütleri insan haklarına, mülteci hukukuna ve devletin sorumluluğuna ilişkin uluslararası hukuk kuralları belirlemek; dolayısıyla Avrupa devletlerinin faaliyetlerini ülkesi dışında gerçekleştirmesi, bu faaliyetlerden uluslararası sorumluluğunun doğmasına engel teşkil etmemektedir. Maarten den Heijer, 'Europe beyond its Borders: Refugee and Human Rights Protection in Extraterritorial Immigration Control', *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Eds Bernard Ryan and Valsamis Mitsilegas (Martinus Nijhoff 2010), 197.

¹⁸⁷ 2015 yılında Birliğin Göçmen Kaçakçılığına Karşı Eylem Planı çerçevesinde göçmen kaçakçılığı ile mücadelenin gerekçesi olarak göçmen kaçakçıları tarafından göçmenlere yönelik kötü muamelelerin engellenmesi gerekliliği ile göçmenlerin korunması ön plana çıkarılmıştır (Rodrik (n 2) 99). Konunun göçmen kaçakçılığı çerçevesinde düzensiz göçün önlenmesi ve kontrol edilmesi yönünde şekillendirilmek istenildiğine işaret eden düzenlemeler, suçun önlenmesine etki edecek ceza hukuku yaptırımlarının uygulama alanının dar tutulması sonucunu ortaya koymaktadır. Diğer bir ifadeyle, asıl önem arz eden konu suçun değil, düzensiz göçün önlenmesi ve buna yönelik tedbirlerin alınması ve düzensiz göçün kontrol altında tutulabilmesidir. Nitekim Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı (FRA) tarafından yapılan bir araştırmada, ülkeye düzensiz girişi suç sayarak göçü yönetmeye çalışan bazı Birliğe üye devletlerin bu çabalarının, göçmenleri suçlu konumuna getirme ve onları bu amaçla hareket eden örgütler için kolay hedef haline getirerek insan kaçakçılığına itme sonucuna yol açma tehlikesine sebep olabileceğine dikkat çekilmiştir. Carrera/Mitsilegas/Allsopp/Vosyliute, (n 53) 19.

¹⁸⁸ Criminalization of humanitarian and other support and assistance to migrants and the defence of their human rights in the EU (International Commission of Jurists, 22April 2022), 4.

¹⁸⁹ Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol, Başlangıç Hükümleri.

¹⁹⁰ Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol, md. 16/2-e, "Göçmenlere insanca muamele yapılması ve haklarının bu Protokol'de öngörüldüğü şekilde korunması. . ." şeklindedir.

¹⁹¹ Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol, md. 16, "1- Bu Protokol'ün uygulanmasında, her Taraf Devlet, bu Protokol'ün 6 ncı maddesinde belirtilen eylemlere konu olmuş kişilerin, uluslararası hukukun ilgili hükümlerinin sağladığı, özellikle yaşama hakkı, işkenceye veya başka zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı muameleye veya cezaya tâbi tutulmama hakkı gibi haklarını saklı tutmak ve korumak için uluslararası hukuktan doğan yükümlülükleriyle uyumlu olarak, gerekli yasal ve diğer bütün uygun önlemleri alacaktır. 2- Her Taraf Devlet göçmenlere, bu Protokol'ün 6 ncı maddesinde belirtilen eylemlere konu olmaları nedeniyle, bireyler veya gruplar tarafından yöneltilebilecek şiddete karşı koruma sağlamak için uygun önlemleri alacaktır. 3- Her Taraf Devlet, bu Protokol'ün 6 ncı maddesinde öngörülen eylemlere konu olmaları nedeniyle, hayatları veya güvenlikleri tehlikeye giren göçmenlere uygun yardım sağlayacaktır. 4- Taraf Devletler bu madde hükümlerini uygularken, kadınların ve çocukların özel ihtiyaçlarını dikkate alacaklardır. 5- Bu Protokol'ün 6 ncı maddesinde belirtilen eylemlere konu olmuş bir kişinin alıkonulması halinde, her Taraf Devlet, uygulanabildiği hallerde konsolosluk görevlilerine bildirim yapılması ve onlarla iletişime ilişkin hükümler hakkında ilgili kişilerin gecikmeksizin bilgilendirilmesi dahil, Konsolosluk İlişkilerine İlişkin Viyana Sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerine uyacaktır." şeklindedir.

¹⁹² Bu noktada Protokol'ün 11. maddesine değinmek gerekmektedir. Madde ile taraf devletlerin uluslararası sözleşmeler saklı kalmak kaydıyla, herhangi bir ulaşım aracının sahibi veya yöneticisi dahil, ticari nakliyecilere, bütün yolcularının girişi yapılan devlete giriş için gerekli seyahat belgelerine sahip olup olmadıklarını araştırma zorunluluğunu getirme yükümlülüğü altında olduğunu düzenlemiştir. Söz konusu hüküm, özellikle denizde tehlikede altında bulunan göçmenler bakımından gemi kaptanının sorumluluğu hususunda önem arz edebilecektir. Ancak Protokol bağlamında bu yükümin doğrudan taşıyıcı kimselere ilişkin olmadığı, devletler bakımından öngörüldüğüne dikkat çekmek gerekmektedir.

tehlikede olduğu durumlarda harekete geçilmesi anlamına gelmemekte söz konusu tehlikeden bağımsız olarak kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli güvencenin sunulmasını da gerektirmektedir¹⁹³.

16. maddenin son fıkrasında ise Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'ne atıfla, göçmenlerin alıkonulması halinde konsolosluk görevlilerine bildirim yapılması ve onlarla iletişime geçilmesi hakkında ilgili kişilerin gecikmeksizin bilgilendirilmesinin öngörüldüğü görülmektedir. Kişilerin “vatandaş”tan “göçmen”e dönen statüleri, onları temel hak ve özgürlüklerine ilişkin ihlallere açık hale getirebildiği için¹⁹⁴ ilgili hüküm, göçmen kaçakçılığının konusunu oluşturan kişilerin vatandaşlık bağı olan devletle ilişkisinin vurgulanması ve uyuşunda bulunduğu devletin Sözleşme bağlamında oluşan pozitif yükümlülüklerine dolaylı da olsa vurgu yapması bakımından önemlidir¹⁹⁵.

Protokol'ün 18. maddesinde ise taraf devletin, göçmen kaçakçılığı eylemlerine konu olmuş, kendi vatandaşı veya geri dönüş zamanında kendi ülkesinde daimi ikamet hakkı bulunan kişinin geri dönüşünü, sebepsiz veya makul olmayan bir gecikmeye yol açmadan kolaylaştırma ve kabul etme yükümü düzenlenmektedir. Madde hükmünde geri gönderme bakımından “gönüllülük” esas aranmamış olsa da 19. maddede¹⁹⁶ devletlerin diğer uluslararası sözleşmelerle üstlendikleri yükümlülükler dikkat çekilerek Protokol'de yer alan hiçbir hükmün, devletlerin ve bireylerin insancıl hukuk, insan hakları ve uygulanabildiği ölçüde 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ve 1967 tarihli Protokol hükümleri dahil uluslararası hukuktan doğan hak ve yükümlülükleri etkilemeyeceğinin düzenleme altına alınmış olması, göçmenin sınır dışı edilmesi, iadesi vb. işlemlerin *non-refoulement* ilkesi çerçevesinde uygulanmasını gerekli kılmaktadır. Ayrıca söz konusu maddede ülkesel bir sınırlama öngörülmediği için ilgili hükmün, devleti ülkesi bağlamında bir sınırlamaya tâbi tutulmaksızın açık deniz alanında bulunan göçmenler bakımından da uygulanacağı öngörülmektedir¹⁹⁷. Öte yandan söz konusu maddede Sözleşmelere yapılan atıf, göçmen kaçakçılığı kapsamında insani yardımın cezalandırılmamasını destekleyen bir husus olarak da görülmektedir¹⁹⁸.

Protokol'ün göçmenlerin temel hak ve özgürlüklerine ve taraf devletlerin diğer uluslararası sözleşmelerle üstlendiği yükümlülükler atıf yapan söz konusu hükümleri, göçmen kaçakçılığı suçunun uygulanması hususunda sınırların temel hak ve özgürlüklere saygı çerçevesinde çizilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu durumda söz konusu hükümler, göçmenlere yapılan mali veya diğer maddi menfaat temini dışında kalan insani yardımın cezalandırılmasının, Protokol hükümleri bakımından doğrudan ihlal teşkil etmese dahi devletin uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerine aykırılık taşıyabileceğinden¹⁹⁹ Protokol'ün ilgili maddeleri bağlamında hukuka uygun kabul edilmeyeceğini ortaya koymaktadır. Ki Protokol'ün hazırlık çalışmalarında göçmen kaçakçılığı suçunun tanımında kullanılan ölçütler bağlamında düzensiz göçmenlere insani yardım yapılmasının suç teşkil eden eylem olarak nitelendirilmesinin amaçlanmadığı görülmektedir²⁰⁰. Protokol'ün hazırlık çalışmalarında göçmen kaçakçılığı tanımının bir unsurunu teşkil eden mali veya diğer bir maddi menfaat elde edilmesi gereğine ilişkin kaydın, bu amaçla hareket eden örgütlü suç gruplarının faaliyetlerinin kapsamını vurgulamak için dahil edildiği; insani nedenlerle veya aile bağları temelinde gerçekleştirilen faaliyetlerin hariç bırakılmasının amaçlandığı belirtilerek aile üyeleri ve dini veya sivil toplum kuruluşları tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerin suç sayılmasının Protokol'ün amacı dahilinde olmadığı kabul edilmektedir²⁰¹. Bu kapsamda sadece kendilerinin yasa dışı girişini sağlayanlar veya kazanç amacı dışında başkalarının yasa dışı girişini sağlayanların cezalandırılmasının Protokol'ün amacı olmadığı vurgulanmaktadır²⁰².

¹⁹³ Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 'Fit for purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants' (2016), 35.

¹⁹⁴ Tom Obokata, 'Smuggling of Human Beings from a Human Rights Perspective: Obligations of Non-State and State Actors under International Human Rights Law' (2005) 17 (2) International Journal of Refugee Law, 401-2.

¹⁹⁵ Guild, (n 139) 12.

¹⁹⁶ Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol md. 19, “1- Bu Protokol'deki hiçbir hüküm, Devletlerin ve bireylerin, uluslararası insancıl hukuk ve uluslararası insan hakları hukuku ve özellikle, uygulandığı durumlarda, 1951 tarihli Sözleşme ve 1967 tarihli Mültecilerin Statüsü'ne ilişkin Protokol'ün ilgili hükümlerinde yer alan, kaçtığı ülkeye iade edilmeme ilkesi dahil, uluslararası hukuk kapsamındaki diğer haklarını, yükümlülüklerini ve sorumluluklarını etkilemeyecektir. 2- Bu Protokol'de öngörülen önlemler, kişilere bu Protokol'ün 6ncı maddesinde belirtilen eylemlere hedef oldukları gerekçesiyle, ayırım yapmayacak bir biçimde yorumlanacak ve uygulanacaktır. Bu önlemlerin yorumu ve uygulanışı uluslararası düzeyde kabul görmüş ayrımcılık yapmama ilkesine uygun olacaktır.” şeklindedir.

¹⁹⁷ Tom Obokata, 'The Legal Framework Concerning the Smuggling of Migrants at Sea under the UN Protocol on the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air', *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Eds Bernard Ryan and Valsamis Mitsilegas, (Martinus Nijhoff 2010), 159, 161.

¹⁹⁸ Carrera/Mitsilegas/Allsopp/Vosyliute, (n 53) 18. Konuya ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. Ocotrinillo (n 58) 9.

¹⁹⁹ Provera (n 5) 27-30; Human Rights Council, Human rights and international solidarity, para 34.

²⁰⁰ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin andlaşmaların genel yorum kuralını düzenleyen 31. maddesinin ilk fıkrasına göre andlaşma hükümleri, andlaşmanın bütünü bağlamında, konu ve amacının ışığında verilecek olağan anlama uygun şekilde, iyi niyetle yorumlanmalıdır. Sözleşmesi'nin 32. maddesinde ise 31. maddenin uygulanması ile ortaya çıkan anlamı teyit etmek veya 31. madde ile yapılan yorumun muğlak, anlaşılabilir veya makul olmayan sonuca götürmesi halinde anlamı tespit etmek için hazırlık çalışmalarına ve yapıma şartları dahil, tamamlayıcı yorum araçlarına başvurulabileceği kabul edilmektedir. Bkz. Vienna Convention on the Law of Treaties, United Nations, *Treaty Series*, Vol. 1155, p. 331. Sözleşme'nin Türkçe metninde, “İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukukta Temel Belgeler (4. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 66-119*”dan yararlanılmıştır.

²⁰¹ United Nations General Assembly, Fifty-fifth session (Agenda item 105), Report of the Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime on the work of its first to eleventh sessions, Interpretative notes for the official records (travaux préparatoires) of the negotiation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto (A/55/383/Add.1) 3 November 2000, para 88.

²⁰² UNODC, Legislative Guide For The Implementation Of The Protocol Against The Smuggling Of Migrants By Land, Sea And Air, Supplementing The United Nations Convention Against Transnational Organized Crime (Part Three), para 32.

B. 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Statülerine Dair Cenevre Sözleşmesi

Devlet, yabancıların ülkesine girmesi ve ülkesinde kalması veya yabancılara ülkesinde sığınma hakkı tanıyıp tanınmaması hususunda münhasıran yetkili kılınmıştır²⁰³. Devletin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülükleri ise bu münhasır yetkisinin sınırlarını teşkil etmektedir. Şüphesiz bu sözleşmelerin en önemli örneği, 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Statülerine Dair Cenevre Sözleşmesi'dir²⁰⁴. Sözleşme ile mülteci statüsü tanımlanmakta ve bu kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması bağlamında taraf devletler bakımından birtakım yükümlülükler öngörülmektedir. Bu yükümlülüklerden en önemlisi ise Sözleşme'nin 33. maddesinde yer verilen *non-refoulement* ilkesidir²⁰⁵. *Non-refoulement* ilkesi temel olarak mülteci hukuku ile ilişkili olsa da bununla sağlanan koruma, "mülteci" statüsü elde edilmesi şeklinde bir sınırlamaya tâbi tutulmamaktadır²⁰⁶. Ülke ile sağlanan güvencenin, iltica talebinin kabulünden ya da iltica hakkının tanınmasından bağımsız, temel ve özel bir koruma olduğu kabul edilmektedir²⁰⁷. Ülkenin yer bakımından uygulanmasında ise ülkesel bir sınırlamaya gidilmemekte; ilkenin ister ülke sınırları içerisinde, ister sınırda, isterse ülke sınırları dışında devletin yetkilileri/görevlileri aracılığıyla gerçekleştirdiği devlet tasarruflarını kapsayacağı kabul edilmektedir²⁰⁸.

Ülkenin Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı kapsamında ise 19. maddenin²⁰⁹ ikinci fıkrasında karşılık bulduğu; madde ile kimsenin, ölüm cezası, işkence veya başka insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaya tâbi tutulması hususunda ciddi bir tehlikenin bulunduğu bir devlete geri gönderilemeyeceğinin, sınır dışı veya iade edilemeyeceğinin düzenleme altına alındığı görülmektedir. Şart'ın sığınma hakkını düzenleyen 18. maddesinde ise hakkın, 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ve 1967 tarihli Protokol gereğince Avrupa Birliği Andlaşması'nın hükümlerine uygun şekilde güvence altına alınacağı kabul edilerek²¹⁰ sığınma prosedürlerinin uygulanmasında söz konusu Sözleşme ve Protokol hükümlerine başvurunun meşruiyeti güçlendirilmektedir.

Ülkeye yasa dışı giriş halinde kişinin ülkesine geri gönderilmesine ilişkin genel çerçeve ise Birlik hukukunda 2008 tarihli Geri Gönderme Direktifi²¹¹ ile çizilmektedir. Direktif ile üye devletlerin, topraklarında yasa dışı olarak kalan herhangi bir üçüncü ülke vatandaşına geri gönderme kararı vereceği öngörülmekte ve yasa dışı ülkeye giren veya ülkede kalan kişi hakkında alınan geri gönderme kararı üzerine bu kararın uygulanması sürecinde de önlem almaları konusunda üye devletler yetkili kabul edilmektedir²¹². Bununla birlikte Direktif'in çocuğun yüksek yararı, aile hayatı ve ilgili üçüncü devlet vatandaşının sağlık durumu dikkate alınarak *non-refoulement* ilkesine saygı çerçevesinde uygulanacağı belirtilmekte ve ilkenin ihlal edilmesi sonucunu doğuracak işlemlerin ertelenmesi gereği öngörülmektedir²¹³. Direktif, yasa dışı girişin veya ikamet devletler tarafından suç sayılmasını gerektirmemekle birlikte, bu olasılığı da yasaklamamaktadır²¹⁴.

2008 tarihli Geri Gönderme Direktifi'nin ülkeye yasa dışı girişin cezalandırılması ve insani yardım bağlamında sessiz kalması ve 2002 tarihli Direktif ile devletler bakımından öngörülen takdir yetkisine dayanılarak insani yardımın veya daha kapsayıcı deyimi ile dayanışmanın suç sayılması ve dolayısıyla sığınma arayan kişinin, bireysel durumuna göre yapılan uluslararası koruma incelemesinden mahrum bırakılması ise sığınma talebinde bulunan kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesini kolaylaştırmakta, sığınma prosedürlerine erişim eksikliklerini belirginleştirmekte ve dolayısıyla 1951 Cenevre Sözleşmesi ile öngörülen sığınma talebinde bulunan kişilerin uluslararası koruma ihtiyacına sahip olup olmadığının uygun araçlarla bağımsız şekilde değerlendirilmesi yükümlünün ve Sözleşme'nin 33. maddesinde yer verilen *non-refoulement* ilkesinin ihlaline neden olmaktadır. Avrupa

²⁰³ Sevin Toluner, *Milletlerarası Hukuk Dersleri: Devletin Yetkisi* (5.Bası, Beta Yayınları 1996) 356-7.

²⁰⁴ Convention Relating to the Status of Refugees, United Nations, Treaty Series, vol. 189, p 137. Sözleşme çalışmada "1951 Cenevre Sözleşmesi" olarak kısaltılacaktır.

²⁰⁵ Geri gönderme ilkesi (*non-refoulement*), gönderileceği ülkede işkence, insanlık dışı veya haysiyet ve onur kırıcı muameleyle maruz kalma riski olan yabancıların ülkeden gönderilmesi yasasını ifade etmektedir. Nuray Ekşi, *Mahkeme Kararları Işığında Suçluların İltica Sistemi Dışında Bırakılması* (Beta 2017) 2. Ülke bu yönüyle, devlete tanınan söz konusu münhasır yetkiyi sınırlandıran bir uluslararası hukuk ilkesi olarak kabul görmektedir. Ahmet Hamdi Topal, *Mülteci Hukuku ve Silahlı Çatışma Kaynaklı Sığınmacılar* (On İki Levha 2019) 133-4.

²⁰⁶ Ceren Karagözoğlu, 'Non-Refoulement İlkesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Uygulanması' (2023) 43 (2) Public and Private International Law Bulletin, 319-322.

²⁰⁷ Guy S. Goodwin-Gill, 'The Haitian Refoulement Case: A Comment' (1994) 6(1) International Journal of Refugee Law, 109.

²⁰⁸ Goodwin-Gill, (n 207) 105.

²⁰⁹ AB Temel Hakları Şartı md. 19, "1- Toplu sınır dışı etmeler yasaktır. 2- Hiç kimse, ölüm cezası, işkence veya başka insanlık dışı veya alçaltıcı muamele veya cezaya tâbi tutulması konusunda ciddi bir tehlikenin bulunduğu bir devlete geri gönderilemez, sınır dışı edilemez veya iade edilemez." şeklindedir.

²¹⁰ AB Temel Hakları Şartı md. 18, "Sığınma hakkı, 28 Temmuz 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ve sığınmacıların statüsüne ilişkin 31 Ocak 1967 tarihli Protokol kuralları dikkate alınarak ve Avrupa Topuluğunu kuran Andlaşma'ya uygun olarak teminat altına alınmalıdır." şeklindedir.

²¹¹ Avrupa Birliği Geri Gönderme Direktifi, Directive 2008/115/EC, Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals, OJEU, 24.12.2008.

²¹² Geri Gönderme Direktifi, md. 6, 8, 15.

²¹³ Geri Gönderme Direktifi, md. 5, 9. Direktif'in ilkeye yapılan atıflar, geri gönderme işlemlerinin sınırını ilkeye çizmesi bakımından önem arz etmektedir.

²¹⁴ Spena, 'Iniuria Migrandi' (n 89) 639. Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanı vermiş olduğu bir kararda üye devletlerde yasa dışı olarak kalan yabancıların geri gönderilmesine ilişkin ortak standartlar ve prosedürlere ilişkin 2008/115 sayılı Direktif'in, yalnızca bir üye devlette yasa dışı olarak kalan yabancıların dönüşü ve özellikle geri dönüş kararlarının alınması ve bunların uygulanması ile ilgili olduğunu belirtmiştir. Ayrıca yabancıların kalışına ilişkin ulusal kuralları bütünüyle uyumlu hale getirmeyi amaçlamadığına dikkat çekerek bu Direktif'in, bir üye devletin yasalarının yasa dışı kalışı bir suç olarak sınıflandırmasını ve ikamete ilişkin ulusal kuralları bu şekilde ihlal edilmesini caydırmak ve önlemek için cezai yaptırımlar koymasına engel olmadığını vurgulamıştır (Case C-329/11, 06.12.2011, *Alexandre Achughbaban*, para 28-30 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62011CJ0329>> 28 Mart 2023). Spena tarafından konuya ilişkin yapılan değerlendirmede "yasa dışı göçmenlerin derhal sınır dışı edilmesini olumsuz etkilemediği sürece yasa dışı göçün suç sayılması, Birlik hukuku açısından ilke olarak meşru" olduğunun altı çizilmiştir (Spena, 'Iniuria Migrandi' (n 89) 639). Geri Gönderme Direktifi, yasa dışı göçmenlerin geri dönüşünü öngörmekle birlikte, kapsama girenler için cezai yaptırımlar öngörmemektedir. Alman hukukunda ülkeye yasa dışı giren ve burada yasa dışı ikamet eden kişilerin cezalandırılmasına yönelik düzenlemeye Yabancıların Federal Ülkede İkamet Etmesi, Çalışması ve Entegrasyonu Hakkında Kanun'da (md. 95) yer verilmiştir. Benzer şekilde İsviçre'de 16 Aralık 2005 tarihli Yabancılar ve Entegrasyon Hakkında Federal Kanun (md. 115), İsviçre'ye yasa dışı giren ve ikamet eden kişilerin cezalandırılmasını öngörmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kargal, 'Göçmen Kaçakçılığı' (n 3) 228. İtalyan uygulamasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Spena, 'Iniuria Migrandi' (n 89) 637. Konu hakkında ayrıca bkz. Provera (n 5) 16.

İnsan Hakları Mahkemesi de *non-refoulement* ilkesinin Sözleşme sistemi dahilinde en güçlü biçimde tezahür ettiği 3. maddesi çerçevesinde değerlendirme yaptığı birçok kararında, sığınma talebinde bulunan kimselerin sığınma prosedürüne erişimi ve bu kişilerin gönderileceği devlette karşılaşılabileceği muameleye ilişkin değerlendirme yapılması gereğini, madde kapsamında ayrı bir yüküm olarak tanımaktadır²¹⁵. Ki Mahkeme *non-refoulement* ilkesi bağlamında öngördüğü bu yükümü kişinin ülke sınırında bulunması ile sınırlamamakta; kişinin gönderilmesi halinde maruz kalacağı koşullara ilişkin değerlendirme yapılmamasını, başvuru yapanın gönderen devlet ülkesinde bulunması hali bakımından da öngörmektedir²¹⁶.

Ayrıca belirtmek gerekir ki uluslararası korumaya ihtiyaç duyan kişilerin sığınma prosedürüne erişememesi Avrupa Birliği hukuki düzenlemelerine de aykırılık teşkil edebilecektir. Zira sığınma talebinde bulunan kişilerin sığınma prosedürüne erişimini kolaylaştırmayı amaçlayan 2013 tarihli Sığınma Prosedürleri Direktifi'nin²¹⁷ 8. maddesinde, gözaltı merkezlerinde tutulan veya transit bölgeler dahil dış sınırdaki, geçiş noktalarında bulunan üçüncü devlet vatandaşları ve vatansız kişilerin uluslararası koruma için başvuruda bulunmasına imkan verilmesi, sığınma prosedürüne erişimi kolaylaştırmak için gerekli olduğu ölçüde tercümanlık sağlanması için düzenleme yapması öngörülmüş; ayrıca üye devletlerin danışmanlık yapan kişi ve kuruluşlarının başvuru sahiplerine etkin bir biçimde erişimin sağlanması gerektiği belirtilmiştir. Direktif'in 22. maddesinde ise başvuru yapanlara hukuki danışmanlık alma imkanının sunulması, bu doğrultuda sivil toplum kuruluşlarının hukuki yardım sağlamasına izin verilmesi gereği öngörülmüştür. Schengen Sınır Kanunu'nun 14. maddesinin ilk fıkrasında da girişin reddedilmesi hususunda öngörülen düzenlemelerin sığınma hakkı ve uluslararası korumaya ilişkin özel hükümlerin uygulanmasına hâle getiremeyeceği düzenleme altına alınmıştır²¹⁸.

Bununla birlikte belirtmek gerekir ki ilkenin, insan hakları sözleşmeleri çerçevesinde uygulanmasını öngören başvurular temel olarak yaşam hakkı, işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezayı yasaklayan hükümler çerçevesinde toplansa da kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, adil yargılanma hakkı, özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü konu alan maddelerle ilişkilendiren başvuruların da ilke bağlamında değerlendirilebileceğinin kabul edildiği ancak geri gönderilmeyi yasaklayacak nitelikteki ihlallerin istisnai olarak nitelendirilen koşullara bağlandığı görülmektedir²¹⁹. Yaşam hakkı, işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezayı yasaklayan hükümler bakımından ihlale ilişkin gerçek riskin varlığı aranırken; bunlar dışında kalan hükümler bakımından açık ihlale/reddede (*a flagrant denial of a fair trial*) ilişkin gerçek riskin varlığı aranmaktadır. Sözleşmelerle kurulan denetim mekanizmaları riske ilişkin değerlendirmenin ise her somut olay çerçevesinde, bilinen ya da bilinmesi gereken durumlar üzerinden kümülatif ve kişisel bir değerlendirme gerektirdiğinin altını çizmektedir²²⁰. Denetim mekanizmalarının *non-refoulement* ilkesi temelinde gelişen bu uygulaması şüphesiz göçmenler bakımından da önem arz etmektedir. Düzensiz göçmenlerin homojen bir kategori oluşturmadığı göz önüne alındığında her somut olay ve kişi bağlamında kişisel değerlendirme yapılmasının öngörülmesi denetim mekanizmalarının takdir marjını etkilediğinden önemli bir anahtar teşkil etmektedir²²¹.

Direktif ile öngörülen düzenlemelerin *non-refoulement* ilkesiyle ilişkili olarak değerlendirildiği bir husus ise denizde gerçekleştirilen arama ve kurtarma operasyonlarıdır. Deniz alanlarında gerçekleştirilen arama ve kurtarma operasyonlarının veya insanları güvenli bir yere götüren kaptanların, görevlilerin ve mürettebat üyelerinin eylemlerinin suç sayılması *non-refoulement* ilkesinin ihlaline yol açabilecektir²²². Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi Yüksek Komiseri *Michelle Bachelet*, 2019 tarihli İnsan Hakları Konseyi 42. Oturumunda, deniz alanlarında gerçekleşen geri itmeler bağlamında Avrupa devletlerinin kurtarma gemileri ve arama uçaklarının insani yardım çalışmalarını suç olarak düzenlemesi, engellemesi veya durdurmasının kişiler bakımından

²¹⁵ İlgili kararlar için bkz. ECtHR, 59793/17, 11.12.2018, M.A. and Others v Lithuania, para 105-115 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-188267>> 26 Eylül 2022; ECtHR, 51246/17, 08.07.2021, D.A. and Others v Poland, para 71-2 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210855>> 3 Kasım 2022; ECtHR, 40503/17; 42902/17; 43643/17, 23.07.2020, M.K. and Others v Poland, para 177-9 <<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-203840>> 10 Eylül 2022; ECtHR, 41326/17, 8098/18, 8147/18, 8384/18, 10.03.2022, Shenturk and Others v Azerbaijan, para 116 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-216016>> 11 Eylül 2022. Mahkeme'nin geri göndermeye ilişkin davalarda Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında benimsediği yaklaşıma ilişkin geniş analiz için bkz. Saadet Yüksel, 'Procedural aspects of the European Court of Human Rights' Assessment under Article 3 of the European Convention on Human Rights in Removal Cases' (2022) 42 (2) Public and Private International Law Bulletin, 779-788; Karagözoğlu, 'Non-Refoulement İlkesi' (n 206) 336-7.

²¹⁶ ECtHR, 5560/19, 15.04.2021, K.I. v France, para 145-6 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-209520>> 14 Aralık 2022.

²¹⁷ Avrupa Birliği Sığınma Prosedürleri Direktifi, Directive 2013/32/EU Of The European Parliament And Of The Council Of 26 June 2013 On Common Procedures For Granting And Withdrawing International Protection (Recast), Official Journal of the European Union (29.06.2013).

²¹⁸ Schengen Sınır Kanunu sınır kontrollerinin, Avrupa Birliği sığınma mevzuatında belirtilen sığınma hakkını veya üye devletlerin uluslararası yükümlülüklerinden kaynaklanan uluslararası korumayı tehlikeye atmayacağına açıkça güvence altına alan bir dizi hüküm içermektedir. Schengen Sınır Kanunu md. 3-b, md. 4, md. 6/5-c, md. 14/1. Regulation (EU) 2016/399 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on a Union Code on the rules governing the movement of persons across borders (Schengen Borders Code) (codification), Official Journal of the European Union (23.03.2016) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32016R0399>> 23 Mayıs 2023.

²¹⁹ Konuya ilişkin ayrıntılı analiz için bkz. Karagözoğlu, 'Non-Refoulement İlkesi' (n 206) 340-5.

²²⁰ Kişinin sağlık durumu, yaşı, etnik kökeni, sosyoekonomik durumu, dini, siyasi görüşleri, cinsiyeti, belirli bir toplumsal gruba mensubiyeti, geçmişte maruz kaldığı muamele ve özellikle iltica talep etmesi halinde sahip olduğu uluslararası statü vb. unsurlar söz konusu değerlendirmenin bir parçasını oluşturmaktadır. ECtHR, 59166/12, 23.08.2016, J.K. and Others v Sweden, para 121 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165442>> 2 Mayıs 2022 Benzer yönde bkz. Inter-Am.Ct.H.R., 19.08.2014, Advisory Opinion OC- 21/14, Requested By The Argentine Republic, The Federative Republic Of Brazil, The Republic Of Paraguay And The Oriental Republic Of Uruguay (Rights And Guarantees Of Children In The Context Of Migration And/Or In Need Of International Protection) para 221 <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_21_eng.pdf> 22 Ocak 2023; HRC, Communication No. 2343/2014, 23.07.2015, H.E.A.K. v. Denmark, CCPR/C/114/D/2343/2014, para 8.2 <<https://www.refworld.org/cases,HRC,59315c5f4.html>> 12 Mayıs 2022.

²²¹ De Massol de Rebetz/Ölçer, (n 184) 433.

²²² International Commission of Jurists (22April 2022), 9.

ölümcül sonuçlara yol açtığına dikkat çekmiştir²²³. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de birçok kararında açık denizde yapılan müdahaleler bağlamında *non-refoulement* ilkesi çerçevesinde Sözleşme'nin ilgili hükümlerinin ihlal edildiğine karar vermiştir²²⁴.

İnsan Hakları Komitesi ise 2019 tarihli 36 Numaralı Genel Yorumunda herhangi bir ülkesel sınırlama getirmeksizin taraf devletin, kendisine tescil ettirilmiş veya bayrağını taşıyan gemi veya hava araçlarında bulunan ve denizde tehlike altında olan tüm bireylerin yaşam haklarına -uluslararası hukuk kuralları ile belirlenen kurtarma yükümlülüklerine uygun olarak- saygı gösterme ve onları koruma altına almakla yükümlü olduğunu belirtmiştir²²⁵. Bu doğrultuda Komite, Akdeniz'de, İtalya'nın Lampedusa adasınının 113 km; Malta'nın ise 218 km güneyinde gerçekleşen ve 200'den fazla göçmenin hayatını kaybettiği gemi kazasında İtalya ve Malta'nın, gemide bulunan kimselerin hayatlarını kurtarmak için uygun önlemi almadıkları ve söz konusu olayla ilgili olarak etkili soruşturma yürütmedikleri iddialarını konu alan 2020 tarihli A.S. ve Diğerleri/Malta²²⁶ ve A.S. ve Diğerleri/İtalya²²⁷ kararlarında, davalı devletlerin taraf olduğu 1974 tarihli Denizde Can Emniyeti Uluslararası Sözleşmesi²²⁸ ve 1979 tarihli Denizde Arama ve Kurtarma Uluslararası Sözleşmesi'nden²²⁹ doğan yükümlülüklerini, Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi bağlamında davalı devletlerin yetkisinin varlığı, yükümlülüklerinin doğumuna bir dayanak noktası olarak kabul etmiştir²³⁰.

Deniz alanlarında gerçekleşen kurtarma faaliyetlerini konu alan ulusal mahkeme kararlarında da Komite'nin yaklaşımına paralel bir tutum benimsenmiş; kaptan veya gemi mürettebatına ilişkin değerlendirmelerde göçmenlerin götürüldüğü yer bakımından "güvenli yer" vurgusu yapılarak *non-refoulement* ilkesi ile devletin deniz hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin tamamlayıcı nitelik arz ettiği ortaya konulmuştur²³¹.

C. Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme

Göçmen kaçakçılığına ilişkin Direktif ile öngörülen düzenlemenin muhtemel çatışma alanlarından bir diğerini ise Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme²³² oluşturmaktadır. Sözleşme'nin denetim mekanizması olarak kurulan Komite 2021 tarihli Genel Yorumu'nda, düzensiz giriş, kalış veya çıkışların idari yaptırıma tâbi tutulabileceğini ancak ceza gerektiren suç olarak düzenlenmemesi gerektiğini; göçmenlerin, düzensiz statüsü temelinde suçlu olarak sınıflandırılmaması veya suçlu muamelesi görmemesi gerektiğini ifade etmiştir²³³. Komite bir ülkeye düzensiz girişin suç sayılmasının, devletlerin düzensiz göçü kontrol etme ve düzenleme konusundaki meşru amaçlarının sınırlarını aşacağına ve hukuka aykırı gözaltılara/tutuklamalara yol açacağına dikkat çekmiş, devletin elindeki kolluk kuvvetinin göç politikasının uygulanmasında bir araç haline getirilmemesi gerektiğini belirtmiştir²³⁴.

D. Deniz Hukuku Sözleşmeleri

Göçmenlere deniz alanlarında gerçekleştirilen müdahaleleri *non-refoulement* ilkesi temelinde ele alan yaklaşımlar, devletin eylem ve ihmallerinin deniz hukuku sözleşmelerinden doğan yükümlülükler ile birlikte ele alınması gerektiğini; göçmenlere insani yardımın suç olarak düzenlenmesi ve bunun caydırıcı etkisinin özellikle denizde tehlike altında bulunan kişilerin kurtarılması öngören sözleşmeler bağlamında ihlallerin ortaya çıkmasına sebep olabileceğini göstermektedir.

Zira 1974 Denizde Can Emniyeti Sözleşmesi²³⁵, 1979 Denizde Arama Kurtarma Uluslararası Sözleşmesi, 1958 Açık Deniz Sözleşmesi²³⁶, 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi²³⁷, 1989 Uluslararası Kurtarma Sözleşmesi²³⁸ ile -en genel

²²³ Opening statement by UN High Commissioner for Human Rights Michelle Bachelet to the 42nd session of the Human Rights Council, 9 September 2019 <<https://www.ohchr.org/en/statements/2019/09/global-update-42nd-session-human-rights-council>> 2 Mayıs 2023.

²²⁴ ECtHR, 27765/09, 23.02.2012, Hirsi Jamaa and Others v Italy, para 64-8 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109231>> 20 Haziran 2020; ECtHR, 16643/09, 21.10.2014, Sharifi and Others v Italy and Greece, para 212 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147702>> 22 Eylül 2022. Benzer yönde bkz. Committee Against Torture, J.H.A. v Spain (Marine I), CAT/C/41/D/323/2007, 21.11.2008, para 8.2 <<https://www.refworld.org/cases,CAT,4a939d542.html>> 12 Nisan 2022.

²²⁵ CCPR, General Comment No. 36, Article 6 Right of life (CCPR/C/GC/36) 3 September 2019, para 63.

²²⁶ HRC, 13.03.2020, Communication No. 3043/2017, A.S., D.I., O.I. and G.D. v. Malta <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f128%2fd%2f3043%2f2017&Lang=en> 30 Ağustos 2021.

²²⁷ HRC, 04.11.2020, Communication No. 3042/2017, A.S., D.I., O.I. and G.D. v. Italy <<https://undocs.org/en/CCPR/C/130/D/3042/2017>> 30 Ağustos 2021.

²²⁸ International Convention for the Safety of Life at Sea (1974), United Nations, *Treaty Series*, 1184, 1185 (p.2).

²²⁹ International Convention on Maritime Search and Rescue (1979), United Nations, *Treaty Series*, v1405.pdf.

²³⁰ HRC, 13.03.2020, A.S., D.I., O.I. and G.D. v. Malta, para. 6.7; HRC, 04.11.2020, A.S., D.I., O.I. and G.D. v. Italy, para. 7.8.

²³¹ Avvenire, Caso Rackete Archiviata l'inchiesta su Carola "Aveva il dovere di sbarcare" (23 December 2021)'den aktaran International Commission of Jurists (22April 2022), 5.

²³² International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families, *Treaty Series*, vol. 2220, p. 3.

²³³ Komite bu tür uygulamaların göçmenlerin savunmasızlığını ve ayrımcılık, yabancı düşmanlığı, şiddet, insan ticareti ve diğer insan hakları ihlallerinin kurbanı olma olasılıklarını artırdığına dikkat çekmiştir. Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, General comment No. 5 (2021) on migrants' rights to liberty and freedom from arbitrary detention and their connection with other human rights, (CMW/C/GC/5) 21 July 2022, para 35.

²³⁴ General Comment No. 5 (2021) on migrants' rights to liberty and freedom from arbitrary detention and their connection with other human rights, 21 July 2022 (CMW/C/GC/5) para 36.

²³⁵ International Convention for the Safety of Life at Sea, Chapter V, Regulation 15.

²³⁶ Convention on the High Seas, United Nations, *Treaty Series*, vol. 450, p. 11.

²³⁷ United Nations Convention on the Law of the Sea (1982), United Nations, *Treaty Series*, vol.1833, Art 98.

²³⁸ International Convention on Salvage (1989), United Nations, *Treaty Series*, v1953.pdf., Art 10.

ifadeyle- devletlerin ve gemi kaptanlarının denizde tehlikede olan²³⁹ kişileri uyruğuna, statüsüne veya içinde bulunduğu koşullara bakmaksızın, kurtarmak ve yardım etmek yükümü²⁴⁰ altında olduğu kabul edilmektedir.²⁴¹ Bu kabul çerçevesinde göçmen kaçakçılığı kapsamında gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın denizde tehlike altında olan tüm göçmenlerin söz konusu yükümün bir parçasını oluşturduğu söylenebilecektir.²⁴²

Sözleşmeler kurtarma yükümü çerçevesinde devletlere, kurtarılan kişilerin ülkesine kabulü hususunda özel yükümlülükler içermemektedir.²⁴³ “Kurtarma” ve “ülkeye kabul” arasındaki ayrımın yarattığı boşluk, özellikle 1951 Cenevre Sözleşmesi ile mülteciler bakımından öngörülen koruma, *non-refoulement* ilkesi bağlamında önem kazanmaktadır.²⁴⁴ Ancak belirtmek gerekir ki Sözleşmelerde özel bir düzenlemeye gidilmemiş olsa da söz konusu yükümün, kurtarılan kişilerin mümkün olan yakın limana tahliyesine ilişkin zımnî bir gerekliliği içerdiği kabul edilmektedir.²⁴⁵ Nitekim 1979 Denizde Arama Kurtarma Uluslararası Sözleşmesi de “kurtarma” kavramını, tehlikenin bertaraf edilmesinin yanında tehlike altında bulunan kişilerin ilk yardım ve diğer ihtiyaçlarının karşılanması ve güvenli bir yere (*a place of safety*)²⁴⁶ tahliyesi olarak tanımlayarak bu hususu teyit etmektedir.²⁴⁷ Dolayısıyla söylenebilir ki söz konusu kişilerin güvenli bir yere tahliyesi, bir sonuç yükümlüdür; kurtarma yükümünden ayrı/bağımsız nitelikte değildir. Bu sebeple denizde hayatlarını kaybetme riski ile karşı karşıya olan kişilere yardım sağlanmasını suç olarak kabul eden hukuki düzenlemeler ve uygulamalar denizde yardım sağlamayı genel bir yüküm olarak tanıyan uluslararası rejimi zayıflatmaktadır.²⁴⁸

Ayrıca belirtmek gerekir ki Sözleşmelerde denizde tehlike altında olan kişiye yardım sağlaması temel olarak taraf devletler bakımından öngörülen bir yükümlülüktür.²⁴⁹ Kurtarmayı üstlenen kurum, gemi kaptanı veya sivil toplum kuruluşları nihayetinde devletin sözleşmelerle üstlendiği yükümlülüklerin yerine getirilmesine hizmet etmektedir.²⁵⁰ Bu sebeple söz konusu kurtarma faaliyetleri çerçevesinde gerçekleşen eylemlerin cezalandırılması veya engellenmesi devletin kurtarma temel yükümünün yanında kurtarma operasyonunu koordine etmek, bildirimde bulunmak ve devletlerarası işbirliğini sağlamak gibi diğer birtakım yükümlülüklerine de aykırılık oluşturabilecektir.²⁵¹ Bu sebeplerle devletin kurtarma yükümü bağlamında faaliyetlerini, uluslararası deniz hukuku, mülteci hukuku ve insan hakları hukuku da dahil olmak üzere uluslararası hukuk çerçevesinde iyi niyetle, tutarlı bir şekilde gerçekleştirmesi gerektiği ve bu gerekliliğin zamanında ve etkili biçimde en iyi şekilde yanıt verebilen kurumların seferber edilmesini içerdiği kabul edilmektedir.²⁵² Bu kabul çerçevesinde devletlerin, işbirliğini öngören mekanizmalar yapılandırma, kurumsallaştırma ve söz konusu müdahale mekanizmalarının sorumluluklarının tamamını hesaba katacak kadar geniş olmasını sağlama²⁵³ yükümü altında olduğu öngörülmektedir.²⁵⁴

²³⁹ Tehlike hali, bir geminin veya bir kişinin ciddi ve yakın bir tehlike tehdidi altında olduğu ve acil yardıma ihtiyaç duyduğuna dair düşünceyi haklı kılan durum olarak tanımlanmıştır. International Convention on Maritime Search and Rescue, (Annex) Chapter 1, 1.3.13.

²⁴⁰ International Convention on Maritime Search and Rescue, (Annex) Chapter 2, 2.1.10.

²⁴¹ 1982 Sözleşmesi denizde kurtarma yükümlülüğüne ilişkin genel nitelikli hükümler içerirken 1974 ve 1979 Sözleşmelerinde özellikle 2004 tarihli değişikliklerle birlikte kurtarma faaliyetlerine ilişkin düzenlemeler detaylandırılmıştır. Bununla birlikte Uluslararası Denizcilik Örgütü tarafından 2001 tarihinde kabul edilen 920(22) sayılı Karar ve 2004 tarihli Deniz Kurtarılan Kişilere Muameleyle İlişkin Kılavuz İlkeler, bağlayıcı nitelik taşımazlar da Sözleşmelerin ilgili hükümlerinin uygulanması ve yorumlanması hususlarında rehber niteliğindedir. İlgili düzenlemeler hakkında ayrıntılı analiz için bkz. Richard Barnes, ‘The International Law of The Sea And Migration Control’, *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Eds. Bernard Ryan and Valsamis Mitsilegas (Martinus Nijhoff 2010), 136-144.

²⁴² UNHCR, General legal considerations: search-and-rescue operations involving refugees and migrants at sea, para 10; Barnes, (n 241) 141.

²⁴³ Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol’ün “Deniz Yoluyla Göçmen Kaçakçılığı” başlıklı ikinci bölümünde, göçmenler bakımından ikamet izni, eğitim ve öğretim gibi haklara yer verilmemesinin, Protokol ile üye devletler bakımından göçmenleri ülkelerine kabulü hususunda yükümlülük öngörülmemesi anlamına gelebileceği ifade edilmiştir. Obokata, ‘The Legal Framework’ (n 197) 161. Ancak bu noktada, denizde insanlara yardım eden geminin, kıyı devleti tarafından aşırı gecikmeye, mali yüke veya diğer ilgili zorluklara maruz bırakılmaması gerektiğine dikkat çekildiğini belirtmek gerekmektedir. IMO, Maritime Safety Committee, Guidelines on the Treatment of Persons Rescued At Sea, Resolution MSC.167(78), 20 May 2004, para 6.3.

²⁴⁴ Sözleşmelerde kurtarılan kişilerin ülkesine kabulü hususunda yükümün açık bir biçimde yer almamasından hareketle “kurtarma” ve “ülkeye kabul” arasındaki ayrımın bir boşluk yarattığına dikkat çekilmekte ve mülteci hukuku, özellikle 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi’nin 31. ve 33. maddeleri ile öngörülen yükümlülükler bağlamında önem kazanabilecek bu boşluğun devletlerin işbirliği ve koordinasyon yükümlülüğü ile kısmen giderilebileceği ifade edilmektedir. Konu hakkında ayrıntılı analiz için bkz. Barnes, (n 241) 144.

²⁴⁵ Human Rights Council, Human rights and international solidarity, para 29. Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol’de deniz yoluyla göçmen kaçakçılığına karşı alınabilecek önlemler yer verilirken devletin, bir gemiye karşı önlemler aldığı gemideki kişilerin güvenliklerini ve onlara insancıl muamele yapılmasını sağlayacağı da düzenlenmiştir. Bkz. Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol md. 9/1-a.

²⁴⁶ Uluslararası Denizcilik Örgütü “güvenli yer (*a place of safety*)” kavramını, kurtarma operasyonlarının sona erdiği; hayatta kalanların can güvenliğinin artık tehdit altında olmadığı ve temel insani ihtiyaçlarının (gıda, barınma ve tıbbi ihtiyaçlar gibi) karşılanabildiği bir yer olarak tanımlamaktadır. IMO, Maritime Safety Committee, Guidelines on the Treatment of Persons Rescued At Sea, para 6.12.

²⁴⁷ International Convention on Maritime Search and Rescue, (Annex) Chapter 1, 1.3.2. Kurtarılan kişilerin, yiyecek, su, barınma gibi insani gereksinimlerinin yeterli olarak karşılanması söz konusu tanım çerçevesinde, kıyı devletlerinin kurtarma yükümlülüklerinin bir parçası olarak kabul edilmektedir. Deniz Kızılsümer Özer, ‘Denizden Gelen Sığınmacılar ve Uluslararası Hukuk’, *Uluslararası Hukuk ve Politika* (2007) 3(10), 80.

²⁴⁸ Tuğba Başaran, ‘Saving Lives At Sea: Security, Law And Adverse Effects’ (2014) 16, *European Journal of Migration and Law*, 367; Human Rights Council, Human rights and international solidarity, para 31.

²⁴⁹ Sözleşmelerde öngörülen kurtarma yükümü gemi kaptanı, bayrak devleti ve kıyı devleti bağlamında ayrıca öngörülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kızılsümer Özer, (n 247) 78-80.

²⁵⁰ International Commission of Jurists (22April 2022), 12. Uluslararası Denizcilik Örgütü arama-kurtarma faaliyetleri kapsamında, hayatta kalanlara insanca davranmak ve acil ihtiyaçlarını karşılamak için geminin imkanları ve sınırları dahilinde mümkün olan her şeyi yapmanın gemi kaptanlarının görevlerinden biri olduğunu belirtmiştir. Bkz. IMO, Maritime Safety Committee, Guidelines on the Treatment of Persons Rescued At Sea, para 5.1.2.

²⁵¹ Bununla birlikte devletlerin, ulusal düzenlemeleri çerçevesinde gemi kaptanlarının kurtarma yükümlülüğünü yerine getirmemesini suç olarak düzenlediği de görülmektedir. UNHCR, Background Note on the Protection of Asylum-Seekers and Refugees Rescued at Sea, 11 April 2002, para 6, dp 3.

²⁵² UNHCR, General legal considerations: search-and-rescue operations involving refugees and migrants at sea, November 2017, para 19, <https://www.refworld.org/docid/5a2e9efd4.html>, 2 Mayıs 2023.

²⁵³ IMO, Maritime Safety Committee, Guidelines on the Treatment of Persons Rescued At Sea, Resolution MSC.167(78), 20 May 2004, para 6.21.

²⁵⁴ Barnes, (n 241) 147.

E. İnsan Hakları Sözleşmeleri

İnsan hakları sözleşmeleri bireyin hak ve özgürlüklerinin korunmasını konu ve amaç edindiğinden karşılıklılık ilkesine dayanmamakta; taraf devletlerin çıkarlarından ziyade kamunun/uluslararası toplumun çıkarlarının korunmasına hizmet etmekte, vatandaşlığına bakılmaksızın tüm bireylerin haklarını korumayı amaçlamaktadır²⁵⁵. Sözleşmeler, bölgesel veya evrensel düzeyde, kamu düzeninin sağlanmasında bir araç olarak görülmektedir. Bu bağlamda kişinin sözleşmelerle öngörülen korumadan yararlanabilmesi için vatandaşlık bağı, ikametgahı veya oturma izninin bulunması veya uluslararası koruma statülerinden birine sahip olması aranmamakta; devletin, -ülke sınırında ve açık denizde gerçekleştirilen eylem ve ihmaller dahil olmak üzere- ülkesel bir sınırlama öngörülmezsiz yetkisi²⁵⁶ altında bulunan herkes bakımından sözleşmelerle koruma altına alınan hak ve özgürlüklere saygı duyma ve bunları güvence altına alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülük ise söz konusu hak ve özgürlüklere hukuka aykırı müdahaleden kaçınılması, özel kişiler tarafından gerçekleştirilen eylemler de dahil olmak üzere sözleşmelerde yer alan hak ve özgürlüklerin ihlallerinin önlenmesi ve bunların uygulanması için gerekli tedbirlerin alınmasını gerektirmektedir. Bu sebeple Avrupa Birliği hukukunda göçmen kaçakçılığına ilişkin kabul edilen hukuki tasarruflar da bu gereklilik çerçevesinde şekillenmelidir. Direktifle öngörülen düzenlemeler kişilerin göçmen kaçakçılığı suçunun konusunu oluşturan göçmenlerin, sözleşmelerle koruma altına alınan temel hak ve özgürlüklerine aykırı hareket edilmemesini ve özel kişilerden kaynaklanan ihlaller bakımından bunun önlenmesini içermelidir²⁵⁷. Ulusüstü bu düzenlemeler her şeyden önce en genel tabiriyle devletin üstlenmiş olduğu uluslararası yükümlülükler doğrultusunda keyfilikten uzak, kanunilik ve belirlilik ilkeleri temelinde bir ceza politikası izlenmesi dolayısıyla bir hukuki düzenleme yapılmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda insan hakları sözleşmelerinin “yaşayan belge” olarak kabulü ve konu ve amaç çerçevesinde etkili yorumun benimsenmiş olması devletlerin ceza politikasını belirlemede ulusal takdir yetkilerini sınırlayan güçlü araçları teşkil etmektedir²⁵⁸. Ancak Direktif’te göçmen kaçakçılığının uluslararası sözleşmelerle öngörülen kural ve ilkelerle uyumlu olmayan biçimde kaleme alınmış olması, suç teşkil eden eylemler bağlamında mevcut olan belirsizlik, göçmenlere yapılacak insani yardım bakımından öngörülecek cezasızlık hükmünün devletlerin takdirine bırakılması, takip eden devlet uygulamaları ve Direktif’te göçmenlerin korunmasına ilişkin hüküm bulunmaması temel hakların uygulanmasında tutarsızlığa sebep olarak hukuki belirsizliği körüklemekte²⁵⁹ ve kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması hususunda önemli ihlallerin ortaya çıkmasına sebep olmaktadır.

Direktifle öngörülen düzenleme çerçevesinde meşru yardım alanının aşındırılarak insani yardımın kaçakçılık karşıtı düzenlemeler ile suç sayılması²⁶⁰ demek bir yönüyle göçmen ve mültecilerle sınırlı olan temel hukuki korumalara erişiminin suç haline getirilmesi demektir²⁶¹. Çünkü göçmenlere yardım etmek isteyenlerin davranışlarının suç sayılması, göçmenlere tavsiye, destek veya insani yardım sağlamak veya göçmen haklarının ihlal edilmesini protesto etmek için hareket eden bireyler ve sivil toplum kuruluşları üzerinde caydırıcı bir etki doğurmakta ve göçmenlerin adalete erişiminin sekteye uğraması ve sömürülmesi risklerini ortaya çıkarmaktadır²⁶². Bu yönde gelişen uygulamanın söz konusu yardımı yapan kişi ve kurumlar üzerinde yarattığı caydırıcı etki ise göçmen ve/veya iltica talep eden kişilerin de temel hak ve özgürlükleri bakımından gerekli ve yeterli korunmanın sunulmaması ile sonuçlanmaktadır. Göçmenlerin ülkeye girişi ve ülke içindeki ulaşımı konusunda yardım eden, tıbbi yardım da dahil birtakım yaşamsal ihtiyaçları karşılayan, barınma imkanı sağlayan, kalacak yer kiralayan, hukuki danışmanlık hizmeti sunan kişiler, sivil toplum kuruluşları hakkında başlatılan soruşturma ve kovuşturmalar, uygulanan idari tedbirler bu kişiler üzerinde baskı aracı olarak kullanılmaktadır²⁶³.

Göçmenlere yönelik insani yardım ve destek; denizde kurtarma, adli yardım, gıda, giyecek, barınak, acil sağlık hizmetleri gibi temel ihtiyaçların sağlanması şeklinde gerçekleştiğinden²⁶⁴ Direktif çerçevesinde insani yardım ve destek faaliyetlerinin yasaklanması ya da cezalandırılması veya söz konusu faaliyetlerin belirli bir soruşturma ve kovuşturmanın konusunu teşkil etmesinin kişiler ve kurumlar üzerinde yarattığı baskı, insan hakları sözleşmeleri ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ile güvence altına alınan başta yaşam hakkının (AHİS md. 2, MSHS md. 6, AB Şartı md. 35), işkence, insanlık dışı muamele ve aşağılayıcı

²⁵⁵ Alexander Orakhelashvili, ‘Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights’ (2003) 14(3) The European Journal of International Law, 533.

²⁵⁶ İnsan hakları sözleşmeleri çerçevesinde “yetki”, uluslararası hukuktaki karşılığından farklı olarak kullanılmakta; devletin sözleşme hükümlerinden doğan yükümlülüklerinin ve sözleşmenin uygulama alanının belirlenmesi bağlamında yorumlanmaktadır. İnsan hakları sözleşmeleri çerçevesinde devletin yetkisi, devletin belirli bir bölge veya hak sahibi birey üzerinde, belirli konularla sınırlı olarak ise ihlal teşkil eden eylem üzerinde otorite/kontrol/güç uygulamasından hareketle tespit edilmektedir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ceren Karagözoğlu, *İnsan Hakları Sözleşmelerinin Ülke Dışına Uygulanabilirliği Çerçevesinde Devletin Yetkisi ve Sorumluluğu* (Oniki Levha 2023) 24-8.

²⁵⁷ ‘Fit for purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants’, 33-5.

²⁵⁸ De Massol de Rebetz/Ölçer, (n 184) 430.

²⁵⁹ ‘Fit for purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants’, 39.

²⁶⁰ Nitekim Macaristan Ceza Kanunu’nda kamu düzenine karşı suçlarla ilgili bölümde değişiklik yapılarak, göçmenleri desteklemek için “örgütsel faaliyetler” yürütenler yasa dışı girişi kolaylaştırıcılar olarak nitelendirilmiştir. Söz konusu düzenleme bağlamında göçmenlere yardım edenlerin mülteci tanımı kapsamında korunmaya uygun olmayan birine yardım sağladıklarını veya ülkede bulunmalarının hukuka aykırı olacağını bildikleri takdirde cezai sorumluluğunun gündeme geleceği öngörülmüştür. Bu değişikliği içeren ve kolaylaştırma karşıtı bir çerçeveye bürünen yasa, Anayasa (*Hungary’s Fundamental Law*) ile uyumlu olduğu gerekçesiyle Macaristan Anayasa Mahkemesi tarafından onaylanmıştır. Rodrik (n 2) 94.

²⁶¹ Rodrik (n 2) 88.

²⁶² Criminalization of humanitarian and other support and assistance to migrants and the defence of their human rights in the EU, <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2022/04/Criminalization-paper-22-04-2022.pdf>, s. 2.

²⁶³ Human Rights Council, Human rights and international solidarity, para 8-18.

²⁶⁴ CoE, ‘Using Criminal Law To Restrict The Work Of Ngos Supporting Refugees And Other Migrants In Council Of Europe Member States, Thematic Study prepared by Dr Carla Ferstman on behalf of the Expert Council on NGO Law of the Conference of INGOs of the Council of Europe’, CONF/EXP(2019)1, December 2019, para 18.

muameleye maruz bırakılma yasağının (AİHS md. 3, MSHS md. 7, İşkenceyi Önleme Sözleşmesi md. 3, AB Şartı md. 4), ifade özgürlüğünün (AİHS md. 10, MSHS md. 19, AB Şartı md. 11), ayrımcılık yasağının (AİHS md. 14, MSHS md. 2, Her Türlü İrk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, AB Şartı md. 21), sağlık hakkının (ESHS md. 12, AB Şartı md. 35), yeterli beslenme, giyim dahil olmak üzere yeterli yaşam standardına sahip olma hakkının (ESHS md. 11, AB Şartı md. 34), serbest dolaşım özgürlüğünün (AİHS 4 Numaralı Ek Protokol md. 2, MSHS md. 12, AB Şartı md. 45) ihlal edilmesine neden olmaktadır. Bununla birlikte söz konusu temel hak ve özgürlüklerin kullanımı hususunda araç görevi gören etkili başvuru, adli yardım sağlanması gibi hakların (AİHS md. 6, md. 13, MSHS md. 14, AB Şartı md. 47, md. 51, md. 53) tanınmaması da söz konusu hakların ihlaline sebep olabilecektir²⁶⁵. Hukuki yardımda bulunan kişilerin cezalandırılması ya da haklarında kovuşturulma başlatılmasının caydırıcı etkisi dolaylı biçimde de olsa göçmenlerin adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi ile sonuçlanabilecek, kişinin bu hakka erişimini önemli ölçüde kısıtlayabilecektir²⁶⁶. Ayrıca Direktif'in ilgili düzenlemesinin bünyesinde barındığı belirsizlik Temel Haklar Şartı'nın 41. maddesi ile düzenleme altına alınan "iyi idare hakkı"na da aykırılık teşkil edebilecektir²⁶⁷.

Öte yandan belirtmek gerekir ki göçmen kaçakçılığının cezalandırılmasına ilişkin hukuki düzenlemelerde insani yardım ve destek bakımından tanınan muafiyet, doğrudan kişi hakkında soruşturma başlatılmasını engellemediği için uygulamada baskı aracı işlevini ve dolayısıyla caydırıcı etkisini devam ettirmektedir²⁶⁸. Bu noktada yardımda bulunan kimseler hakkında uygulanan tedbirlerin, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ve toplanma ve dernek kurma özgürlüğü bağlamında tartışılacak uygulamaları ortaya çıkardığına da ayrıca dikkat çekmek gerekmektedir²⁶⁹. Özellikle Kuzey Afrika'dan Avrupa'ya, Akdeniz üzerinden gerçekleştirilen kitlesel göç kapsamında denizde tehlike altında olan düzensiz göçmenleri kurtarma faaliyetinde bulunan sivil toplum kuruluşlarının; gemi kaptanı ve mürettebatı hakkında düzensiz göçe yardım etme gerekçesiyle başlatılan yargılamalar, gemi kaptanları ve ilgili sivil toplum kuruluşları yetkilileri hakkında koruma tedbirlerine başvurulması ve bu kuruluşlara ait gemilere el konulması suretiyle hedef alındığı görülmektedir²⁷⁰. Sivil toplum kuruluşlarının üyelerinin göçmen veya iltica talebinde bulunan kişilere yardım ettiği için maruz kaldıkları gerek idari soruşturma gerekse cezai kovuşturmaların ve uygulanan yaptırımların caydırıcı etkisi "insani yardım" kavramının tanımlanmasında bir daralmaya sebep olmaktadır. Benzer etki, sınır bölgelerindeki denetim noktalarında kolluk kuvvetlerinin göçmenlere yönelik hakaret, taciz, tehdit boyutuna varan kötü uygulamalarına engel olmak hususunda etkin rol oynayan sivil toplum kuruluşları faaliyetleri üzerinde de doğmaktadır. Bu durum göçmenlerin temel hak ve özgürlüklerinin etkin şekilde korunmasını etkilediği gibi ulusal düzenlemeler çerçevesinde hukuka uygun biçimde kurulmuş olan sivil toplum kuruluşlarının faaliyetlerini de engelleyerek insan hakları sözleşmeleri ile kabul edilen toplanma ve dernek kurma özgürlüğünü hukuki olmasa da fiili olarak zayıflatmaktadır. Yargılamanın uzun sürmesi; kişiler ve gemiler hakkında uygulanan koruma tedbirleri ve bunların sonucunda ortaya çıkan mali yükümler, yargılama sürecinin adeta bir cezalandırma aracı dönüşerek kurtarma faaliyetleri bakımından kişilerin ve sivil toplum kuruluşlarının davranışlarını etkilemektedir²⁷¹.

Denizde kurtarma faaliyetleri çerçevesinde etkinlik gösteren sivil toplum kuruluşları ve kişilerin yargılanmasını konu alan *Cap Anamur*²⁷² ve *Morthada/El-Hadi*²⁷³ kararları, yargılama sürecinin taşıdığı bu olumsuzlukları ortaya koyması bakımından önemli iki örneği teşkil etmektedir. İtalyan ulusal düzenlemelerinde denizde yardım yükümlülüğü öngörülmesine²⁷⁴ hatta insani yardım bakımından cezasızlık öngörülmesi²⁷⁵ olmasına ve zaruret hali bakımından özel düzenlemeye²⁷⁶ yer verilmesine rağmen söz konusu mevzuat, kurtarma faaliyetlerini gerçekleştiren kişiler bakımından kovuşturma başlatılmasına engel olmadığından yargılama sürecinin getirdiği caydırıcı etkinin doğmasına mani olmamıştır²⁷⁷.

20 Haziran 2004 tarihinde Libya ve İtalya arasında tehlikede bulunan 37 göçmeni kurtaran *Cap Anamur* sivil toplum kuruluşuna ait Almanya bayraklı aynı isimli kurtarma gemisinin yanaşma isteği, Sicilya'nın Empedolce Limanı (İtalya) yetkilileri tarafından 30 Haziran'da reddedilmiş, gemi 12 gün denizde bekledikten sonra zorunlu sebepler ileri sürülerek tahliye edilmiştir. Tahliyeyi

²⁶⁵ Adli yardım hakkı tanınması ya da bunun suç teşkil eden eylemlerden biri olarak düzenlenmemesi kişinin sağlık, gıda, eğitim, barınma vb. haklara erişimini önemli ölçüde kısıtlamaktadır.

²⁶⁶ Human Rights Council, Human rights and international solidarity, para 39.

²⁶⁷ Conte/Vosyliute, (n 81) 41.

²⁶⁸ Ulusal düzenlemesinde göçmen kaçakçılığı suçu bağlamında insani yardım bakımından cezasızlık öngörülen Belçika'da, göçmenleri misafir etmek ve yiyecek, giyecek vb. sağlamak suretiyle yardımda bulunan üçü Belçika vatandaşı dört kişi hakkında yapılan yargılama sonucunda beraat verilse de bu kişiler arasında bulunan sanıklardan biri 8 ay tutuklu kalmıştır. İlgili karar ve yargılama süreci için bkz. Les hébergeurs de migrants sont acquittés par la cour d'appel de Bruxelles, Rtbf (26.1.2021, <https://www.rtbf.be/article/les-hebergeurs-de-migrants-sont-acquittés-par-la-cour-d-appel-de-bruxelles-10769611?id=10769611>)'den aktaran International Commission of Jurists (22April 2022), 6. Söz konusu dava ve yargılama süreci göstermektedir ki devletin ulusal düzenlemesi ile tanınan muafiyet, yardım eden kişinin soruşturma ve kovuşturmaya tâbi tutulmasını engellemiş; kişinin tutuklu kaldığı süre göz önünde bulundurulduğunda kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bakımından da tartışmalı uygulamaların ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir.

²⁶⁹ Human Rights Council, Human rights and international solidarity, para 37.

²⁷⁰ İlgili yargılamalar hakkında bilgi için bkz. Human Rights Council, Human rights and international solidarity, Report of the Independent Expert on human rights and international solidarity (Forty-first session 24 June- 12 July 2019) (A/HRC/41/44), 16 April 2019, para 6-7.

²⁷¹ Başaran, 'Saving Lives At Sea' (n 248) 376-7.

²⁷² *Cap Anamur*, Tribunale di Agrigento, I Sezione Penale, I Collegio, 954/2009'den aktaran Başaran, 'Saving Lives At Sea' (n 248) 374-6.

²⁷³ *Bayouh and Zenzeri*, Tribunale di Agrigento, Sezione Penale Feriale, 1107/2009 and Court of Appeal of Palermo, iii Sezione Penale, 2932/2011'dan aktaran Başaran, 'Saving Lives At Sea' (n 248) 376.

²⁷⁴ İtalyan Navigasyon Kanunu (Codice della Navigazione), md. 1158.

²⁷⁵ Legislative Decree 25.7.1998, No. 286 on "Consolidated Act of Provisions concerning immigration and the condition of third country nationals, md. 12/2.

²⁷⁶ İtalyan Ceza Kanunu (Italian Penal Code), md. 54.

²⁷⁷ Başaran, 'Saving Lives At Sea' (n 248) 377-8.

takiben örgütlü suçlar kapsamında yasa dışı girişin kolaylaştırılması suçlaması ile gemiye el konulmuş; gemi kaptanı, ikinci kaptanı ve sivil toplum kuruluşunun yetkilisi hakkında tutuklama tedbirine başvurulmuştur. Kasım 2006'da başlayan ve üç sene süren yargılama sanıkların beraatiyle sonuçlanmıştır.

Benzer bir yargılama Tunuslu iki balıkçı gemisi Fakhreddine Morthada, Mohamed el-Hedi ve yedi mürettebatına karşı yöneltilmiştir. 8 Ağustos 2007'de Lampedusa (İtalya) yakınlarında tehlikede olan 44 kişiyi kurtaran gemilerin limana yanaşmasıyla birlikte tüm mürettebat hakkında tutuklama kararı verilmiştir. Cap Anamur davasına benzer şekilde örgütlü suçlar kapsamında yasa dışı girişin kolaylaştırılması çerçevesinde 22 Ağustos 2007'de başlayan ve iki yıl süren yargılama Kasım 2009 tarihinde sona ermiş, mürettebat yasa dışı göçe yardım etmek suçundan beraat ettirilirken; gemi kaptanları Abdelkarim Bayoudh ve Abdelbas-set Zenzeri, Lampedusa'ya doğru ilerlerken kendilerine yapılan “*gemiden indirmeme*” emirlerine uymamaları sebebiyle “*kamu görevlisine direnme ve bir savaş gemisine şiddet uygulama*” suçlarından mahkum edilmiştir. Ancak bu karar 22 Eylül 2011'de üst mahkeme tarafından bozulmuş, sanıklar hakkında beraat kararı verilmiştir.

Her iki karar da nihayetinde sanıkların beraatiyle sonuçlansa da kurtarma faaliyetlerini konu alan eylemlere ilişkin yargılama süresinin uzunluğunu, uygulanan koruma tedbirlerini göstermesi ve yargılama sürecinin beraberinde getirdiği zorlukları ortaya koyması bakımından önemlidir.

Bu noktada temel hak ve özgürlükler bakımından oluşan müdahalenin, hakkın sınırlandırılması hususunda benimsenmiş ilke ve kurallar çerçevesinde gerçekleştirilebileceğinin hem Temel Haklar Şartı²⁷⁸ hem de insan hakları sözleşmelerinde öngörüldüğünün; söz konusu hak ve özgürlüklerin kamu yararı amacıyla kanunilik ilkesi temelinde, hakkın özü korunarak, orantılılık ilkesine uygun bir biçimde sınırlandırılabilirliğinin kabul edildiğinin de belirtilmesi gerekmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Mal-lah/Fransa kararında²⁷⁹ izinsiz ikametın kolaylaştırılması suçu sebebiyle yapılan yargılamanın Sözleşme bağlamında ihlal niteliği taşıyıp taşımadığına ilişkin değerlendirmede bulunmuştur. Karar, Fransa'da yasal olarak ikamet eden Fas vatandaşı başvuruçunun kızının Fas vatandaşı B.A. ile evlenmesi ve bunu takiben aile birleşimi kuralları uyarınca Fransa'ya gelmesi ancak vize süresi dolmasına rağmen başvuruçunun Fransa'da bulunan evinde ikamet etmeye devam etmesi üzerine başvuru hakkında yabancıların izinsiz ikameti kolaylaştırmak suçuyla kovuşturma başlatılması, yapılan yargılamada suçlu bulunması (başvuruçunun, aynı Mahkeme kararıyla suçun etkilerinin ortadan kalktığına tespitiyle tahliye edilmiştir) üzerine Sözleşme'nin 8. maddesiyle koruma altına alınan özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasını konu almaktadır. Mahkeme ilgili başvuruya ilişkin değerlendirmesinde devletin ulusal düzenlemeler gereğince aile bağları başlığında kovuşturmadan muaf tutulmanın öngörüldüğü ancak başvuruçunun B.A. arasındaki ilişkinin söz konusu düzenleme kapsamında yer almadığını vurgulayarak kamu yararı ile aile ve özel hayatına saygı hakkı arasında adil bir denge kurulduğunu belirtmiş ve devletin ulusal düzenlemesi gereğince yürütülen kovuşturma ve varılan yargı çerçevesinde Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir²⁸⁰.

Ayrıca göç olaylarının ve özellikle de kitlesel göçün uluslararası nitelikli olmayan veya uluslararası nitelikli silahlı çatışmalar sebebiyle ortaya çıktığı veya tetiklendiği göz önünde bulundurulduğunda insani yardım faaliyetleri kapsamındaki eylemlerin cezalandırılmasının insancıl hukuk kurallarına da aykırılık teşkil edebileceğinin belirtilmesi gerekmektedir.

1949 Tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Protokol'ün “*Sivil Nüfus Lehine Yardım*” başlıklı II. Bölümünün 69., 70. ve 71. maddelerinde²⁸¹ silahlı çatışmalardan etkilenen sivil halka yardım yükümlülüğü öngörülmüştür. Maddelerde öngörülen yardım faaliyetlerinin içeriği ve silahlı çatışmalardan etkilenen sivil halkın uluslararası korumaya ihtiyaç duyan muhtemel statüsü, bu kişilere yapılması öngörülen yardım ile göçmenlere yapılan insani yardım tanımlarının örtüşmesi ile sonuçlanmaktadır²⁸². Ayrıca belirtmek gerekir ki Protokol'ün 71. maddesinde devletlerin, yardım faaliyetlerini gerçekleştiren/katılan kimseleri koruma ve bu kişilere yardım yükümü de öngörülmüştür. Protokollerde yer alan bu hükümler insani yardım eylemlerinin uluslararası hukuk temelindeki meşruiyetini güçlendirmektedir²⁸³. Bu sebeplerle Avrupa Birliği'ne üye devletlerin 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokollerine taraf olduğu ve söz konusu kuralların büyük bir kısmının teamül kuralı niteliğine sahip olduğu göz önünde bulundurulduğunda, Birlik hukuki düzeni çerçevesinde kabul edilen insani yardım faaliyetlerine ilişkin düzenlemelerde insancıl hukuk kural ve ilkelerinin dikkate alınması gerekliliği doğmaktadır.

²⁷⁸ AB Temel Haklar Şartı'nın 52. maddesinde Şart ile koruma altına alınan hak ve özgürlüklerin kamu yararı amacıyla kanunilik ilkesi temelinde, hakkın özü korunarak, orantılılık ilkesine uygun bir biçimde sınırlandırılabilirliği düzenleme altına alınmıştır. Maddenin son fıkrasında ise Şart'ta yer alan hak ve özgürlüklerin tanımı ve kapsamı hususunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne atıf yapılmıştır. Sözleşme'ye yapılan bu atıf, Şart ile öngörülen güvenceleri katmerleştirirken Sözleşme'nin de Birlik hukuku içerisindeki yerini güçlendirmiştir.

²⁷⁹ Conviction with absolute discharge for facilitating unauthorised residence did not breach the Convention, (ECHR 238 (2011) 10.11.2011) (Press Release) <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-3739606-4267555>> 12 Mayıs 2023. Karar için bkz. ECtHR, 29681/08, 10.11.2011, Affaire Mallah v. France <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107415>> 12 Mayıs 2023.

²⁸⁰ Conviction with absolute discharge for facilitating unauthorised residence did not breach the Convention, (ECHR 238 (2011)) (Press Release), 2-3.

²⁸¹ 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Protokol md. 70-1. Sözleşme hükümlerinin Türkçe metninde “12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri”, Ed. Melike Batur Yamaner vd., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 42” eserinden yararlanılmıştır.

²⁸² Ryan Devereaux, *Scott Warren Not Guilty in Trial for Border Humanitarian Work*, INTERCEPT (Nov. 23, 2019) <<https://theintercept.com/2019/11/23/scott-warren-verdict-immigration-border/>> 30 Mayıs 2023.

²⁸³ Rodrik (n 2) 106.

SONUÇ

Düzensiz göçle mücadele çerçevesinde Direktif kapsamında klasik anlamda kabul edilebilecek göçmen kaçakçılığı suçunun yanı sıra menfaat teminine yönelik amacın varlığına dayanmayan yasa dışı göçü kolaylaştırma suçu ve cezalandırılabilir nitelikte dayanışma suçu ortaya konularak aslında göçmen kaçakçılığı kapsamında bu sürece bir şekilde katkı sağlayan herkesin ceza tehdidi ile karşı karşıya kalabilmesinin önü açılmıştır. Yasa dışı göçü kolaylaştırma suçları özellikle bu kapsamda yaşanan olaylar ile birlikte dikkate alındığında, göçmen kaçakçılığında ceza adaleti ile göçmenlerin korunması arasındaki dengenin bozulduğu görülmektedir. Söz konusu düzenlemeler, Direktif ile amaçlanan yasa dışı göçün mutlak bir şekilde önlenmesi olduğu ve bu kapsamda göçmen haklarının korunmasının göz ardı edildiği şeklindeki değerlendirmeyi mümkün kılmaktadır.

Her hukuka aykırılık cezai yaptırım gerektirmediğinden ve bu konuda ceza hukukunun son çare olması esas teşkil ettiğinden dolayı, devletin “*baş edemediği her durum*” bakımından ceza kovuşturması tehdidini kullanması kabul edilemez. Düzensiz göçü kontrol etme ve düzensiz göçe engel olma konusundaki meşru çıkarlar dahi göçmenlere yönelik insani yardımın ceza tehdidi ile muhatap kılınmasını hukuka uygun kılmaya yetmez. Zulüm, yoksulluk, işsizlik nedeniyle veya bunlara ek başka sebeplere dayalı olarak göçün ve göçmen kaçakçılığının bundan sonraki süreçte de artarak devam edeceği ihtimalini de göz önünde bulundurarak yasa dışı göçün önlenmesine yönelik düzenlemelerde suç saymada ve/veya cezalandırma aşırılığın uygulanmasının çözüm oluşturmayacağına, aksine ciddi hak ihlallerine yol açabileceğine dikkat edilmelidir.

Direktif’te göçmenlerin yasa dışı girişini kolaylaştırma ifadesinin benimsenmesinden hareketle, üye devletlerin yasa dışı girişi de cezalandırılabilir fiil olarak kabul etmeleri halinde bunun Direktif’e aykırılık teşkil etmeyeceği sonucunun da olası görüldüğü çıkarımında bulunmak mümkündür. Zira Direktif’te cezalandırılabilir fiil belirlenmesinde esas alınan kavram yasa dışı göçün kendisidir. Bu nedenle Protokol’de yer alan ve göçmenlerin, göçmen kaçakçılığı suçunun konusunu teşkil etmeleri nedeniyle cezalandırılmayacağına ilişkin 5. madde hükmüne paralel bir düzenlemenin Direktif’te yer alması, cezalandırma alanının göçmen aleyhine esnetilmesinin önüne geçmiş olacaktır. Göçmenin bir başka ülkeye yasa dışı girmesi sebebiyle gerçekleştirdiği hukuka aykırılığa yönelik ceza hukuku dışında bir yaptırım öngörülmesi veya buna yönelik tedbir uygulanması, orantılılık ilkesi ile bağlantılı olarak ceza hukuku yaptırımlarının son çare olması kabulüne de uygundur. Avrupa Birliği kapsamında hukuki düzenlemelerle cezalandırılabilir göçmen kaçakçılığı kapsamının genişletilmesine yönelik çabalara ceza hukukunun ikincil niteliğini dikkate alarak engel olmak mümkündür. Düzensiz göç kapsamında cezalandırılabilirlik alanı mali veya diğer maddi menfaat temini amacıyla kişinin ülkeye girişini veya ülkede kalışını sağlama ya da buna teşebbüs etme sınırından itibaren kabul edilmeli ve bu kapsamda yer almayan fiiller ancak diğer hukukî yaptırımlara konu edilmelidir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki göçmenlerin cezalandırılması, göçmenlere yapılan insani yardımın suç teşkil etmesi veya insani yardım sebebiyle kişi ve/veya kuruluşlar hakkında başlatılan kovuşturmaların ve uygulanan yaptırımların, göçmenlerin temel ihtiyaçlarını karşılayan, uluslararası koruma statülerine başvuru imkanı tanıyan, hukuki yardım sağlayan, denizde tehlike altında bulunmaları halinde arama-kurtarma faaliyetlerinde bulunan kişi ve sivil toplum kuruluşları üzerinde yarattığı baskı ve caydırıcı etki ve insani yardım kavramının bünyesinde barındırdığı belirsizlik, devletlerin uluslararası sözleşmelerle üstlendiği yükümlülüklerin ihlaline sebep olacak niteliktedir. Direktif ile öngörülen düzenleme çerçevesinde ortaya çıkan devlet uygulamaları, temelde evrensel veya bölgesel bağlamda kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasını öngören sözleşmelere aykırılık teşkil etmekle birlikte denizde tehlike altında bulunan kimselerin kurtarılmasını öngören deniz hukuku sözleşmeleri, özellikle *non-refoulement* ilkesi temelinde mülteci hukukuna ilişkin sözleşmelerle öngörülen yükümlülüklerin ihlali ile sonuçlanmaktadır.

2002 tarihli Direktif ile devletler bakımından öngörülen takdir yetkisine dayanılarak insani yardımın suç sayılması ve dolayısıyla sığınma arayan kişinin, bireysel durumuna göre yapılan uluslararası koruma incelemesinden mahrum bırakılması, sığınma talebinde bulunan kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesini kolaylaştırmakta, sığınma prosedürlerine erişimini engellemekte ve dolayısıyla 1951 Cenevre Sözleşmesi ile öngörülen iltica talebinde bulunan kişilerin uluslararası koruma ihtiyacına sahip olup olmadığının uygun araçlarla bağımsız şekilde değerlendirilmesi yükümlünün ve *non-refoulement* ilkesinin ve dolayısıyla kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlaline sebep olmaktadır. Ayrıca *non-refoulement* ilkesinin en fazla gündeme geldiği alanlardan birini denizde tehlikede bulunan göçmenlerin kurtarılmasını konu alan faaliyetler oluşturmaktadır.

Denizde tehlike altında bulunan kimseler bakımından kurtarma çalışmalarının yapılmaması, kişilerin her şeyden önce yaşam hakkının ihlal edilmesi ile sonuçlanırken deniz hukuku sözleşmeleriyle üstlenilen yükümlülüklerle aykırı uygulamaların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Bu sebeple Avrupa Birliği düzenlemesine mali veya diğer maddi menfaat şartı getirilmesi ve insani yardımın suç sayılmamasına yer verilmesi, Direktif’in devletin özellikle deniz hukukuna ilişkin sözleşmelerden doğan yükümlülüklerine aykırı biçimde ortaya çıkan uygulamanın ortadan kalkması için gereklidir. Zira düzensiz göçmenlerin kurtarılması suç olmaktan çıkarılmadığı sürece kurtarma çabalarını artırmak yetersiz kalacaktır. Ayrıca ifade edilmelidir ki bu gerekliliğin bir parçasını da insani yardımın tanımlanması ihtiyacı oluşturmaktadır. Farklı ve ihtiyari uygulamaların önüne geçilmesi için, bireyleri ve sivil toplum kuruluşlarını kapsayacak biçimde göçmenin temel hak ve özgürlükleri gözetilerek uluslararası hukukça kabul gören kriterler temelinde insani yardım tanımı yapılmalı ve devletlerin ulusal düzenlemeleri, uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükleri doğrultusunda kaleme alınmalıdır. Öte yandan insani yardım teşkil eden eylemler bağlamında kovuşturma yapı-

masının caydırıcı etkisi göz önünde bulundurularak uygulamaya dönük gerekli tedbirler alınmalı, sivil toplum kuruluşlarına gereken destek sağlanmalıdır.

Etik Komite Onayı: N/A.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız

Yazar Katkıları: Çalışmanın Konsepti/Tasarımı- M.B., C.K.; Veri Toplama- M.B., C.K.; Veri Analizi/Yorumlanması- M.B., C.K.; Makaleyi Hazırlayan- M.B., C.K.; Makalenin Eleştirel Revizyonu- M.B., C.K.; Nihai Onay ve Sorumluluk - M.B., C.K.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadıklarını beyan etmişlerdir.

Ethics Committee Approval: N/A.

Peer-review: Externally peer-reviewed

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

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).
- David Alan Sklansky, 'Crime, Immigration, And Ad Hoc Instrumentalism' (2012) 15(2) *New Criminal Law Review* 157-223.
- Aliverti A, 'Making people criminal: The role of the criminal law in immigration enforcement' (2012) 16(4) *Theoretical Criminology*, 417-434.
- Aljehani A, 'The Legal Definition of the Smuggling of Migrants in Light of the Provisions of the Migrant Smuggling Protocol' (2015) 79(2) *The Journal of Criminal Law* 122-137.
- Allsopp J, 'The European Facilitation Directive and the Criminalisation of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants: Measuring the Impact on the Whole Community' Eds. Sergio Carrera/Elspeth Guild, *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings Policy Dilemmas in the EU* (2016).
- A Manifesto on European Criminal Policy' (European Criminal Policy Initiative), *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2009 (12) 707-716.
- Arsava AF, 'AB Hukukunda Mülteci ve Göç Sorunu', (2021) 155 *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 461-477.
- Aytekin İnceoğlu A, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçu' (2019) 14(175-176) *14 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 387-432.
- Aziani A, 'The heterogeneity of human smugglers: A Reflection on The Use of Concepts in Studies on The Smuggling of Migrants', (2021) *Trends in Organized Crime* <<https://doi.org/10.1007/s12117-021-09435-w>> 13 Mart 2022.
- Barnes R, 'The International Law Of The Sea And Migration Control' *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Eds. Bernard Ryan and Valsamis Mitsilegas, (Martinus Nijhoff 2010).
- Başaran T, 'Saving Lives At Sea: Security, Law And Adverse Effects' (2014) 16 *European Journal of Migration and Law*, 365-387.
- Başaran T, 'The Saved and The Drowned: Governing Indifference in The Name of Security' 2015 46(3) *Security Dialogue*, 205-220.
- Baykal S/ Göçmen İ 'Avrupa Birliği Hukukunun Kaynakları Bakımından Normlar Hiyerarşisi', *Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan* (Ankara Üniversitesi Basımevi 2013).
- Bayram MH, *Avrupa Birliği Hukuku Dersleri*, 7. Baskı (Seçkin Yayıncılık 2022).
- Bilgin AB, 'Avrupa Birliği Hukukunda Hukukun Genel İlkeleri' (2016) LXXIV (1) *İÜHF*, 73-94.
- Bostancı Bozbayındır G, 'Türk Ceza Kanunu'nda göçmen kaçakçılığı suçu', (2015) *Disiplinlerarası Göç ve Göç Politikaları Sempozyumu*, 377-405.
- Carrera S/ Mitsilegas V/ Allsopp J/ Vosyliute L, *Policing Humanitarianism: EU Policies Against Human Smuggling and Their Impact on Civil Society* (Oxford, London 2019).
- Conte C/ Vosyliute L, *Crackdown on NGOs assisting refugees and other migrants, Policy Option Brief* (2019).
- De Massol de Rebetz R/ Ölçer P, 'Aggravated Migrant Smuggling in a Transit Migration Context, Criminal Victimization under ECtHR Positive Obligations Case Law' (2022) 71 *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, 413-480.
- Den Heijer M, 'Europe beyond its Borders: Refugee and Human Rights Protection in Extraterritorial Immigration Control' *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Eds. Bernard Ryan and Valsamis Mitsilegas, (Leiden, Netherlands, Martinus Nijhoff, 2010).
- Doğan K, *Göçmen Kaçakçılığı*, (3. Bası, Seçkin 2021).
- Duff RA, 'A Criminal Law for Citizens' (2010) 14(3) *Theoretical Criminology*, 1-13.
- Ekşi N, *Mahkeme Kararları Işığında Suçluların İtica Sistemi Dışında Bırakılması* (Beta 2017).
- Erel K, 'Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu' (2007) 71, *TBB Dergisi*, 264- 299.

- Fekete L, Europe: Crimes of Solidarity, (2009) 50(4) Race & Class, 83-97.
- Fekete L /Webber F/ Edmond-Pettitt A, Humanitarianism: the unacceptable face of solidarity, Institute of Race Relations (London 2017).
- Gallagher A, 'Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis' (2001) 23(4) Human Rights Quarterly, 975-1004.
- Gerver M, 'Decriminalizing People Smuggling' 2021 8 (1) Moral Philosophy and Politics, 131-153.
- Goodwin-Gill GS, 'The Haitian Refoulement Case: A Comment' (1994) 6(1) International Journal of Refugee Law, 103-9.
- Guild E, 'Assessing Migration Management and the Role of Criminal Law' *Controlling Immigration Through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on 'Crimmigration'* Eds. Gian Luigi Gatta, Valsamis Mitsilegas and Stefano Zirulia (Oxford: Hart Publishing, 2020).
- Husak D, 'The Criminal Law as Last Resort' (2004) 24(2) Oxford Journal of Legal Studies, 207-235.
- Kangal ZT, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçu' (2019) 21 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 221-277.
- Kangal ZT, 'Anayasal Bir Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi' (2011) 17, Ceza Hukuku Dergisi, 61-106.
- Karagözoğlu C, *İnsan Hakları Sözleşmelerinin Ülke Dışına Uygulanabilirliği Çerçevesinde Devletin Yetkisi ve Sorumluluğu* (Oniki Levha 2023).
- Karagözoğlu C, 'Non-Refoulement İlkesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Uygulanması' (2023) 43 (2) Public and Private International Law Bulletin, ().
- Kaya İ, *Uluslararası Hukukta Temel Belgeler*, (4. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020).
- Kızılsümer Özer D, 'Denizden Gelen Sığınmacılar ve Uluslararası Hukuk' (2007) 10(3) Uluslararası Hukuk ve Politika, 75-95.
- Koca M/ Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (15. Bs, Seçkin 2022).
- Landry Rachel, 'The 'humanitarian smuggling' of refugees Criminal offence or moral obligation?', Refugee Studies Centre Working Papers Series No. 119 (2016).
- Militello V/ Spena A, 'Between Criminalization and Protection The Italian Way of Dealing with Migrant Smuggling and Trafficking within the European and International Context', *Transnational Crime*, Ed. Valsamis Mitsilegas, (2018).
- Mitsilegas V, 'The Normative Foundations of the Criminalisation of Human Smuggling. Exploring the Fault Lines between European and International Law' (2018) 294 Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper, 1-19.
- Obokata T, 'Smuggling of Human Beings from a Human Rights Perspective: Obligations of Non-State and State Actors under International Human Rights Law' (2005) 17 (2) International Journal of Refugee Law, 394-415.
- Obokata T, 'The Legal Framework Concerning the Smuggling of Migrants at Sea under the UN Protocol on the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air', *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Eds. Bernard Ryan and Valsamis Mitsilegas, (Leiden, Netherlands, Martinus Nijhoff, 2010).
- Ocotrinillo PR, Non-criminalization of smuggled migrants (Notes on the interpretation of article 5 of the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air), UNCHR (2014).
- Orakhelashvili A, 'Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights' (2003) 14(3)The European Journal of International Law, 529-568.
- Ouwerkerk JW, 'Criminalisation as a Last Resort: A National Principle Under the Pressure of Europeanisation?' (2012) 3 (3-4) New Journal of European Criminal Law, 228-241.
- Önder A/ Saydam M, 'TCK'nın 79. Maddesinde Düzenlenen Göçmen Kaçakçılığı Suçunun Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi' (2015) XIX (1-2) EÜHFD, 1-15.
- Özbek VÖ/ Doğan K/ Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Seçkin, 2022).
- Pacurar A, 'Smuggling, Detention and Expulsion of Irregular Migrants A Study on International Legal Norms, Standards and Practices' (2003) 5 European Journal of Migration and Law, 259-283.
- Parkin J, 'The Criminalisation of Migration in Europe', CEPS Policy Brief No. 61 (Centre for European Policy Studies 2013).
- Petzsche A, 'Die Kriminalisierung von Vorbereitungshandlungen – Abschied vom Tatstrafrecht?' (2019)131(3) ZSTW, 576-594.
- Provera M, 'The criminalization of irregular migration in the European Union' CEPS Policy Brief No 80 (Centre for European Policy Studies 2015).
- Rodrik D, 'Solidarity at The Border: How The Eu and Us Criminalize Aid to Migrants' (2021) 39(1) Berkeley Journal of International Law, 81-126.
- Schloenhardt A/Jessica ED, 'Twelve years on: revisiting the UN Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air' (2012) 61(1) Zeitschrift für öffentliches Recht, 129-156.
- Spena A, 'Human Smuggling and Irregular Immigration in the EU: From Complicity to Exploitation?' Eds. Sergio Carrera/Elsbeth Guild, *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings Policy Dilemmas in the EU* (2016).
- Spena A, 'Iniuria Migrandi: Criminalization of Immigrants and the Basic Principles of the Criminal Law' (2014) 8 Criminal Law and Philosophy, 635-657.
- Stumpf J, 'The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, And Sovereign Power' 2006 56 (2) American University Law Review, 365-419.
- Taşkın OE, 'Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku' 2016 (59-91) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 59-91.
- Tazzioli M/Walters W, 'Migration, solidarity and the limits of Europe' (2019) 9(1) Global Discourse, 175-190.

- Tezcan D/Erdem MR/Önok M, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (20. Bası, Seçkin 2022).
- Toluner S, *Milletlerarası Hukuk Dersleri: Devletin Yetkisi* (5. Bası, Beta Yayınları 1996).
- Topal AH, *Mülteci Hukuku ve Silahlı Çatışma Kaynaklı Sığınmacılar* (On İki Levha 2019).
- Ünver Y, *Ceza Hukukunda Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer* (Seçkin Yayınevi 2003).
- Van Meerbeeck J, 'The Principle of Legal Certainty in the Case Law of the European Court of Justice: From Certainty to Trust' (2006) 41(41) *European Law Review*, 275-288.
- Yaşar E, 'Ceza Hukukunun İktidarı Sınırlama Fonksiyonu Üzerine Bir Değerlendirme' (2021) 156, *TBB Dergisi*, 33-61.
- Yaşar Y/Güneş U, 'Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Göçmen Kaçakçılığı Suçunda 'Maddi Menfaat Elde Etme Amacı' Kavramı' (2022) 28 (1) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 240-255.
- Yüksel S, 'Procedural aspects of the European Court of Human Right's Assessment under Article 3 of the European Convention on Human Rights in Removal Cases' (2022) 42 (2) *Public and Private International Law Bulletin*, 777-790.
- Zedner L, 'Is the Criminal Law Only for Citizens? A Problem at the Borders of Punishment', Eds. Katja Franko Aas, Mary Bosworth *The Borders of Punishment: Migration, Citizenship, and Social Exclusion* (Oxford, 2013).
- Zurilia S, 'Is that a Smuggler?: The Blurring Line between Facilitating Illegal Immigration and Providing Humanitarian Assistance at the European Borders' *Controlling Immigration Through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on 'Crimmigration'*, Eds. Gian Luigi Gatta, Valsamis Mitsilegas, Stefano Zirulia (Oxford: Hart Publishing 2020).
- Ryan Devereaux, *Scott Warren Not Guilty in Trial for Border Humanitarian Work*, INTERCEPT (Nov. 23, 2019) <<https://theintercept.com/2019/11/23/scott-warren-verdict-immigration-border/>> 30 Mayıs 2023.

Mahkeme Kararları

- Case T-115/94, 22.01.1997, *Opel Austria GmbH v Council of the European Union* <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61994TJ0115:EN:PDF>> 22 Mart 2023.
- Case C-329/11, 06.12.2011, *Alexandre Achughbadian* <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62011CJ0329>> 28 Mart 2023
- Committee Against Torture, J.H.A. v Spain (Marine I), CAT/C/41/D/323/2007, 21.11.2008 <<https://www.refworld.org/cases,CAT,4a939d542.html>> 12 Nisan 2022.
- ECtHR, 59793/17, 11.12.2018, M.A. and Others v Lithuania <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-188267>> 26 Eylül 2022.
- ECtHR, 51246/17, 08.07.2021, D.A. and Others v Poland <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210855>> 3 Kasım 2022.
- ECtHR, 40503/17; 42902/17; 43643/17, 23.07.2020, M.K. and Others v Poland <<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-203840>> 10 Eylül 2022.
- ECtHR, 41326/17, 8098/18, 8147/18, 8384/18, 10.03.2022, Shenturk and Others v Azerbaijan <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-216016>> 11 Eylül 2022.
- ECtHR, 5560/19, 15.04.2021, K.I. v France <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-209520>> 14 Aralık 2022.
- ECtHR, 59166/12, 23.08.2016, J.K. and Others v Sweden <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165442>> 2 Mayıs 2022.
- ECtHR, 27765/09, 23.02.2012, Hirsi Jamaa and Others v Italy <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109231>> 20 Haziran 2020.
- ECtHR, 16643/09, 21.10.2014, Sharifi and Others v Italy and Greece <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147702>> 22 Eylül 2022.
- ECtHR, 29681/08, 10.11.2011, *Affaire Mallah v. France* <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107415>> 12 Mayıs 2023.
- ECtHR, 41226/09, 14.11. 2017, *Işıkırık v. Turkey Kararı*, para 56-58 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-178506>> 22 Mart 2023.
- HRC, 13.03.2020, Communication No. 3043/2017, A.S., D.I., O.I. and G.D. v. Malta <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f128%2fd%2f3043%2f2017&Lang=en> 30 Ağustos 2021.
- HRC, 04.11.2020, Communication No. 3042/2017, A.S., D.I., O.I. and G.D. v. Italy <<https://undocs.org/en/CCPR/C/130/D/3042/2017>> 30 Ağustos 2021.
- HRC, Communication No. 2343/2014, 23.07.2015, H.E.A.K. v. Denmark, CCPR/C/114/D/2343/2014 <<https://www.refworld.org/cases,HRC,59315c5f4.html>> 12 Mayıs 2022.
- Inter-Am.Ct.H.R., 19.08.2014, Advisory Opinion OC- 21/14, Requested By The Argentine Republic, The Federative Republic Of Brazil, The Republic Of Paraguay And The Oriental Republic Of Uruguay (Rights And Guarantees Of Children In The Context Of Migration And/Or In Need Of International Protection) para 219, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_21_eng.pdf, 22 Ocak 2023.
- Conviction with absolute discharge for facilitating unauthorised residence did not breach the Convention, (ECHR 238 (2011) 10.11.2011) (Press Release) <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-3739606-4267555>> 12 Mayıs 2023.
- Conviction with absolute discharge for facilitating unauthorised residence did not breach the Convention, (ECHR 238 (2011)) (Press Release).

Uluslararası Belgeler

- Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFREU) (2012) OJ C326.
- Convention Relating to the Status of Refugees, United Nations, Treaty Series, vol. 189, p 137.
- Convention on the High Seas, United Nations, *Treaty Series*, vol. 450, p. 11.
- International Convention on Salvage (1989), United Nations, *Treaty Series*, v1953.pdf., Art 10.

- International Convention for the Safety of Life at Sea (1974), United Nations, *Treaty Series*, 1184, 1185 (p.2).
- International Convention on Maritime Search and Rescue (1979), United Nations, *Treaty Series*, v1405.pdf.
- International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families, *Treaty Series*, vol. 2220, p. 3.
- Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, United Nations, *Treaty Series*, vol. 2241, p. 507.
- Protocol relating to the Status of Refugees, United Nations, *Treaty Series*, vol. 606, p 267.
- United Nations Convention on the Law of the Sea (1982), United Nations, *Treaty Series*, vol.1833.
- Vienna Convention on the Law of Treaties, United Nations, *Treaty Series*, Vol. 1155, p. 331.
- CCPR, General Comment No. 36, Article 6 Right of life (CCPR/C/GC/36) 3 September 2019.
- Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, General comment No. 5 (2021) on migrants' rights to liberty and freedom from arbitrary detention and their connection with other human rights, (CMW/C/GC/5) 21 July 2022.
- Criminalization of humanitarian and other support and assistance to migrants and the defence of their human rights in the EU (International Commission of Jurists, 22April 2022).
- CoE, 'Using Criminal Law To Restrict The Work Of Ngos Supporting Refugees And Other Migrants In Council Of Europe Member States, Thematic Study prepared by Dr Carla Ferstman on behalf of the Expert Council on NGO Law of the Conference of INGOs of the Council of Europe', CONF/EXP(2019)1, December 2019.
- Directive 2008/115/EC, Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals, OJEU, 24.12.2008
- Directive 2013/32/EU, Of The European Parliament And Of The Council Of 26 June 2013 On Common Procedures For Granting And Withdrawing International Protection (Recast), Official Journal of the European Union (29.06.2013).
- General comment No. 5 (2021) on migrants' rights to liberty and freedom from arbitrary detention and their connection with other human rights, 21 July 2022 (CMW/C/GC/5).
- Human Rights Council, Human rights and international solidarity, Report of the Independent Expert on human rights and international solidarity (Forty-first session 24 June- 12 July 2019) (A/HRC/41/44), 16 April 2019.
- IMO, Maritime Safety Committee, Guidelines on the Treatment of Persons Rescued At Sea, Resolution MSC.167(78), 20 May 2004.
- Legislative Guide for the Implementation of the United Nations Convention against Transnational Organised Crime and the Protocols Thereto (United Nations: New York, 2004).
- Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, "Fit for purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants", 2016.
- Regulation (EU) 2016/399 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on a Union Code on the rules governing the movement of persons across borders (Schengen Borders Code) (codification), Official Journal of the European Union (23.03.2016) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32016R0399>, 23 Mayıs 2023.
- Opening statement by UN High Commissioner for Human Rights Michelle Bachelet to the 42nd session of the Human Rights Council, 9 September 2019 <<https://www.ohchr.org/en/statements/2019/09/global-update-42nd-session-human-rights-council>> 2 Mayıs 2023.
- The Schengen acquis - Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985 between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the gradual abolition of checks at their common borders, Official Journal of the European Communities, 22/09/2000.
- United Nations General Assembly, Fifty-fifth session (Agenda item 105), Report of the Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime on the work of its first to eleventh sessions, Interpretative notes for the official records (travaux préparatoires) of the negotiation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto (A/55/383/Add.1) 3 November 2000.
- UNODC, Legislative Guide For The Implementation Of The Protocol Against The Smuggling Of Migrants By Land, Sea And Air, Supplementing The United Nations Convention Against Transnational Organized Crime (Part Three).
- UNHCR, Background Note on the Protection of Asylum-Seekers and Refugees Rescued at Sea, 11 April 2002.
- UNHCR, General legal considerations: search-and-rescue operations involving refugees and migrants at sea, November 2017 <<https://www.refworld.org/docid/5a2e9efd4.html>> 2 Mayıs 2023.

ATIF BİÇİMİ / HOW CITE THIS ARTICLE

Balcı M, Karagözoğlu C, 'The Problem of the Criminalisation of Humanitarian Aid in the Context of the 2002 European Union Directive and Framework Decision on Strengthening the Criminal Framework to Prevent the Facilitation of Unauthorised Entry, Transit and Residence' (2023) 11(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 198.

Cinsel Saldırı Suçunun Tanımında Modeller ve İspat Meselesi

Models of Sexual Assault Laws and Evidentiary Matters

Selman DURSUN¹ , Ali Emrah BOZBAYINDIR² 

¹Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye

²Doç. Dr., Boğaziçi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye

ÖZ

Son yıllarda ceza hukukunun en önemli tartışma konularından birini cinsel suçlar alanında yaşanan anlayış ve buna bağlı kavram değişiklikleri oluşturmaktadır. Özellikle cinsel suçlarla korunan hukuki değer toplumsal olmaktan çıkıp bireysel bir değer olarak kabulünden sonra bu alanda esaslı yaklaşım ve kavram farklılıkları temayüz etmiştir. Bu değişim sürecinin son aşamasını bilhassa cinsel saldırı suçunun tanımında yeni model arayışları teşkil etmektedir. Geleneksel cebir modeli zaman içerisinde çeşitli eleştirilere maruz kalmış ve rıza modelleri olarak anılan yaklaşımlar öne çıkmaya başlamıştır. Bu çalışmada cebir modelinin yanı sıra rıza modelleri, (“yalnızca evet evet demektir” olarak anılan) müspet ve (“hayır hayır demektir” olarak anılan) menfi irade modelleri olarak ele alınmış ve bunların ispat hukukuna etkisi irdelenmiştir. Bu bağlamda çalışmada cebir modelini esas alan Fransız ve İtalyan hukuku ile müspet irade modelini seçen İspanyol hukukuna kısaca değinilmiş, menfi irade modelini kabul eden Alman hukuku ayrıntılı olarak incelenmiştir. Nihayet Türk hukukundaki cinsel saldırı düzenlemesi mezkûr modeller temelinde değerlendirilmiştir. Tarihsel gelişimi içinde Türk hukukunda 2005 yılında hayata geçen ceza hukuku reformu öncesinde cebir modeli benimsenmiştir. 2005 sonrası ve halen yürürlükte olan kanun metninde hangi modelin esas alındığı ayrıntılı olarak tartışılmıştır.

ABSTRACT

One of the most important topics of discussion in criminal law in recent years has been the changes in understanding regarding sexual offenses and their related concepts. Following the acceptance that the legal value protected under sexual offences is individual rather than social, fundamental differences have occurred in the approaches and concepts. The current stage of this development involves a search for different models for this offense, particularly with regard to defining the offense of sexual assault. The traditional coercion-based model has come under various criticisms over time, with the so-called consent models having become a current issue. In addition to the coercion-based model, this study analyzes the consent-based models as affirmative and negative consent models of will and examines their implications for the law of evidence. The study briefly mentions French, Italian, Spanish, and German codes as examples of different models. Lastly, the study evaluates the regulation of sexual assault under Turkish law based on the abovementioned models. Regarding its historical development prior to the reform of the Penal Code in 2005, Turkish law adopted the coercion-based model. The article also discusses the post-new code discussions in detail.

Anahtar Kelimeler: Cinsel saldırı, cebir modeli, rıza modelleri

Keywords: Sexual assault, coercion-based model, consent-based models

Corresponding Author: Selman DURSUN E-mail: sdursun@istanbul.edu.tr

Submitted: 24.10.2023 • Revision Requested: 19.12.2023 • Last Revision Received: 20.12.2023 • Accepted: 04.01.2024 • Published Online: 29.01.2024



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

EXTENDED ABSTRACT

Sexual assault law has recently become a matter of constant debate, with significant shifts and changes having occurred in this area of law around the world. In some jurisdictions, the traditional definitions of rape that were premised upon a coercion-based model have increasingly come under criticism and been replaced by so-called consent-based models starting with various Common Law jurisdictions. In other words, a change of perspective has occurred from viewpoint of the offender's violence and coercion to the victim's lack of consent. The present study provides an overview of these models and debates with regard to different approaches in how sexual consent is defined by way of comparing three existing models: the coercion-based model, the negative consent model, and the affirmative consent model. The study does not limit itself to an *abstracto* discussion but instead compares the context and content reforms of various jurisdictions in such states as Germany, France, Italy, and Spain. The article thereby aims to put the Turkish definition of sexual assault in the context of the current debates surrounding sexual assault laws while also taking due note of the Turkish legal literature and the jurisprudence of the high courts. Indeed, the last section of the article embarks upon an engaging debate regarding not only the different models of sexual assault laws but also the issues in Turkish law that the somewhat ambiguous wording of the definition of the offense of sexual assault has caused.

The article thus commences with an overview of the current landscape regarding the novel consent-based approaches toward sexual behavior and their impact on the law of rape. The heated debates regarding the abandonment of the traditional coercion-based model in Germany and the arguments in favor and against the newly introduced definition of sexual assault based upon the so-called slogan of "no means no" provide the first glimpse concerning the recent reforms of sexual assault laws that have been taking place across Europe. After this broad overview, the study first focuses on different models of coercion-based rape and the role consent has in such a model by discussing a pure coercion model in particular, one which requires a form of resistance on the part of the victim, as well as a milder version of this model which encompasses cases where such resistance may reasonably not be expected, such as regarding surprise attacks or the so-called "climate of violence" cases. In this vein, French and Italian laws have tended toward a rather broader definition of the concept of coercion, and this deserves closer attention.

Following the analysis of the coercion-based model, the study analyzes the affirmative "only yes means yes" model of consent, as adopted most recently in Europe by some Anglo-Saxon jurisdictions and by Sweden and Spain. After discussing the pitfalls of such a model, the study provides an extensive analysis of the new German law on sexual assault as an example of the negative consent model. The new definition of sexual assault contained in Article 177 of the German Criminal Code provides that "whoever, against a person's discernible will, performs sexual acts on that person or has that person perform sexual acts on them, or causes that person to perform or acquiesce to sexual acts being performed on or by a third person incurs a penalty of imprisonment for a term between six months and five years." The legislative materials explicitly show that a negative consent "no means no" model has been adopted. This core idea is encapsulated in the phrase "against a person's discernible will." This paper engagingly analyzes the scholarly debates surrounding this new model, as well as the problems of legal certainty and security caused by ambiguous terms adopted by the legislature without due consideration and care. Indeed, cases such as the doctor from Bamberg clearly illustrate the problems associated with this new model on sexual assault law. In tandem with the problems the new definition has caused, the study also debates evidentiary issues regarding sexual assault and the impact new laws have with regard to evaluating evidence.

Overall, the present study takes due note of the complex, multi-layered, ambiguous, interdependent, and intersubjective nature of sexual interactions when discussing whether the new models of sexual assault laws provide a coherent and convincing baseline for protecting victims of sexual assault while at the same time providing legal security and certainty regarding the boundaries of permissible sexual behavior and of criminal offense.

I. Giriş

Cinsel saldırı suçunun tanımlanması bakımından mukayeseli hukukta temelde üç modelin mevcut olduğu görülmektedir. Bunlardan ilki ve geleneksel olanı cebir modeli olup bu yaklaşımın en temel haline göre kişinin cinsel saldırıdan kaçma, saldırıya karşı savunma veya direnme şeklinde menfi iradesini ortaya koyması suçun vücut bulması için şarttır. Buna mukabil son zamanlarda bilhassa bazı Avrupa memleketlerinde cebir modelinin yerine kişinin salt cinsel münasebete rızasının olmamasını suçun oluşması bakımından yeterli gören yasal düzenlemeler yapılmıştır. Bunlardan ilki menfi irade modelidir. Buna göre, kişi cinsel ilişkiye rızası olmadığını söz veya davranışlarıyla açıkça ortaya koyarak moda tabiriyle “hayır” demelidir. İkincisi müspet irade modelidir. Bu husustaki menfi iradenin izharını da yeterli görmeyen bir üçüncü ancak hala azınlıkta olan bu modele göre suç, kişinin ancak cinsel ilişkiye açıkça müspet bir şekilde mukabele etmesi, yine moda tabiriyle “evet” demesi halinde oluşmayacaktır.¹

2016 yılında Alman Ceza Kanunu m. 177 hükmünün yeniden tanımlanmasıyla birlikte belki de Almanya’da cinsel suçların geleneksel yapısında bugüne kadar ki sembolik bakımdan en büyük değişiklik gerçekleştirilmiştir.² Bu değişikliğe kadar, Alman Ceza Kanunu’nda cebir modeli benimsenmişti (*Nötigungsmo­dell*). Buna göre, yetişkinler bakımından cezayı müstelzim bir cinsel cebir veya tecavüzdən söz edilebilmesi için failin cinsel davranışın icrası sırasında şiddet veya kişinin hayatı veya vücut bütünlüğüne yönelik bir tehdit marifetiyle veya mağdurun kendisini savunamayacak durumda olmasından yararlanmak suretiyle suçu işlemiş olması gerekiyordu. Yapılan değişiklikle birlikte, kişinin menfi iradesini açık veya örtülü olarak ifade etmesi halinde herhangi bir cebir veya tehdit söz konusu olmasa da cinsel saldırı suçu vücut bulabilecektir.³ Menfi irade modeli olarak adlandırdığımız bu yaklaşımın esasını, mağdurun failin cinsel davranışlarına rıza göstermediğini açıkça izhar etmesine rağmen, cinsel davranışlara devam edilmesinin cezalandırılması, bir başka deyişle cinsel saldırı suçunun kapsamını failin cebir veya tehdide başvurmadığı ancak mağdurun cinsel davranışa rızasının bulunmadığı vakalara teşmil etme düşüncesi teşkil etmektedir. Buna mukabil, bazı hukuk düzenleri bu hususta bir adım daha ileri gitmiştir. İsveç gibi ülkelerde benimsenen ve müspet irade modeli olarak tasnif ettiğimiz sisteme göre, mağdur cinsi münasebete açıkça evet demedikçe, cinsel suç vücut bulacaktır.⁴ Bir başka deyişle, menfi irade modeli, cinsi münasebetteki sınır aşımalarının taraflardan birinin “hayır” demesiyle birlikte durdurulması anlayışına dayanmaktadır.⁵ *Eschelbach*’a göre, 2016 değişiklikleriyle birlikte cezayı müstelzim cinsel davranışların kapsamı oldukça genişletilmiştir. Bu sayede hem bu suçlara ilişkin cezai takibatın artırılması hem de bu sahadaki ceza normlarının kapsamının genişletilmesi suretiyle bir sosyal değişiminin gerçekleştirilmesi hedeflenmiştir.⁶ Müellife göre, suça ilişkin yeni tanımda getirilen paradigma değişikliğinin esasını, suç teşkil eden fiil ve failin perspektifinden yapılan bir değerlendirmenin yerini, mağdurun bakış açısının esas alınması teşkil etmektedir. Bu husus önem arz etmektedir. Zira müellifin de ifade ettiği üzere ceza hukuku bugüne değin - en azından modern ceza hukuku - bir fiil ceza hukuku olma niteliğini haizdi. Burada esas olan failin fiili ve kastıydı. Buna mukabil, suç tanımındaki bu değişiklik, mağdurun düşünce, duygu ve hareketlerini belirleyici kıstas olarak tayin etmiş bulunmaktadır.⁷ *Eschelbach*’ın yerinde tespitiyle Alman kanun koyucu uygulamacılara yeterince yol gösteren unsurlara yer vermeksizin cebir içeren cinsel suçlarla diğer cinsel davranış içeren suçları aynı kefeye koymuştur.⁸

Buna mukabil, bu yeni modellerin mağdura daha fazla koruma sağlamaktan ziyade, toplumsal hayatta istikrarı zedeleyici niteliği üzerinde ihtimamla durulmalıdır. Cezalandırılabilirliğin alanının muğlak kavramlarla genişletilmesinin bünyesinde barındırdığı sakıncalar, aradan geçen birkaç yıl içinde en azından Almanya örneğinde gün yüzüne çıkmış bulunmaktadır.⁹ Gerçekten, kanun koyucuların bilhassa son yıllarda moda olan sosyal medya kampanyaları neticesinde üzerinde yeterince müzakere edilmeden, bu çok hassas sahada düzenlemeler yapması öğretilde genel olarak eleştirilmektedir. Örneğin, büyük ölçüde toplumda haklı olarak infial uyandıran bir toplu tecavüz vakasına tepki olarak İspanya’da benimsenen müspet irade modeline ilişkin kanunun,¹⁰ lehe kanun uygulaması nedeniyle istenilenin aksi netice vermesi nedeniyle yeniden değiştirilmesi gündemdedir.¹¹

II. Cebir Modeli

Günümüzde Fransa ve İtalya gibi Avrupa ülkeleri başta olmak üzere birçok Avrupa ülkesinde benimsenen cebir modeli, ana hatlarıyla mağdurun cinsi münasebete rızasının bulunmamasına inzim eden bir kuvvet kullanımının, kuvvet kullanma tehdidinin veya genel olarak tabiatları gereği mağdurun hür bir tercihte bulunma yeteneğini ortadan kaldıran birtakım sömürü

¹ Elisa Hoven ve Thomas Weigend, ‘Nein heißt Nein- und viele Fragen offen’ (2017) (4) *Juristen Zeitung* 182, 185.

² Edward Schramm, ‘Expansives Sexualstrafrecht’ (2021) (3) *Deutsch-Georgische Strafrechtszeitschrift*, 70, 70.

³ Hoven ve Weigend (n 1) 183; Schramm (n 2) 70.

⁴ Schramm (n 2) 70-71.

⁵ Lara Herning ve Johann Illgner, ‘Ja heißt Ja: Konsensorientierter Ansatz im deutschen Sexualstrafrecht’ (2016) *Zeitschrift für Rechtspolitik* 77, 77.

⁶ Ralf Eschelbach, in Holger Matt ve Joachim Renzikowski (ed), *Strafgesetzbuch Kommentar* (2. Baskı, Franz Vahlen 2020) § 177/15.

⁷ *ibid* § 177/4.

⁸ *ibid* § 177/3.

⁹ Elisa Hoven ve Thomas Weigend, *Strafsachen: Ist unser Recht wirklich gerecht?* (Dumont 2023) 164-165.

¹⁰ Ayrıntı için bkz. Manuel Cancio Melià, ‘Sexual Assaults under Spanish Law: Law Reform, Consent, and Political Identity’ in Tatjana Hörnle (ed), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective* (Oxford 2023) 215, 224 vd.

¹¹ Fernando Heller, ‘Spanish Coalition Clashes Over Controversial Sexual Assault Law’ (Euractiv, 7 Şubat 2023) <<https://www.euractiv.com/section/politics/news/spanish-coalition-clashes-over-controversial-sexual-assault-law>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2023; Alana Mocerı, ‘Spain’s Sexual Consent Law Debacle Has Sanchez’s Coalition on the Ropes’ (World Politics Review, 18 Mayıs 2023) <<https://www.worldpoliticsreview.com/spain-feminism-sexual-crime-politics-socialists-podemos-consent>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2023.

senaryolarının gerekliliği esasına dayanır.¹² Örneğin, 2016 yılına kadar cebir modelinin benimsendiği Alman ceza hukukunda, failin salt cinsel davranış içine girmesi cezalandırılması için yeterli değildi. Suçun vücut bulabilmesi bakımından failin cebir, tehdit veya kişinin kendini savunamayacak durumda olmasından istifade etmek suretiyle suçu icra etmesi gerekiyordu. Bir başka deyişle, cezalandırılabilirliğe ilişkin hudut failin cinsel davranışta bulunma iradesini cebir veya tehdit marifetiyle ortaya koymasıyla aşılmış oluyordu. Failin, öngördüğü direnci kırmak için cebir veya tehdide önleyici olarak müracaat etmesi de suçun vücut bulması bakımından kâfiydi. Bu nedenle, failin cinsel ilişkiye girme talebini sözlü olarak dile getirmesini müteakip mağdurun örneğin, bacaklarını kapatması veya bulunulan mekânı terk etmeye yeltenmesi üzerine failin cebir veya tehdidine maruz kalması halinde de suç vücut buluyordu.¹³ Uygulamada mağdurun kendini savunmak üzere birleştirdiği ellerin ayrılması, mağdurun ellerinin tutulması ve ağzının kapatılması, bacaklarının açılması, mağdurun boğazının sıkılması ve rızası olmaksızın içeceğine uyuşturucu madde karıştırılması gibi olaylarda cebir unsurunun gerçekleştiği kabul ediliyordu.¹⁴ Görüldüğü üzere, bu suç tipi bakımından hem *vis absoluta* hem *vis compulsiva* derecesinde cebir yeterliydi.¹⁵ Tehdit suretiyle mağdurun iradesinin kırıldığı hallerde de kişinin vücut bütünlüğüne yönelik saldırıda bulunulacağı yönündeki tehdidin belli bir ağırlığa ulaşması gerekiyordu. Bu hususta, somut olayın şartları belirleyici olmaktadır.¹⁶ Bunun sonucu olarak, yaygın kanının aksine mağdurun hatırı sayılır bir fiziki direnç göstermiş olması veya hayatını tehlikeye sokması gibi bir şart söz konusu değildi.¹⁷

Genel olarak değerlendirildiğinde önceki yasa döneminde mağdurun cinsi münasebete karşı rızasının olmadığı yolundaki iradesini ortaya koymak suretiyle, failin cebir veya tehdide müracaat ederek amacına ulaştığı bir vaka, tipik haksızlığın ulaşması için yeterli oluyordu. Buna mukabil, yeni düzenlemenin eskisine nazaran daha iyi koruma temin ettiği hususu oldukça tartışmalıdır. Örneğin, mağdurun şok haline girdiği veya utandığı için sustuğu yahut geleneksel rol anlayışı nedeniyle sesini çıkarmadığı vakalarda, “hayır” diyemediği için suç vücut bulmayacaktır.¹⁸ Bu nedenlerle, Alman kanununda benimsenen yeni anlayış, popülist yasamanın son dönemlerdeki başat tezahürlerinden biri olarak değerlendirilmektedir.¹⁹ Bu noktada vurgulanması gereken bir husus, Alman cebir modelinde kimi zaman kavramların yorumundan kaynaklı olarak bazı vaka tiplerinde yeterince koruma sağlanmadığı yolundaki görüş zikredilmelidir. Buna mukabil, cebir modelinin eksikliklerini kabul eden ve Alman Adalet Bakanlığı uzmanlar heyetinde yer alan hukukçulardan *Eisele* daha ziyade kazuistik bir yasama tekniğiyle söz konusu koruma eksikliklerinin giderilebileceği yolunda bir öneride bulunmuştur. Gerçekten, *Eisele* tarafından korumanın yetersiz olduğu ifade edilen vakalar incelendiğinde, bunun cebir kavramının dar yorumlanmasından kaynaklandığı müşahade edilmektedir.²⁰ Bu noktada, İstanbul Sözleşmesi olarak adlandırılan sözleşmeye taraf olmanın veya AİHM içtihatlarının gereği olarak mutlak manada bir tanım değişikliğine gidilmesi zarureti bulunmamaktadır. Ülkemizin taraf olduğu AİHS’i uygulayan AİHM’in içtihatlarında ise mağdurun cinsel ilişkiye rızasının bulunmadığı; ancak fiziki direnç göstermediği vakalarda da koruma sağlanması gerektiği vurgulanmaktadır.²¹

Fransa ve İtalya’da olduğu gibi cebir modelinin benimsendiği birçok memlekette, cebir kavramının zaman içinde mahkemeler tarafından geniş yorumlanması suretiyle önemli uygulama güçlükleri büyük oranda aşılmış gözükmektedir.²² İtalyan Ceza Kanunu m. 609bis hükmünde tanımlanan cinsel saldırı suçunun vücut bulabilmesi için cebir, tehdit veya otoritesini kötüye kullanmak suretiyle cinsel davranışların gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Cebir ve tehdit kavramları İtalyan Yargıtay’ı tarafından somut olayın şartlarının gerektirdiği hallerde geniş yorumlanmaktadır. Örneğin, mağdurun fiziki gücü tükenene kadar direnmesi şartı aranmamaktadır.²³ Bu çerçevede, İtalyan Yargıtay’ı mağdurun olayın şartları nedeniyle kendisinin cebre maruz kaldığı ve fiziki direnç gösteremediği hallerde de cebir unsurunun gerçekleştiğini kabul edebilmiştir. Keza, İtalyan mahkemeleri failin mağdur üzerinde bir tür şok etkisi yaratan ani cinsel saldırı olaylarını kapsayan bir cebir türü de ihdas etmek suretiyle kavramı bu tür vakalara teşmil edebilmiştir. Bu nevi vakalarda, failin ani ve hızlı şekilde gerçekleşmesi nedeniyle mağdurun direnci kolayca aşılmakta ve bu nedenle cebir tatbik edilmiş sayılmaktadır. Bu tür bir vaka tipine örnek olarak bir doktorun hastasının vajinasına tıbbi bir gerekeç olmaksızın aniden parmaklarını sokması verilmektedir.²⁴

Benzer şekilde, Fransız Ceza Kanunu’ndaki cinsel saldırı tanımında da cebir modeli benimsenmiştir. Fransız Ceza Kanunu m. 222-23 hükmüne göre mahiyeti ne olursa olsun herhangi bir cinsel penetrasyon (*acte de pénétration sexuelle*) veya oral-genital (*acte*

¹² Michael Bohlander, *Principles of German Criminal Law* (Hart 2009) 201.

¹³ Hoven ve Weigend (n 1) 184.

¹⁴ Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch* (62. Baskı, C. H. Beck 2015) § 177/7.

¹⁵ *ibid* § 177/5.

¹⁶ *ibid* § 177/18a, 19.

¹⁷ Hoven ve Weigend (n 1) 184.

¹⁸ *ibid* 184.

¹⁹ Bu hususta etraflı bir değerlendirme için bkz. Zishi Zhou, *Sexualstrafrecht in Deutschland und China* (Duncker & Humblot 2020) 235 vd.

²⁰ Bkz. Jörg Eisele, ‘Das neue Sexualstrafrecht’ (2017) 3(1) *Rechtspsychologie* 7, 9 vd.

²¹ *ibid* 10.

²² Bkz. Gian Marco Caletti, ‘Coercion by Violence and its Changing Meaning: The Experience of Italy’ in Elisa Hoven ve Thomas Weigend (ed) *Consent and Sexual Offences* (Nomos 2022) 25, 25-41.

²³ Ekim 2022’deki değişiklikten önce cebir modelini (veya cebir temelinde karma bir modeli) esas alan İspanyol hukukunda da uygulamada çok uzun zamandır mağdurun cebir veya tehdide direnmesinin suçun unsuru olarak kabul edilmediği, önceki içtihatlarda ise mağdurun önemli veya “makul” direncinin arandığı hakkında Cancio Melià (n 10) 220, 227.

²⁴ Caletti (n 22) 29-31.

bucco-génital) fiilinin, şiddet (*violence*), zorlama (*contrainte*), tehdit (*menace*) veya şaşırtma (*surprise*) suretiyle gerçekleştirilmesi cinsel saldırı suçuna vücut verecektir.²⁵ Bu suç bakımından, mağdurun rızası olmaksızın gerçekleştirilen vücuda organ sokma fiilinin kanunda sayılan cebir ve tehdide başvurulmak suretiyle icra edilmesi gerekmektedir.²⁶ İtalya'da olduğu gibi Fransız Yargıtayı da maddi ve manevi cebir unsurlarını geniş yorumlamaktadır. Örneğin Mahkeme'ye göre, mağdurun failden korktuğu için cinsel ilişkiye girmiş olması halinde manevi cebir (*contrainte*) unsuru gerçekleştirilebilir. Cebir modelinin tipik bir örneği olarak, mağdurun rızasının bulunmaması, tanımda mündemiç olup doğrudan ceza normunun lafzına derç edilmemiştir. Bunun yerine Fransız kanun koyucu, iradenin zorlanması suretiyle mağdurun iradesinin ortadan kaldırıldığı halleri düzenleme yoluna gitmiştir. Geçmişte Fransız mahkemeleri, ancak mağdurun faile ciddi bir direnç göstermesi, fail ile mağdur arasında hatırı sayılır bir fiziki güç farkı olması, mağdurun çılgınlık atması veya mağdurun vücudu üzerinde uğradığı fiziki şiddetin izlerinin olması gibi hallerin varlığı durumunda cinsel saldırı suçundan mahkûmiyet hükmü kuruyordu. Buna mukabil, günümüz içtihatlarında bu katı kurallar uygulanmamakta ve hâkimler mağdurun rızasının bulunmaması hususuna teksif olunmaktadır.²⁷

III. İrade/Rıza Modeli

Cebir modeline bir alternatif olarak önceleri daha ziyade başta İngiltere olmak üzere müşterek hukuk (common law) sisteminin geçerli olduğu ülkelerde kabul edilen saf rızanın bulunmaması modeli (*pure absence of consent model*), cebir modelinden farklı olarak mağdurun rızasının bulunmamasına inzimam eden bir şartı cinsel saldırı suçunun oluşması bakımından bir şart olarak aramamaktadır.²⁸ Bu noktada, son dönemlerde ortaya çıkan yasalaraştırma cereyanlarından yola çıkılarak saf anlamda rıza modelini de kişinin cinsel davranışlar karşısındaki iradesini menfi mi yoksa müspet surette mi ortaya koymasının suçun vücut bulmasına mani olacağı esas alındığından, menfi ve müspet irade modelleri olarak tasnif etmek cihetine gittik.

A. Müspet İrade Modeli

Moda ifadesiyle “yalnızca evet evettir” modelinde, tıpkı başkasına ait taşınır bir malın zilyedinin rızası olmaksızın alınmasında olduğu gibi rıza gösterilmeyen her cinsel davranış suç olarak tavsif edilmektedir. Bu durumda yalnızca, cinsel davranışa açıkça onam verilen haller cinsel davranışları suç sahasından çıkaracaktır. Daha açık bir ifadeyle, bu düzenleme tarzına göre cinsel davranış ve münasebet ancak istisnai hallerde müsaade edilen, suç tehdidi altındaki yasaklanmış fiiller niteliğindedir. Bu modelde hukuk, iki insan arasındaki cinsel münasebeti kural olarak karşılıklı hukuki değer ihlali olarak tavsif etmektedir. Bu model, ispata ilişkin getirdiği zorluklar şöyle dursun, bilhassa evli çiftler bakımından eşyanın tabiatı gereği bu ilişkinin bir cüzü olan cinsellik ve temel insani yakınlaşma dürtüleri bakımından esef verici bir yaklaşım tarzına dayanmaktadır.²⁹

Öğretide *Weigend* tarafından vurgulandığı üzere çocukluk çağı dışında insanların cinsel dürtülerini tatmini doğal bir olgu niteliğinde olup çoğu cinsel temas tarafların rızasıyla gerçekleşmektedir. Bu nedenle, “yalnızca evet evet manasına gelir” gibi sloganlarda ifadesini bulan, her türlü cinsel davranışı esasen bir saldırı niteliğinde gören görüş eşyanın tabiatına aykırıdır. Müellifin ifadesiyle bu sahadaki fiilleri hırsızlık suçundaki başkasına ait taşınır malı zilyedinin rızası olmaksızın almakla müsavi görmek yerinde olmayacaktır. Bu noktada, hangi durumlarda kişinin rızasının olmadığını dikkatli bir şekilde tespit edilmesi gerekir; ancak cinsel davranışların müphemlikler içeren tabiatı, bu sahada emin kıstaslar temin edilmesini oldukça zorlaştırmaktadır. Gerçekten, kişiler arasında cinsel münasebetin tesisi veya uzun dönemli ilişkilerde karşılıklı yanlış anlamaların ve tarafların gerçek iradesine ilişkin hatalı değerlendirmelerin varlığı oldukça sık rastlanan bir durumdur. Elbette, ceza hukukunun kapsamının bugüne değin düzenlemeye konu olmamış alanlara teşmili, aynı zamanda hürriyetin kısıtlanması anlamına gelmektedir. Kuşkusuz, kişilerin cinsel bütünlüğüne yönelik saldırıların hiçbir şekilde hukuki korumadan yararlanmaması söz konusu olamaz. Bununla birlikte, cinsellik gibi büyük ölçüde spontane gelişen ve taraflar arasındaki meddücezirlerle temayüz eden bir sahanın çok detaylı ceza normlarıyla donatılmasından evvel oldukça ihtimamla davranılması toplumsal ahengin muhafazası bakımından zorunludur.³⁰

Buna mukabil, müspet irade modeline göre mağdurun sessizliği, cinsel davranışa karşı bir mukavemet göstermemesi veya kendisini savunmaması, daha açık bir ifadeyle hayır dememiş olması, rızasını açıkça ortaya koyduğu anlamına gelmeyeceğinden suçun vücut bulmasına engel teşkil etmeyecektir. Örneğin, üniversite kampüslerindeki cinsel saldırı olaylarına tepki olarak

²⁵ Maddedeki “oral-genital fiil” ifadesi, 2021-478 numaralı ve 21 Nisan 2021 tarihli Kanun ile eklenmiştir. Söz konusu değişikliğin gerekçesi Senato Komisyonu'nun raporunda, Fransız Yargıtayının oral yolla genital bölgeye yönelik cinsel saldırının suça vücut vermeyeceği yolundaki içtihadına karşı kanun koyucunun düzenleme yapma ihtiyacıyla izah edilmiştir. Bu şekilde, suç tanımına eklenen yeni unsurla birlikte oral vasıtayla da suçun vücut bulacağı tereddüde yer vermeyecek şekilde düzenlemeye kavuşturulmuştur. Kanun koyucu, failin oral yolla genital bölgesine yaptığı cinsel saldırının, cinsel organın sokulması kadar acı verici ve travmatik olabileceğini açıkça ifade etmiştir. Böylece, cinsel saldırı suçu zikredilen fiillere genişletilmiş bulunmaktadır. Bkz. Rapport de Mme Marie Mercier, au nom de la commission des lois, n° 467 (2020-2021), 31-32, <<https://www.senat.fr/rap/120-467/120-4671.pdf>> Erişim Tarihi 20 Aralık 2023.

²⁶ Catherine Elliot, *French Criminal Law* (Routledge 2011) 175.

²⁷ ibid 176. Ayrıca bkz. Jérôme Navy, 'After the Law of April 21, 2021, a New Definition of Rape' (Rift, 20 Şubat 2022) <<https://www.riftavocats.fr/english/papers/Rape-Definition-France-Lawyer>> Erişim Tarihi 20 Aralık 2023.

²⁸ Bohlander (n 12) 201.

²⁹ Hoven ve Weigend (n 1) 186. Bu yönde bir cinsellik anlayışı için bkz. Herning ve Illgner (n 5) 77-80.

³⁰ Thomas Weigend, 'Tatbestände zum Schutz der Sexualmoral' (2017) (129/2) Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft 513, 515-516.

2014 yılında Kaliforniya’da benimsenen müspet irade/rıza (*affirmative consent*) modeline göre mağdurun açık rızası mağdurun uyuduğu, şuurunun kapalı olduğu veya önemli ölçüde irade yeteneğinin sınırlı olduğu hallerde söz konusu olmayacaktır. Örneğin, mağdurun alkollü veya uyuşturucu madde tesiri altında olduğu vakalarda, cinsel davranışa rıza göstermediği kabul edilecektir. Burada Kaliforniya yasa koyucusu, ispat külfetinde bir değişikliğe gitmiş bulunmaktadır. Buna göre, cinsel münasebete giren kişiler, bu münasebetin karşılıklı rızanın ürünü olduğunu ispatlama yükümlülüğü altındadır. Bu nedenle, ispat külfeti mağdurda değil, failin üzerindedir. Bu noktada, Kaliforniya yasasının sadece üniversitelerde geçerli olduğu hususu vurgulanmalıdır.³¹ Bu nedenle, Amerikan üniversitelerinde uygulanan “evet evettir” esasına dayanan düzenlemelerde olduğu gibi taraflar arasında rıza gösterilen cinsel davranışlara ilişkin önceden gerçekleştirilen anlaşmaların, tüm topluma uygulama kabiliyeti bulacak şekilde düzenlenmesinin çok uygun bir düzenleme tarzı olmadığı değerlendirilmektedir.³²

7 Ekim 2022’den bu yana müspet irade modelinin benimsendiği İspanyol hukukunda, cinsel saldırı suçu bakımından fiilin rıza olmaksızın işlenmesinden söz edildikten sonra rızanın hangi hallerde mevcut olacağı özel olarak düzenlenmiştir (İsp. CK m. 178 f. 1). Değişiklik yapan kanunun taslak halinde, rıza olumsuz bir ifadeyle formüle edilirken kanunlaşan metinde, olumlu ve fakat soyut ve belirsiz bir ifade kullanılmıştır.³³ Rızaya ilişkin bu tarife karşı birçok eleştiri yöneltilmiş olup bunların başında söz konusu tanımın (özellikle taslaktaki versiyonun) suçsuzluk karinesini ihlal eder bir şekilde ispat yükünü değiştirmeye matuf olduğu, kovuşturmanın, hareketin mağdurun rızası olmaksızın gerçekleştirildiğini ispatlaması yerine sanığa, rızanın verildiğini ispatlama yükümü getirildiği tenkidi gelmektedir. Keza tanımlardaki bazı ibarelerin sözlü bir beyanı, sözle “evet” demeyi gerektirdiği yorumundan hareketle söz konusu metni alaya varan sert eleştiriler yöneltilmiş belirtilmektedir. Kamuoyunda ve hatta meclisteki tartışmalarda bundan böyle artık herhangi bir cinsel temas öncesi bir sözleşme imzalanması veya cinsel ilişki boyunca devamlı “evet” denmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Ayrıca rızanın merkezde olmasının erkek ve kadını asimetrik bir konuma soktuğu, erkeği cinsel olarak aktif ve kadını pasif olarak tanımladığı, kadının davranışını (rıza gösterip göstermediğini) davanın merkezine koyduğu ve böylece ikincil mağduriyete yol açtığı iddia edilmiştir. Bu eleştirilere cevaben ise hiçbir rıza tanımının ispat yükünü ve anayasal temeli olan suçsuzluk karinesini değiştiremeyeceği, ayrıca tanımın sözlü olmayan rıza formlarını da kapsadığı söylenmiştir. Gerçekten yeni olan hususun, olası failin aktif olarak rızayı belirlemesi gerektiği ve direnmenin olmayışına veya açıklanmış bir “hayır” beyanın bulunmayışına güvenmemesi gerektiği vurgulanmıştır.³⁴

Öte yandan Avrupa Birliği bünyesinde Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan kadına karşı ve ev içi şiddetle mücadeleyle dair yönerge teklifinde, diğer hususların yanı sıra ırza geçme (*Vergewaltigung/rape*) suçunun müspet irade modelinde Avrupa çapında yeknesak bir biçimde düzenlenmesi öngörülmekle birlikte Parlamentoda gerekli uzlaşa sağlanamadığından metinden çıkarılmıştır.³⁵

B. Menfi İrade Modeli: Almanya Örneği

Menfi irade ya da popüler ismiyle “hayır hayırdır” modeli de benzer bir cinsellik anlayışıyla maluldür. Bu modele göre, cinsel saldırı suçunun vücut bulması için kişinin cinsel davranışlara karşı menfi iradesini anlaşılabilir şekilde ifade etmiş olması kâfidir. Bu mukabil öğretilde, cinsi münasebete açık veya zımni olarak hayır denilmiş olmasının, kişiyi cinsel saldırı suçundan sorumlu tutmak için yeterli bir normatif gerekçe temin etmediği ifade edilmektedir. Zira suç tanımının bu şekilde genişletilmesi sosyal bakımdan kabul gören ikna ve baştan çıkarma ile cezayı müstelzim cinsel saldırılar arasındaki sınırı muğlak hale getirmektedir. Bu tespit bilhassa, kişilerin zaten yakın bir ilişki içinde oldukları ve cinsel davranışa yönelik menfi iradenin çoğunlukla geçici olduğu hallerde daha da çarpıcı hale gelmektedir. Bu nevi müphemliklerle örülü cinsel davranış sahasında, cebir modelinin terk edilmesi halinde taraflar arasında iletişimdeki muğlaklık ve belirsizliklerin olduğu hallerde de kişilerin ceza tehdidi ile karşı karşıya kaldıkları görülmektedir. Şüphesiz, bu durumun öğretilde ifade edildiği üzere cezalandırılabilirliğin sosyal bakımdan zararlı olan fiillerin kapsamını aştığı ifade edilmektedir.³⁶

Almanya’da cinsel saldırı suçunun tanımı, 1973, 1997 ve 1998 yıllarındaki esaslı değişikliklerinden sonra bir kez daha Kasım

³¹ Herning ve Illgner (n 5) 79-80.

³² Weigend (n 30) 516.

³³ Taslakta; “Mağdur, fiile katılmaya yönelik açık iradesini, mevcut fiili şartlara göre harici, kesin ve aşikâr fiillerle ifade etmemişse rızanın olmadığı kabul edilecektir” hükmü yer alırken kanun metninde; “Rızanın mevcut olduğu ancak, rıza fiilin şartları dikkate alınarak kişinin iradesini açıkça ifade eden fiillerle serbestçe ortaya konulduğunda kabul edilecektir” düzenlemesine yer verilmiştir.

³⁴ Cancio Melià (n 10) 222, 231-233. Yazarın rıza konusunda hata ihtimali ve bu konuda taksirli düzenlemeyi tartıştığı görüşleri için bkz. 233, dipnot 52.

³⁵ Dorothee Wildt, ‘Europa im Überblick’ (2023) (7) Strafverteidiger Forum 249, 249; Thomas Gutschker, ‘EU-Parlament will Vergewaltigung einheitlich bestrafen’ (Frankfurter Allgemeine Zeitung, 28 Haziran 2023) <<https://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/eu-parlament-will-vergewaltigung-europaweit-regeln-18996296.html>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2023; Sebastian Meineck ve Chris Köver, ‘EU-Rat gegen einheitlichen Schutz vor Vergewaltigung’ (Netzpolitik.Org, 16 Haziran 2023) <<https://netzpolitik.org/2023/gesetz-zu-gewalt-gegen-frauen-eu-rat-gegen-einheitlichen-schutz-vor-vergewaltigung/>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2023; Clothilde Goujard, ‘EU Countries Reject Making Non-consensual Sex a Criminal Offense Across the Bloc’ (Politico, 9 Haziran 2023) <<https://www.politico.eu/article/rape-europe-criminal-offense-non-consensual-sex/>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2023. Yönerge teklifi hakkında menfi irade modelini esas alan Almanya açısından ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Elisa Hoven, ‘Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt: Was ändert sich für das deutsche Strafgesetzbuch durch die EU-Richtlinie?’ (2022) (4) Zeitschrift für Rechtspolitik, 118, 118 vd.; Martin Heger, ‘Grenzüberschreitungen: Anmerkung zu den Tatbestandsvorgaben im Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt’ (2022) (4) Kriminalpolitische Zeitschrift 273, 273 vd.

³⁶ Hoven ve Weigend (n 1) 186.

2016 tarihli kanunla birlikte yeniden formüle edilmiştir.³⁷ Bu değişiklik, cinsel saldırı suçunun tanımında önemli bir dogmatik farklılık getirmiştir. Büyük ölçüde kadın örgütleri tarafından propagandası yapılan “hayır hayırdır” hatta kısmen “yalnızca evet evettir” sloganlarının tesirindeki cinsel saldırı suçu tanımı 2016 düzenlemesinde belirleyici olmuştur.³⁸ Bu noktada, bu suçluluk sahasının oldukça münakaşalı olduğu vurgulanmalıdır. Buna ilave olarak, yeni yasal düzenlemenin önceki uygulamaya ilişkin hatalı değerlendirmelere dayandığı ifade edilmiştir. Örneğin, birtakım hatalı değerlendirmelerin aksine³⁹ önceki kanun döneminde kişinin cinsel saldırı suçundan cezalandırılması için mutlaka mağdurun faile gerçek manada direnmesi veya direnmeye teşebbüs etmesi gibi bir şartın bulunmadığı ifade edilmektedir.⁴⁰ Zira eski kanun hükmünün lafzı yalnızca failin fiiline ilişkin bir hüküm niteliğinde olup mağdurun davranışıyla ilgili bir hüküm ihtiva etmiyordu.⁴¹ Kanun koyucunun bu şekilde bir perspektif değişikliğine gitmiş olması, uygulayıcının manevî unsura ilişkin yeni değerlendirmeler yapmasını gerekli kılmaktadır ki bu unsur da ispata ilişkin önemli güçlükleri beraberinde getirmektedir. Bu açıdan bilhassa mağdurun iradesinde veya bunun ifadesinde meydana gelen değişiklikler ve buna bağlı olarak failin kastının ispatını zorlaştıracaktır. Zira cinsel yakınlaşma ve münasebette doğası gereği müphemlikler, istisnadan ziyade kural niteliğinde olduğundan, yeni cinsel saldırı tanımı neticesinde sosyal bakımdan müsaade edilen davranışla cezaya müstahak davranışın tefriki zorlaşacaktır.⁴²

Alm. CK m. 177'de düzenlemiş olan cinsel saldırı suçunun önceki tanımında, suçun oluşabilmesi için failin şiddet, tehdit veya mağdurun kendini savunamayacak durumda olmasından istifade etmek suretiyle suçu icra etmiş olması gerekirken, yeni tanıma göre cinsel saldırının mağdurun açık bir şekilde menfi iradesi hilafına icra edilmiş olması suçun vücut bulması için kâfidir.⁴³ Mezûr kanun değişikliğinin ardında, önceki kanunun cinsel suçlar bakımından yeterli koruma sağlamadığı ve bu konudaki kanun boşluklarının “hayır hayır demektir” ilkesi marifetiyle doldurulması düşüncesi yatmaktadır.⁴⁴ Böylece ırza geçme de dâhil olmak üzere kanunun kapsamındaki her türlü cinsel davranış bakımından, salt rızanın bulunmaması, buna inzıam eden mağdurun iradesinin zorlanmasına ilişkin bir unsurun aranmaması yeni Alman kanunun alametifarikasıdır.⁴⁵ Buna karşılık öğretilerde, ceza hukukunda belli boşlukların olmasının, bu hukuk sahasının hürriyete en derin müdahaleleri ihtiva etmesi nedeniyle parçalı bir nitelikte (*fragmentarisches Charakter*) olduğu, bu nedenle hukuki değerlere ilişkin mutlak bir koruma temin etmek gibi bir vazifesinin olmadığı ifade edilmektedir.⁴⁶ Cinsel suçlara ilişkin son değişikliğin ceza hukukunun son çare olma ilkesini ihlal ederek, sembolik bir ceza hukuku anlayışının ürünü olduğu değerlendirilmektedir. Cinsel suçlarda cebir ve tehdidin söz konusu olduğu suçlarla diğer cinsel suçların aynı cinsel saldırı suçu kapsamında müsavi kılınması ve arz edilen ispata ilişkin güçlüklerle birlikte değerlendirildiğinde, yeni cinsel saldırı suçu tanımının bu suçluluk sahasında cezalandırılabilirliği oldukça öne çektiği (*Verletzungsvorfeld*) müşahade edilmektedir. Bu hususlara ilave olarak yasama tekniği bakımından sorunlu, muğlak kavramların kullanılması uygulamada aradan geçen zaman içinde haksızlık içeriği yoğun olan bu suçlardan dolayı kişilerin yargılanmasına ve neticede beraat etseler de yargılama safahatında önemli mağduriyetler yaşamalarına sebebiyet vermiştir.⁴⁷ Bu nedenle, kanun koyucunun bu denli önemli konularda üzerinde yeterince müzakere edilmeden, popülist bir yaklaşımı tercih etmesinin ağır toplumsal bedelleri beraberinde getirdiği ifade edilmektedir. *Eschelbach*'a göre, medyanın da çarpıtmasıyla toplumda infial uyandıran cinsel suçlar meselesi, suç siyasetinde merkezi bir konumda olmamasına rağmen, kanun koyucu tarafından seçim siyaseti mülâhazalarıyla kötüye kullanılmıştır.⁴⁸ Kanun koyucunun, hukuk sistemine ilişkin etkilerini gözetmeksizin, hukuk kavramlarını yerinde kullanmaması (*undogmatische Verwendung*) adeta felaket niteliğindeki bir kanuni düzenleme (*Regelungskatastrophe*) yapılması sonucunu doğurmuştur. Gerçekten, öğretilerde AİHS içtihadı veya İstanbul Sözleşmesi'nin böyle bir normu vazettiğinin oldukça kuşkulu olduğu görüşü sıklıkla dile getirilmektedir.⁴⁹ Gerçekten, bir sorun varsa bunun tanımdan ziyade mevcut tanımların dar yorumlanmasıyla alakalı olduğu genel olarak kabul gören bir husustur.

Alm. CK m. 184h'de tarif edildiği şekliyle cinsel davranışların kişinin iradesi hilafına gerçekleştirilmesi halinde cinsel saldırı suçu vücut bulacaktır. Böylece önceki kanun döneminde, suçun oluşması bakımından gerekli bir unsur olarak karşımıza çıkan

³⁷ Jörg Eisele, in Albin Eser v.d. (ed), *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar* (30. Baskı, C. H. Beck 2019), Vor § 174/1 vd; Eschelbach (n 6) § 177/1 vd; Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch* (70. Baskı, C. H. Beck 2023) Vor § 174/3b; Tatjana Hörnle, 'The New German Law on Sexual Assault' in Tatjana Hörnle (ed), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective* (Oxford, 2023) 141, 141-142; Lena Gmelin ve Hannah Wörner, 'Reform Needs in German Criminal Law on Sexual Offences' in Rahime Erbaş (ed), *European Perspectives on Attrition in Sexual Offenses* (Lexington, 2023) 79, 86.

³⁸ Weigend (n 30) 514. Kanunun hazırlık çalışmalarına ilişkin belgelerde de açıkça “hayır hayır demektir” modeline atıf yapıldığı hakkında Hörnle (n 37) 145. Yazar konuyla ilgili mecliste ve öğretilerdeki tartışmaların, cebir modeli ile “hayır hayır demektir” yaklaşımı arasında cereyan ettiğini belirtmekte, “yalnızca evet evet demektir” modelinin -istisnalar dışında- savunulmamasını şartırcı bulmaktadır (Hörnle [n 37] 145-146). “Evet evet demektir” yaklaşımı savunan görüşler için bkz. Herning ve Illgner (n 5) 80; Gmelin ve Wörner (n 37) 92 vd.

³⁹ Herning ve Illgner (n 5) 77.

⁴⁰ Eschelbach (n 6) § 177/3.

⁴¹ Hoven ve Weigend (n 1) 184.

⁴² Eschelbach (n 6) § 177/4.

⁴³ Hoven ve Weigend (n 1) 183.

⁴⁴ ibid 183; Joachim Renzikowski, 'Sexueller Übergriff, sexuelle Nötigung, sexueller Missbrauch' in Eric Hilgendorf, Hans Kudlich ve Brian Valerius (ed), *Handbuch des Strafrechts* (Cilt 4, C. F. Müller 2019) 439, 450.

⁴⁵ Renzikowski (n 44) 449-450.

⁴⁶ Hoven ve Weigend (n 1) 183; Eschelbach (n 6) § 177/6.

⁴⁷ Eschelbach (n 6) § 177/8. Örneğin, yukarıda özetlenen Bambergli başhekim vakasında sanık, intihara teşebbüs etmiş, evini satmak zorunda kalmış, işini kaybetmiş ve kızı okulunda dışlanmış. Bkz. Hoven ve Weigend (n 9) 164.

⁴⁸ Eschelbach (n 6) § 177/8; Hoven ve Weigend (n 9) 156 vd.

⁴⁹ Eschelbach (n 6) § 177/8-9.

şiddet ve hayat veya vücut bütünlüğüne karşı devam eden bir tehdidin varlığını gerektiren cebir, suçun unsuru olmaktan çıkarılmış bulunmaktadır.⁵⁰ Buna ilave olarak suçun adı da cinsel saldırı (*sexueller Übergriff*) olarak değiştirilmiştir.⁵¹ Kanunda benimsenen cinsel saldırı modelini değerlendirmeden önce, bu kanuni düzenlemelerin yasalaşma sürecinin öğretilerde ağır tenkitlere uğradığı hususu ifade edilmelidir. Gerçekten, cinsel saldırı suçunun yeniden tanımlanmasında, Adalet Bakanlığı tarafından hazırlatılan heyet raporu ve hükümet tasarısı dikkate alınmaksızın, acele ve üzerinde yeterince müzakere edilmeksizin yasalaşması beraberinde hukuk güvenliği bakımından önemli mahzurları getirmiştir.⁵² Özellikle, cinsel bütünlüğün korunması ve sosyal bakımdan kabul edilebilir davranışlar arasındaki hassas sınırlara müdahale niteliğindeki bu düzenlemelerin barındırdığı risk ve mahzurlara ilişkin tenkitlerin haklılığı aradan geçen birkaç yıl zarfında ortaya çıkmıştır. Öğretilerde, cinsel saldırı suçunun tanımında m. 177 hükmüyle getirilen yeni tanımın, ceza hukukunun bilhassa cinsel davranışlar sahasında yeniden ahlakileşmesinin (*Re-Moralisierung*) bir tezahürü olarak değerlendirilmektedir. Öğretilerde, “hayır hayır demektir” hareketiyle birlikte cinselliğin artık bir şehvet ve arzu meselesi olmaktan ziyade bir yük olarak mı görüldüğü veya yeni tanımla birlikte yalnızca istenmeyen cinsel davranışlara karşı koruma mı temin edildiği hususunun sosyal bilimlerin konusu olduğu ifade edilmektedir.⁵³

Genel olarak, Alman cinsel suçlar katalogunun çok karmaşık ve kapsamlı yapısının sıradan bir insan tarafından bu hükümlerin anlaşılmasını imkânsız hale getirdiği vurgulanmaktadır.⁵⁴ Buna ilave olarak, çok hızlı bir şekilde yeterince müzakere edilmeden yasalaşması hatırı sayılır eleştirilere sebebiyet vermiştir.⁵⁵

1998 yılında maddeye eklenen, maddenin güncel halinde f. 5 b. 3 hükmünde düzenlenmiş olan, suçun mağdurun kendini koruyamayacak durumda olmasından yararlanmak suretiyle işlenmesine ilişkin hükme gerekçe olarak da cinsel saldırı suçuna ilişkin olduğu varsayılan siyah sayılar gerekçe gösterilmiştir. Öğretilerde *Fischer*, bu suçtan dolayı yüksek sayıda mahkûmiyet hükmünün olmayışının Alman Federal Mahkemesi'nin yasayı çok dar veya yanlış yorumlamasına bağlanmasının hata olduğu kanaatinde dir.⁵⁶

Alman Kanununun yeni konsepti, cinsel suçlarda hukuki değere ilişkin korumanın kişinin iradesine (*gegen den Willen*) karşı gerçekleşen her türlü cinsel davranışı kapsamaması esasına dayanmaktadır. Bu noktada, “hayır hayır demektir” (*Nein heißt Nein*) sloganıyla ifade edilen bu anlayış uyarınca m. 177 f. 1 hükmüne göre cinsel saldırı suçunun vücut bulması kişinin bu nevi fiillere karşı iradesini ortaya koymuş olması şartına bağlanmıştır. Buna mukabil, “evet evet demektir” (*Ja heißt Ja*) sloganıyla ifade edilen anlayış ise Kanunun f. 2 b. 2 hükmünde, irade oluşturması veya açıklaması önemli ölçüde kısıtlı bulunanlar açısından düzenlenmiştir. Buna göre, kişi önceden açıkça rıza göstermedikçe her türlü cinsel davranış cezalandırılmaktadır.⁵⁷

Cinsel saldırı suçunun oluşması bakımından mağdurun iradesi, rızası hilafına (*ein entgegenstehender Opferwille*) tipik eylemlerin icra edilmesi yeterlidir. Burada somut cinsel davranış karşısında, dışarıdan anlaşılması ve algılanması mümkün olan bir menfi iradenin söz konusu olması gereklidir.⁵⁸ Bu unsur, suçun maddi unsurları kapsamında mütalaa edilmektedir.⁵⁹ Bu hususta sağlıklı bir değerlendirme yapılabilmesi bakımından mağdurun hangi davranışlara rıza gösterdiğinin bilinmesi gerekir. Mağdurun, failden kaynaklanan her türlü cinsel davranışı reddettiği vakalarda, menfi unsurun tespiti nispeten daha kolay olmasına rağmen, failin mağdurun başlangıçta rıza gösterdiği cinsel davranışların sınırını aştığı hallerde sarıh bir tespitin yapılması zordur.⁶⁰ Bu unsurun uygulamada önemli ispat sorunlarını beraberinde getireceği genel kabul gören bir husustur.⁶¹ Gerçekten, suçun bu şekilde tanımlanması beraberinde önemli tespit ve ispat sorunlarını getirmiştir. Bu konuda, uygulama bakımından en önemli vakalar failin mağdurun menfi iradesini fark etmediğini veya bilhassa mağdurla failin bir ilişki yaşadıkları durumlarda cinsel davranışa yönelik başlangıçtaki itirazın cinsel davranışın cereyanı sırasında sonradan ortadan kalktığını düşündüğünü ileri sürdüğü haller olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶²

Bu unsur bakımından mağdurun doğal iradesi (*natürliche Wille*) esas alınmaktadır. Bu nedenle, rıza hileli bir şekilde elde edilmiş olsa bile bu nevi bir irade beyanı suçun vücut bulmasına mani olabilecektir. Burada önemli olan iradenin mevcut olması olup niçin rıza gösterildiği önem taşımamaktadır.⁶³ Elbette, tehdit içeren durumlarda m. 177 f. 2 b. 5 hükmü özel norm olarak tatbik

⁵⁰ Anılan yasayla birlikte getirilen diğer değişiklikler için bkz. Eisele (n 37) Vor § 174/13.

⁵¹ Fischer (n 37) § 177/7.

⁵² Hoven ve Weigend (n 1) 182. Heyet raporunun kanun yürürlüğünden bir yıl sonra 2017'de tamamlandığı hakkında Hörnle (n 37) 143, dipnot 17.

⁵³ Hoven ve Weigend (n 1) 182-183.

⁵⁴ Rüdiger Deckers, ‘Zur Reform des Sexualstrafrechts durch das StAG 2016’ (2017) Strafverteidiger 410, 410-411; Fischer (n 37) Vor § 174/4.

⁵⁵ Deckers (n 54) 410-412.

⁵⁶ Fischer (n 37) § 177/3-4.

⁵⁷ Fischer (n 37) § 177/6; Hörnle (n 37) 151; Gmelin ve Wörner (n 37) 88-89.

⁵⁸ Fischer (n 37) § 177/9a.

⁵⁹ Eschelbach (n 6) § 177/26.

⁶⁰ Fischer (n 37) § 177/9a.

⁶¹ Eisele (n 37) § 177/19.

⁶² Fischer (n 37) § 177/14.

⁶³ Eschelbach (n 6) § 177/26; Hörnle (n 37) 156. Bununla birlikte cinsel davranışın niteliği hakkındaki hilenin, örneğin, failin rıza gösterilenden başka bir cinsel davranışta bulunmasının cinsel saldırı teşkil edebileceği ileri sürülmüştür. Bkz. Hörnle (n 37) 157.

kabiliyeti bulacaktır. Bununla birlikte, suçun vücut bulması bakımından gerekli olan tek şart failin cinsel davranışı mağdurun menfi yöndeki iradesine rağmen icra etmiş olmasıdır.⁶⁴

Bu menfi unsur kapsamındaki cinsel ilişkiye rızanın bulunmadığı yolundaki iradenin varlığı, suçun icra edildiği sırada anlaşılabilir, dışarıdan algılanabilir nitelikte olmalıdır. Bu husustaki kıstas, mağdurun menfi irade beyanının objektif bir üçüncü kişi tarafından da anlaşılabilir nitelikte olmasıdır. Burada elbette vakaya müteallik bütün olguları bilen bir objektif üçüncü kişi anlaşılacaktır.⁶⁵ Bu nedenle, salt mağdurun cinsel davranışlara karşı menfi iradesinin varlığı suçun oluşması bakımından yeterli olmamakta, bunun algılanabilir ve anlaşılabilir şekilde ortaya konulmuş olması gerekmektedir. Bu hususta kanun, bu nevi bir menfi iradenin fail tarafından anlaşılabilir olması kıstasını değil, bilakis ifade edildiği üzere objektif bir üçüncü kişinin mağdurun cinsel davranışlar karşısındaki tepkilerini anlayabilecek durumda olması ölçütünü benimsemiştir.⁶⁶ Bunun sonucu olarak, fail tarafından mağdurun cinsel davranışa ilişkin menfi iradesi anlaşılmalı olsa dahi mağdur bu yöndeki iradesini objektif bir üçüncü kişi tarafından anlaşılabilir tarzda ortaya koymamışsa suç vücut bulmayacaktır. Buna mukabil, objektif bir üçüncü kişinin mağdurun menfi iradesini nasıl anlayacağı hususu açıklığa kavuşturulmamıştır. Örneğin, fail ile mağdur arasında uzun soluklu bir ilişkinin söz konusu olduğu vakalarda, objektif üçüncü kişinin değerlendirmesine kişiler arasındaki ilişkiye müteallik bu ön bilgilerle donatılıp donatılmayacağı konusunda bir belirlilik söz konusu değildir. Gerçekten, suçun maddi unsuruna ilişkin hususlarla manevi unsura ilişkin hususların birbirine katılması ve kanun yapımı sürecine hâkim olan ispatın kolaylaştırılması mülahazaları suçun tanımı ve yapısını olumsuz etkilemiştir. Buna ilave olarak, cinsel münasebet hengâmında mağdurun başlangıçtaki menfi iradesinin kırılmasıyla rızasının kazanılması suretiyle cinsi münasebetin temadi ettiği vakalarda da suç vücut bulmuş olacaktır. Failin, bu nevi baştan çıkarma faaliyetlerinin kusur ilkesi esasına dayanan bir ceza hukuku sisteminde cezaya müstahak olarak telakki edilen davranışlar olarak tavsif edilmelerinin pek mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Gerçekten, baştan çıkarıcı hareketlerin sonradan baştaki menfi iradeyi izale edip mağdurun faal bir şekilde cinsi münasebete iştirakini husule getirdiği vakalarda dahi bu fiil sosyal bakımdan uygun görülebilir nitelikte olmasına rağmen, kanunun lafzına göre cinsel saldırı suçuna vücut verecektir.⁶⁷

Bu şekilde, mağdurun menfi yöndeki iradesini açıkça izhar etmediği vakalarda suçun vücut bulmasına mani olunması düşüncesi etkili olmuştur. Böylece, sosyal bakımdan uygun görülen davranışların sırf mağdurun içsel olarak menfi iradesinin bulunması nedeniyle suça vücut vermesine mani olunmak istenmiştir. Bu nedenle, burada belirleyici olan temel kıstas mağdurun cinsel münasebete olan muhalefetini, faile bir şekilde iletmiş (*kommuniziert*) olmasıdır.⁶⁸ Bu nevi bir iletişimin söz konusu olmadığı hallerde, mağdurun cinsel münasebeti istememe şeklindeki iradesinin harici şartlardan çıkarılması mümkün değildir.⁶⁹ Suçun bu unsuruyla birlikte, mağdura menfi iradesini açık ve anlaşılır bir şekilde ortaya koyma mükellefiyeti (*Obliegenheit*) yüklenmiştir.⁷⁰ Bunun sonucu olarak, cinsel iradeye rızaya ilişkin iradenin yönü konusunda muğlak bir iletişim içinde olan kişinin iradesinin açıkça anlaşılabilir nitelikte olmadığı kabul edilmektedir.⁷¹ Yukarıda da ifade edildiği üzere, mağdurun bu nevi bir iradeyi ortaya koymadığı durumlarda, fail tarafından mağdurun cinsel davranışlara rızası olmadığı bilinse bile suç vücut bulmayacaktır.⁷² Bu nedenle, öğretilerde kanunun paradigma değişikliği marifetiyle bir taraftan maddi ceza hukukunun tatbik sahasını genişletirken, diğer taraftan özellikle mağdurun kandırıldığı vakalarda koruma boşlukları tenkidi yapılmaktadır.⁷³

Benzer şekilde, mağdurun muğlaklık içeren davranışlarının yanı sıra cinsel münasebete faal şekilde katılan kişinin çelişkili davranışları halinde de Alm. CK m. 177 f. 1'de tanımlanan suç oluşmayacaktır.⁷⁴

Bu nedenle mağdurun korku, şaşkınlık veya utanç içerisinde olması başlı başına f. 1 hükmüne vücut vermemektedir. Buna ilave olarak ağlama ve çığlık atma halinde de olayın bütününe ilişkin şartlar değerlendirilecektir. Buna karşılık, önceden verilmiş olan rızanın her zaman geri alınabileceği veya rıza gösterilen cinsel davranışlar dışındaki davranışların kapsamında olmayan davranışlara karşı menfi bir iradenin söz konusu olabileceği vurgulanmalıdır.⁷⁵ Bu noktada, cinsel münasebete devam etmeme yolundaki iradenin ortaya çıkış nedeni de önemli değildir.⁷⁶

Fischer, mağdurun rızası hilafına bir cinsel saldırının zorlama (*Zwang*) olmaksızın gerçekleştirilmesinin mümkün olmadığı kanaatindedir. Failin, cinsel saldırıyı zorlama olmaksızın nasıl gerçekleştirebileceği hususu belirsizdir. Müellife göre, bir kişinin hiçbir zorlama olmaksızın (*ohne jeden Zwang*) veya herhangi bir zorlamaya maruz kalma korkusu olmaksızın, sözde istemediği bir

⁶⁴ Hoven ve Weigend (n 1) 186.

⁶⁵ Eisele (n 37) § 177/19. Değişiklik yapan kanunun gerekçesinde de bu duruma işaret edilmiştir (Hörmle [n 37] 148).

⁶⁶ Fischer (n 37) Vor § 177/11.

⁶⁷ Eschelbach (n 6) § 177/26-28.

⁶⁸ Renzikowski (n 44) 450.

⁶⁹ Elbette bu hususta, mağdurun iradesinin tehdit vb. şekillerde zorlanmasına ilişkin halleri düzenleyen m. 177 f. 2 hükmü saklıdır Eisele (n 37) § 177/19; Fischer (n 37) § 177/11.

⁷⁰ Renzikowski (n 44) 451; Elisa Hoven, 'Das neue Sexualstrafrecht: Ein erster Überblick' (2020) (10) Neue Zeitschrift für Strafrecht 578, 580; Fischer (n 37) § 177/11.

⁷¹ Renzikowski (n 44) 451.

⁷² Fischer (n 37) § 177/12.

⁷³ Eschelbach (n 6) § 177/26.

⁷⁴ Hoven (n 70) 580; Eschelbach (n 6) § 177/28.

⁷⁵ Renzikowski (n 44) 451; Eisele (n 37) § 177/19.

⁷⁶ Renzikowski (n 44) 451.

şeyi yapmış olması halinde ya iradesini değiştirmiştir veyahut da çok fazla mühimsemiyor. ⁷⁷ Gerçekten, kişinin menfi iradesini izhar kıstası aradan geçen zaman içinde önemli yorum ve hukuki güvenlik sorunlarını beraberinde getirmiş görünmektedir. Bilhassa, mağdurun cinsel davranışlara aktif bir şekilde katıldığı vakaların yanı sıra mağdurun rıza gösterdiği cinsel davranışların niteliği ve bu hususta tayin ettiği sınırlara ilişkin tartışmalar, bu kavramın ihtiva ettiği muğlaklıkların başında gelmektedir. Doğası gereği cinsi münasebet sahasında iletişim sözel ve fiziki temasla vuku bulmakta, bunun sonucu olarak da taraflar arasında iletişim tabii olarak müphemlikler ihtiva etmektedir. Öğretide de ifade edildiği üzere örneğin, cinsi münasebetin başlangıçta reddedilip akabinde faal olarak icra edildiği bir vaka hakkında nasıl karar verilecektir? Bu nedenle öğretide, Kanunun 177. maddesiyle birlikte benimsenen modelin sosyal bakımdan kabul edilen ikna veya baştan çıkarma davranışlarıyla, cezayı müstelzim cinsel saldırıları tefrikte emin bir kıstas temin etmediği gerekçesiyle ağır tenkitlere uğramıştır. ⁷⁸ *Löffelmann*'a göre, CK m. 177 f. 1 hükmü en geniş anlamıyla sosyal bakımdan uygun davranışları suç haline getirmiştir. Örneğin, partnerine karşı onun rızası hilafına cinsi bakımdan uyarıcı davranışlarda bulunan kişinin davranışları bu suça vücut verecektir. Diğer kişinin sonradan irade değişikliğine gitmesi ve akabinde rızaya dayalı cinsi münasebetin gerçekleşmesi halinde dahi, fiil cezalandırılabilir olma vasfını koruyacaktır. Zira sonradan açıklanan rızanın geriye dönük olarak bir fiili cezalandırılabilir olmaktan çıkarması mümkün değildir. *Löffelmann*, bu yasa neticesinde kişilerin çok kolay cinsel saldırı gibi ağır bir ithamla karşılaşabilecek ve yargılanabilecek olmaları karşısında, halkın önemli bir kesiminde özel hayatlarındaki fiillerden dolayı cezai takibata uğrama korkusu uyandıracığı gerçeğinin altını çizmiştir. ⁷⁹

Kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren uygulamada ortaya çıkan sorunlar bu eleştiriyi haklı çıkarmış görünmektedir. Bilhassa, Bambergli Başhekim vakası olarak adlandırılan vakada bir hemşireyle yasak ilişki yaşayan failin cinsi münasebet teklifini önce reddedip akabinde katılanın aktif bir şekilde katıldığı cinsel davranış hakkında yerel mahkemenin verdiği mahkûmiyet hükmü, Federal Mahkeme tarafından bozulmuştur. Mahkeme kararında gerekçe olarak katılanın muğlaklık içeren davranışlarının üçüncü bir objektif kişi tarafından değerlendirildiğinde, menfi bir irade olarak anlaşılmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bu noktada, kişinin failin cinsel davranışlarına yönelik menfi iradesinin varlığı hususu değerlendirilirken, ortaya koyduğu irade ile bu iradenin husule gelmesinde amil olan saikler arasında bir tefrik yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu bağlamda, mağdurun cinsel davranış reddetmemesinin arkasında yatan saiklerin bu hususta yapılacak değerlendirmeye dâhil edilmemesi; yetişkin insanlar arasında faal bir şekilde cereyan eden cinsi münasebetlerin kural olarak şuurulu bir iradenin eseri olduğu karinesinden hareket edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. ⁸⁰ Benzer şekilde, mağdurun cinsel ilişkiye girmek istememesi halinde de hangi saikle hareket ettiğinin bir önemi yoktur. ⁸¹ Bu husustaki, ön değerlendirmenin akabinde, kişinin iradesini icbar eden şartların bulunup bulunmadığı değerlendirmelidir. Örneğin, Alman Ceza Kanunu m. 177 f. 2 b. 4 hükmünde kişinin tehdit altında cinsel davranışlara rıza göstermesinin, iradesini fesada uğratan bir hal olarak tavsif etmiştir. ⁸²

Suçun manevi unsuru bakımından, olası kast da yeterli olmaktadır. Öngörülebilir, algılanabilir olma unsurunun suçu taksirli bir suç haline getirmediği ifade edilmektedir. Fail, fiilin icrası sırasında hem cinsel davranışa ilişkin şartları hem de mağdurun menfi iradesini (*Widerwillen*) ve bunun algılanabilir (*Erkennbarkeit*) olması hususlarını bilmelidir. Bu bakımdan manevi unsur, mağdurun menfi iradesinin ifade edilmiş olması ve bunun failin kastı dâhilinde olması halinde oluşacaktır. Buna mukabil, mağdurun menfi iradesini bilmesine rağmen bu farazi (*fiktiv*) bir objektif üçüncü kişi tarafından algılanabilir nitelikte değilse suç vücut bulmayacaktır. ⁸³ Bu noktada, mağdura menfi yöndeki iradesini izharı açıkça sözleriyle veya davranışlarıyla dışa vurulmuş olabilir. Her hâlükârda, mağdurun menfi iradesini bir şekilde faile iletmiş olması ve bunun somut olarak ilgili cinsel davranışın vuku bulduğu somut durumda ifade edilmiş olması gerekmektedir. Genel olarak cinsel davranışa rızanın bulunmadığına ilişkin önceki beyanların, bu unsur bakımından yapılacak olan değerlendirmede dikkate alınmayacaktır. Bu noktada kanun koyucu, mağdurdan somut bir cinsel davranışa karşı iradesini açıkça ortaya koyma yükümlülüğü getirmiştir. ⁸⁴ Buradan da anlaşılacağı üzere objektif üçüncü kişi tarafından anlaşılabilir olma kıstası maddi ve manevi unsura ilişkin meselelerle bunların temelinde yatan ispat sorunlarını birbirine karıştırmıştır. Evvela bu şart, fail tarafından bilinen ve mağdur tarafından failce bilindiği bilinen bazı şartların, objektif üçüncü bir kişi tarafından anlaşılması mümkün olmayan reddetme davranışlarını kapsamaması bakımından, mağdur aleyhine sonuç doğurabilecek niteliktedir. Buna ilave olarak, bu unsur belirsiz ve uygulamaya yön göstermekten uzaktır. Zira bu nevi bir yakın ilişki barındıran durumlarda, taraflar arasındaki ilişkinin tüm unsurlarına hâkim ve bunları yorumlamaya ehil bir "objektif" bir üçüncü kişinin varlığından söz edilemez. Bu nedenle, objektif bir üçüncü kişinin mağdurun iradesinin neye yönelik olduğu konusundaki değerlendirmesi tamamen bu gözlemcinin hangi ön bilgilerle donatılmış olduğuna bağlıdır. Bu unsur manevi unsura ilişkin değerlendirme bakımından da önemli yorum güçlüklerini beraberinde getirmiştir. Özellikle kast bakımından failin bilgisinin neyi kapsamaması gerektiği konusu münakaşalıdır. Kanunun lafzı esas alındığında failin, üçüncü bir objektif kişi

⁷⁷ Fischer (n 37) § 177/15-16a.

⁷⁸ Hoven (n 70) 578-579.

⁷⁹ Markus Löffelmann, "Verfassungswidrigkeit des neuen § 177 StGB?" (2017) *Strafverteidiger* 413, 415, 417.

⁸⁰ Hoven (n 70) 579.

⁸¹ Renzikowski (n 44) 449-451; Eschelbach (n 6) § 177/26.

⁸² Hoven (n 70) 580.

⁸³ Fischer (n 37) § 177/17.

⁸⁴ Eschelbach (n 6) § 177/26.

tarafından yapılacak değerlendirme neticesinde cinsi münasebete karşı iradesini izhar etmiş olduğu kabul edilen mağdurun bu konudaki iradesini bilmesi veya en azından öngörüp, kabullenmiş olması gerekecektir.⁸⁵

Fail, mağdurun menfi yöndeki iradesini veya bunun anlaşılabilir nitelikte olduğunu bilmiyorsa tipikliğin maddi unsurlarında hata söz konusu olacaktır.⁸⁶ Bu suçtan dolayı, taksirle sorumluluk cihetine gidilmesi ise kanun koyucu tarafından kabul görmemiştir. Buna ilave olarak, mağdurun açık ve zımnî itirazının ciddi olmadığı yolunda hatalı bir değerlendirme halinde de fail tipikliğin maddi unsurlarında hatadan yararlanabilecektir. Elbette, failin hayatın olağan akışına açıkça aykırılık teşkil eden yanlış değerlendirmeleri, kastı kaldıran hata kapsamında değerlendirilmemektedir.⁸⁷ Bunun sonucu olarak, bir taraftan failin mağdurun rızasının olmadığı konusundaki özel bilgisi (*Sonderwissen*) kasta vücut vermezken; diğer taraftan, fail yerinde gerekçelerle mağdurun davranışını cinsi münasebete rıza olarak yorumlamış olsa bile (daha az bilgi sahibi) objektif bir üçüncü kişinin mağdurun davranışlarını menfi iradenin izharı şeklinde yorumlamış olması halinde failin kastı kalkmayacaktır. Bir başka deyişle, fail kendisince malum olan vakaya ilişkin şartlardan mağdurun rızası olduğu yolunda yanlış bir sonuç çıkarmış olması halinde bu yanlış değerlendirme nedeniyle, esasen adeta taksiri nedeniyle kasıtlı suçtan cezalandırılmış olacaktır.⁸⁸ *Hoven ve Weigend*'in yerinde tespitine göre bu durum normatif bakımdan son derece anlamsız olmanın yanında mahkeme uygulamasında hayata geçirilmesi mümkün olmayan bir hukuki durum teşkil etmektedir.⁸⁹

IV. Modellerin İspat Üzerindeki Tesiri

Genel olarak cinsel suçlarda ispat, bünyesinde çeşitli ve alışık olunmadık usuli meseleleri barındırmakta ve bu da muhakemeye iştirak edenler bakımından birçok mükellefiyeti beraberinde getirmektedir. İspat bakımından, cinsel suçlarda en sık rastlanılan tipoloji ise şüphesiz beyana karşı beyan (*Aussage gegen Aussage*) vakaları ve bunların delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi çerçevesinde bünyesinde barındırdığı delillerin değerlendirmesine ilişkin ortaya çıkardığı sübuta ilişkin yapısal sorunlardır.⁹⁰ Gerçekten, suça ilişkin delillerin değerlendirilmesi (*Beweiswürdigung*) bakımından münakaşalı vakalar, bu suç bakımından oldukça sık rastlanan bir durumdur. Çoğu vakada cinsel saldırının yalnızca, mağdur olduğu iddiasındaki kişinin tanık beyanıyla tespit edilebilmektedir.⁹¹ Zira iki kişi arasında cinsel davranışların niteliğinden kaynaklanan müphemlikler veya üstlenilen rolden kaynaklanan yanlış değerlendirmeler, bu suçlara mahsus beyana karşı beyan durumlarını ortaya çıkarmaktadır. Gerçekten, somut olayın şartlarına göre failin kastının olmadığı sonucuna ulaşma ihtimali kuvvetlenebilmektedir. Bunların başında mağdurun başlangıçtaki rızası, uzun süreli ilişkilerdeki davranışlar ve mağdurun müphemlik içeren davranışları gelmektedir. Somut olayın şartlarına göre bu nevi hususlar, emare etkisini (*Indizwirkung*) haiz olabilmektedir.⁹²

Bu çerçevede, örneğin Almanya'da m. 177 hükmünde değişiklik yapılmasının gerekçelerinden biri olarak cebir unsurunun bertaraf edilmesiyle birlikte, bu suçlara ilişkin ispat güçlüklerinin ortadan kaldırılacağı ve böylece bu suçlardan mahkûmiyet ihtimalinin yükseleceği ileri sürülmüştür.⁹³ Buna mukabil öğretilerde *Hoven ve Weigend*, m. 177'ye ilişkin yeni düzenlemenin bu zamana kadarki ispat sorunlarını ortadan kaldırmayacağı ve kolaylaştırmayacağı kanaatindedir.⁹⁴ Zira müelliflere göre cinsel suçlarda bugüne kadar iki insan arasında başka şahit olmaksızın vuku bulan olaylarda eski kanun döneminde, suçun sübutu için cebir, tehdit veya mağdurun kendini savunamayacak durumda olmasının kullanılmasına ilişkin delillerin varlığı aranılıyordu. Tehdidin söz konusu olduğu vakalarda da yaşam olayına ilişkin hangi tarafın daha inandırıcı bir anlatısı olduğuna göre karar veriliyordu. Yeni kanun döneminde ise en azından teorik olarak böyle bir şart aranmayacaktır. Buna göre, mahkeme mağdurun cinsel davranışlara rızasının olmadığını, objektif bir üçüncü kişi tarafından anlaşılır şekilde ortaya koyduğu kanaatine ulaşırsa, atılı suçtan mahkûmiyet hükmü kurabilecektir. Bununla birlikte müelliflerin yerinde tespitine göre yeni kanun döneminde de mahkemeler, mağdur olduğu iddiasındaki kişinin herhangi bir cebir, tehdit veya kendini savunamayacak durumda olma gibi bir hal olmamasına rağmen neden kendisince istenmeyen cinsel davranış kabullendiği hususunu değerlendirecektir.⁹⁵ Bir başka deyişle, bir kişinin hayır dediğini ifade etmesi ve karşı tarafın da aksini iddia etmesi halinde yeni kanun döneminde de deliller

⁸⁵ Hoven ve Weigend (n 1) 187.

⁸⁶ Renzikowski (n 44) 453.

⁸⁷ Fischer (n 37) § 177/17-18.

⁸⁸ Christian Laue, in Dieter Dölling v.d. (ed), *Gesamtes Strafrecht* (5. Baskı, Nomos 2022), § 177/2a.

⁸⁹ Hoven ve Weigend (n 1) 187. Ayrıca bkz. Jenny Lederer, in Klaus Leipold, Michael Tsambikakis ve Mark A. Zöllner (ed) *AnwaltKommentar StGB* (3. Baskı, C. F. Müller 2020) § 177/12.

⁹⁰ Lederer (n 89) vor § 174/11 vd.

⁹¹ Eschelbach (n 6) § 177/14.

⁹² Fischer (n 37) § 177/18a.

⁹³ Hoven ve Weigend (n 1) 184. Değişiklik sonrası bir bütün olarak cinsel suç istatistiklerindeki artış için bkz. Gmelin ve Wörner (n 37) 80.

⁹⁴ Nitekim mağdurun menfi iradesine dair kastın birçok olayda ispatının zor olduğu ve bunun mahkûmiyet oranlarının düşük kalmasının sebeplerinden biri olduğu belirtilmiştir. Bkz. Hörnle (n 37) 149.

⁹⁵ Ekim 2022'den bu yana cebir modelinin terk edildiği, öncesinde uzunca bir süredir mağdurun direnmesinin aranmadığı ve artık mağdurun muhalif iradesini tespitinin yeterli olduğu İspanyol hukuku bağlamında yine de eğer varsa mağdurun mukavemetine ilişkin fiziki delillerinin rızanın yokluğunun ve şiddet kullanımının ispatı açısından çok önemli olduğu vurgulanmıştır. Bkz. Cancio Melià (n 10) 220.

değerlendirilirken, eski kanun döneminden daha fazla iki tarafın inandırıcılıkları konusunda etraflı bir değerlendirme yapılmak durumunda kalınacaktır.⁹⁶ Bu nedenlerle, suça ilişkin maddi ve bilhassa manevi unsurların ispat güçlüklerini barındırmaktadır.⁹⁷

Mağdurun iradesinin bu şekilde müphemlikler ihtiva ettiği vakalarda maddi gerçeğin ortaya çıkarılması yalnızca kişiler arasındaki münasebete ilişkin bütün ayrıntıların yargılama safahatında detaylı bir şekilde sübutu ile mümkün olabilecektir. Bunun uygulamacılar için barındırdığı önemli güçlükler, *Eschelbach*'a göre kanun koyucu tarafından dikkate alınmamıştır. Müellif, bu hususta uygulamanın, özellikle beyana karşı beyanın söz konusu olduğu cinsel suçlara ilişkin mahkûmiyet hükmü kurulurken, sübut için gerekli olan delillere (*rechtsgenügenden Beweis*) ilişkin hukuk devletine mütenasip asgari kıstasları ihtiva eden kendi içinde tutarlı bir konsept geliştiremediğini ifade etmektedir.⁹⁸

Cinsel suçlarda ispat, vakaların çoğunda yalnızca mağdur olduğu iddiasındaki katılanın tanık olarak verdiği ifadelerle tespit edilebilmektedir. Bunun sonucu olarak, cinsel suçlarda sanığın, katılanın beyanlarına karşı beyanlarla iddiaları yalanlaması oldukça sık rastlanan bir durumdur. Bu nedenle de kişi hakkındaki mahkûmiyetin salt mağdur olduğu iddiasındaki kişinin beyanına dayandırılmasının meşruiyeti sorgulanmaktadır.⁹⁹ Alman Federal Mahkemesi de öteden beri bu nevi vakalarda, yargılama konusu fiillere ilişkin iddiaların tek bir tanığın ifadesine dayandığı hallerde, tanık ifadesinin inandırıcılığı konusunda azami ihtimam gösterilmesi gerektiğine hükmetmektedir.¹⁰⁰ Öğretide *Sancinetti*, Federal Mahkeme'nin birçok kararı anılan gerekçeyle bozduğunun altını çizdikten sonra, esasen ilk derece mahkemesinin delilleri etraflı değerlendirme yükümlülüğünün bütün ceza yargılamaları için cari olduğu hususunu hatırlatmaktadır. Müellife göre, burada Federal Mahkeme etraflı değerlendirme kıstasıyla birlikte hâkimin mahkûmiyete ilişkin vicdani kanaate ulaştığı hallerde sanığa karşı tek bir tanığın ifadelerinin mevcut olmasının mahkûmiyete başlı başına engel teşkil etmediğini vurgulamaktadır. Müellifin veciz ifadesiyle bu, mahkeme kararını yeterli ve ikna edici gerekçeyle donattığında bu nevi bir mahkûmiyet hükmü bozulmayacaktır. Bu çerçevede, öğretide mahkeme kararının aynı zamanda katılan niteliğindeki tek bir tanığın ifadesine dayanılarak tesis edilmesinin, hâkimin vicdani kanaatini üzerine bina edeceği objektif bir zemin teşkil etmeyeceği ifade edilmektedir. Bu nedenle *Sancinetti*, en az iki şahidin bu nevi davalarda maddi gerçeğin araştırılması mükellefiyeti çerçevesinde zorunlu olduğu görüşünü savunmaktadır.¹⁰¹

Gerçekten, salt bu nevi bir tanığın ifadesine dayanılması yapısal olarak güvenilir nitelikte bu delili temin eden kişinin taraflı davrandığı, avukat ve psikologlarla desteklendiği gerçeğiyle birlikte değerlendirildiğinde sıhhati oldukça tartışmalı bir delille mahkûmiyet hükmü tesis edilmemesi gerekmektedir. Bununla birlikte, bu nevi suçluluk tiplerinde esasen kanun koyucu mağdur rolüne ilişkin adeta bir karine oluşturmaktadır. Katılan ve tanık rolündeki, mağdur olduğu iddiasındaki kişi merkezi delil kişisi (*zentrale Beweisperson*) rolünü üstlenmekte ve danışmanlık ve hatta bazı vakalarda tanık koçluğu hizmetinden yararlanmak suretiyle meşruiyeti yapısal olarak tartışmalı olan bu delile ilişkin endişeleri daha da kuvvetlendirmektedir. Buna ilave olarak, mağdurun dosyadaki delillere vakıf olarak ifadelerini verdiği hususunun da altı çizilmektedir. Bu hususta, hukuk devletinde lekelenmeme hakkına ilişkin derin kaygıların salt yeterli şüphe olmadığından bahisle savcıların soruşturmayı neticelendireceği argümanı ile izale edilmesi mümkün gözükmemektedir. Bu çerçevede özellikle, bir ilişkinin sona erme hengâmında veya intikam amaçlı olarak yalan ihbarlarda bulunulduğu bir gerçektir. Bu olguya çoğunlukla eklenen mağdurun müphem davranışlarının yanı sıra olay ilişkin yanıltıcı anımsama halleri (*Erinnerungsverfälschungen*), cinsel suçlarda ispatı daha da içinden çıkılmaz hale getirmiştir. Bu nedenle, 2016 yılında cinsel suçların tanımının genişletilmesi, bu suçların ispatına ilişkin sorunları daha da büyütüştür. Elbette, bu suçların sübutuna ilişkin asgari kıstasların tayini ve tespiti hususu güncelliğini korumaktadır.¹⁰²

V. Sonuç ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirme

A. Cinsel saldırı suçunun tanımında klasik ve yaygın düzenleme biçiminin cebir modeli olduğu, müspet veya menfi irade modellerinin cebir yaklaşımına yönelik muhtelif hukuki ve cinsel şiddet olgusu bağlamında sosyal ve kısmen siyasi eleştiri ve tartışmalar sonucunda öne çıkan bakış açıları olduğu ifade edilebilir.

Genel olarak bakıldığında modellerin tek başına saf haliyle kabul edilmedikleri, muhtemel eksik yönleri karşılamak veya modeli tamamlamak üzere ilave hükümler ihtiva ettikleri görülmektedir. Örneğin, cebir modelinde cebir veya tehditten başka buna karşı koyamayacak, kendini savunamayacak halde olmadan yararlanma ayrıca düzenlenmektedir. Keza cinsel davranışın cebir uygulanmaksızın doğrudan, sürpriz bir şekilde gerçekleştirilmesi, ya yorum yoluyla cebre dâhil edilmekte (İtalya) ya da müstakil olarak hüküm altına alınmaktadır (Fransa). Almanya örneğinde açıklanmaya çalışılan menfi irade modelinde failin,

⁹⁶ Hoven ve Weigend (n 1) 185.

⁹⁷ Lederer (n 89) § 177/12.

⁹⁸ Eschelbach (n 6) § 177/4.

⁹⁹ ibid § 177/15.

¹⁰⁰ Bu hususta etraflı bir değerlendirme için bkz. Marcelo A. Sancinetti, 'Die einzelne Zeugenaussage und das Zweifelsprinzip' in Georg Freund, Uwe Murmann, Rene Bloy ve Walter Perron (ed), *Festschrift für Wolfgang Frisch* (Duncker & Humblot 2013) 1233, 1233-1253.

¹⁰¹ ibid, 1242, 1248, 1250 vd. Latince "unus testis, nullus testis" (tek tanık, yok tanık) olarak ifade edilen ve bir şahidin doğrulanmayan ifadesinin Kıta Avrupası ceza muhakemesi sistemlerinde mahkûmiyet için yeterli olmadığı hakkında Rahime Erbaş, Neslihan Can, Ahsen Akdemir ve Selen Çakırhan, 'Attrition in Sexual Offenses with Evidentiary Challenges: The Example of Türkiye' in Rahime Erbaş (ed), *European Perspectives on Attrition in Sexual Offenses* (Lexington 2023) 185, 189.

¹⁰² Eschelbach (n 6) § 177/15-16, 20.

mağdurun menfi irade oluşturamayacak veya ortaya koyamayacak halde veya buna ilişkin bedensel veya ruhsal kısıtlılık içinde olmasından yahut şaşkınlık anından faydalanması, müspet irade modeli temelinde ayrıca öngörülmüş, cebir ve tehditle işlenme hali de muhafaza edilmiştir. Müspet irade yaklaşımını esas alan İspanyol düzenlemesinde de ek olarak cebir veya tehdit kullanılması veya mağdurun çeşitli savunmasız veya zayıf hallerinden yararlanılması da cinsel saldırı sayılmıştır.

Modellere ilişkin eleştiriler incelendiğinde ise cebir modeline yönelik olarak cebrin mahiyeti gereği mağdurun direnmesinin arandığı aksi takdirde rızanın varlığının kabul edildiği, mağdurun çeşitli sebeplerle cinsel davranışa karşı koyma imkânının bulunmayabileceği, bu haller açısından cezai korumada boşluk doğduğu eleştirileri getirilmektedir. Bu tenkitlere cevaben söz konusu modelde suçun unsurunun failin cinsel davranışı cebrin gerçekleştirilmesi olduğu, mağdurun direnmesinin bir unsur teşkil etmediği, direnmemeye ile rıza ilişkisinin ispata ilişkin bir kabul olduğu ve bunun irade modellerinde de söz konusu olabileceği söylenebilir. Mağdurun direnemeyecek durumda olması hallerinin ise kazuistik olarak düzenlenerek eleştirilerin karşılanabileceği ileri sürülmektedir. İrade modellerine yönelik ortak eleştiriler ise bunların cinselliğe ilişkin doğallığı, bu konuda rıza göstermeye dair kararsızlıkları da yaptırım altına almak suretiyle zayıflattıkları, cezalandırmanın alanını genişlettikleri ve daha önemlisi rızanın varlığının veya yokluğunun saptanması ve ispatında zorluklara sebep oldukları noktalarında toplanmaktadır. Örneğin, menfi irade modelinin geçerli olduğu Alman hukukunda, mağdurun cinsel davranışa yönelik muhalefetini bilinebilir bir şekilde ortaya koyması vurgulanmakta, bu bağlamda savunma hareketinde bulunması veya ağlayarak bunu göstermesi örneği verilmektedir. Aynı şekilde müspet irade yaklaşımında da müspet iradenin ne şekilde gösterileceğine dair tartışmalar mevcuttur (İspanya).

İspat açısından cebir modelinde somut bir olgu olarak cebrin de ispatının gerekmesi önemli bir avantaj olarak görülebilir. Buna karşılık irade modellerinde rızanın varlığı veya yokluğu hususunda çoğunlukla failin beyanına karşı mağdurun beyanı karşı karşıya olacaktır. Bu noktada belirli şartlarda mağdurun beyanını üstün tutan yaklaşımın da ispat hukukunun temel prensipleri ve suçsuzluk karinesi açısından sorunlu olduğunu ifade etmek gerekir.

B. Türk hukukuna baktığımızda yürürlükteki 2004 tarihli 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile mülga 1926 tarihli 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ve hatta bunun öncesinde 1274 (1858) tarihli ve 1926'ya kadar yürürlükte kalan Osmanlı Ceza Kanunu'nun (Ceza Kanunname-i Hümayunu) cinsel saldırı suçunda farklı modelleri esas aldığını görmekteyiz.

1) Tarihsel gelişimi ortaya koymak amacıyla öncelikle 1858 tarihli Ceza Kanunu incelendiğinde,¹⁰³ mukaddime ve üç baptan oluşan Kanun'un, "kişilere karşı suçların" öngörüldüğü ikinci babının üçüncü faslının "Hetk-i ırz etme [ırza geçme]" hakkında olduğu, 197 ila 202. maddelerin (ve eklerinin) bu konuyu düzenlediği saptanmaktadır.¹⁰⁴ Kanun'un 197. maddesinde küçük yaşta (15 yaşını ikmal etmemiş)¹⁰⁵ çocuklara yönelik fiiller (fiil-i şeni = çirkin ve kötü fiil), bunların rızalarının geçerli olmadığı kabulüyle cebirden söz edilmeksizin yaptırım altına alınmaktadır.¹⁰⁶ Buna mukabil 198. maddede, bir adamın bir kimseye "*cebren fiil-i şeni icra etmesi yani ırzına geçmesi*" ayrı bir suç olarak yer almaktadır.¹⁰⁷ Maddeye yapılan ilavede (zeyilde) ise bu suça teşebbüs hali, "*Böyle cebren fiil-i şeni icrasına tasaddi edip de yed-i ihtiyarında olmayan esbab-ı mania hayluletiyle file çıkamamış*" olması ibareleriyle ayrıca düzenlenmiştir.¹⁰⁸ Kanun'un 199. ve 200. maddelerinde de "*cebren fiil-i şeni*" tabiri kullanılarak ırza geçme suçunun belirli kişiler tarafından işlenmesi veya evlenmemiş bir kıza karşı gerçekleştirilmesi nitelikli haller olarak karşımıza çıkmaktadır. 200. maddeye yapılan ekte ise evlenme vaadiyle iğfal ederek bekâretin izalesi müstakil suç tipi olarak öngörülmüştür. Bu ilavenin gerekçesi, bu gibi hallerde "cebrin" söz konusu olmaması sebebiyle cezalandırmanın mümkün olmaması ve gelen şikâyetlerin karşılanması olarak ifade edilmiştir.¹⁰⁹

1858 tarihli Kanun'un söz konusu hükümleri, Cumhuriyet döneminde 1341 (1925) tarihli ve 635 sayılı Kanunla (Kanun-ı Cezanın Bazı Mevaddını Muaddil Kanun)¹¹⁰ kapsamlı değişikliğe uğramıştır. Her şeyden önce faslın başlığı, "Hetk-i ırz edenlerle

¹⁰³ Kanun'un sistemi, yazı çevrimi ve geçirdiği değişiklikler hakkında bkz. Ahmet Akgündüz, *Mukayeseli İslam ve Osmanlı Külliyyatı* (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1986) 832 vd.; Ahmet Gökçen, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri* (1989) 26-31, 117 vd.; Mustafa Şentop, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku: Kanunlar, Tadiller, Lahiyalar, Uygulama* (2004) 37 vd.

¹⁰⁴ Osmanlı Ceza Kanunu'nun ve mehazı olan 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nun konuyla ilgili hükümlerinin cinsel suçların "erken modern yorumu" olduğu yönünde Miller'den naklen Rahime Erbaş, 'Challenges in Regulating Sexual Offences in Turkey' in Rahime Erbaş (ed), *Global Problems in Sexual Offenses* (Lexington, 2022) 3, 5.

¹⁰⁵ Kanun'un ilk halinde yaş sınırı 11 iken 1875 (1291) tarihli değişiklikle 13'e, daha sonra 1911 tarihinde yapılan tadilatla 15'e yükseltiştir. 1875 değişikliğine ilişkin tezkerede, 13 yaşını tekemmül etmemiş çocuğa rızasıyla fiil-i şeni icra olunsa bile rızalarının hükmünün olmayıp "cebir addolunacağı" belirtilmiştir. Bkz. Sami, *Mirat-ı Kanun-ı Ceza: Kanun-ı Ceza Şerhi* (1324 [1908]) 305-306. Ayrıca bkz. Ahmed Ziya, *Mufassal Kanun-ı Ceza ve Tefferruatı Şerhi* (1329 [1913]), 554; Mustafa Reşid [Belgesay], *Mufassal Ceza Kanunu Şerhi* (1341 [1925]), 529. Krş. Şentop (n 103) 62, 78.

¹⁰⁶ Söz konusu fiilin cebir ve şiddetle vaki olması halinde ceza ağırlaşmaktadır. Cebir ve şiddetin nitelikli hal sayılmasının, Kanun'un ilk şeklinde yer almayıp 1911 değişikliğiyle maddeye ilave edildiği anlaşılmaktadır.

¹⁰⁷ Öğretide fiil-i şeni cürmü olarak anılan bu suçta, 197. maddede olduğu gibi şiddetten ayrıca söz edilmemiş olması sebebiyle cebir kavramının, hem maddi hem de manevi cebrin (tehdidi) kapsadığı ifade edilmiştir. Bkz. Belgesay (n 105) 530, 532-533.

¹⁰⁸ Yapılan ilaveyle ilgili olarak Fransız Ceza Kanunu'nda teşebbüsle ilgili genel bir hükmün bulunduğu, bunun bazı kötüye kullanmalara sebebiyet vereceği düşüncesiyle Osmanlı kanununa alınmadığı dolayısıyla ilgili maddelerde tek tek teşebbüs hükümlerinin düzenlenmesi yoluna gidildiği belirtilmiştir. Bkz. Şentop (n 103) 62. Söz konusu teşebbüs hükmüyle 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ırza tasaddi suçu ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun basit cinsel saldırı suçu karşılaştırılabilir.

¹⁰⁹ Bkz. Şentop (n 103) 63. Söz konusu ekte (zeyilde) hükmün uygulanabilmesi için evlenme vaadiyle iğfalın, erkeğin ikrar ve itiraf eylemesine veya kız tarafının ispat etmesine bağlı olduğu belirtilerek ispat hükmüne yer verilmesi de dikkat çekmektedir. Ayrıca hükmünde daha sonra yapılan değişiklikle suçun failinin mağdur ile evlenmesi halinde cezanın ortadan kalkacağına dair bir cümle eklenmiştir (Şentop [n 103] 63).

¹¹⁰ Resmi Gazete (Resmi Ceride), 29.04.1925 (1341), No: 98. Ayrıca bkz. Sulhi Dönmezer, *Ceza Hukuku Özel Kısım: Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler* (4. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1975) 42-43.

ırz ve namusa tasaddiyi müstelzim efal ve harekâta bulunanlar” biçiminde genişletilmiştir. Kanun’un 197. maddesi, daha önce yalnızca 15 yaşını tamamlamamış çocuklara özgü iken değişiklik sonucu akıl hastaları gibi ayırt etme gücü olmayanları da kapsar hale getirilmiştir. Nitelikli hal olarak cebir ve şiddetin yanı sıra fiilin tehditle veya mukavemeti kaldıran diğer bir vasıtayla ya da mukavemete muktedir olmayan bir şahsa karşı işlenmesi öngörülmüştür. Keza yine bu maddede söz konusu kişilere karşı ırz ve namusa tasaddi teşkil eden diğer bir fiil ve harekette bulunulması müstakil suç olarak düzenlenmiştir. Kanun’un 198. maddesinde daha önce herhangi bir yaş sınırı yer almazken yeni halinde 15 yaşını tamamlamış kimseler suçun mağduru olarak kabul edilmiştir. Önceki halinde sadece cebirden söz edilirken değişiklik sonrası cebir ve şiddet, tehdit, mukavemeti kaldıran diğer bir vasıta ile veya mukavemete gayri muktedir halde bulunan şahsa karşı suçun işlenmesi cezalandırılmıştır. Bu suretlerle ırz ve namusa tasaddiyi müstelzim diğer bir fiil ve harekette bulunulması ayrıca yaptırım alınmıştır.

Görüldüğü üzere Osmanlı Ceza Kanunu’nun ilk halinde, 15 yaşını bitirmemiş çocuklar ayırık tutulursa fiil-i şeni (ırza geçme) olarak anılan cinsel saldırı suçu bakımından cebren (maddi ve manevi cebir) hareket edilmesi gerektiği öngörülerek cebir modelinin esas alındığı açıktır. Öyle ki değişiklik gerekçelerinde, geçersiz rızaları olsa bile küçük çocuklar bakımından da cebrin varsayılacağı ifade edilerek cebir yaklaşımı tahkim edilmiştir. 1341 (1925) tarihli değişiklik sonrası metinde ise cebir ve şiddetin yanı sıra tehditten açıkça söz edilerek cebir modeli korunmuşsa da bunun dışında, suçun mukavemeti kaldıran diğer bir araçla veya fiile mukavemet edemeyecek haldeki bir kişiye karşı işlenmesi şeklinde cebir modelini genişleten bir yaklaşım dikkat çekmektedir. Kanunda mukavemeti kaldıran “diğer bir vasıttan” söz edilmesi, esasen cebir ve tehdidin mukavemeti kaldıran asıl araçlar olduğunun da teyididir. Burada muhtemel mağdurlar arasında mukavemete muktedir olan ve olmayan ayırımı yapıldığı, mukavemet edemeyecek olanlara cebir ve tehdidin uygulanmayacak olmasından kaynaklı olası boşluğun giderildiği ifade edilebilir.

2) 1858 tarihli Ceza Kanunu’nu ilga eden 1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun ilk haline bakıldığında cinsel saldırı suçuna karşılık gelebilecek düzenleme, “Adabı umumiye ve nizamı aile aleyhinde cürümler” başlıklı babın “Cebren ırza geçen, küçüklüğü baştan çıkaran ve iffete taarruz edenler” başlıklı ilk faslında ırza geçme ve ırza tasaddi tabirleriyle yer almaktadır. Söz konusu fiiller 15 yaş ölçüt alınarak ikiye ayrılmak suretiyle farklı maddelerde öngörülmüş olup madde metinleri büyük ölçüde 1925 tarihli kanunla değişik 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanunu’yla benzerlik arz etmektedir. Kanun’un 414 ve 415. maddelerine göre 15 yaşını bitirmemiş bir çocuğa veya ayırt etme gücü olmayanlara karşı doğrudan ırza geçme veya tasaddi fiillerinin işlenmesi belirli bir cezayla karşılanırken bu kişilere karşı cebir ve tehdit uygulanması cezayı ağırlaştırıcı nitelikli unsur teşkil etmektedir. Buna karşılık 416. madde uyarınca 15 yaşını dolduran bir kimseye karşı ancak cebir ve şiddet veya mukavemeti kaldıran diğer bir vasıtayla söz konusu fiillerin gerçekleştirilmesi suç teşkil etmektedir. Bundan başka aynı maddeye göre cebir ve şiddet ve sair vasıtaya müracaat etmeksizin mukavemete gayri muktedir bir halde bulunan şahsa karşı bahsi geçen fiillerin işlenmesi de suçun kapsamındadır.¹¹¹

765 sayılı Kanun’un ilgili hükümlerinde 1933 yılında 2275 sayılı Kanun’la ceza miktarlarında düzenleme yapılmış, 1953 tarihli ve 6123 sayılı Kanun’la ise madde metinleri kısmen değiştirilmiştir. Buna göre 416. maddenin yeni halinde, 15 yaşını bitiren bir kimseye karşı cebir ve şiddet veya tehdit kullanmak suretiyle veyahut akıl veya beden hastalığından veya kendi fiilinden başka bir sebepten veya kullandığı hileli vasıtalarla dolaylı fiile mukavemet edemeyecek bir halde bulunan bir kimseye karşı ırza geçme veya ırza tasaddi fiillerinin işlenmesinden söz edilmiştir.

Sonuç olarak 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda, 15 yaşını tamamlamış kişilere karşı cebir ve tehditle ırza geçme ve ırza tasaddi fiillerinin gerçekleştirilmesinin esas olması bağlamında cebir modelinin temel alındığı ortadadır. Nitekim faslın başlığında açıkça “cebren ırza geçenler” ibaresi bulunmaktadır. Buna mukabil 15 yaşını tamamlamamış küçüklere veya çeşitli sebeplerle fiile mukavemet edemeyecek halde olan kimselere yönelik fiillerde ise cebir ve tehdit aranmamış, başka bir deyişle cebir modeli genişletilmiştir. Öğretide kanunun cebir ve şiddetten söz ettiği haller hakiki (gerçek) cebir, diğer haller ise mefruz (varsayılan) cebir olarak tasnif edilmiş böylece kanunda cebrin öngörülmeyeceği durumlar da kavramsal olarak cebir tabiri altında ele alınmıştır. Buna göre 15 yaşını bitirmemiş çocuklara veya fiile direnemeyecek halde bulunan kimselere yönelik işlenen fiillerde kanunda zikredilmese de cebrin varlığı karine olarak kabul edilmiş, bu durum mefruz cebir olarak adlandırılmıştır.¹¹²

3) Nihayet yürürlükteki 2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun hükümlerine değinilebilir. Bundan önce 2003 tarihli Tasarıya bakıldığında cinsel suçların, “Topluma Karşı Suçlar” kısmında “Cinsel Bütünlüğe ve Edep Törelerine Karşı Suçlar” başlıklı bölüm altında genel ahlaka yönelik suçlarla birlikte düzenlendiği görülmektedir. Tasarının 315 ve 317. maddelerinin başlığı “Zorla ırza geçme” ve “Zorla ırza tasaddi” şeklinde olup cebir ve tehdit kullanılması ve kişinin birtakım sebeplerle fiile karşı koyamayacak halde bulunması unsurlarına yer verilmiştir. 15 yaşını bitirmemiş çocuklar bakımından rızai ırza geçme ve ırza

¹¹¹ Mevaz İtalyan Ceza Kanunu’nun 331. maddesinde de cebir ve tehditle fiilin işlenmesi esas alınmış ve bununla eş değer olmak üzere dört bent halinde sayılan hallerde (ör. mağdurun 12 yaşının doldurmamış olması veya 15 yaşını doldurmamış olup da failin mağdurun usulünden biri veya vasisi veya öğretmeni olması) cebir ve tehdit olmasa da suçun oluşacağı kabul edilmiştir. Bkz. Majno, *Ceza Kanunu Şerhi: Türk ve İtalyan Ceza Kanunları* (Cilt 3, Yargıtay 1980) 135 vd.

¹¹² Majno (111) 137 vd; Dönmezer (n 110) 61 vd; Ayhan Önder, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (4. Bası, Filiz 1994) 442 vd.; Faruk Erem ve Nevzat Toroslu, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (6. Baskı, Savaş 1994) 297. Dönmezer, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu da mefruz cebir kapsamında incelemiştir. Bkz. Dönmezer (n 110) 67, 71. Krş. Önder (n 112) 455, 462.

tasaddi suç sayılmıştır. Bu haliyle Tasarının mülga 765 sayılı Kanun'daki cebir modelini sürdürdüğü ve inceleme konusu açısından mülga kanunla büyük ölçüde benzer bir içeriğe sahip olduğu söylenebilir.

Cinsel saldırı suçu, 5237 sayılı Kanun'un "Kişiler Karşı Suçlar" kısmında, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" bölümünde hüküm altına alınmış olup gerek korunan hukuki değer gerekse kullanılan terimler (çocuklar ve yetişkinler açısından ortak kavramlar olan irza geçme ve irza tasaddi yerine cinsel saldırı ve çocuklar bakımından cinsel istismar) açısından önemli farklılıklar içermektedir.¹¹³ Söz konusu suç, Kanun'un 102. maddesinin 1. fıkrasında, "*Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi. . .*" biçiminde tarif edilmiştir. Fıkra da mülga kanunlarda olduğu gibi cebir, şiddet, tehdit veya fiile mukavemet edemeyecek halde olmadan söz edilmemektedir. Bununla birlikte maddenin 4. fıkrasında "*Cinsel saldırı için başvurulmuş cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.*" ifadesi yer almaktadır. Bu hükmün mefhumu muhalifinden kasten yaralama suçunun ağır neticeleri düzeyine ulaşmayan cebir ve şiddet (maddi cebir) sebebiyle ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı ceza verilmeyeceği sonucu çıkarılmakta, söz konusu düzeyin altındaki maddi cebrin suçun unsuru olduğu ileri sürülmektedir.¹¹⁴ Mezkûr fıkranın gerekçesinde ise, "*Cinsel saldırı suçunun özelliği, bu suçu oluşturan fiillerin mağdurun iradesi dışında gerçekleştirilmesidir. Mağdura karşı cebir veya tehdit ya da hile kullanılabileceği gibi, örneğin bilincinin yitirilmesine neden olmak veya örneğin uyku hâli dolayısıyla bilincinin kapalı olmasından yararlanmak suretiyle de bu suçlar işlenebilirler. Maddenin dördüncü fıkrasına göre, bu suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda, ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezaya hükmetmek gerekecektir.*" açıklaması mevcuttur. Gerekçede cebrin yanı sıra tehdit, hile veya bilincin yerinde olmaması (fiile karşı koyamayacak halde olma) durumlarından söz edilmesine rağmen bunların madde metninde karşılığının olmadığı görülmektedir.¹¹⁵ Kuşkusuz cinsel saldırı suçunun işlenmesinde bu hallerin gerçekleşmesi mümkündür. Ancak sözü geçen hususların suçun unsuru olduğunun söylenebilmesi için maddenin lafzında buna ilişkin bir açıklığın bulunması gerekir. Ne var ki öğretilerde ve uygulamada madde gerekçesinden hareketle bunların unsur olduğu yönünde değerlendirmelere rastlanmaktadır.¹¹⁶

Öte yandan çocukların cinsel istismarı suçunun öngörüldüğü 103. maddede, 15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara yönelik her türlü cinsel davranış¹¹⁷; diğer çocuklara karşı ise sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, cinsel istismar sayılmıştır.¹¹⁸ Böylece 15 yaşını bitirmiş ve algılama yeteneği gelişmiş çocuklar bakımından (maddi ve manevi) cebir modeli temelinde (hile ve iradeyi etkileyen başka bir nedenle birlikte) bir düzenleme yaklaşımının bulunduğu ifade edilebilir.¹¹⁹

Yukarıdaki tespit ve değerlendirmeler ışığında yürürlükteki Türk Ceza Kanunu'nda cinsel saldırı suçu açısından 102. maddede saf bir cebir modelinin benimsendiğini söylemek zordur. Her ne kadar maddenin 4. fıkrasının aksi anlamından belirli bir düzeye varmayan cebir sebebiyle ayrıca ceza verilmeyeceği sonucu çıkarılabilirse de bu hükmün özel bir gerçek içtima hükmü olduğuna ve suçun unsurlarının asıl olarak maddenin 1. fıkrasında düzenlendiğine dikkat çekmek gerekir.¹²⁰ Bu bağlamda 102. maddenin ilk fıkrasına bakıldığında, 103. maddede olduğu gibi suçun unsurları arasında cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene yer verilmediği görülmektedir. Daha açık bir anlatımla cinsel saldırı suçunun oluşumu açısından bu nedenlerin varlığı şart değildir.¹²¹ Bu durumda 102. maddede rıza modelinin temel alınıp alınmadığı veya hangi rıza modelinin esas olduğu irdelenmelidir.

Maddede rıza kelimesi sarih olarak geçmemekle birlikte öğretilerde, madde başlığındaki "saldırı" ve madde metnindeki vücut

¹¹³ Bu konuda bkz. Selman Dursun, "Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış" (2014) 9(24) Ceza Hukuku Dergisi 57, 58-59.

¹¹⁴ Bkz. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (21. Baskı, Seçkin 2023) 326; Fahri Gökçen Taner, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar* (3. Baskı, Seçkin 2023) 131; S. Sinan Kocaoğlu, *Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (TCK m. 102-105)* (Yetkin 2016) 111. Cinsel saldırıyı oluşturan hareketin mutlaka cebir boyutuna varmasının gerekmediği ancak cebrin kullanılması halinde bunun suçun unsuru olduğu görüşü için Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (9. Baskı, Adalet 2023) 369; M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (20. Baskı, Adalet 2022) 373-374; Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi* (3. Cilt, Adalet 2021) 3728-3729.

¹¹⁵ Cebrin aksine tehdidin cinsel saldırının unsuru olduğuna dair 102. maddede herhangi bir belirlemenin yer almadığı yönünde Taner (n 114) 140.

¹¹⁶ Tezcan, Erdem ve Önok (n 114) 326 vd; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (17. Baskı, Seçkin 2022) 332 (yazarlar, sarkıntılık açısından bu araçların kullanılmasına gerek olmadığını savunmaktadır). Yargıtay da kararlarında (belli düzeydeki) cebir ve tehdidin suçun unsuru olduğuna ve bunlardan dolayı ayrıca ceza verilmeyeceğine hükmetmektedir. Bkz. Gökcan ve Artuç (n 114) 3729-3731, 3805-3806.

¹¹⁷ Yargıtay, bazı kararlarında bu gruptaki çocuklar bakımından "mefruz cebir" tabirini kullanmaktadır. Ör. Ceza Genel Kurulu, 25.5.2021, 2019/405 Esas, 2021/219 Karar. Ayrıca bkz. Taner (n 114) 378.

¹¹⁸ Cinsel davranışların iradeyi etkileyen nedenlere dayandırılmasının böyle bir neden olmaksızın gerçekleştirilen rıza dışı cinsel davranışlar açısından tereddüde yol açtığı hakkında Dursun (n 113) 64, dipnot 21. Maddedeki ifadenin "diğer çocuklara karşı rızaları hilafına gerçekleştirilen cinsel davranışlar" şeklinde değiştirilmesi gerektiği yönünde Taner (n 114) 378. Ayrıca bkz. Pınar Memiş Kartal, *Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı* (Der, 2014) 166-167; Nurullah Kantarcı, *Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu* (Adalet 2016) 149-150. Farklı bir yaklaşım için bkz. Engin Turhan, *Türk ve Alman Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu* (Seçkin 2021), 50-52.

¹¹⁹ Krş. Taner (n 114) 377-378.

¹²⁰ Söz konusu fıkraya dair gerekçede genel olarak suçu oluşturan fiillerin mağdurun iradesi dışında gerçekleştirilmesi gerektiğine işaret edildikten sonra cebir, tehdit veya hilenin "kullanılabileceğinden" yahut bilincin yitirilmesi veya kapalı olması halinden yararlanarak suçun "işlenebileceğinden" bahsedilmiş, bunların unsur olduğundan söz edilmemiştir. Kaldı ki yukarıda da ifade edildiği üzere bu hususlardan cebir dışında diğerleri madde metninde yer almamaktadır.

¹²¹ Taner (n 114) 128, 131. Cinsel saldırı açısından önemli olanın cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen diğer nedenlerin bulunması değil mağdurun rızasının bulunmaması olduğu yönünde Nur Centel ve Hamide Zafer, "Cinsel Saldırı Suçu" in Mahmut Koca, İzzet Özgenç, İlhan Üzülmöz ve M. Emin Alşahin (ed), *Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan* (Seçkin 2020) 225, 235-236. Cebrin suçun unsuru olmadığı yönünde Erbaş (n 104) 13.

dokunulmazlığını “ihlal eden” ibarelerinden hareketle,¹²² keza cinsel davranışın ancak rıza hilafına gerçekleştirilmesi halinde cinsel saldırı olarak nitelendirileceği¹²³ gibi gerekçelerle rızanın bulunmaması gerektiği, rızanın varlığının tipikliğin oluşumunu engelleyen bir vasıf taşıdığı kabul edilmektedir.¹²⁴ Öğretide rızanın yokluğu için “hayır” denmesinin yeterli olduğu, bunun dışında mağdurun faile direnç göstermesinin gerekli olmadığı ifade edilerek menfi irade modeline yakın görüşler serdedilmektedir.¹²⁵ Bununla birlikte yukarıda değinilen tipik menfi irade modeli hatırlandığında, maddede menfi yönde bir irade açıklamasının gerektiğine dair bir ibare bulunmadığından burada söz konusu modelin esas alındığından söz edilemeyecektir. Bu durumda geriye müspet irade modeli kalmaktadır ki rıza olmaksızın gerçekleştirilen tüm cinsel davranışların vücut dokunulmazlığını “ihlal” ettiğiinden söz edilebilecektir. Başka bir deyişle kişinin müspet yönde bir irade açıklaması olmadıkça cinsel saldırı suçu oluşabilecektir.¹²⁶ Ne var ki maddede rızanın açıkça düzenlenmemiş olması tipik olarak bu modelin takip edildiğini söylemeyi de güçleştirmektedir. Öte yandan müspet yahut menfi irade yaklaşımlarının, rızanın varlığı veya yokluğu konusunda ispat açısından güçlükler doğuracağına dair eleştiriler, Türk hukuku açısından da gündeme gelebilecektir.¹²⁷

Nihayet, münferit olarak cinsel saldırı suçuna ilişkin yukarıdaki tespitlere rağmen gerek 102. maddenin 4. fıkrasındaki cebir (ve şiddet) düzenlemesi ve fıkraya dair gerekçedeki açıklamalar gerekse cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen başka bir nedenden bahseden 103. ve hatta 104. maddeler¹²⁸ dikkate alındığında Kanun’un genel örgüsünün cebir modeline yakın olduğu da söylenebilir. Cinsel saldırı suçuyla birlikte bu bölümde yer alan suçların aynı model temelinde uyumlu hale getirilmesi gerektiği ve bu noktada yöneltilen eleştiriler de dikkate alınarak genişletilmiş bir cebir modelinin veya cebir modelini içeren karma bir modelin esas alınabileceği belirtilmelidir.

Etik Komite Onayı: Çalışma için etik kurul onayı gerekmemektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız

Yazar Katkıları: Çalışmanın Konsepti/Tasarımı- S.D., A.E.B.; Veri Toplama- S.D., A.E.B.; Veri Analizi/Yorumlanması- S.D., A.E.B.; Makaleyi Hazırlayan- S.D., A.E.B.; Makalenin Eleştirel Revizyonu- S.D., A.E.B.; Son Onay ve Sorumluluk- S.D., A.E.B.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadıklarını beyan etmişlerdir.

Ethics Committee Approval: Ethics committee approval is not required for the study.

Peer-review: Externally peer-reviewed

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

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

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

KAYNAKLAR / REFERENCES

Ahmed Ziya, *Mufassal Kanun-ı Ceza ve Teferruatı Şerhi* (1329 [1913]).

Akbulut B, ‘Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği’ (2019) 14(40) Ceza Hukuku Dergisi 265-288.

Akçin İ, ‘Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar’ (2006) 32(1-2) Yargıtay Dergisi 99-144.

¹²² İhsan Akçin, ‘Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar’ (2006) 32(1-2) Yargıtay Dergisi 99, 105. Aynı yönde Gökcan ve Artuç (n 114) 3725-3726; Kantarcı (n 118) 149; Muhammed Demirel, ‘Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza’ (2020) 78(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1469, 1486; Artuk, Gökcan, Alşahin ve Çakır (n 114) 387; Erbaş (n 104) 12-13. Rızayla gerçekleştirilen fiilin m. 102 anlamında vücut dokunulmazlığını ihlal eden bir cinsel davranış olmadığı fikri için Meral Ekici Şahin, *Ceza Hukukunda Rıza* (On İki Levha 2012) 102.

¹²³ Koca ve Üzülmöz (n 114) 368; Taner (n 114) 128, 197 (yorum yoluyla bu sonuca varılabileceği). Maddenin 4. fıkrasındaki cebir ve şiddet düzenlemesinden suçun oluşumu için cinsel davranışın rıza dışı olması gerektiğinin anlaşılması görüşü için Berrin Akbulut, ‘Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği’ (2019) 14(40) Ceza Hukuku Dergisi 265, 269.

¹²⁴ Ekici Şahin (n 121) 102; Taner (n 114) 197; Dursun (n 113) 63; Akbulut (n 123) 269-270; Demirel (n 122) 1486; Artuk, Gökcan, Alşahin ve Çakır (n 114) 387; Erbaş (n 104) 12; Hasan İba, ‘Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda Rızanın Hukuki Niteliği’ (2023) 29(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 98, 135. Rızanın maddi unsurların oluşumu açısından bulunmaması gereken, tipikliğin olumsuz unsuru olduğu yönünde Koca ve Üzülmöz (n 114) 368, 374. Suça rengini veren hususun “rızanın yokluğu” olduğunu belirten Tezcan, Erdem ve Önok, rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak ele almaktadırlar (Tezcan, Erdem ve Önok [n 114] 325-326, 363). Yargıtay’ın da rızanın hukuka uygunluk nedeni olduğu görüşünü değiştirerek tipikliği engelleyen neden olarak kabul etme eğiliminde olduğu hakkında Tezcan, Erdem ve Önok (n 114) 364.

¹²⁵ Gökcan ve Artuç (n 114) 3726-3727; Taner (n 114) 131-134; Demirel (n 122) 1486. Kişinin “hayır” demesinin tek başına yeterli olmayacağı, başta geri çevrilen bir talebin sonrasında kabul edilebileceği ancak mağdurun direnmesinin de gerekmediği görüşü için Tezcan, Erdem ve Önok (n 114) 327.

¹²⁶ Türk hukukunda hâkimin fiilin, rıza dışı olup olmadığını (mağdurun rızasının etkilenip etkilenmediğini) değil, rızayla gerçekleşip gerçekleşmediğini (mağdurun rıza gösterip göstermediğini) araştırması gerektiğinden hareketle Türk hukukunun müspet irade modeline yakın olduğu fikri için Erbaş (n 104) 12.

¹²⁷ Direnmenin zorunlu olmadığı görüşünün ispat açısından ortaya çıkarılabileceği güçlükler için ayrıntılı bir tartışma için bkz. Taner (n 114) 131 vd. Yargıtay çeşitli kararlarında beyana karşı beyan örneklerinde mağdurun beyanının muhakeme boyunca tutarlı ve hayatın olağan akışına uygun olup olmadığı, mağdur ile fail arasında husumet bulunup bulunmadığı ve mağdurun sanığa iftira atması için bir neden bulunmaması gibi gerekçelerle beyanı esas alabilmekte veya şüpheden sanık yararlanır ilkesini uygulayabilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bir analiz için Erbaş, Can, Akdemir ve Çakırhan (n 101) 194 vd. İftira atma gerekçesinin ispat yükünü tersine çevirdiği eleştirisi için Taner (n 114) 327-328.

¹²⁸ Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun düzenlendiği 104. maddede cebir, tehdit ve hileden söz edilmiş ancak 103. maddeden farklı olarak “iradeyi etkileyen başka bir neden” ibaresine yer verilmemiştir.

- Akgündüz A, *Mukayeseli İslam ve Osmanlı Külliyyatı* (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1986).
- Artuk M E, Gökçen A, Alşahin M E ve Çakır K, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (20. Baskı, Adalet 2022).
- [Belgesay] M R, *Mufassal Ceza Kanunu Şerhi* (1341 [1925]).
- Bohlander M, *Principles of German Criminal Law* (Hart 2009).
- Caletti G M, 'Coercion by Violence and its Changing Meaning: The Experience of Italy' in Elisa Hoven ve Thomas Weigend (ed) *Consent and Sexual Offences* (Nomos 2022) 25-41.
- Cancio Melià M, 'Sexual Assaults under Spanish Law: Law Reform, Consent, and Political Identity' in Tatjana Hörnle (ed), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective* (Oxford 2023) 215-234.
- Centel N ve Zafer H, 'Cinsel Saldırı Suçu' in Mahmut Koca, İzzet Özgenç, İlhan Üzülmöz ve M. Emin Alşahin (ed), *Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan* (Seçkin 2020) 225-264.
- Deckers R, 'Zur Reform des Sexualstrafrechts durch das StAG 2016' (2017) *Strafverteidiger* 410-412.
- Demirel M, 'Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza' (2020) 78(3) *İstanbul Hukuk Mecmuası* 1469-1523.
- Dönmez S, *Ceza Hukuku Özel Kısım: Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler* (4. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1975).
- Dursun S, 'Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış' (2014) 9(24) *Ceza Hukuku Dergisi* 57-73.
- Eisele J, 'Das neue Sexualstrafrecht' (2017) 3(1) *Rechtspsychologie* 7-30.
- Eisele, J, in Albin Eser v.d. (ed), *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar* (30. Baskı, C. H. Beck 2019).
- Ekici Şahin M, *Ceza Hukukunda Rıza* (On İki Levha 2012).
- Elliot C, *French Criminal Law* (Routledge 2011).
- Erbaş R, 'Challenges in Regulating Sexual Offences in Turkey' in Rahime Erbaş (ed), *Global Problems in Sexual Offences* (Lexington, 2022) 3-24.
- Erbaş R, Can N, Akdemir A ve Çakırhan S, 'Attrition in Sexual Offences with Evidentiary Challenges: The Example of Türkiye' in Rahime Erbaş (ed), *European Perspectives on Attrition in Sexual Offences* (Lexington 2023) 185-213.
- Erem F ve Toroslu N, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (6. Baskı, Savaş 1994).
- Eschelbach R, in Holger Matt ve Joachim Renzikowski (ed), *Strafgesetzbuch Kommentar* (2. Baskı, Franz Vahlen 2020).
- Fischer T, *Strafgesetzbuch* (62. Baskı, C. H. Beck 2015).
- Fischer T, *Strafgesetzbuch* (70. Baskı, C. H. Beck 2023).
- Gmelin L ve Wörner H, 'Reform Needs in German Criminal Law on Sexual Offences' in Rahime Erbaş (ed), *European Perspectives on Attrition in Sexual Offences* (Lexington, 2023) 79-111.
- Goujard C, 'EU Countries Reject Making Non-consensual Sex a Criminal Offense Across the Bloc' (Politico, 9 Haziran 2023) <<https://www.politico.eu/article/rape-europe-criminal-offense-non-consensual-sex>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2023.
- Gökcan H T ve Artuç M, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi* (3. Cilt, Adalet 2021).
- Gökçen A, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri* (1989).
- Gutschker T, 'EU-Parlament will Vergewaltigung einheitlich bestrafen' (Frankfurter Allgemeine Zeitung, 28 Haziran 2023) <<https://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/eu-parlament-will-vergewaltigung-europaweit-regeln-18996296.html>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2023.
- Heger M, 'Grenzüberschreitungen: Anmerkung zu den Tatbestandsvorgaben im Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt' (2022) (4) *Kriminalpolitische Zeitschrift* 273-282.
- Heller F, 'Spanish Coalition Clashes Over Controversial Sexual Assault Law' (Euractiv, 7 Şubat 2023) <<https://www.euractiv.com/section/politics/news/spanish-coalition-clashes-over-controversial-sexual-assault-law>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2023.
- Herning L ve Illgner J, 'Ja heißt Ja: Konsensorientierter Ansatz im deutschen Sexualstrafrecht' (2016) *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 77-80.
- Hoven E, 'Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt: Was ändert sich für das deutsche Strafgesetzbuch durch die EU-Richtlinie?' (2022) (4) *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 118-121.
- Hoven E, 'Das neue Sexualstrafrecht: Ein erster Überblick' (2020) (10) *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 578-586.
- Hoven E ve Weigend T, 'Nein heißt Nein- und viele Fragen offen' (2017) (4) *Juristen Zeitung* 182-191.
- Hoven E ve Weigend T, *Strafsachen: Ist unser Recht wirklich gerecht?* (Dumont 2023).
- Tatjana H, 'The New German Law on Sexual Assault' in Tatjana Hörnle (ed), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective* (Oxford, 2023) 141-162.
- İba H, 'Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda Rızanın Hukuki Niteliği' (2023) 29(1) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 98-139.
- Kantarıcı N, *Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu* (Adalet 2016).
- Koca M ve Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (9. Baskı, Adalet 2023).
- Kocaoğlu S S, *Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (TCK m. 102-105)* (Yetkin 2016).

- Laue C, in Dieter Dölling v.d. (ed), *Gesamtes Strafrecht* (5. Baskı, Nomos 2022).
- Lederer J, in Klaus Leibold, Michael Tsambikakis ve Mark A. Zöller (ed) *AnwaltKommentar StGB* (3. Baskı, C. F. Müller 2020).
- Löffelmann M, 'Verfassungswidrigkeit des neuen § 177 StGB?' (2017) *Strafverteidiger* 413-417.
- Majno, *Ceza Kanunu Şerhi: Türk ve İtalyan Ceza Kanunları* (Cilt 3, Yargıtay 1980).
- Meineck S ve Köver C, 'EU-Rat gegen einheitlichen Schutz vor Vergewaltigung' (Netzpolitik.Org, 16 Haziran 2023) <<https://netzpolitik.org/2023/gesetz-zu-gewalt-gegen-frauen-eu-rat-gegen-einheitlichen-schutz-vor-vergewaltigung>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2023.
- Memiş Kartal P, *Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı* (Der 2014).
- Moceri A, 'Spain's Sexual Consent Law Debacle Has Sanchez's Coalition on the Ropes' (World Politics Review, 18 Mayıs 2023) <<https://www.worldpoliticsreview.com/spain-feminism-sexual-crime-politics-socialists-podemos-consent>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2023.
- Navy J, 'After the Law of April 21, 2021, a New Definition of Rape' (Rift, 20 Şubat 2022) <<https://www.riftavocats.fr/english/papers/Rape-Definition-France-Lawyer>> Erişim Tarihi 20 Aralık 2023.
- Önder A, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (4. Bası, Filiz 1994).
- Özbek V Ö, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (17. Baskı, Seçkin 2022).
- Rapport de Mme Marie Mercier, au nom de la commission des lois, n° 467 (2020-2021) <<https://www.senat.fr/rap/120-467/120-4671.pdf>> Erişim Tarihi 20 Aralık 2023.
- Renzikowski J, 'Sexueller Übergriff, sexuelle Nötigung, sexueller Missbrauch' in Eric Hilgendorf, Hans Kudlich ve Brian Valerius (ed), *Handbuch des Strafrechts* (Cilt 4, C. F. Müller 2019) 439-517.
- Sami, *Mirat-ı Kanun-ı Ceza: Kanun-ı Ceza Şerhi* (1324 [1908]).
- Sancinetti M A, 'Die einzelne Zeugenaussage und das Zweifelsprinzip' in Georg Freund, Uwe Murmann, Rene Bloy ve Walter Perron (ed), *Festschrift für Wolfgang Frisch* (Duncker & Humblot 2013) 1233-1253.
- Schramm E, 'Expansives Sexualstrafrecht' (2021) (3) *Deutsch-Georgische Strafrechtszeitschrift*, 70-75.
- Şentop M, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku: Kanunlar, Tadiller, Lahiyalar, Uygulama* (2004).
- Taner F G, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar* (3. Baskı, Seçkin 2023).
- Tezcan D, Erdem M R ve Önok R M, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (21. Baskı, Seçkin 2023).
- Turhan E, *Türk ve Alman Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu* (Seçkin 2021).
- Weigend T, 'Tatbestände zum Schutz der Sexualmoral' (2017) (129/2) *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft* 513-528.
- Wildt D, 'Europa im Überlick' (2023) (7) *Strafverteidiger Forum* 249-250.
- Zhou Z, *Sexualstrafrecht in Deutschland und China* (Duncker & Humblot 2020).

ATIF BİÇİMİ / HOW CITE THIS ARTICLE

Dursun S, Bozbayındır AE, 'Cinsel Saldırı Suçunun Tanımında Modeller ve İspat Meselesi' (2023) 11(2) *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology*, 230.

Prosecutors' Position and Its Impact on How Proceedings Are Conducted: A Comparison of German and Turkish Criminal Procedure

İpek ALTINSABAN^{1,2} 

¹PhD Candidate, Istanbul University Institute of Social Sciences Department of Public Law, Istanbul, Türkiye

²Res. Asst., Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Türkiye

ABSTRACT

The rule for criminal procedure is the principle of compulsory prosecution. However, the principle of compulsory prosecution has been argued to have drawbacks in terms of modern crime policy due to a certain benefit being expected from today's crime policy. Because public prosecutors conduct proceedings on behalf of the public, prosecutors as a rule have no discretionary authority. However, legislators have given discretionary power to public prosecutors regarding certain crimes for various reasons. The public prosecutor is the one who will evaluate the value of each piece of evidence and the existence of sufficient suspicion to reach a verdict in a trial. The aim of this study is to determine the position of prosecutors, who are equipped with important discretionary powers, in terms of criminal procedure. The study includes the regulations and discussions regarding Turkish and German criminal procedure, comparatively examining their differences in terms of authority between prosecutors in the classical and modern criminal process, prosecutors' discretionary power and its limits, and finally the regulations in which prosecutors can use discretionary power.

Keywords: Prosecutor, classical criminal procedure, modern criminal procedure

INTRODUCTION

Legal and political developments regarding prosecutors' position in criminal procedure have led to notable changes in the criminal procedure system in recent years.¹ The de facto widespread practice over the last 30 years of secret plea bargaining has been repeatedly criticized for its incompatibility with at least certain traditional procedural principles.² In the Turkish and German criminal procedure systems, a new independent procedural framework has been introduced for a quick consensual resolution of criminal disputes. In this context, the current study will examine the decision not to prosecute, postponement of the initiation of a public prosecution, the decision not to initiate a public prosecution, public prosecutors' control over discretion, and expedited procedure.

I. Prosecutors' Position

When examining public prosecutors' position in criminal proceedings, they are primarily responsible for initiating and continuing criminal proceedings.³ In essence, they are obliged to "intervene in all crimes that can be prosecuted if there is sufficient suspicion."⁴ Prosecutors are the supervisor of an investigation. They are the state authority responsible for criminal investigation and a hierarchically structured judicial authority.⁵ According to Kühne, the public prosecutor's office is the independent organ

¹ Heinz Wagner, 'Ziele des Strafprozesses?' in: Andreas Hoyer (Ed.), *Gedächtnisschrift für Jörn Eckert* (Baden-Baden 2008) 939–940, 945; Thomas Weigend, 'Verständigung in der Strafprozessordnung – auf dem Weg zu einem neuen Verfahrensmodell?' in: René Bloy (Ed.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht* (Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag) (Berlin 2010) 829, 845–847.

² Claus Roxin & Bernd Schünemann, *Strafverfahrensrecht* (29. Aufl. München 2017) § 10 Rn. 4–5, § 17 Rn. 7–32; Friedrich-Christian Schroeder and Torsten Verrel, *Strafprozessrecht* (6. Aufl. München 2014) Rn. 194; Wolfgang Wohlers, 'Das Strafverfahren in den Zeiten der "Eilkrankheit"' in: NJW (2010) 2470–2475, 2470 (2473–2474).

³ Roxin & Schünemann (n 2) § 9 Rn. 16–20; Cumhur Şahin & Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku I* (12th ed., Seçkin 2021) 80.

⁴ Roxin & Schünemann (n 2) § 14 Rn. 1–4; Werner Beulke & Sabine Swoboda, *Strafprozessrecht* (15. Aufl., C. F. Müller 2020) 132.

⁵ Bahri Öztürk, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (15th ed., Seçkin 2021) 218. The countries of continental Europe accept that the prosecutor's office is institutionally located within the executive branch, as it lacks any judicial function; on the other hand, it is functionally a judicial authority. Continental European countries also recognize the prosecutor's

Corresponding Author: İpek ALTINSABAN E-mail: ipekaltinsaban@istanbul.edu.tr

Submitted: 02.10.2023 • **Revision Requested:** 22.12.2023 • **Last Revision Received:** 25.12.2023 • **Accepted:** 08.01.2024



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

of criminal justice within the framework of criminal proceedings and is only a “false part” of the judiciary, which is embedded in the executive organ.⁶ According to Roxin, as an independent and impartial judicial authority, the public prosecutor's office is an independent organ of the administration of justice.⁷ The existence of a hierarchical structure within the organization of the Chief Public Prosecutor's Office shows public prosecutors to not be independent in terms of their own organization. However, this situation cannot be understood and applied as a reversal or elimination of an action public prosecutors have taken.⁸

According to Gökçen et al., prosecutors are not independent. Because independence is defined as not taking orders from anyone, the hierarchical relationship between the Chief Prosecutor and the Ministry of Justice and the fact that prosecutors are subordinate to the Chief Prosecutor reveal that prosecutors are not independent.⁹ According to Kunter, prosecutors are not independent, and their independence should not even be wished for.¹⁰ According to Centel, prosecutors cannot easily be impartial due to the nature of their work. The commission of a crime disrupts the social balance, and the attempt is made to restore this balance by punishing the perpetrator. In this situation, any authority that believes that it is obliged to maintain the balance will inevitably feel like a party.¹¹

According to Zafer, prosecutors cannot take any action on their own behalf that only is binding to them. Within the organization of the prosecutor's office, any change can be made to its powers at any time. Each prosecutor has the authority to represent the office, both individually and jointly. This is referred to as the “indivisibility of the prosecution.”¹² The prosecution's arguments and opinions, its duty to gather evidence both for and against the suspect, and its judicial discretion are all part of their judicial activity. The administration has only supervisory authority over prosecutors, so the fact that the prosecutor's office has an administrative structure due to its hierarchical structure is only a formal superficial matter.¹³ The fact that the Chief Public Prosecutor gives orders to prosecutors and that prosecutors are bound by these orders stems from prosecutors being a subject of public law, and this does not affect their independence.¹⁴

According to Meraklı, the prosecutor's office is a judicial body that is charged with criminal prosecution and involvement in criminal proceedings.¹⁵ The prosecutor is under a special obligation to seek sanctions impartially and to uphold justice in the interests of society. This obligation requires prosecutors not to be characterized as a side in criminal proceedings. The public prosecutor is not a party in Turkish criminal procedure. The public prosecutor should work toward establishing a legal practice that is in accordance with the material truth.¹⁶ The obligation for a fair trial also requires that the proceedings be independent and impartial.¹⁷ For public prosecutors, the law is not a framework but the very subject of their activity. Despite being a judicial body, the prosecutor's office is hierarchically structured within the executive power, operates as an intermediary between the executive and the judiciary, and has a “sui generis” character.¹⁸

According to the author's opinion, while an authority that believes it is obliged to maintain a balance will inevitably feel like a

office as an institution with a dual character. In continental European legal systems, the prosecutor's office is subordinate to the executive branch within the constitutional state order but functions as a judicial body. Cf. [Hakan Karakehya and Murat Arabacı, ‘Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü, Muhakemedeki Taraf Pozisyonu ve İspat Yükünün Bulunması Üzerine’ (2016) 65(4) AÜHFD 2059, 2068.] The prosecutor's office is also a hierarchical body headed by the Attorney General in England and Wales. The Attorney General only has general supervisory and managerial powers. The public prosecutor's office must be party to the proceedings both for and against the accused. This includes the obligation to investigate other authorities and to collect exculpatory evidence there. In this context, the public prosecutor's office also cooperates with the police, obtaining information from their databases. [Hans-Heiner Kühne, *Strafprozessrecht* (9. Aufl., Heidelberg 2015) Rn.1169.] The initiation and conduct of the English investigation is largely in the hands of the police, an autonomous investigative authority. In the criminal process, important decisions involving a suspect's guilt are made by the police at an early stage. [Mandy Burton, Andrew Sanders, Richard Young, & Steven Cammiss, *Criminal Justice* (Oxford University Press 2021) 428; Emmanouil Billis, *Die Rolle des Richters im adversatorischen und im inquisitorischen Beweisverfahren* (Band S 151, Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht 2015) 149.] However, if the prosecutor is pacified, the police, who concentrate on obtaining statements from the accused, can come to the fore as an independent investigative authority. [Kühne, Rn.1171.] A similar arrangement is observed in the United States of America. In the USA, the police have a very wide discretion during investigations. The police can investigate independently of the prosecutor, and the police have a wide discretion over whether or not to bring the suspect before the prosecutor. If sufficient suspicion is reached, the police forward the file to the prosecutor. The prosecutor is not obliged to collect evidence favorable or unfavorable to the accused. [Cumhur Şahin, *Ceza Muhakemesinde İspat* (Yetkin Yayınları 2001) 78].

⁶ Kühne (n 5) Rn.130.

⁷ Roxin and Schönemann (n 2) § 14 Rn. 5–27. For more information, see: Schroeder & Verrel (n 2) Rn. 85–92; Billis (n 5) 228; Beulke & Swoboda (n 4) 146; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, & Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (14th ed., Seçkin 2021) 159; Tuba Keleş Pekmez, ‘Ceza Muhakemesinde Objektif Bir Taraf Olarak Savcılık Makamı’ (2021) *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(2), 275–291.

⁸ Şahin & Göktürk (n 3) 86.

⁹ Ahmet Gökçen, Murat Balcı, M. Emin Alşahin, & Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (5th ed., Adalet Yayınevi 2021) 211, 212.

¹⁰ Nurullah Kunter, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (8th ed., İstanbul 1986) 348.

¹¹ According to the author; the impartiality of the prosecutor should be understood as being objective toward both the accused and the victim, favoring neither for any reason, and conducting procedures such as collecting evidence and giving an opinion only with the concern of revealing the material truth (Nur Centel, ‘Adil Yargılanma Hakkı İle Silahların Eşitliği Bağlamında Savcılık ve Savunma (Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyumu)’ (2006) Türkiye Barolar Birliği Yayınları 195; Cf. in the same direction; Karakehya & Arabacı (n 5) 2062.

¹² Hamide Zafer, ‘Türk Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Hukuki Statüsü’ in: Nur Centel (Ed.), *Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Konferansları Serisi 1* (İstanbul 2015) 16.

¹³ Zafer (n 12) 20.

¹⁴ Ibid 15.

¹⁵ Serkan Meraklı, *Cumhuriyet Savcısının Kamu Davası Açmada Takdir Yetkisi* (Seçkin 2014) 21.

¹⁶ Meraklı (n 15) 22.

¹⁷ Bahri Öztürk, ‘Türkiye'nin Yeni Savcı Modeli Ve Adil Yargılanma’ in: Eric Hilgendorf and Yener Ünver (eds.), *Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan* (Alman - Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku) (2010) *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları*, 3(17), 819, 855.

¹⁸ Meraklı (n 15) 24.

party, the prosecutor as the subject who exercises conscientious opinion on certain issues in the modern criminal process needs to remain impartial and independent.

Public prosecutors occupy a unique position in most countries in two distinct respects. On one hand, they often strike a delicate balance between the executive and judicial powers of the state. On the other hand, their own powers often reflect a delicate balance, this time between independence from and subordination to the executive branch.¹⁹ After completing an investigation, the prosecutor's office decides whether to not prosecute or to issue an indictment. Even if a crime is suspected, various possibilities still exist for the prosecutor to refrain from initiating criminal prosecution for reasons of expediency. In particular, this can happen in the case of misdemeanors by taking into account the degree of the offense and public interest and can also occur in certain other criminal cases.²⁰ However, due to prosecutors' monopoly over issuing an indictment, if prosecutors are free to not proceed with the case, the court will be deprived of the possibility of making a final decision regarding the legal relationship. Therefore, the court must ensure that procedural rules are correctly applied and report violations immediately. After the final conclusion of a criminal case, the prosecutor's office also deals with the execution of sentences. On average, about 35% of the case volume is handled by public prosecutors.²¹ In order to better understand prosecutors' position in criminal procedure, their historical roots and the changes the office has undergone must first be examined.

II. The Historical Emergence of Prosecutors

Historically, the roots of the emergence of the prosecutor's office have not been fully elucidated, and many different approaches are found. The first approach involved strengthening the power of the sovereign and disciplining the courts. For example, in Prussia in 1843, King Friedrich Wilhelm IV's dissatisfaction with the excessive uncontrolled jurisdiction of the courts was what ultimately led to the establishment of the public prosecutor's office. In this context, one can reasonably assume that the public prosecutor's office that was later introduced in Prussia in 1846 was a continuation of the *Fiscalat*, an institution representing the sovereign regarding property matters and sometimes as the guardian of the application. This is confirmed by the prosecutor's offices that have already been established in German states, such as in Hanover in 1841, in Württemberg in 1843, and in Baden in 1845. That the prosecutor's office, which was to be modeled on the revolutionary French Code of Criminal Procedure, should not only represent the interests of the sovereign soon became clear. Enacted on October 1, 1846, the Law on the Procedure of Investigations at the Berlin Court of Appeal laid the foundations for the authority and work of the public prosecutor's office that are still valid today, in particular the duty of impartiality, which relates to the duty to investigate and appeal on behalf of the accused.²²

In the inquisitorial process of common law that had been applied in Germany until the 19th century, no need had occurred for an organized public prosecutor's office, as no fundamental distinction had been made between criminal investigation and decision-making due to the police being able to carry out investigations. An organizationally independent prosecutor's office was first established in France during the French Revolution. By dividing these functions of criminal justice into two different bodies, a degree of procedural separation of powers was able to be established. Until a few years ago, the unanimous view was that the prosecutor's office was a "child of the revolution" and an "instrument of citizen emancipation."²³ Prosecutors have had an "unstoppable power surge" in recent decades.²⁴ Prosecutors had previously been subject to limitations and scrutiny by judicial authorities. In the case of particularly serious crimes, the magistrate took over the investigation as an independent authority. By the early 1970s, however, the pre-trial process had come completely under prosecutors' control.²⁵ To this day, the public prosecutor's office is still the main actor in investigations. Interestingly, the position of the public prosecutor's office as a hierarchical office under the Ministry of Justice has not changed.²⁶ In other respects, this was a purely political assessment. In Germany, the fact that the Chief Prosecutor is a "political actor" who takes instructions from and is dependent on the Minister of Justice has led to some concerns, but the fact that the legal culture is well-established in German society and that the political authority does not overtly use its power of instruction has rendered these concerns futile.²⁷

The judicial system in Türkiye has also been affected by Westernization since it began in the 19th century.²⁸ The prosecutor's

¹⁹ Allison Marston Danner, 'Prosecutorial discretion and legitimacy' (Guest Lecture Series of the Office of the Prosecutor- June 13, 2005) *American Journal of International Law*, 97(510), 510, 524.

²⁰ Roxin & Schünemann (n 2) § 14 Rn. 5–27. For more information, see: Schroeder & Verrel (n 2) Rn. 85–92; Billis (n 5) 228.

²¹ Kühne (n 5) Rn. 131.

²² Ibid Rn. 133.

²³ Roxin & Schünemann (n 2) 53; Claus Roxin, *Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben der Staatsanwaltschaft* (DRiZ 1969) 985; Zafer (n 12) 3.

²⁴ Roxin & Schünemann (n 2) 54. A system must be established for monitoring prosecutorial impartiality. If prosecutors are turned into a superpower, this power must be monitored. [Yener Ünver & Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (15th ed., Adalet Yayınevi 2019) 376.]

²⁵ Kühne (n 5) Rn.133.

²⁶ For legislation, see: Article 5 of the Law on Judges and Prosecutors: "The Minister of Justice has the right of supervision over Judges and Prosecutors, except for duties related to the exercise of judicial power. Judges and Prosecutors are subordinate to the Ministry of Justice in terms of their administrative duties."

²⁷ Zafer (n 12) 6–7.

²⁸ Selahattin Keyman, *Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık* (Ankara 1970) 63.

office organization in its current form was established in 1879 with the enactment of the law *Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu Muvakkat*, which was practically a full translation of the French Code of Criminal Procedure. Article 20 of this law assigned prosecutors the duty to investigate and prosecute all offenses involving crime and murder.²⁹ The 1961 and 1982 Turkish Constitutions used the word prosecutor while adding public before it, finalizing the title as public prosecutor. Adding public in front of prosecutor was an attempt to emphasize that prosecutors work on behalf of the public and are the protectors of the public.³⁰ In order to determine prosecutors' position in criminal proceedings, the position of the prosecutor should also be evaluated in relation to the police.

III. Prosecutor's Position in Relation to the Police

The public prosecutor has no executive powers and is practically a head without hands. As far as the relationship between the public prosecutor's office and the police is concerned, the Code of Criminal Procedure regulates that the public prosecutor's office conducts investigations and the police only act to support these investigations.³¹ In practice, investigations largely take place in the hands of the police.³² Especially in the fight against organized crime, the police have gradually increased their preventive measures. As a result, prosecutors appear to be unaware of the choices the police make, let alone to have the power to instruct the police regarding their preventive measures.³³

Prosecutors are authorized to request information from all authorities, to conduct any investigation directly, or to have it carried out by members of the police force. Based on these competencies, prosecutors are the masters of investigative procedures. As such, prosecutors have a general responsibility for the rule of law and the fair and orderly conduct of procedures.³⁴ The expansion of the police organization's field of action, together with the increasing specialization and professionalization of the police, means that the police act increasingly independently and outside the control of the prosecutor's office. The police face the investigative process before prosecutors, and therefore prosecutors are informed about investigations from police reports. According to research conducted by Blankenburg et al., prosecutors in 90% of all cases only get involved once police investigations have concluded. Furthermore, prosecutors' criminalistic training gap is so obvious that prosecutors cannot even stand on equal footing with police. The professional experience prosecutors gain through constant contact becomes important here.³⁵

After explaining the transformation of the office of prosecutor throughout history and prosecutors' position in relation to the police, the study will examine the differences in terms of authority between prosecutors in the classical criminal process and prosecutors in the modern criminal process, prosecutors' discretionary power and its limits, and finally the regulations under which prosecutors use their discretionary power. This is because the discretionary power of such an important subject of criminal procedure, especially in the modern criminal process, has clearly expanded. The discussion will begin by explaining what is meant by the classical and modern criminal processes.

IV. Prosecutors in the Classical and Modern Criminal Processes

Classical criminal proceedings refers to the criminal proceedings in which a verdict is rendered after the hearing. Classical criminal proceedings differ from modern criminal proceedings first and foremost in terms of the responsibility of establishing the facts. In classical criminal proceedings, the facts are determined bindingly only at the hearing. In modern criminal proceedings, the facts are determined by the prosecutor with the aim of avoiding time wasted determining the material truths.

In the classical criminal process, trials are open to the public. Public hearings become the real "judicial theater," the public staging of law and justice.³⁶ The public can follow how the accused receives justice. In this context, deliberations have high communicative and symbolic importance. This public trial of crimes is captured in the following statement: "Justice must not only be done, it must also be seen being done."³⁷ The classical criminal process can be symbolized by a tripartite administration with a judge at the top and the prosecution and defense at either end at the bottom. With the prosecutor on one side and the accused and their criminal lawyer on the other, they face each other in court to argue about guilt and innocence. The independent judge sits above the whole process. The public prosecutor's office often sees itself as an investigative authority that leaves bringing

²⁹ Öztürk (n 5) 216.

³⁰ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, & Ayşe Nuhoglu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (16th ed., Beta Yayınları 2008) 173.

³¹ Kühne (n 5) Rn. 134; Beulke & Swoboda (n 4) 132.

³² Roxin & Schünemann (n 2) 61.

³³ Ibid 62.

³⁴ Beulke & Swoboda (n 4) 132.

³⁵ Kühne (n 5) Rn. 136, 138.

³⁶ Thomas Weigend, 'Unmittelbare Beweisaufnahme – ein Konzept für das Strafverfahren des 21. Jahrhunderts?' in: Henning Ernst Müller, Günther M. Sander, & Helena Valkova (Eds.), *Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag* (München 2009) 660.

³⁷ *R. v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy* [1924] 1 King's Bench Division [KB] 256, 259.

exculpatory evidence to the accused and the defense counsel. Based on the research conducted by Blankenburg et al., public prosecutors were found to act more as a party than as an independent criminal justice body and to leave this position to the court.³⁸

With the increase in crime rates, the classical procedure has become inapplicable, and alternative dispute resolution methods have emerged. Thus, the authority to impose penalties has been left to prosecutors for certain cases.³⁹ Such an important subject of criminal procedure has an expanded discretionary power, especially in the modern criminal process, in which criminal prosecution usually ends with a decision based on the prosecutor's interpretation of the case. The main characteristic of modern criminal proceedings is the concentration of authority in the hands of the prosecutor. Thus, the essence of these short proceedings is that the accusation almost always leads directly to the verdict. Suspicion becomes a verdict. Ordinary court proceedings are now only possible on request, in the sense of "trial on demand."⁴⁰ In the modern criminal process, the public prosecutor's office is very powerful. Unlike the classical criminal process, the prosecutor is situated above and the accused below. Therefore, as little investigation as possible occurs. With the increase in the number of crimes committed, the classical procedure, which is based on the principle of compulsory public prosecution,⁴¹ has become inapplicable, and alternative methods and simple trial procedures have emerged, some of which are based on the consent of the participants. Thus, the authority to impose a penalty is left to prosecutors and administrative authorities and is subject to the acceptance of the suspect and certain other conditions.⁴²

When examining the alternative methods of dispute resolution, the idea of restorative justice lies at the heart of these. Perhaps the most serious criticism of restorative justice is that drawbacks exist in abandoning punishment. Restorative justice practices impose serious constraints on the protection of rights. For this reason, state control in restorative justice practices should not be put on the back burner.⁴³ The role of the state in the restorative justice process is another point of debate. The success of voluntary processes is limited only by the ability of each side to reach an agreement. Therefore, the functioning of processes that have been given so much importance is left to its course. Victim-offender reconciliation is the most common restorative justice practice. The difference in power between the victim and the perpetrator is often stated to affect the whole process. While negotiations should be conducted on the basis of equality and voluntariness, having one side be more powerful can lead to the rights of the other side being violated.⁴⁴

Because the solutions reached at the end of alternative methods of dispute resolution do not constitute case law, different decisions may arise in similar disputes possessing the same conditions. This constitutes a drawback in terms of ensuring unity of decisions.⁴⁵ Alternative dispute resolutions may not always reassure both sides, as it has more flexible procedural rules compared to the proceedings in state courts and does not include certain institutions that can enable the merits of the dispute to be revealed.⁴⁶

With the addition of provisions and amendments to the legislation in the modern criminal process, one must admit that prosecutors' powers to resolve criminal disputes have been greatly enhanced.⁴⁷ In exercising this discretion, prosecutors can often make compromises in an effort to fulfill their own sense of justice.⁴⁸ Although prosecutors take into account the views of other judicial subjects, prosecutors ultimately make the final decision themselves.⁴⁹ As long as prosecutors act in accordance with the law, the decisions are discretionary and generally unreviewable.⁵⁰ However, prosecutors sometimes use different criteria and reach different conclusions in similar cases.⁵¹

In the shortened procedure, the prosecutor's proposed decision is approved by the court, but it is actually the prosecutor's decision. Alternative dispute resolution procedures now account for more than 90% of all judgments.⁵² The modern criminal process has a different purpose than the classical criminal process, a purpose that is about efficiency and procedural economy, not

³⁸ Kühne (n 5) Rn.138. According to Gökçen et al., although prosecutors have been erroneously argued to be unable to be impartial at the hearing and to have a bias due to the indictment prepared, prosecutors need to protect the rights of both the public and the accused during the prosecution. [Gökçen et al. (n 9) 213].

³⁹ Feridun Yenisey, 'Ceza Muhakemesi Süjelerinin İradelerinin Ceza Muhakemesinin Yürüyüşüne Etkisi Sorunu (Consensual Criminal Procedures and Their Influence on Criminal Prosecutions)', *Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan* (2013) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19(2), 453, 454.

⁴⁰ Thomas Weigend, 'Why have a Trial when you can have a Bargain?' in: Antony Duff, Lindsay Farmer, Sandra Marshall, & Victor Tadros (Eds.), *Judgment and Calling to Account* (Hart Publishing, Oxford/Portland 2006) 208.

⁴¹ The author briefly defines the principle of compulsory prosecution as bringing a public prosecution in the event of the commission of a crime. The author states that the compulsion principle emerged from Kant's retaliation theory and the principle of expediency, or as the author puts it, the principle of discretion emerged from Bentham's utilitarian theory [Keyman (n 28) 95].

⁴² Yenisey (n 39) 454.

⁴³ Yağmur Temiz Gül, *Ceza Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları* (2nd ed., Adalet Yayınları 2021) 49.

⁴⁴ Temiz Gül (n 43) 51.

⁴⁵ Cengiz Serhat Konuralp, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011) 18.

⁴⁶ Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (Yetkin Yayınları 2009) 241.

⁴⁷ *United States v. Stanley*, 928 F2d 575, 583 (2nd Cir.), cert. denied, 112 S. Ct. 141 (1991); Steve Y. Koh, 'Reestablishing the Federal Judge's Role in Sentencing' (MLA 8th ed. March 1992) *Yale Law Journal* (HeinOnline), 101(5), 1109, 1122.

⁴⁸ Koh (n 47) 1123.

⁴⁹ Bruce A. Green & Rebecca Roiphe, 'Can the President Control the Department of Justice?' (2018) *Alabama Law Review*, 70, 1; Bruce A. Green, 'Prosecutorial Discretion: The Difficulty and Necessity of Public Inquiry' (2019) *Dickinson Law Review*, 123(589) (Available at: <https://ideas.dickinsonlaw.psu.edu/dlr/vol123/iss3/3>, 596) date of access 9/21/2023.

⁵⁰ Bruce A. Green & Fred C. Zacharias, 'Prosecutorial Neutrality' (2004) *Wisconsin Law Review* 837-38.

⁵¹ Kay L. Levine & Ronald F. Wright, 'Prosecution in 3D' (2012) *Journal of Criminal Law and Criminology*, 102, 1119, 1152-53.

⁵² Thomas Hansjakob, 'Zahlen und Fakten zum Strafbefehlsverfahren' in: *forum poenale* 3 (2014) 160; Marc Thommen, 'Gerechtigkeit und Wahrheit im modernen Strafprozess' in: *recht* (2014) 264, 274.

about staging a trial in the public eye like theater. The staging of justice is very expensive. For this reason, modern criminal trials are short judgments. Admittedly, modern criminal proceedings are in many respects inadequate to ensure the rule of law. In order for the defendants to defend themselves successfully, a significant selection of procedures is required. The aim should be for the accused not to have to choose between a short trial or a fair trial, but rather to be able to opt for a short but fair trial.⁵³

In modern criminal proceedings, the search for truth has been rationalized and replaced by an autonomous system of assumption of responsibility: The accused can accept the proposed sentence and thus assume responsibility or demand a full trial. The search for objective truth and absolute truth in criminal proceedings has also been argued to be futile. "Every memory, even the most precise one, is a fiction," according to the author Urs Widmer, who supports this view.⁵⁴ Moreover, only limited time and financial resources are available to seek the truth in criminal cases. For these reasons, consensus theories of truth are arguably acceptable. But if everyone agrees that the Earth is flat, this consensus does not change the fact that the Earth is a sphere.⁵⁵

V. Prosecutor Discretion

The prosecutor's discretionary power should be explained in order to determine its impact on the conduct of criminal proceedings. First of all, the study should note that prosecutors have freedom of speech at hearings. Prosecutors also have the freedom to appear in court and express their personal legal opinions.⁵⁶ The evaluation of evidence is a judicial procedure carried out by the public prosecutor or the court/judge in order to determine whether the evidence obtained is in accordance with the law and whether it has the ability to clarify the matter to be proved. In criminal procedure, not only the court but also the public prosecutor have the authority to evaluate the evidence.⁵⁷ On the other hand, the prosecutor is now obliged to evaluate the collected evidence, because without evaluating the evidence, the prosecutor will not be possible to relate it to the events.⁵⁸ The prosecutor's evaluation of the evidence is discretionary.

Discretion is a decision-making power granted by the legislature to administrative authorities.⁵⁹ Giving an administrative authority discretionary power in a legal provision does not mean that it can decide completely freely. Judicial discretion is always a discretion based on duty, because the power granted to the state institution represents an obligation, not a freedom.⁶⁰ Arbitrariness is the classic case of overstepping discretion. Appropriate discretion requires a legal, reasonable, and reasoned decision.⁶¹

When analyzing prosecutors' discretionary power from the perspective of the International Criminal Court, the Rome Statute appears as the basis. The Rome Statute contains provisions on jurisdiction, with the broad meaning of jurisdiction in the Statute including prosecutors' discretionary power. During the discussions on the draft text of the Rome Statute, some argued that prosecutors could be a weak figure subject to manipulation by states or other groups seeking to use the power of the judiciary. On the other hand, proponents of special powers for the prosecutor argued that limiting prosecutors' ability to investigate situations identified by political institutions would undermine the independence and credibility of the court. Both sides agreed that the outcome of this debate would "fundamentally affect the structure and functioning of the Court."⁶² The states that negotiated the Rome Statute chose to create prosecutors with greater independence, but this independence comes at a price. Independence necessarily entails institutional autonomy and discretion. The characteristics of a prosecutor exercising discretion to prevent misconduct are set out in the Statute. Accordingly, prosecutors must be persons of "high moral character" and "highly competent and with extensive practical experience in the investigation or prosecution of criminal cases."⁶³

Many states have recognized the danger of arming prosecutors with unlimited discretion. One debate occurred over the scope of prosecutorial discretion, in particular whether it should extend to the decision to initiate an investigation. Prosecutorial discretion

⁵³ Andreas Eicker, 'Zum Vorentwurf für eine gesamtschweizerische Strafprozessordnung – Staatsanwaltschaftliche Kompetenz-Konzentration und ihre Kompensationsmöglichkeiten im Ermittlungsverfahren' in: AJP (2003) 19; Thommen (n 52) 274; Marc Thommen, *Kurzer Prozess – fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit* (Stämpfli 2013) 259.

⁵⁴ Urs Widmer, *Reise an den Rand des Universums* (Diogenes Verlag 2013) 7.

⁵⁵ Edda Wesslau, *Das Konsensprinzip im Strafverfahren – Leitidee für eine Gesamtreform?* (Nomos, Baden-Baden 2002) 160; Thommen (n 52) 272.

⁵⁶ Akif Yıldırım, 'Savcılık Kurumu ve Cumhuriyet Başsavcılarının Cumhuriyet Savcılar Üzerindeki Denetim ve Gözetim Yetkisi', (2013) *Adalet Dergisi*, 47, 116–117.

⁵⁷ Hasan Tahsin Gökcan, 'Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Yargıtay Uygulaması' (2012) *Ankara Barosu Dergisi*, 195.

⁵⁸ Öztürk (n 17) 835–836.

⁵⁹ Ulrich Häfelin, Georg Müller, & Felix Uhlmann, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (5. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG 2006) 91; Hansjörg Stadler, *Das Ermessen der Staatsanwaltschaft im abgekürzten Verfahren nach dem Entwurf des Bundesrates zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung (E StPO)* (Masterarbeit, Klasse Forensik II 2007) 14.

⁶⁰ Fritz Gygi, *Verwaltungsrecht Eine Einführung* (Bern 1986) 152; Stadler (n 59) 15.

⁶¹ Häfelin, Müller, & Uhlmann (n 59) 93; Stadler (n 59) 16.

⁶² Danner (n 19) 514.

⁶³ Ibid 550. A similar provision in the Rome Statute is found in the Mecelle. The qadi mentioned in the Mecelle also assumed the duties of today's prosecutor and interrogation judge [İlber Ortaylı, 'Kadı (Osmanlı Devleti'nde Kadı)' (2001) *DİA, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları*, 24, 69, 72.] One can conclude from this that the prosecutor is required to be scientific, strong in discernment, wise, insightful, honest, reliable, dignified, and robust (Mecelle, Art. 1793, 1794). As a matter of fact, according to the Decision of the Second Chamber of the Council of Judges and Prosecutors (Disciplinary Penalty): "Considering that the information and documents in the investigation file regarding the action imputed to the public prosecutor were evaluated together and that the decision in question, written by the person concerned, used a language that was far from legal evaluation and analysis and that could damage the seriousness of the judiciary in the society in any way in a person who reads this decision, and that the decision in question was shared in a WhatsApp group of which the person concerned was a member at a stage when the confidentiality of the investigation was still in progress and before it was approved..."

(i.e., the power to choose between two or more permissible courses of action) plays an important role in many national criminal justice systems. Discretion involves both risks and benefits, but can also lead to discrimination. In almost every country, prosecutors should be able to use their discretion to pursue or decline certain cases in order to maintain a functioning criminal justice system.⁶⁴

Many states whose prosecutors have considerable discretion have adopted investigative guidelines to guide this discretion and make its exercise more transparent. For example, Hong Kong's guidelines declare that its aims are to "promote fair and consistent decision-making [and] to make the prosecution process more understandable and open to the Hong Kong public." In addition, the Netherlands, Canada, the United States of America, the United Kingdom, Australia, and Belgium all have similar national guidelines.⁶⁵ Many regulations are found on the prosecutorial organization in Turkish criminal law.⁶⁶ This is a particularly important requirement in systems where the prosecutor is independent or given wide discretion. The guidelines should provide information on the factors that prosecutors are and are not to take into account when making discretionary decisions, particularly when discretion is at its zenith in relation to decisions on investigating, charging, and admissibility.⁶⁷

Whether the public prosecutor's office is bound by the legal interpretation of high court judgments is controversial. Because the courts can rectify this situation by issuing acquittal verdicts, the public prosecutor's office is predominantly accepted to be able to indict conduct that the jurisprudence considers to be unpunishable. On the contrary, the public prosecutor's office has been argued in case law and the literature to be bound by the jurisprudence of the higher court with regard to not issuing an indictment in a case.⁶⁸ However, at later stages of the process, particularly when a prosecutor withdraws charges, the accused is acquitted, or the conviction is overturned, the public will likely have a firmer basis to question a prosecutor's initial decision to charge. In this regard, one might ask whether the decision to charge was prudent, given what prosecutors apparently had known when bringing the case.⁶⁹ Prosecutors are sometimes suspected of bias, such as when prosecutors take undeserved or unduly harsh positions. When equally guilty people are treated differently for no apparent legitimate reason, one can argue that prosecutors are relying on illegitimate considerations or are simply acting arbitrarily. Either way, inequality offends the sense of justice. Although no consensus exists on how hard or soft the sides should be treated in absolute terms, one could argue that prosecutors' standards should not vary from case to case.⁷⁰ This relates to the understanding that prosecutors should exercise powers in a proportionate manner, and this concern tends to arise most often in cases where criminal allegations appear to be excessively harsh.⁷¹

VI. Public Prosecutors' Decisions to Exercise Discretion and Terminate a Prosecution

Pursuant to the principle of compulsory prosecution, public prosecutors are obliged to file an indictment once the legal conditions for a public case are met. Under the principle of discretion, even if the legal conditions are met, the public prosecutor has the discretion to decide whether filing a public case is in the public's interest, and if not, a prosecutor may choose to not file an indictment.⁷² Public prosecutors assess each concrete case as to whether it is in the public's interest.⁷³ The discretionary power to bring on a public prosecution is a consequence of the discretionary principle of public prosecution. Therefore, it constitutes an exception to the principle of compulsory prosecution. On other hand, the discretionary power to decide not to prosecute in Article 171 of the Turkish Criminal Procedure Code provides an exception to this principle in regard to certain matters,⁷⁴ and doing so must not lead to arbitrariness.⁷⁵ Pursuant to the principle of the discretionary nature of public prosecution, public prosecutors may interfere with suspects' right to an acquittal by deciding not to prosecute. Therefore, a future regulation should allow public prosecutors to take into account the interests of the suspect in this regard while exercising their discretionary power.⁷⁶

Prosecutors have discretionary authority over three matters during the investigation phase: (1) discretion over whether the grounds for suspicion obtained during the investigation phase are "sufficient evidence of suspicion" to file a public case, (2)

⁶⁴ Danner (n 19) 518.

⁶⁵ Ibid 541.

⁶⁶ Law No. 2802 on Judges and Prosecutors, Regulations, Circulars, Directives and Policy Decisions. For more information, see: <https://hsk.gov.tr/> date of access 9/20/2023.

⁶⁷ Danner (n 19) 542.

⁶⁸ Kühne (n 5) Rn. 142.

⁶⁹ Bruce A. Green, 'Access to Criminal Justice: Where Are the Prosecutors?' (2016) *Texas A&M Law Review*, 3, 515, 527. Available at: <https://scholarship.law.tamu.edu/lawreview/vol3/iss3/4/> date of access 9/20/2023.

⁷⁰ Joshua Kleinfeld, 'Two Cultures of Punishment' (2016) *Stanford Law Review*, 68(5), 933, 937.

⁷¹ 'Lewis Libby Case Was a Questionable Use of Prosecutorial Discretion' (East Valley Tribune, 3/12/2007). Available at: https://www.eastvalleytribune.com/opinion/libby-case-was-a-questionable-use-of-prosecutorial-discretion/article_f3cd2ea4-5100-5672-a8b9-724701edc147.html date of access 9/20/2023; Lincoln Caplan, 'Aaron Swartz and Prosecutorial Discretion' (New York Times, 1/18/2013). Available at: <https://archive.nytimes.com/takingnote.blogs.nytimes.com/2013/01/18/aaron-swartz-and-prosecutorial-discretion/> date of access 9/20/2023.

⁷² For explanations in terms of these concepts and comparative law, see: Bahri Öztürk, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti* (Ankara 1991) 197 onward; Öztekin Tosun, 'Ceza Davasının Açılmasında Sistemler' (1969) *İHFM*, 34(1-4), 42-71; Mustafa Özen, 'Cumhuriyet Savcısı'nın Takdir Yetkisi' (2009) *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EÜHFD)*, 13(3-4), 41-68.

⁷³ Öztürk (n 72) 209.

⁷⁴ Gökcan (n 57) 196.

⁷⁵ Özen (n 72) 45.

⁷⁶ Ibid 44.

discretion over whether filing a public case is in the public's interest, and (3) discretion over whether an element of crime is present in the incident being subject to investigation.⁷⁷ Public prosecutors' discretionary actions can be reviewed through prosecutorial proceedings and appealed to the Office of the Chief Public Prosecutor.⁷⁸ This is because the Sword of Damocles, being the prosecution case procedure, develops a preventive effect regarding the prosecutor, one which should not be underestimated, and also reduces prosecutors' insecurity in this regard.⁷⁹ This study will explain the regulations through which public prosecutors use their discretionary power and the control of their discretionary power through a comparison of the German and Turkish legislation.

The first regulation to be examined involves prosecutors' decision not to prosecute. According to Article 170(2) of the German Code of Criminal Procedure, the proceedings will be suspended if the facts do not constitute a crime in a broader sense, if there is insufficient suspicion against a particular suspect (either because the suspect is proven innocent, the crime cannot be proven to have been committed by the suspect, or the perpetrator cannot be identified), if procedural obstacles exist, or if procedural requirements are missing. The equivalent provision is Article 172 of the Turkish Criminal Procedure Code. In the event that evidence cannot be obtained that would constitute sufficient suspicion for the opening of a public case and no possibility for prosecution has been found, a decision of non-prosecution will be made. When assessing sufficient suspicion, legislators have granted discretionary power to public prosecutors, and this discretion is based on the merits of a case.

The authority of public prosecutors to evaluate evidence regarding the opening of a public prosecution is generally considered hesitant by the Court of Cassation. In this context, prosecutors' authority to evaluate the evidence should be audited during the examination made by the authority as a result of an objection against a decision of non-prosecution. However, during this review, focusing on whether the evidence obtained in relation to the concrete case objectively constitutes sufficient doubt should be sufficient.⁸⁰

According to Article 153(1) of the German Code of Criminal Procedure, prosecutors may decide not to prosecute. This provision gives prosecutors discretionary power.⁸¹ In addition, approval is required from the court that would be responsible for bringing the action.⁸² However, if the offense does not entail a high penalty and the consequences of the offense are minor, the prosecutor may refrain from prosecuting without the court's consent.⁸³ The decision is made in a judgment that can conclude the hearing.⁸⁴ Article 154 of the German Code of Criminal Procedure⁸⁵ provides that the prosecution may refrain from prosecuting in the case of insignificant collateral penalties. The purpose of the provision is to ensure a simplified and accelerated resolution of the proceedings, especially in large cases.⁸⁶ The prosecutor has a wide range of action.⁸⁷ If these conditions are met, the decision not to prosecute is at the prosecutor's discretion and is not subject to judicial review pursuant to Article 154(1) of the German Code of Criminal Procedure.⁸⁸ As can be understood from the wording of the provision, only the public prosecutor is authorized

⁷⁷ Feridun Yenisey & Ayşe Nuhuğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (11th ed., Seçkin 2023) 702.

⁷⁸ "Due to the fact that the Chief Public Prosecutor is elected among colleagues whose professional experience has reached a certain stage, the authority to represent the Office of the Chief Public Prosecutor, as well as the authority to supervise and control the Office of the Chief Public Prosecutor, is regulated by law, the indictment issued after the intervention of the decision of non-prosecution by the Public Prosecutors within the supervision and control authority of the Chief Public Prosecutor has been accepted by the court. In the face of the fact that the Chief Public Prosecutor, who is held responsible for the harmonious and efficient operation of the Chief Public Prosecutor's Office, intervenes in the transactions that the Chief Public Prosecutor deems erroneous before they turn into a decision, remains within the scope of supervision and control, and in the later stages, the transaction of the Chief Public Prosecutor in the concrete case is subject to judicial supervision (acceptance of the indictment). In order to fulfill the obligation of effective investigation, which is an integral part of the right to a fair trial, and to ensure the principle of legal security, the opinion of the honorable majority of the Supreme Criminal General Assembly that the Chief Public Prosecutors cannot intervene in the process that they deem erroneous in order to fulfill the obligation of effective investigation, which is an integral part of the right to a fair trial and to ensure the principle of legal security, the opinion of the Supreme Criminal General Assembly of the Supreme Court of Appeals in concrete case, in accordance with Decree No. 2009/46 K, the basic principles of criminal procedure, which determines reaching the material truth as an ideal goal, the spirit of Article 144 of the Constitution, Law No. 2802, Law No. 5, Law No. 5235, and Articles 17 and 18. The opinion of the majority of the Supreme Criminal General Assembly of the Supreme Court of Cassation that the Chief Public Prosecutor cannot intervene in the actions of the Public Prosecutors in the place with which the Chief Public Prosecutor is affiliated, as this would be contrary to the spirit of Article 144 of the Constitution, Law No. 2802 No. 5, Law No. 5235, and Articles 17 and 18, the jurisprudence of the European Court of Human Rights, and would cause great loss of rights by preventing the harmonious and efficient work of the Chief Public Prosecutor's Office organization, and accordingly, the principle of legal security would be damaged. . ."

⁷⁹ More information, see: Gerwin Moldenhauer, in *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung* (KK-StPO/Moldenhauer) (8. Aufl., C.H. Beck, 2019) § 172, Rn. 1.

⁸⁰ Gökcan (n 57) 201.

⁸¹ Herbert Diemer, in *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung* (KK-StPO/Diemer) (8. Aufl., C.H. Beck 2019) § 153 Rn.17.

⁸² Bertram Schmitt, in *Meyer-Goßner/Schmitt Strafprozessordnung* (65. Aufl., C.H. Beck 2022) para. 27; Edda Weßlau & Mark Deiters, in *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung* (SK-StPO) (5. Aufl., Carl Heymanns 2016) para. 50; KK-StPO/Diemer (n 81) § 153 Rn.33.

⁸³ KK-StPO/Diemer (n 81) § 153 Rn.20. The European Court of Human Rights does not challenge such a hypothetical assessment of guilt. (For more information, see: BVerfG NJW 1990, 2741). The focus here is largely on the purpose of the penalty. The prosecutor needs therefore to ask whether the continuation of the criminal proceedings is necessary for specific or general preventive reasons or for the payment of the debt. Here, the prosecutor is given a relatively broad scope for assessment [For more information, see: Werner Beulke, in *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: Grosskommentar / Löwe-Rosenberg* (27. Aufl., De Gruyter 2022) para. 30, Rn. 31; KK-StPO/Diemer (n 81) § 153 Rn.13, 14; Schmitt (n 82) Rn. 7; Johann M.Plöd, in *KMR - Kommentar zur Strafprozessordnung*, (Carl Heymanns Verlag 2015) Rn. 11; Weßlau & Deiters (n 82) Rn. 19.]

⁸⁴ Schmitt (n 82) Rn. 24; Beulke (n 83) Rn. 77; KK-StPO/Diemer (n 81) § 153 Rn.37.

⁸⁵ Article 154 of the German Code of Criminal Procedure: "(1) The public prosecutor's office may refrain from prosecuting an offense in the following cases: (1) the penalty or correctional and security measure to which prosecution may lead is not of significant weight in addition to a penalty or correctional and security measure which was finally imposed on the accused for another offense or which the accused may expect for another offense, or (2) Furthermore, if a sentence for that offense cannot reasonably be expected to be imposed within a reasonable time and if the sentence or correctional and security measure that has been finally imposed on the accused or that the accused can expect for another offense appears to be sufficient to influence the offender and defend the legal system."

⁸⁶ Federal Court of Justice, May 6, 1998 – 1 StR 59/98; KK-StPO/Diemer (n 81) § 154, Rn. 1.

⁸⁷ BGH NSStZ 2004, 277 (278); Plöd (n 83) para. 13; KK-StPO/Diemer (n 81) § 154, Rn. 15.

⁸⁸ KK-StPO/Diemer (n 81) § 154, Rn. 15.

to terminate the proceedings pursuant to Article 154(1) of the German Code of Criminal Procedure. The decision of the public prosecutor pursuant to Article 154(1) of the German Criminal Procedure Code also does not require the approval of the court.⁸⁹ Article 158(6) of the Turkish Criminal Procedure Code regulates the decision not to investigate, and Articles 171(1) and 172(1) of the Turkish Criminal Procedure Code regulate the decision not to prosecute. Before starting an investigation, prosecutors are to make an assessment and determine whether an investigation needs to be conducted.⁹⁰

The Turkish Criminal Procedure Code regulates the decision not to investigate⁹¹ and the decision not to prosecute.⁹² A decision of no investigation means that the public prosecutor does not start the investigation procedures at all as a result of a preliminary assessment.⁹³ The German regulations have no exact equivalent to this. This Turkish regulation, which empowers prosecutors to make a new decision, can prevent people from being unnecessarily labeled as suspects and eliminate the negative effects of being labeled as a suspect.⁹⁴

Whether the decision of non-investigation is a decision that belongs to the investigation phase or not is debatable. According to the author's opinion, a separate preliminary investigation phase has emerged. This regulation introduces a preliminary stage to the investigation phase. Prosecutors are to make an assessment before starting an investigation and determine whether the need exists for an investigation.⁹⁵ The legal remedy against this decision is the same as against the decision of non-prosecution, which has two checks: one administrative and one judicial. While the administrative review involves a review from the Chief Public Prosecutor, the judicial review involves the prosecution case (a filed objection). A decision not to prosecute without an effective investigation is recognized as a violation of the right to a fair trial according to the decisions of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court.⁹⁶ While new evidence and a judge's decision criteria have been introduced in order to open a public case for the same act after a decision of non-prosecution has been made, no regulation exists regarding decisions not to investigate, and a regulation should be made.⁹⁷

Another regulation granting prosecutors discretionary power involves postponing the commencement of public prosecution. Article 153a of the German Code of Criminal Procedure⁹⁸ regulates the postponement of the commencement of public proceedings (i.e., dismissal in the case of the fulfillment of obligations). The procedural solution introduced through Article 153a of the German Code of Criminal Procedure represents a compromise between full prevention and the strict prosecution of minor offenses.⁹⁹ According to Article 153a(1) of the German Code of Criminal Procedure, only the public prosecutor's office is responsible for enforcement.¹⁰⁰ The need for the approval of the court responsible for bringing the case remains. The decision of the court recognizing its own jurisdiction in principle only involves whether it gives its consent or not. There is no question regarding changing the conditions or instructions.¹⁰¹ Article 171(3) of the Turkish Criminal Procedure Code regulates postponing the commencement of a public case. The reason why the regulation involves public prosecutors' discretionary power is that public prosecutors are to appreciate the existence of sufficient suspicion. Some of the conditions of the regulation also require the public prosecutor to reach a certain opinion. Public prosecutors are also to determine the damages to be remedied. Because

⁸⁹ Beulke (n 83) Rn. 30; KK-StPO/Diemer (n 81) § 154, Rn. 16.

⁹⁰ Özbek, Doğan, & Bacaksız (n 7) 158.

⁹¹ Article 158(6) of the Turkish Criminal Procedure Code: "In the event that the act subject to the denunciation and complaint is clearly understood to not constitute a crime without the need for any investigation, or if the denunciation and complaint is clearly understood to be abstract and general in nature, the decision is to be made that no need exists for an investigation. In this case, the person complained against cannot be labeled a suspect. The decision to not investigate shall be notified to the informant or complainant, if any, and an objection may be filed against this decision according to the procedure in Article 173. If the objection is accepted, the Chief Public Prosecutor's Office is to initiate the investigation procedures. The actions taken and decisions rendered pursuant to this paragraph shall be recorded in a dedicated system. These records may only be viewed by the public prosecutor, judge, or court."

⁹² Article 171(1) of the Turkish Criminal Procedure Code: "In case of the existence of conditions requiring the application of the provisions on effective remorse as a personal reason that removes the penalty or a personal reason for impunity, the public prosecutor may decide not to prosecute." Article 172(1) of the Turkish Criminal Procedure Code: "In cases where the public prosecutor, after completing the investigation procedures, is unable to obtain evidence that would constitute sufficient suspicion for the opening of a public case (evidence cannot be obtained despite effective investigation) or no possibility of prosecution exists, a decision of non-prosecution shall be made."

⁹³ Gökçen, Balcı, Alşahin, & Çakır (n 9) 563.

⁹⁴ Hasan Turgut, *Osmanlı'dan Günümüze Yargı Eteği Ve Hakimın Vasıfları* (Adalet Yayınevi 2019) 125.

⁹⁵ Özbek, Doğan, & Bacaksız (n 7) 158.

⁹⁶ AYM, 2013/6319, 16.07.2014 (Cemil Danışman Application); AYM, 2016/9528, 9.06.2020 (Rabia Nur Yazıcı & Selma Kocapiçak Application).

⁹⁷ Yenisey & Nuhoglu (n 77) 602.

⁹⁸ Article 153a of the German Code of Criminal Procedure: "1.) The public prosecutor's office, with the consent of the court in charge of initiating the main proceedings and the accused, may temporarily refrain from initiating public proceedings in the event of the commission of an offense, and may also impose conditions and instructions on the accused if it is likely to eliminate public harm in criminal prosecution and the gravity of the offense does not prevent it. The conditions or instructions are in particular as follows: (1) To provide a specific service to compensate for the damage caused by the offense, (2) To pay a sum of money to a non-profit organization or the state treasury, (3) Providing other charitable services, (4) Meeting maintenance obligations in a certain amount, (5) Make serious efforts to reach a reconciliation with the aggrieved party (perpetrator-victim reconciliation) and, in doing so, make full or partial reparation or restitution for the offense, (6) Participation in a social development course, or (7) attend an advanced seminar pursuant to Section 2b, Paragraph 2, Article 2 or a driving ability seminar pursuant to Section 4a of the Road Traffic Act. The public prosecutor's office shall give the accused a deadline for the fulfillment of the conditions and instructions, which shall be a maximum of six months in all cases of criminal offenses Nos. 1-2, 3, 5 and 7 and a maximum of one year in criminal offenses Nos. 4 and 6. If the accused fulfills the conditions and instructions, the act may no longer be prosecuted. 2.) If proceedings have been instituted, the court may, with the consent of the public prosecutor and the accused, temporarily suspend the proceedings and at the same time give the accused the conditions and instructions referred to in paragraphs 1 and 2 of subsection (1). . . The decision may not be appealed. . . (3) The statute of limitations shall be suspended within the period set for the fulfillment of the conditions and instructions."

⁹⁹ Hans de Witt, 'Anmerkungen zum Problem Ladendiebstahl' in: Armin Schoreit (Ed.), *Problem Ladendiebstahl, moderner Selbstbedienungsverkauf und Kriminalität* (Heidelberg 1979) 95; Schmitt (n 82) Rn. 2; KK-StPO/Diemer (n 81) § 153a, Rn.2.

¹⁰⁰ KK-StPO/Diemer (n 81) § 153a, Rn.26.

¹⁰¹ Schmitt (n 82) Rn. 31; KK-StPO/Diemer (n 81) § 153a, Rn.31.

the provision says “may decide,” this regulation gives public prosecutors’ full discretionary power.¹⁰² According to the author’s opinion, postponing the commencement of public prosecution should be more beneficial for the suspect and society than for the public prosecution. The concept is vague and gives too much discretion to prosecutors.

Another discretionary regulation is the decision not to initiate a public prosecution. Article 153b of the German Code of Criminal Procedure¹⁰³ stipulates that a decision not to initiate a public prosecution (i.e., dismissal) may be made in the event of the possibility of avoiding punishment (i.e., a verdict of no punishment). Prosecutors are responsible for refraining from making accusations.¹⁰⁴ The approval of the competent court is required to initiate the main proceedings.¹⁰⁵ In the Turkish Code of Criminal Procedure, public prosecutors have the discretionary power to open a public case, even when sufficient suspicion has been reached in the presence of effective remorse and personal grounds for impunity. Article 171(1) of the Turkish Criminal Procedure Code is an inconvenient provision, as no criteria are stipulated on how prosecutors are to exercise their discretion. In the case of a decision of non-prosecution, the judicial remedy is unavailable. Because the prosecutor makes the decision on behalf of the Chief Prosecutor’s Office, one can file an appeal with the Chief Prosecutor. Also, seeking whether it is in the public’s interest is also inappropriate, as well as not taking compensation for the victim’s damages into account. Pursuant to Article 34 of the Turkish Code of Criminal Procedure, judges and courts are obliged to provide their reasoning. Prosecutors should also be obliged to show justification. A decision based on discretion must be subject to a review mechanism, provided that it does not interfere with discretion, and a legal remedy must be established. To grant discretionary power is one thing, and supervising it is another.¹⁰⁶

According to Ünver and Hakeri, doctrine argues that Article 171 of the Turkish Code of Criminal Procedure grants a wide, albeit limited, discretionary power, that this regulation has a quality that may lead to arbitrariness, and that some errors are found in the regulation. In the same or similar cases, a public prosecutor in one part of the country may decide not to prosecute, while another public prosecutor may issue an indictment.¹⁰⁷

The last regulation the study will examine here involves the expedited procedure, which is regulated in Articles 417-420 of the German Code of Criminal Procedure. For people detained at night to be convicted the next morning at the police station is not uncommon in large cities. This “fast-track procedure” is only advisable if the decision can be made without extensive evidence gathering and evaluation.¹⁰⁸ According to Blocher, the main objective of the shortened procedure is to reach a final decision as quickly and easily as possible.¹⁰⁹ In exercising its discretion under this abbreviated procedure, the public prosecutor’s office cannot favor or disadvantage defendants for unreasonable reasons. Taking a different approach to the accused in a similar/same case must be justified.¹¹⁰

The transfer of the authority to determine the punishment to public prosecutors also reveals this to not be a classical trial activity. The court is only to listen to the suspect in the presence of the defense counsel and to rule in line with the sanction determined by the public prosecutor if the conditions are met.¹¹¹ This procedure allows prosecutors and defendants to bring misdemeanor cases to a quicker conclusion based on formal agreements without an extensive investigation and trial.¹¹² Public prosecutors’ discretionary power in these proceedings is no greater than in ordinary criminal proceedings. However, the public prosecutor’s office further strengthens its function as an investigative and prosecutorial authority through the shortened procedure.¹¹³ Therefore, the prosecutorial exercise of discretion in this procedure should be given special attention, both in theory and practice. In exercising its discretion in the abbreviated procedure, the public prosecutor’s office may not favor or disadvantage the accused. However, some of the basic principles are weakened in the abbreviated procedure, such as the public prosecutor’s office avoiding certain

¹⁰² Regarding whether the public prosecutor, who has full discretionary right, can be asked for the justification of the decision, see “... although they are given the right of discretion to postpone the opening of the public case, because the possibility exists of not filing a lawsuit in case of postponement of the opening of the public case, and because the court has reached the opinion that the reason for this should be discussed in the text of the indictment ... According to the scope of the crime attributed to the suspects, it should be understood that the public prosecutor has the right of discretion to decide on the postponement of the commencement of the public case and with the issuance of the indictment, the discretion regarding this aspect should be understood as not being used in the direction of postponement, and in Article 170 of Law No. 5271, which determines the elements that must be included in the indictment. Article 170 of Law No. 5271, which determines the elements that must be included in the indictment, without considering that there is no regulation regarding the explanation or justification of why the said discretion is not used. . . .” (4 CD, 19828/1191, 18.01.2021).

¹⁰³ Article 153b of the German Code of Criminal Procedure: “(1) The public prosecutor’s office may, with the consent of the court charged with initiating the main proceedings, refrain from bringing a public prosecution if the conditions are met under which the court may refrain from punishing. (2) If the case has already been initiated, the court may, with the consent of the public prosecutor and the accused, terminate the proceedings until the start of the trial.”

¹⁰⁴ Plöd (n 83) Rn. 5; von Björn Gercke, in *Gercke/Temming/Zöller Heidelberger Kommentars zur Strafprozessordnung* (HK-StPO) (7. Aufl., C.F. Müller 2023) Rn. 5; KK-StPO/Diemer (n 81) § 153b, Rn. 5.

¹⁰⁵ Schmitt (n 82) Rn. 2; Plöd (n 83) Rn. 6; KK-StPO/Diemer (n 81) § 153b, Rn. 5.

¹⁰⁶ Ünver & Hakeri (n 24) 1324; Thommen (n 53) 95.

¹⁰⁷ Ünver & Hakeri (n 24) 503.

¹⁰⁸ Roxin & Schünemann (n 2) 513.

¹⁰⁹ Stadler (n 59) 1.

¹¹⁰ *Ibid* 19.

¹¹¹ Gülsün A. Aygörmez Uğurlubay, Nuran Haydar, & Mehmet Korkmaz, ‘Serî Muhakeme Usûlüne İlişkin Sorunlar’ (2019) *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2, 255, 270; Batuhan Baytaz, ‘Seri Muhakeme Usulü’ (2020) *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology*, 8(2), 227, 230.

¹¹² Stadler (n 59) 1; Thommen (n 53) 64.

¹¹³ *Ibid* 2.

investigative procedures as a concession to a suspect who has confessed, avoiding elucidating individual and secondary areas of the crime, or exercising discretion in favor of the suspect in the indictment.¹¹⁴

The serial trial procedure is regulated by Law No. 7188 (dated 10/17/2019) under Article 250 of the Turkish Criminal Procedure Code as a special procedure to be implemented as of January 1, 2020. Article 9 of the Constitution states that judicial power shall be exercised by independent and impartial courts on behalf of the Turkish Nation, whereas the serial procedure has public prosecutors determine suspects' punishments like a judge. Unlike classical criminal procedure, no hearing occurs, nor any face-to-face trial with direct contact with the evidence.¹¹⁵ The fact that the court is bound by the determination of the public prosecutor as to the type and amount of the sentence to be imposed is unfavorable in terms of the principle of free evaluation of evidence.¹¹⁶ In this context, the judge has no discretionary power, as judges cannot examine a case's merits as they could in classical prosecution.¹¹⁷ In this sense, having a judge arrive at a conscientious opinion by evaluating the evidence discussed before the judge in accordance with Article 217 of the Turkish Criminal Procedure Code is no longer possible. The ability of the judge to form an opinion according to the available evidence in the file is a regulation that was introduced after the annulment decision of the Constitutional Court.¹¹⁸ Although the regulation does not provide the opportunity to arrive at a satisfied conscience, it does provide the opportunity to make a decision according to a limited opinion on file. The regulations states that the request letter is to be returned if the judge concludes that the necessary conditions have not been met or that a security measure appropriate to the nature of the proposed sentence has not been specified. The judge is given discretionary power in this regard and may change the sanction/punishment to a limited extent, the limit being that the change should not be more severe than the sanction specified in the request letter. If the judge is of the opinion that further investigation is necessary to reach the material truth, the request should be rejected and sent to the Chief Public Prosecutor's Office, because that office has the authority to expand an investigation.

CONCLUSION

In a speech to federal prosecutors, Supreme Court Justice and Attorney General Robert Jackson acknowledged the enormous power prosecutors have and the possibility of doing great harm by abusing it. The proposed solution to this problem was, in essence, to have prosecutors be of good character.¹¹⁹ It was an important speech but an inadequate solution. Alafair Burke has argued that prosecutors should adopt a cautious agnosticism about the guilt of defendants, and Eric Fish has recently suggested that prosecutors should adopt an attitude more akin to that of judges in investigative legal systems.¹²⁰ Some legal scholars have suggested that prosecutors should develop a jurisprudence on prosecutorial discretion, essentially in the style of common law: Articulating the reasons for certain decisions, identifying the principles on which decisions are based and on which their decisions are exemplary, and using previous decisions as examples can set a precedent for future decision-making processes. In addition,

¹¹⁴ Thommen (n 53) 254.

¹¹⁵ Mustafa Ruhan Erdem & Candide Şentürk, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Yeni Bir Kurum Olarak Seri Muhakeme Yöntemi (CMK m.250)' (2019) *CHD*, 14(41), 573, 574.

¹¹⁶ Erdem & Şentürk (n 115) 583.

¹¹⁷ Aygörmüş Uğurlubay, Haydar, & Korkmaz (n 111) 272.

¹¹⁸ "... in line with the sanction specified in the request..." in the first sentence of Paragraph (9) of Article 250 of the Law Examination of para. 44: Within the framework of these explanations, the fact that the court does not have the opportunity to evaluate the merits of the file and intervene when necessary by being bound only by the sanction determined by the public prosecutor in the request limits the judge's activity, which is directly related to the exercise of judicial power, to reach the material truth by evaluating the evidence according to the conscience in accordance with the Constitution, the code and the law, and ultimately to render a final judgment. In this respect, the rule is contrary to the principles of the exercise of judicial power by independent and impartial courts and the judgment of the judge according to conscience as set out in Articles 9, 138, and 140 of the Constitution.

Para. 54: In light of the foregoing, it cannot be argued that a person's guilt has been established in real terms according to the decision rendered by the court whose jurisdiction is restricted in violation of Articles 9, 138 and 140 of the Constitution (cf. §§ 43, 44) by imposing the obligation to render a verdict in line with the sanction specified in the request under the impugned rule. On the other hand, the restriction of the court's power to evaluate the conviction of the offense, especially within the framework of conscience, with the phrase "... in line with the sanction determined in the request..." in the rule subject to objection, eliminates the possibility of reaching the material truth by eliminating sufficient doubt in the trial. Therefore, in the summary procedure, a person may be deemed guilty before guilt is established by the court due to the decision made by the court in line with the sanction determined in the request. In this respect, the phrase "... in line with the sanction determined in the request..." in the rule has the nature of being able to damage the presumption of innocence.

Para. 9: It was unanimously decided that the phrase "...in line with the sanction determined in the request..." in the first sentence is unconstitutional in terms of subparagraph (7) of paragraph (a) of subparagraph (1) and is CANCELED.

REASONED JUSTIFICATION AGAINST (Hasan Tahsin GÖKCAN)

Para. 7: According to this procedure in the law, the duty of the court remains a notarial function. The court is understood to have no authority to evaluate the conviction within the scope of the evidence available in the file, nor to determine that the act charged is not defined as a crime in the law, nor to change the individualization of the punishment in the sentence established in the prosecutor's request if it does not deem it appropriate, as in the examples seen in comparative law.

Para. 10: The majority of the Court has decided to annul the phrase "in line with the sanction determined in the request" in the paragraph. The majority justification does not agree with the view that the unconstitutionality of the rule will disappear with the annulment of the phrase in question.

Para. 11: In accordance with the opinion, despite the annulled phrase, it is not possible for the court to rule on matters that it cannot control. In fact, for those who interpret otherwise, the annulment has created a new area of debate and uncertainty regarding the scope of the provision to be established by the court. In this case, the main justifications put forward above for the unconstitutionality of the summary procedure are also valid for the remaining part of paragraph 9. For this reason, it would be appropriate to take into account the mentioned issues in the amendment of the law that may be made after the annulment.

In conclusion, since the unconstitutionality of the simple procedure in the rule under review cannot be eliminated by annulling the phrase in paragraph 9, all of this paragraph should be annulled." (AYM, 35/26, 31.03.2021.)

¹¹⁹ Green (n 49) 618.

¹²⁰ For a general overview, see: Alafair S. Burke, 'Prosecutorial Agnosticism' (2010) *Ohio State Journal of Criminal Law*, 8, 79; Eric S. Fish, 'Against Adversary Prosecution' (2018) *Iowa Law Review*, 103, 1419, 1451.

prosecutors should make some difficult decisions collectively by explaining among themselves the facts and the reasons for their decisions. Other legal scholars have even focused on public accountability mechanisms, with some having suggested expanding the judicial review of prosecutors' discretionary decisions or disciplining them.¹²¹

Prosecutors' influence regarding criminal procedure is likely to increase. Society does not want to be under the heavy burden of the classical trial process and demands that trials be concluded in a short time. When considering judges' workload, having some judicial powers be transferred to prosecutors, especially regarding minor crimes, is inevitable. In this regard, the task should not be how to eliminate prosecutors' powers but how to ensure or improve oversight and legal security. In Germany, the practice seems to be to submit prosecutors' decisions for court approval. In light of all these discussions, prosecutors should be noted as needing to provide justification for their decisions, having them either submit their decisions to the court for approval or expand the mechanisms of supervision.

Ethics Committee Approval: Ethics committee approval is not required for the study.

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

- Aygörmez Uğurlubay GA, Haydar N and Korkmaz M, 'Serî Muhakeme Usûlüne İlişkin Sorunlar' (2019/2) ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 255.
- Baytaz B, 'Seri Muhakeme Usulü' (2020) 8(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology 227.
- Beulke W and Swoboda S, *Strafprozessrecht* (15. Aufl., C. F. Müller 2020).
- Beulke W, in *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: Grosskommentar / Löwe-Rosenberg* (27. Aufl., De Gruyter 2022).
- Billis E, *Die Rolle des Richters im adversatorischen und im inquisitorischen Beweisverfahren* (Band S 151, Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht 2015).
- Burke AS, 'Prosecutorial Agnosticism' (2010) 8 Ohio State Journal of Criminal Law 79.
- Burton M, Sanders A, Young R and Cammiss S, *Criminal Justice* (Oxford University Press 2021).
- Centel N, 'Adil Yargılanma Hakkı İle Silahların Eşitliği Bağlamında Savcılık ve Savunma (Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyumu)' (2006) Türkiye Barolar Birliği Yayınları 195.
- Danner AM, 'Prosecutorial discretion and legitimacy' (Guest Lecture Series of the Office of the Prosecutor- 13 June 2005) 97 (510) American Journal of International Law 510.
- de Witt H, 'Anmerkungen zum Problem Ladendiebstahl' in: Armin Schoreit (Ed.), *Problem Ladendiebstahl, moderner Selbstbedienungsverkauf und Kriminalität* (Heidelberg 1979) 95.
- Diemer H, in *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung (KK-StPO/Diemer)* (8. Aufl., C.H. Beck 2019).
- Eicker A, 'Zum Vorentwurf für eine gesamtschweizerische Strafprozessordnung – Staatsanwaltschaftliche Kompetenz-Konzentration und ihre Kompensationsmöglichkeiten im Ermittlungsverfahren' in: AJP (2003) 19.
- Erdem MR and Şentürk C, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Yeni Bir Kurum Olarak Seri Muhakeme Yöntemi (CMK m.250)' (2019) 14 (41) CHD 573.
- Fish ES, 'Against Adversary Prosecution' (2018) 103 Iowa Law Review 1419.
- Gercke B, in *Gercke/Temming/Zöllner Heidelberger Kommentars zur Strafprozessordnung (HK-StPO)* (7. Aufl., C.F. Müller 2023).
- Gökcan HT, 'Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi Ve Yargıtay Uygulaması' (2012) Ankara Barosu Dergisi 195.
- Gökcan A, Balcı M, Alşahin ME and Çakır K, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (5th ed., Adalet Yayınevi 2021).
- Green BA and Roiphe R, 'Can the President Control the Department of Justice?' (2018) 70 Alabama Law Review 1.
- Green BA and Zacharias FC, 'Prosecutorial Neutrality' (2004) Wisconsin Law Review 837.
- Green BA, 'Access to Criminal Justice: Where Are the Prosecutors?' (2016) 3 Texas A&M Law Review 515.
- Green BA, 'Prosecutorial Discretion: The Difficulty and Necessity of Public Inquiry' (2019) 123 (589) Dickinson Law Review.
- Gygi F, *Verwaltungsrecht Eine Einführung* (Bern 1986).
- Häfelin U, Müller G and Uhlmann F, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (5.Aufl., Schulthess Juristische Medien AG 2006).
- Hansjakob T, 'Zahlen und Fakten zum Strafbefehlsverfahren' in: *forumpenale* 3 (2014) 160.

¹²¹ Green (n 49) 621.

- Karakehya H and Arabacı M, 'Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü, Muhakemedeki Taraf Pozisyonu ve İspat Yükünün Bulunması Üzerine' (2016) 65(4) AÜHFD 2059.
- Kelep Pekmez T, 'Ceza Muhakemesinde Objektif Bir Taraf Olarak Savcılık Makamı' (2021) 7 (2) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 275.
- Keyman S, *Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık* (Ankara 1970).
- Kleinfeld J, 'Two Cultures of Punishment' (2016) 68 (5) Stanford Law Review 933.
- Koh SY, 'Reestablishing the Federal Judge's Role in Sentencing' (MLA 8th ed. March 1992) 101 (5) Yale Law Journal (HeinOnline) 1109.
- Konuralp CS, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011).
- Kunter N, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (8th ed., İstanbul 1986).
- Kunter N, Yenisey F and Nuhoğlu A, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (16th edn., Beta Yayınları 2008).
- Kühne HH, *Strafprozessrecht* (9. Aufl., Heidelberg 2015).
- Levine KL and Wright RF, 'Prosecution in 3D' (2012) 102 Journal of Criminal Law and Criminology 1119.
- Meraklı S, *Cumhuriyet Savcısının Kamu Davası Açmada Takdir Yetkisi* (Seçkin 2014).
- Moldenhauer G, in *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung* (KK StPO/Moldenhauer) (8. Aufl., C.H. Beck, 2019).
- Ortaylı İ, 'Kadı (Osmanlı Devleti'nde Kadı)' (2001) 24 DİA, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları 69.
- Özbek MS, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (Yetkin Yayınları 2009).
- Özbek VÖ, Doğan K and Bacaksız P, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (14th ed., Seçkin 2021).
- Özen M, 'Cumhuriyet Savcısı'nın Takdir Yetkisi' (2009) 13(3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EÜHFD) 41.
- Öztürk B, 'Türkiye'nin Yeni Savcı Modeli Ve Adil Yargılanma' in: Eric Hilgendorf and Yener Ünver (eds.), *Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan* (Alman - Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku) (2010) 3 (17) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 819.
- Öztürk B, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti* (Ankara 1991).
- Öztürk B, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (15th ed., Seçkin 2021).
- Plöd JM, in *KMR - Kommentar zur Strafprozessordnung*, (Carl Heymanns Verlag 2015).
- Roxin C, *Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben der Staatsanwaltschaft* (DRiZ 1969) 985.
- Roxin C and Schünemann B, *Strafverfahrensrecht* (29. Aufl. München 2017).
- Schmitt B, in *Meyer-Göfner/Schmitt Strafprozessordnung* (65. Aufl., C.H. Beck 2022).
- Schroeder FC and Verrel T, *Strafprozessrecht* (6. Aufl. München 2014).
- Stadler H, *Das Ermessen der Staatsanwaltschaft im abgekürzten Verfahren nach dem Entwurf des Bundesrates zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung (E StPO)* (Masterarbeit, Klasse Forensik II 2007).
- Şahin C and Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku I* (12th ed., Seçkin 2021).
- Şahin C, *Ceza Muhakemesinde İspat* (Yetkin Yayınları 2001).
- Temiz Gül Y, *Ceza Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları* (2nd ed., Adalet Yayınları 2021).
- Thommen M, 'Gerechtigkeit und Wahrheit im modernen Strafprozess' in: recht (2014) 264.
- Thommen M, *Kurzer Prozess – fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit* (Stämpfli 2013).
- Tosun Ö, 'Ceza Davasının Açılmasında Sistemler' (1969) 34(1-4) İHFM 42.
- Turgut H, *Osmanlı'dan Günümüze Yargı Eteği Ve Hakimın Vasıfları* (Adalet Yayınevi 2019).
- Ünver Y and Hakeri H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (15th ed., Adalet Yayınevi 2019).
- Wagner H, 'Ziele des Strafprozesses?' in: Andreas Hoyer (Ed.), *Gedächtnisschrift für Jörn Eckert* (Baden-Baden 2008) 939.
- Weigend T, 'Unmittelbare Beweisaufnahme – ein Konzept für das Strafverfahren des 21. Jahrhunderts?' in: Henning Ernst Müller, Günther M. Sander and Helena Valkova (eds.), *Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag* (München 2009) 660.
- Weigend T, 'Verständigung in der Strafprozessordnung – auf dem Weg zu einem neuen Verfahrensmodell?' in: René Bloy (Ed.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht* (Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag) (Berlin 2010) 829.
- Weigend T, 'Why have a Trial when you can have a Bargain?' in: Antony Duff, Lindsay Farmer, Sandra Marshall and Victor Tadros (eds.), *Judgment and Calling to Account* (Hart Publishing, Oxford/Portland 2006) 208.
- Weßlau E and Deiters M, in *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung* (SK-StPO) (5. Aufl., Carl Heymanns 2016).
- Wesslau E, *Das Konsensprinzip im Strafverfahren – Leitidee für eine Gesamtreform?* (Nomos, Baden-Baden 2002).
- Widmer U, *Reise an den Rand des Universums* (Diogenes Verlag 2013).
- Wohlens W, 'Das Strafverfahren in den Zeiten der "Eilkrankheit"' in: NJW (2010) 2470.
- Yenisey F and Nuhoğlu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (11th ed., Seçkin 2023).

Yenisey F, 'Ceza Muhakemesi Süjelerinin İradelerinin Ceza Muhakemesinin Yürüyüşüne Etkisi Sorunu (Consensual Criminal Procedures and Their Influence on Criminal Prosecutions)', *Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan* (2013) 19 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 453.


Yıldırım A, 'Savcılık Kurumu ve Cumhuriyet Başsavcılarının Cumhuriyet Savcıları Üzerindeki Denetim ve Gözetim Yetkisi', (2013) (47) Adalet Dergisi.

Zafer H, 'Türk Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Hukuki Statüsü' in: Nur Centel (Ed.), *Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Konferansları Serisi 1* (İstanbul 2015).

HOW CITE THIS ARTICLE

Altınsaban I, 'Prosecutors' Position and Its Impact on How Proceedings Are Conducted: A Comparison of German and Turkish Criminal Procedure' (2023), 11(2), *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology*, 248.

Self-Reported Sexual Aggression among Youths: Exploring the Possible Subtypes

Nicholas Hasan Buker¹ , Achraf Cohen² 

¹University of West Florida, Department of Criminology and Criminal Justice, Pensacola, US

²University of West Florida, Department of Mathematics and Statistics, Pensacola, US

ABSTRACT

Sexual aggression and offense among youths have long been subjected to scientific inquiries. A sizable number of these inquiries have identified sexually aggressive youths to constitute a heterogeneous group with possible distinct subgroups varying across their targeted victims and risk factors. This study aims to contribute to the growing body of research geared toward identifying these subgroups. Using self-reported data collected from US middle and high school students, this study employs a latent class analysis (LCA) to identify the subgroups of sexually aggressive youths using a data-driven strategy. The LCA results indicate three latent classes (sub-groups) to be distinguishable both quantitatively and qualitatively in the study sample: general delinquents, emotionally disturbed, and low-risk youths. These subgroups are comparable with those identified in similar previous studies. However, the subgroups' sizes in this study vary slightly from the sizes of the subgroups identified by earlier studies. The study concludes by presenting the reasons for the identified differences, policy implications, study limitations, and future research directions.

Keywords: Sexual offense, aggression, juvenile sex offenders, latent class analysis, juvenile delinquency, risk factors

Introduction

Sexually aggressive and offensive behaviors among adolescents have gained significantly greater concern in many societies in recent years (Ryan, 2018). While officially identified juvenile sex offenders constitute a relatively small group among all juvenile offenders, juveniles make up 16.5% of all arrests for sexual offenses apart from rape and prostitution and 17.3% of all arrests for forcible rape in the US (US Federal Bureau of Investigation [FBI], 2019). Due to sexual victimization being among the most underreported criminal victimizations (Charles & McDonald, 2005; Lombardi & Jones, 2015; Riser et al., 2013), one can speculate that the actual extent of sexual aggressiveness and offensiveness among youths is higher than what official statistics have reported. Therefore, exploring the phenomenon of sexual aggression among youths through self-reported data is essentially needed to further inform prevention and intervention strategies on sexually aggressive behavior among youths.

Previous studies have indicated sexually aggressive youths to constitute a heterogeneous group and to bear different characteristics as far as the victims they target, the etiology of their offenses, and the risk factors leading them toward these types of offenses (Fox & DeLisi, 2018; Hunter, 2018; Hunter et al., 2003; Worling, 2001). The current state of knowledge pertaining to the variations among these offenders in terms of the risk factors leading to their sexual offenses is limited at best (Fox & DeLisi, 2018; Brown, 2019), while tailoring prevention and intervention strategies based on their needs remains essential (Riser et al., 2013). However, only a limited number of studies have thus far looked into the variations and identified the different possible subgroups of sexually aggressive youths or those committing sexual offenses. Furthermore, these studies have primarily studied either officially identified juvenile sex offenders (e.g., Fox & DeLisi, 2018) or cases seen in clinical settings (e.g., Fanniff & Kolko, 2012). These earlier studies have also not provided a solid foundation for creating a robust classification of sexually aggressive youth through potential risk factors, as they mainly failed to include self-reported sexual aggression or offenses for identifying the possible variations among these youths with problematic sexual behaviors. As Knight and Prentky (1993) indicated, the factors related to detecting sex offenders are likely to be different factors associated with committing these offenses. Hence, this study aims to improve the literature regarding the various subtypes of sexually aggressive youths with regard to their individual differences by utilizing self-reported sexually offensive behavior in a large sample of youth in the US. Using self-reported data is especially important

Corresponding Author: Nicholas Hasan Buker **E-mail:** hbuker@uwf.edu

Submitted: 14.01.2023 • **Revision Requested:** 08.08.2023 • **Last Revision Received:** 25.08.2023 • **Accepted:** 22.12.2023 • **Published Online:** 31.01.2024



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

in light of the discussions and increasing concerns related to the dark figure of crime, which refers to unrecognized criminal occurrences that have not been officially recorded and thus neither studied by researchers nor accounted for by policymakers (Biderman & Reiss, 2017).

Risk Factors Associated with Sexual Aggression among Youth

Previous studies exploring problematic sexual behavior among youths have identified three main groups of risk factors associated with and predictive of those behaviors: individual-, family-, and society-level risk factors (Buker & Erbay, 2020). The most crucial individual-level predictor among these factors is gender, more specifically being male (Finkelhor et al., 2009; Fox, 2017). Along with that, the early onset of criminality is also a common risk factor (Calleja, 2015; Fox, 2017; Ryan & Otonichar, 2016). Various adverse childhood experiences, such as having been subjected to sexual abuse (Fox, 2017), maltreatment (Rasmussen & Miccio-Fonseca, 2007), and neglect (Karsten & Dempsey, 2018) as a child have also been identified as individual-level risk factors. Dwyer and Letourneau (2011) reported that youths adjudicated for sex offenses tend to display inadequate social integration and antisocial behavior. Previous studies have also identified various psychological problems commonly present among these youths, including high impulsivity, learning disabilities (Hackett et al., 2013), low empathy, depression, psychosis (Fox, 2017), conduct disorder (Kavoussi et al., 1988), deviant sexual interests (Ryan & Otonichar, 2016), sexual frustration, aggressive behavior, disinhibition, and feelings of inadequacy (Andrade et al., 2006).

At the family level, previous studies have found youths who display sexually offensive behavior to be more likely to have bonding and affection problems with their families compared to other juvenile non-sexual offenders (Ryan, 2018; Yoder et al., 2018; Veneziano & Veneziano, 2002), and this is likely to result from ongoing conflicts within their families (Karsten & Dempsey, 2018; Dwyer & Letourneau, 2011).

At the societal level, having ties with delinquents (DeGue et al., 2013; Dwyer & Letourneau, 2011) and sexually active peers (Finkelhor et al., 2009) were typical among youths displaying sexually offensive and aggressive behaviors. Earlier studies have also indicated these youths to demonstrate more problem behaviors at school, such as truancy and conduct disorder (Veneziano & Veneziano, 2002), and to be more likely to drop out of school (Christiansen & Vincent, 2013; Fox, 2017).

Earlier Efforts to Classify Youths with Problematic Sexual Behavior

Earlier studies concerning the classification of youths with problematic sexual behavior mainly focused on youths who'd been adjudicated for sexual offenses and utilized theoretical and empirical approaches toward this goal. The theoretical approaches proposed a descriptive personality-based classification based on their clinical experiences (O'Brien & Bera, 1986). As such, they identified seven types of juveniles who've sexually offended (JSOs) ranging from naive experimenter to group-influenced. However, the empirical validity and reliability of this approach are not well established.

Likewise, Rasmussen (2004) also provided a multidimensional theoretical framework called the trauma outcome process model for classifying sexually offending youths. This model classifies offenders based on offensive characteristics, individual risk factors, psychological pathologies, and family/environmental characteristics.

Mimicking the way adult sex offenders have been classified in many studies, a sizable number of earlier studies concerned about proposing empirically supported classifications of JSOs focused on the nature of the sexual aggressiveness and offensiveness and whom the JSOs targeted as their victims (Worling, 2001). In this respect, the age difference between the offenders and their victims (e.g., JSOs targeting younger children compared to peers or adults) was a focal point for a sizeable number of earlier studies (for a review of more than 20 earlier studies, see the findings from Fanniff & Kolko, 2012; Gunby & Woodhams, 2010; Hunter et al., 2003; Ford & Linney, 1995; Kemper & Kistner, 2010) in identifying the subtypes of these youths. Moving from the age difference between the JSOs and their victims, Becker et al. (1986) generalized the acts of JSOs as pedophiles if they targeted younger victims and as rapists if they targeted peers or older victims. They also included other types of youths who display sexually offensive behavior based on the nature of their acts, such as incest (for a particular focus on JSOs targeting siblings, see O'Brien, 1991), mooners, voyeurs, and frotteurs. Likewise, Graves (1993) identified three types of youths with aggressive sexual behavior based on the meta-analysis of 13 studies' findings: sexually assaultive (targeting peers), pedophilic (targeting younger children), or undifferentiated (targeting indifferently).

Identifying the subcategories of youth with aggressive or offensive sexual behavior based on victim-offender age difference has been criticized due to the overlap of the gender and age of the victims of male subjects as the largest group, with the younger victims of the male youth sexual offenders tending to be primarily male while the older victims are more likely to be females (Worling, 1995). Such classification also fails to shed light on developing effective prevention and intervention strategies for committing sexual offenses among youths. This is due mainly to the fact that a classification based on victim-offender age difference does

not effectively address the risk factors of youths with aggressive sexual behavior, instead only generally describing the nature of the behavior. The ineffectiveness of such classification has also resulted from the fact that the subtypes of youths displaying sexually aggressive behavior when determined based on age differences display very few differences and more similarities. These similarities and differences are not necessarily about the etiology of the problematic sexual behavior, though (Fanniff & Kolko, 2012).

Earlier studies concerning the differences among youths displaying aggressive/offensive sexual behavior also utilized various individual-level characteristics while exploring the possible coherent subtypes among these youths. The psychopathological risk factors widely recognized as significant predictors of committing a sexual offense among youths (Fox, 2017; Seto & Lalumière, 2010) were among those characteristics. Gamache et al. (2012) identified different clusters in their study group, such as youths who'd been adjudicated for sexual offenses with (a) impaired reality, (b) psychopathy (impulsive and manipulative), (c) narcissism (egocentric and vengeful), and (d) high inhibition. Though Hunter et al. (2003) pursued an approach based on victim age, they also incorporated psycho-social deficits (e.g., anxiety/depression) into their analyses and reported that youths targeting younger children during a sexual offense had more significant psycho-social functioning deficits, less aggression, and more depression. Dunton's (2020) recent study identified four distinct groups of JSOs: (a) sexually aggressive, (b) disturbed vengeful, (c) disturbed, and (d) vengeful. Among these, the sexually aggressive group was the largest, with the juveniles in this group being the most prolific offenders and having the lowest scores for behavioral and psychological problems. On the other hand, the youths in the disturbed vengeful group scored highest for behavioral and psychological issues.

Youths with problematic sexual behaviors have also been classified based on their prior delinquent activities. Using this approach, Butler and Seto (2002) identified and examined two groups of youths with sexually offensive behavior: those who'd only committed sex offenses and those who'd committed sex offenses along with other types of crimes. However, this classification comes with various limitations. McCuish et al. (2016) first indicated that identifying membership to either of these groups is determined early and therefore fails to recognize that the offensive status can subsequently change throughout adolescence and adulthood. In other words, youths identified as only sex offenders can later become involved in different types of delinquent behaviors and thus switch their type. In their study sample, 88.2% of the youths who'd been adjudicated for sexual offenses and who'd initially been identified as only sex offenders also committed other crimes by the time they reached age 23. Second, McCuish et al.'s study indicated that this classification could not effectively capture the variation among JSOs who'd also committed other types of crimes. In their study group, four different offending trajectories were associated with various risk factors.

Meanwhile, Lussier et al.'s (2012) classification centered around the recidivism of youths who'd displayed sexually offensive behavior. They identified seven subgroups among these youths, most of which (five out of seven) did not display subsequent sexual offenses. The groups that displayed sexual recidivism were limited to adolescents and had a high-rate of slowly desisting.

Lastly, other previous studies had proposed a personality-based classification of youths with aggressive or sexually offensive behaviors. Smith et al.'s (1987) study is an early example of this approach, through which they identified four distinct groups of JSOs based on their personality types: (a) socially immature and isolated (the largest group), (b) over-controlled, (c) impulsive, and (d) emotionally disturbed. Likewise, Worling (2001) also developed a personality-based classification to explore the possible subtypes of youths adjudicated for sexual offenses. In doing so, they identified such subgroups as: (a) over-controlled/reserved, (b) confident/aggressive, (c) antisocial/impulsive, and (d) unusual/isolated. While groups a and b demonstrated less problematic features such as a history of physical abuse, parental marital status, the residence of the offenders, and whether or not the offenders had received criminal charges for their registered sexual assaults, groups c and d were identified as more pathological, as they were more likely to commit subsequent delinquent acts. Lastly, using the Personality Patterns Scale, Richardson et al. (2004) identified five different personality prototypes among their sample of JSOs: (a) normal, (b) antisocial, (c) submissive, (d) dysthymic/inhibited, and (e) dysthymic/negativistic. Among these, the dysthymic/inhibited group was the largest (35%). The members of this particular group also did not have the motivation to socialize with their peers and were socially withdrawn and isolated. Following the same scale, Oxnam & Vess (2006, 2008) identified similar groups of sexually aggressive male adolescents in a non-US setting. Similar to Richardson et al. (2004), the largest group of youths displaying sexually offensive behavior in their studies exhibited poor social awareness, were withdrawn, and had socially inadequate personality features.

While these earlier studies did shed essential light on understanding within-group variations for youths with problematic sexual behavior, the methodologies they employed were usually limited in understanding how each accounted factor weighed differently in predicting membership to a group. In response to this and various other methodological limitations, a couple of recent studies have employed latent class analysis (LCA) to determine data-driven classes and types of these youths. While LCA was previously utilized in various criminological studies to identify within-group differences regarding offense categories (e.g., Vaughn et al., 2008, 2009), it is a relatively new approach for studying the types of youths with aggressive or sexually offensive behavior. Similar to cluster analyses, LCA allows researchers to create typical qualitative profiles with regard to the regularities and patterns revealed by data based on the interaction of various indicators (Brown, 2019).

Fox and DeLisi (2018) conducted one of the earliest typology studies using LCA and identified data-driven subtypes based on an extensive sample of youths who'd been adjudicated for sex offenses. Their data revealed four distinct types among the males and two specific types among the females in their study sample. Coherent groups emerged from the data using commonly accepted predictors for committing sexual offenses among male youths, such as age of onset, felony arrest record, sexual abuse history, and psycho-social characteristics (e.g., impulsivity, empathy); these groups were: (a) non-disordered, (b) impulsive/unempathetic, (c) early-onset/chronic, and (d) male victim offenders. The non-disordered group was the largest (54%) of all four and consisted of juveniles characterized by minor risk factors (e.g., 26% impulsive, 8% depressed, and 3% hallucinated and had psychosis). On the contrary, male victim offenders had the smallest group (10%) yet had the highest rate of psychopathologies, which were characterized by high rates (almost two-thirds) of sexual abuse experienced in their childhood. For the females, (a) non-disordered (53%) and (b) female victim offenders (47%) were the distinctive subtypes. While the non-disordered subtype was characterized by a minimum amount of risk factors (majority never sexually abused, low levels of psychopathology), the subtype of female victim offenders was characterized by higher scores for impulsivity, lack of empathy, psychopathology (depression, hallucination), and a common history of sexual abuse (85%).

Barra et al. (2018) also utilized LCA to explore the subtypes of a sample group of non-US male youths with a history of sexually offensive behavior based on 10 different adverse childhood experiences (ACE; e.g., various types of parental abuse/neglect, exposure to violence at home, sexual victimization). Their study revealed five distinct groups of these youths, who had (a) multiple (9.0%), (b) mainly family-related (17.1%), (c) mainly peer-related (21.7%), (d) mainly neglectful (18.6%), and (e) little or no (33.5%) ACE. Similar to the findings from Fox and DeLisi (2018), Barra et al.'s (2018) data also revealed the largest distinct subtype of youths in their study to have the lowest level of risk (.55 ACE on average), while the smallest subtype had the highest level of risk (7.55 ACE on average).

While Fox and DeLisi (2018) and Barra et al. (2018) did provide a better understanding of the coherent subtypes of youths with sexually offensive behavior, the predictors they employed in classifying these offenders largely overlap with the general predictors for those who commit an offense. To address this issue, Brown (2019) used only predictors concerning the sexual offenses of the subject in their study, such as victim age/sex, sexual offense onset age, use of penetration/force, and planning the sex offense. In so doing, Brown (2019) identified four distinct groups of male youths with sexually offensive behavior in their study sample: (a) child victims/nonviolent (48%), (b) female peer victims-only (20.5%), (c) male child-focus (16.5%), and (d) early starter/multiple victims (14.8%). While the classification in Brown's study was mainly based on sex-offense characteristics, unlike Fox and DeLisi (2018) and Barra et al. (2018), Brown's (2019) results resonated with their findings. Similar to the previous ones, the largest group in Brown's typology displayed low-risk factors (early onset of criminality and less violence). In contrast, the smallest group displayed higher levels of various risk factors and a more problematic type of sexual offense (multiple victims, targeting children, teen, and adult victims).

Current Study

As summarized above, previous studies have consistently indicated youths with aggressive or sexually offensive behavior to not constitute a homogeneous group but to instead display differences within themselves based on their victim and non-sexual offense characteristics, delinquent or antisocial behavior patterns, personality features, psychopathological problems, and various other individual risk factors. Hence, understanding the within-group differences and identifying coherent classes of these youths can help in designing effective intervention and prevention strategies. Therefore, this study contributes to the still limited and ongoing efforts to empirically identify the subtypes of youths with sexually aggressive behavior based on a US sample. In so doing, this study utilizes LCA as a recent analytical strategy to help overcome the limitations of previous studies that have thus far identified various classes and subtypes of youths with aggressive or sexually offensive behavior. Another important goal of this study is to identify the subtypes of these youths based on self-reported behavior. As such, the study explores if the possible subtypes of these youths who self-report a sexually aggressive behavior vary from the subtypes identified by the previous studies primarily conducted on officially recognized (i.e., arrested/processed) samples or clinical samples (mostly from treatment facilities/programs).

Methods

The data utilized in this study were collected in 2011 and 2012 for the Urban Institute's Technology, Teen Dating Violence and Abuse, and Bullying research project (Zweig et al., 2013).¹ During the project, 5,647 middle and high school students (51% female, 78% white, and 67% living with both parents, with a mean age of about 15 years) were cross-sectionally surveyed in New Jersey, New York, and Pennsylvania school districts located in suburban areas, small cities, and rural areas. The response rate

¹ The data have been provided to the authors by the Inter-University Consortium for Political and Social Research by special agreement.

to the survey was about 84%. The project's main focus was to explore the violence and abuse experienced in conjunction with other risky behaviors and technology use among youths. The project included questions about teens' technology use patterns, dating violence perpetration/victimization, school life, psycho-social issues, family characteristics, delinquency patterns, and drug use (Zweig et al., 2013). Out of 3,683 valid responses to the questions measuring self-reported sexually coercive behavior, 94 participants (2.6%) were identified as youths with sexually aggressive behavior and were included in the analysis.

Variables

Self-reported sexual aggression is the variable used to determine the subjects in this study. Previous studies have generally conceptualized sexual aggression to refer to various types of unwanted sexual behaviors ranging from harassment to rape (Bevens & Loughnan, 2019). As an inclusion criterion for the study sample, this variable had a binary measure (No = 0, Yes = 1) and comprised the responses to the following statements ($\alpha = 0.723$): "I pressured someone to have sex with me when I knew they didn't want to," "I forced someone to have sex," and "I forced someone to do other sexual things they didn't want to do."

This study includes the potential variables of non-sexual delinquency, parental connections, antisocial behavior, being withdrawn (isolated), substance use, risky sexual behaviors, academic and success/commitment, as well as three measures of psychopathology (i.e., depression, anxiety, anger), to determine the different latent classes of sexually aggressive youths in the study sample.

As summarized above, various studies have indicated involvement in non-sexual delinquent behavior (especially felonies) to be a risk factor for committing a sexual offense among youths (e.g., Buker & Erbay, 2020; Fox, 2017; Seto & Lalumière, 2010). Thus, various earlier classification efforts have considered non-sexual offenses as a factor in identifying the subtypes of sexually aggressive youths (Butler & Seto, 2002). This study includes two variables for assessing these youths' non-sexual delinquent behavior. The first variable is a binary measure of violent delinquency (No = 0, Yes = 1) based on self-reported physical violence against a dating partner, attacking to hurt someone (a non-partner), and damaging or destroying the property of others. The second variable is a binary measure of non-violent delinquency (No = 0, Yes = 1) based on self-reported behaviors of stealing, drunkenness at school, carrying a handgun, taking a handgun to school, getting suspended, and selling drugs.

As earlier studies acknowledged, parental dysfunction is a predictor of aggressive or sexually offensive behavior (Hunter & Becker, 1994; Karsten & Dempsey, 2018; Oxnam & Vess, 2008; Veneziano & Veneziano, 2002), and they included this in their classification efforts (e.g., Barra et al., 2018). This study includes two variables that tap into the quality of the participants' connections with their parents: mutual activities, and communication with parents. The parental activities score is the mean ($\alpha = 0.677$) of the participants' responses to how often they had done various activities (i.e., shopping, attending a religious event, working on a school project) together with their parents in the past month. The parental communication score was the mean ($\alpha = 0.624$) of the participants' responses to how often they had talked with their parents in the past month about someone they were dating, a personal problem, school work, or problematic behavior.

The responses to those items were collected on a Likert scale ranging from 0 (never/not a lot) to 4 (extremely/often). Due to the LCA requiring the use of categorical variables, all of these measures were recoded as 0 (average or above) or 1 (below average) by considering the average score of all study participants, not only the subjects of the study group.

Social competency or lack of social integration has been identified as another risk factor for sexual aggression/offensiveness among youths (Dunton, 2020; Dwyer & Letourneau, 2011). The original data include a prosocial activity score that measures the total frequency of 12 different activities (i.e., hanging out with friends, reading, volunteer work, and after-school programs) in a week ($\alpha = 0.652$). Using the same strategy explained above, this variable was also recoded as 0 (average or above) and 1 (below average) for inclusion in the LCA.

Due to school-related issues also having been identified as a risk group predicting sexual aggressiveness/offensiveness among youths (Christiansen & Vincent, 2013; Fox, 2017; Veneziano & Veneziano, 2002), the current study has included one variable in this regard: grades. Grades were also recoded as: As and Bs = 0, and Cs, Ds, and Fs = 1. Low empathy is another crucial risk factor for committing sexual offenses among youths (Fox, 2017). However, the data set utilized for this study did not include a measure of empathy. On the other hand, bullying perpetration, a variable included in the original data set, was consistently found to be negatively associated with cognitive and affective empathy and positively associated with callous/unemotional traits (Zych et al., 2019). Therefore, bullying perpetration has been included as a proxy for low empathy in the LCA as a dummy variable (No = 0, Yes = 1).

Impulsivity (i.e., low self-control) was also determined to be a decisive risk factor for JSOs (Hackett et al., 2013) and was included in previous efforts to classify that group (Fox & DeLisi, 2018). Due to this study including no direct measure of impulsivity in the LCA, a group of risky sexual behaviors that are strong correlates of impulsivity and low self-control (Curry et al., 2018; Dir et al., 2014; Khurana et al., 2012; Magnusson et al., 2019) have been included instead. In this group, the first variable is early exposure to sex (No = 0, Yes = 1), which means losing one's virginity below the age of 15, which is as a generally agreed-upon cut-off point

in terms of age (Magnusson et al., 2019). In addition to early exposure to sex, the study includes two other commonly cited risky sexual behaviors (Ekundayo & Babalola, 2020; Isaksson et al., 2018): having had multiple sex partners in the past three months, and using alcohol or drugs before last having sex. These two behaviors are measured with a dummy variable (No = 0, Yes = 1).

While substance abuse is a common risk factor for juvenile non-sex offenders, earlier studies have found it less common among youths with sexually aggressive/offensive behavior. Nevertheless, this can be an important differentiator among the possible subtypes of these youths (Fanelli, 2018; Falligant et al., 2017; Seto & Lalumière, 2010). The original data included a drug use scale on the total reported frequency of alcohol (binge drinking not included), marijuana, and severe drug use over the last 30 days ($\alpha = 0.776$). The response options are (0) never, (2) 1–3 times, (6.5) 4–9 times, and (15) 10 or more times. This original scale was recoded as a binary variable with median or below = 0 and above median = 1 for inclusion in the LCA in this study.

Lastly, another critical group of risk factors for committing sexual offenses among youths involve various psychopathologies (Andrade et al., 2006; Fox, 2017; Seto & Lalumière, 2010), which have also been included in previous efforts to identify the subtypes of JSOs (Fox & DeLisi, 2018; Hunter et al., 2003). The original data set includes three subscales for psycho-social adjustment: depression, anxiety, and anger/hostility. The depression scale consists of five items assessing symptoms of loneliness, hopelessness, worthlessness, disinterest in things, and feeling blue ($\alpha = 0.892$). Anxiety is also measured with a five-item scale ($\alpha = 0.861$) that taps into the symptoms of fearfulness, panic, tension, and restlessness. The anger/hostility scale ($\alpha = 0.839$) includes items for assessing uncontrollable temper outbursts, getting into frequent arguments, shouting, and feeling urges to harm others or break things. Response options are not at all (0), a little bit (1), moderately (2), quite a bit (3), and extremely (4) for all items on these scales. These response scores range from zero to 20, with higher values indicating more of each of these three psychopathological conditions. However, all scales were recoded as above median (1) or median or below (0) for inclusion in the LCA. Table 1 presents descriptive statistics for the predictor variables.

Table 1. Descriptive Statistics of the Sexually Aggressive Youths ($n_{all} = 94$; $n_{female} = 23$, $n_{male} = 67$)

Predictor variables	All (%)	Male (%)	Female (%)	Missing (%)
Caucasian (Yes)	67	51.1	14.9	1
Violent Delinquency (Yes)	50	37.2	10.6	2.2
Nonviolent Delinquency (Yes)	46.8	34	9.6	3.2
Parental Activities (below avg.)	44.7	35.1	8.5	1.1
Parental communication (below avg.)	51	40.4	8.5	2.1
Prosocial Activities (below avg.)	50	35.1	13.8	1.1
Grades (C, D, or F)	51.1	39.4	9.6	2.1
Bullying (Yes)	70.2	51.1	14.9	4.2
Early Exposure to Sex (Yes)	44.7	36.2	6.4	2.1
Multiple Partners (Yes)	24.5	21.3	2.2	1
Drugs before Sex (Yes)	33	27.7	4.3	1
Drug Use (above median)	72.3	52.1	16	4.2
Anger (above median)	64.9	46.8	14.9	3.2
Anxiety (above median)	56.4	38.3	16	2.1
Depression (above median)	59.5	37.2	19.1	3.2
Percentage of sample	100	71.3	24.5	4.2

Analytical Strategy

To understand the structure and characteristics of the subgroups of sexually aggressive youths in this study, the 14 variables described in the previous section have been included in the analyses. The LCA model is used to uncover the latent classes or subgroups in the JSOs' data, the main idea being that individuals can be classified into latent classes based on their pattern of answers regarding a set of categorically measured variables. The analysis has been performed using the R package program polCA

(Linzer & Lewis, 2011). LCA can handle missing values present in the variables and identify latent classes or subgroups of JSOs. To assess the models' goodness of fit, a researcher can begin by fitting several models and adding one class at a time. Statistics such as the Bayesian information criterion (BIC) and Akaike information criterion (AIC) are widely used to compare models. The best models have the lowest BIC and/or AIC values. BIC is often appropriate for latent class models due to how it balances the model's goodness of fit and parsimony. The chi-squared statistic is another measure of goodness of fit; however, if the observed cross-classification table has a large number of cells and small number of observations, then using the Chi-squared statistic to assess model fit for these models is not appropriate.

Latent Class Analysis

LCA is a finite mixture model (Lazarsfeld & Henry, 1968; Goodman, 1974) that expresses the overall univariate or multivariate distribution of the variable(s) as a mixture of a finite number of component distributions. These components are indirectly observed and called latent variables. Therefore, the overall population distribution is expressed as a finite mixture of some number K of unknown groups or latent variables or classes. The goal is to infer the structure of the latent variables or classes from the observed variables. LCA is used in many applications, such as disease subtypes, marketing research, sociology, psychology, education, and criminology. The basic LCA assumes the existence of a latent class such that a set of response variables (manifest variables) are conditionally independent for the given class. For T number of categorical response variables Y₁, Y₂, ..., Y_T, the latent class model without explanatory variables assumes a latent variable Z for each possible outcome of response y₁, y₂, ..., y_T and each category z of Z. If the number of categories of each Y_t is denoted by C and the number of classes of Z is K, then the latent class model assumes a multinomial distribution where the joint multinomial probabilities are (Agresti, 2018):

$$P(Y_1 = y_1, \dots, Y_T = y_T | Z = z) = \prod_{t=1}^T P(Y_t = y_t | Z = z) \tag{1}$$

An extension of this basic model allows covariates to predict latent class membership (Bandein-Roche et al., 1997; Dayton & Macready, 1988). Covariates are included in the latent class model via their effects on the prior probabilities of latent class membership. This model is called the latent class regression model.

Results

This study evaluates several LCA models to select the appropriate fit that makes sense from a literature point of view while importantly remaining statistically adequate. With 94 subjects, the maximum number of classes that can be fitted is six. Figure 1 presents the six models with an increasing number of classes from one to six. It also shows each model's AIC, BIC, and the adjusted BIC values. The model with three latent classes has the lowest AIC and the second smallest BIC values. Some simulation studies have shown the adjusted BIC to be associated with higher proportions of correct model selection compared to AIC and BIC (Dziak et al., 2014). In the present case, the adjusted BIC presents a significant decrease in the model fit with three latent classes. Pearson's likelihood ratio chi-square statistics (see Table 2) are also measures of goodness of fit; however, with 214(14 dichotomous variables) cells in the observed cross-classification table, most of the cells have zero cases. Using these statistics to assess model fit is inappropriate for models such as this. The LCA model with three subgroups seems reasonable for the current sample set. This model with three subgroups does make sense on the subject matter and in terms of the empirical/statistical levels.

Table 2. Goodness-of-Fit Statistics

Model	Chi-square Pearson Statistic	Likelihood Ratio Statistic Latent Classes
1	19,386.38	414.71
2	7,517.96	367.37
3	8,617.28	342.36
4	8,477.47	332.88
5	5,940.47	321.16
6	4,190.35	299.66

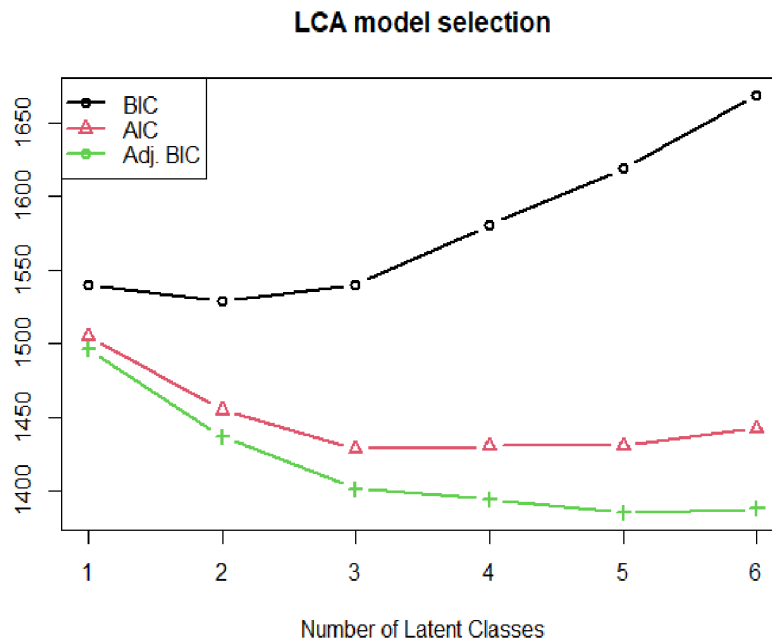


Figure 1. Latent class selection. AIC = Akaike Information Criterion, BIC = Bayesian Information Criterion, and Adj. BIC = Adjusted BIC.

Next, the characteristics of the three-subgroup model were examined using the conditional probabilities of the response given a latent class (see Table 3). This indicates the probabilities of observing a response knowing a JSO subgroup. These probabilities also indicate the percentage of each item response in the unobserved subgroup/cluster (see Figure 2).²

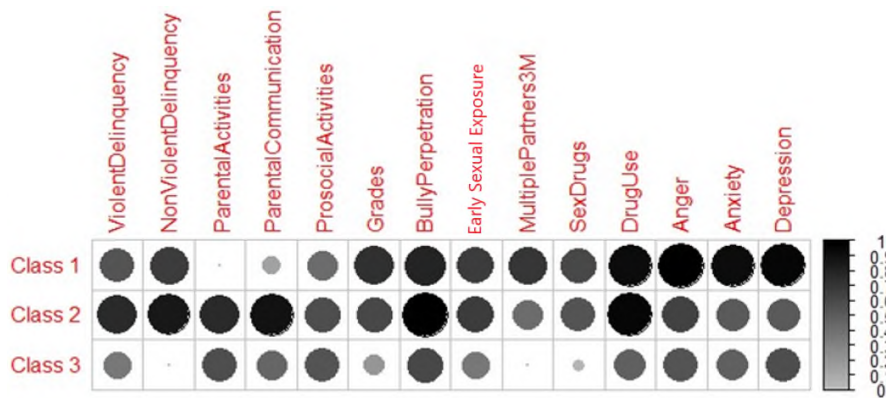


Figure 2. The latent class patterns among sexually aggressive youths.

Class 1 comprises 26.71% of the population. This group of sexually aggressive youths tends to have higher levels of anger (100%), anxiety (91%), and depression (94.8%). None of these offenders did fewer activities (0%) with their parents (they all did activities), and 15.3% of them did communicate less with the parents, yet many fewer did prosocial activities (43.6%). Class 1 also tended to use drugs (91%), use alcohol/drugs before the last time having sex (62.4%), had multiple sex partners in the past three months (70.9%), and were exposed to sex early (66.3%). Their chances of getting C, D, or F grades are high (74.8%). They are more likely to be non-violent delinquents (67.8%). In this group, 80.4% are bullies.

Contrarily, Class 2 of sexually aggressive youth (41.56% of the entire sample) had the highest violent (75.5%) and non-violent (85.9%) delinquency rates, as well as deplorable parental relationship activities (75.7%) and communication (90.4%). These youths also tend to use drugs (96.4%) but are less angry (64.7%), anxious (51.7%), and depressed (50.5%). Every member of Class 2 has perpetrated bullying (100%). Nevertheless, only 54.8% used alcohol/drugs before the last time they had sex, and this group has fewer sexually aggressive youths who had multiple sex partners in the past three months (43.1%) and who were exposed

² On Figure 1, the color scale indicates 1 with Black and 0 as Gray. As the colors get darker, the values get closer to 1. The right axis also demonstrates the legend and how to read the scale.

early to sex (66%). These offenders had the lowest prosocial activity rates (58.6%), and 61.4% of them are likely to get C, D, or F grades. This group comprised the largest share at 41.56% of the population.

Lastly, Class 3 had the lowest rates of violent delinquency (36.1%), and none of the members of Class 3 are non-violent delinquents who have not had multiple sex partners in the past three months. This group also had the lowest drug use percentage among the offenders (47.2%), with only 6% having used alcohol/drugs before the last time they had sex, and 36.6% being exposed early to sex. They also tend to have the lowest number of bullies (60.2%) compared to Class 1 and Class 2. This group of sexually aggressive youths is the least likely to have C, D, or F grades (20.8%); almost 44% maintain lower parental communication rates, 56.5% do few parental activities, and 54.9% have fewer prosocial activities. About half of Class 3 are angry (55.6%) or anxious (49.1%), and 58.1% are depressed. This group contains 31.73% of the study sample.

Table 3. Conditional Probabilities Across the Latent Classes of Sexually Aggressive Youths ($n = 94$)

	Class 1	Class 2	Class 3
Estimated class population percentages →	26.71%	41.56%	31.73%
Predictor variables ↓			
Violent Delinquency (Yes)	0.557	0.755	0.361
Nonviolent Delinquency (Yes)	0.678	0.859	0
Parental Activities (below average)	0	0.757	0.565
Parental Communication (below average)	0.153	0.904	0.448
Prosocial Activities (below average)	0.436	0.586	0.549
Grades (C below or D)	0.748	0.614	0.208
Bullying Perpetration (Yes)	0.804	1	0.602
Early Sexual Debut (Yes)	0.663	0.660	0.366
Multiple Partners (Yes)	0.709	0.431	0
Drugs before Sex (Yes)	0.624	0.548	0.060
Drug Use (above median)	0.917	0.964	0.472
Anger (above median)	1	0.647	0.556
Anxiety (above median)	0.910	0.517	0.491
Depression (above median)	0.948	0.505	0.581

Discussion

The previous studies had indicated youths involved in sexually aggressive/offensive behaviors to not constitute a homogenous group (Buker & Erbay, 2020; Dunton, 2020; Fox, 2017; Fox & DeLisi, 2018; Brown, 2019), to display variances among themselves, and to be a heterogeneous group. The question that followed from the findings for researchers and practitioners alike has involved the subgroups/classes in that heterogeneous group. Addressing this question has been deemed essential for shedding much-needed light on understanding the nature of committing sexual offenses among youths and thus contribute to the development of effective intervention, rehabilitation, and prevention strategies in this regard. Overall, the current study aims to contribute to these efforts by exploring the subgroups within a group of sexually aggressive youth based on self-reported information. In doing so, it attempts to improve the empirical perspectives on the subject matter in two ways. First, this study uses self-reported data, unlike previous studies that relied heavily on official or clinical data, occasionally from US samples. Second, this study utilizes an analytical strategy known as LCA, which takes into account missing values and enables researchers to identify latent classes in a group. However, only a limited number of previous studies so far (Barra et al., 2018; Buker et al., 2022; Fox & DeLisi, 2018; Brown, 2019) have utilized this analytical approach to classify how to reveal youths with aggressive/offensive sexual behaviors.

By analyzing the self-reported sexually aggressive behavior of a group of youths using a novel strategy, this study first concurs with the findings from earlier studies regarding this group of youths displaying heterogeneity. First and foremost, the results of the current study indicate that distinct subgroups of juvenile sex offenders exist who differ in terms of personal and family-level risk factors. Three qualitatively and quantitatively separate latent classes are found in the sample. The results from the statistical analysis allowed the three groups to be identified. While previous studies that had used LCA to classify similar youth groups

(Barra et al., 2018; Fox & DeLisi, 2018; Brown, 2019) identified a four-class model, the four-class model does not have the best statistical fit nor provide a plausible qualitative description for each class in the current study's sample.

Among the three classes, Class 2 (41.56% of all sample) is the largest and can be described as general delinquents. The JSOs in this group have the highest probability of displaying violent and non-violent behaviors, non-sexual delinquent behaviors, and bullying of their peers. They also have the highest possibility of using drugs and having anger issues. Lastly, they have the highest probability of having familial problems. This group is similar to Fox and DeLisi's (2018) early-onset/chronic group, Worling's (2001) antisocial/impulsive group, and Dunton's (2020) disturbed aggressive groups, as these groups also displayed higher levels of psychological problems and delinquent behavior. However, the early-onset/chronic and disturbed aggressive groups were the smallest groups in their respective studies. At the same time, general delinquents constitutes the largest group in the current study and also resemble Richardson et al.'s (2004) and Oxnam and Vess' (2006; 2008) groups, which displayed poor social awareness, and a withdrawn and socially inadequate personality, as well as more importantly being the largest groups in their studies, also similar to the general delinquent group of the current study.

Class 1 (26.71%) is the smallest group and can be called the emotionally disturbed group. The JSOs in this class have the highest probability of having psycho-social adjustment problems, risky sexual behavior, and low academic achievement. On the other hand, they displayed the lowest likelihood of having familial issues and social isolation. Lastly, Class 1's probability of displaying non-sexual delinquency was lower than the general delinquents group but higher than the emotionally disturbed group. Class 1 demonstrates similarities with Dunton's (2020) disturbed revenge group and Smith et al.'s (1987) emotionally disturbed group, both of which had significant behavioral and psychological disturbances.

Class 3 (31.73 % of the sample) consists of the JSOs who display the lowest probability of having risk factors in most domains and are therefore described as the low-risk group. The JSOs in the low-risk group have the lowest probabilities for delinquency, low academic achievement, bullying, risky sexual behavior, drug use, and psychological problems (except depression, which was very close to the rate in Class 2). In general, the sexually aggressive youths in this group can be compared to those in Fox and DeLisi's (2018) non-disordered group and Dunton's (2020) sexually aggressive group. However, both Fox and DeLisi's (2018) non-disordered group and Dunton's (2020) sexually aggressive group were the largest groups in their respective studies, while the low-risk group of the current study constitutes 31% of the study sample and is the second largest group after the general delinquents group.

The psychopathological characteristics of the subgroups identified through LCA in the current study resemble the findings from Gamache et al. (2012) and Hunter et al. (2003), all of which indicated that youths with sexually aggressive/offensive behavior differs in their levels/types of psychopathological problems. The classes identified in the current study also resonate with Butler and Seto's (2002) approach to separating youth offenders who'd only committed sex offenses from those who'd committed sex offenses and other types of crimes. In the current study, the low-risk group displays almost no delinquency (mainly non-violent), while the other two groups had significant delinquent involvement.

In general, the three subgroups identified in this study are comparable with some subgroups of JSOs that previous studies had identified while employing similar predictor variables. However, the subgroups' sizes in the current study different from the comparable subgroups' sizes specified in most other studies. The reason for this difference may be due to the differences in the data types (self-reported compared to official/clinical) and to the risk factors each of those studies employed. These differences and the differences in the analytical strategies (LCA compared to the other classification approaches) also make comparing the subgroups of youths displaying sexually aggressive/offensive behavior as identified in the current study with those identified in the previous studies quite challenging.

Conclusion

By empirically identifying the distinct subgroups of youths with sexually aggressive/offensive behaviors and their varying levels of risk factors, this study points to the fact that prevention, intervention, and rehabilitation strategies for these youths should be designed to address and respond to the various types of risk factors and their severity. While one group of these youths might also be involved in other types of delinquent behaviors and display similar risk factors, others are just sexually aggressive, unlikely to show other aggressive or delinquent behaviors, and bear different risk factors than the others.

Future research should continue implementing LCAs to explore more subtle classifications of youths with sexually aggressive/offensive behaviors using similar risk factors. The existing literature's findings are insufficient for identifying a common pattern among JSO subtypes due to the methodological variations (e.g., types of data, analysis, predictor variables) employed in those studies as the context under which they were conducted. The context and country especially matter when examining official data to determine the subgroups, because the definition of sex offenses and the age of criminal liability vary from one country to

another. While studies from other countries can understand the subgroups of youths with sexually aggressive/offensive behaviors, the results should be cautiously interpreted by considering any legal and cultural differences.

This study has certain limitations. First, while employing a data set based on self-reported sexual aggression is unique for exploring the subtypes of these youths, self-reported data has its own limitations that mainly result from differential validity (Thornberry & Krohn, 2003). In addition, this study has been based on secondary data collected to explore various types of youth behaviors and not actually their sexually aggressive behaviors. Hence, the predictor variables included in the analyses involve what that data included rather than what the researchers would have chosen had they designed the surveys for assessing the subtypes of the JSOs. Consequently, the current study results are not thoroughly comparable with the findings of studies that are specifically designed for this purpose and that include risk factors for sexual offenders.

Acknowledgement: This study data was provided by ICPSR

Ethics Committee Approval: Ethics committee approval obtained is University of West Florida (08/09/2021).

Peer-review: Externally peer-reviewed

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

REFERENCES

- Agresti, A. (2018). *An introduction to categorical data analysis*. John Wiley & Sons.
- Andrade, J. T., Vincent, G. M., and Saleh, F. M. (2006). Juvenile sex offenders: A complex population. *Journal of forensic sciences*, 51(1), 163–167.
- Bandeem-Roche, K., Miglioretti, D. L., Zeger, S. L., and Rathouz, P. J. (1997). Latent variable regression for multiple discrete outcomes. *Journal of the American Statistical Association*, 92(440), 1375–1386.
- Barra, S., Bessler, C., Landolt, M. A., and Aebi, M. (2018). Patterns of adverse childhood experiences in juveniles who sexually offended. *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, 30, 803–827.
- Becker, J. V., Cunningham-Rathner, J., and Kaplan, M. S. (1986). Adolescent sexual offenders: Demographics, criminal and sexual histories, and recommendations or reducing future offenses. *Journal of Interpersonal Violence*, 1, 431–445.
- Biderman, A. D., & Reiss, A. J. (2017). On exploring the “dark figure” of crime. In *Quantitative Methods in Criminology* (pp. 201-215). Routledge.
- Brown, A. (2019). Using latent class analysis to explore subtypes of youth who have committed sexual offenses. *Youth Violence and Juvenile Justice*, 17(4), 413–430.
- Buker, H. and Erbay, A. (2020). Juvenile sex offenders in Turkey: A study on offense characteristics, risk factors, and the differences between juvenile sex offenders and other juvenile offenders. *Crime Delinquency*, 67(5), 689-716. <https://doi.org/10.1177/0011128720930667>
- Butler, S. M. and Seto, M. C. (2002). Distinguishing two types of adolescent offenders. *Journal of the Academy of Child and Adolescent Psychiatry*, 41(1), 83–90.
- Calleja, N. G. (2015). Juvenile sex and non-sex offenders: A comparison of recidivism and risk. *Journal of Addictions Offender Counseling*, 36(1), 2–12.
- Charles, G. and McDonald, M. (2005). Adolescent sexual offenders: An overview. *Journal Of Child And Youth Care*, 11.
- Christiansen, A. K. and Vincent, J. P. (2013). Characterization and prediction of sexual and non-sexual recidivism among adjudicated juvenile sex offenders. *Behavioral Sciences the Law*, 31(4), 506–529.
- Curry, I., Luk, J. W., Trim, R. S., Hopfer, C. J., Hewitt, J. K., Stallings, M. C., Brown, S. A., and TL., W. (2018). Impulsivity dimensions and risky sex behaviors in an at-risk young adult sample. *Arch Sex Behav*, 41(2), 529–36.
- Dayton, C. M. and Macready, G. B. (1988). Concomitant-variable latent-class models. *Journal of the American Statistical Association*, 83(401), 173–178.
- DeGue, S., Massetti, G. M., Holt, M. K., Tharp, A. T., Valle, L. A., Matjasko, J. L., and Lippy, C. (2013). Identifying links between sexual violence and youth violence perpetration: New opportunities for sexual violence prevention. *Psychology of Violence*, 3(2), 140–156.
- Dir, A. L., Coskunpinar, A., and Cyders MA., A. (2014). meta-analytic review of the relationship between adolescent risky sexual behavior and impulsivity across gender, age, and race. *Clin Psychol Rev*, 34(7), 551– 62.
- Dunton, C. A. (2020). Toward an empirically derived classification of sexually aggressive juveniles in a treatment setting. *Violence and Victims*, 35(5), 751–779.
- Dwyer, R. G. and Letourneau, E. J. (2011). Juveniles who sexually offend: Recommending a treatment program and level of care. *Child and*

- Adolescent Psychiatric Clinics of North America*, 20(3), 413–429.
- Dziah, J. J., Lanza, S. T., & Tan, X. (2014). Effect size, statistical power, and sample size requirements for the bootstrap likelihood ratio test in latent class analysis. *Structural equation modeling: a Multidisciplinary Journal*, 21(4), 534–552.
- Ekundayo, O. O. and Babalola, O. B. (2020). Sexual risk behavior: The roles of impulsivity, family type and peer pressure among undergraduate students in Nigeria. *European Review of Applied Sociology*, 13(20), 15–23.
- Falligant, J. M., Alexander, A. A., and Burkhart, B. R. (2017). Offense characteristics and cognitive functioning in juveniles adjudicated for illegal sexual behavior. *Journal of Sexual Aggression*, 23(3), 291–299.
- Fanelli, C. A. (2018). *Comparing Juvenile Sex Offenders and Juvenile Non-sex Offenders in an Adjudicated Group (unpublish doctoral dissertation)*. Fordham University, New York, USA.
- Fanniff, A. M. and Kolko, D. J. (2012). Victim age-based subtypes of juveniles adjudicated for sexual offenses. *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, 24(3), 224–264.
- FBI (2019). Crime in the United States, 2019. Retrieved January 12, 2021 from <https://ucr.fbi.gov/crime-in-the-u.s/2019/crime-in-the-u.s.-2019>
- Finkelhor, D., Ormrod, R., and Chaffin, M. (2009). Juveniles who commit sex offenses against minors. *Juvenile Justice Bulletin*. Retrieved December 12, 2020 from <https://www.ojp.gov/pdffiles1/ojdp/227763.pdf>
- Ford, M. E. and Linney, J. A. (1995). Comparative analysis of juvenile sexual offenders, violent non-sexual offenders, and status offenders. *Journal of Interpersonal Violence*, 10(1), 56–70.
- Fox, B. and Delisi, M. (2018). From criminological heterogeneity to coherent classes. *Youth Violence and Juvenile Justice*, 16(3), 299–318.
- Fox, B. H. (2017). What makes a difference? evaluating the key distinctions and predictors of sexual and non-sexual offending among male and female juvenile offenders. *Journal of Criminal Psychology*, 7(2), 134–150.
- Gamache, D., Diguier, L., Laverdiere, O., and Rousseau, J. (2012). Development of an object relation–based typology of adolescent sex offenders. *Bulletin of the Menninger Clinic*, 76(4), 329–364.
- Goodman, L. A. (1974). Exploratory latent structure analysis using both identifiable and unidentifiable models. *Biometrika*, 61, 215–231.
- Graves, R. B. (1993). *Conceptualizing the youthful male sex offender: A meta-analytic examination of offender characteristic by offense type*. PhD thesis, Unpublished, Utah State University.
- Gunby, C. and Woodhams, J. (2010). Sexually deviant juveniles: Comparisons between the offender and offense characteristics of "child abusers" and "peer abusers." psychology. *Crime Law*, 16(1), 47–64.
- Hackett, S., Phillips, J., Masson, H., and Balfé, M. (2013). Individual, family and abuse characteristics of 700 british child and adolescent sexual abusers. *Child Abuse Review*, 22(4), 232–245.
- Hunter, J. A. (2018). Patterns of sexual offending in juveniles and risk factors. In Ryan, E. P., Hunter, J. A., and Murrie, D. C., (Eds.), *Juvenile sex offenders: A guide to evaluation and treatment for mental health professionals*, pp. 34–53. Oxford University Press, Oxford.
- Hunter, J. A., Figueredo, A. J., Malamuth, N. M., and Becker, J. V. (2003). Juvenile sex offenders: Toward the development of a typology. *Sexual Abuse*, 15(1), 27–48.
- Hunter Jr, J. A. and Becker, J. V. (1994). The role of deviant sexual arousal in juvenile sexual offending: Etiology, evaluation, and treatment. *Criminal Justice and Behavior*, 21(1), 132–149.
- Isaksson, J., Stickley, A., Kuposov, R., and Ruchkin, V. (2018). The danger of being inattentive – ADHD symptoms and risky sexual behavior in Russian adolescents. *European Psychiatry*, 47, 42–48.
- Karsten, T. M. and Dempsey, R. (2018). Neuropsychological risk factors to consider when assessing for sexually abusive youth. *Journal of Child Sexual Abuse*, 27(8), 1–19.
- Kavoussi, R. J., Kaplan, M., and Becker, J. V. (1988). Psychiatric diagnoses in adolescent sex offenders. *Journal of the American Academy of Child & Adolescent Psychiatry*, 27(2), 241–243.
- Kemper, T. S. and Kistner, J. A. (2010). An evaluation of classification criteria for juvenile sex offenders. *Sexual Abuse: Journal of Research and Treatment*, 22(2), 172–190.
- Khurana, A., Romer, D., Betancourt, L. M., Brodsky, N. L., Giannetta, J. M., and Hurts, H. (2012). Early adolescent sexual debut: the mediating role of working memory ability, sensation seeking, and impulsivity. *Dev Psychol*, 48(5), 1416–28.
- Knight, R. A. and Prentky, R. (1993). Exploring characteristics for classifying juvenile sex offenders. In Barbaree, E., Marshall, W. L., and Hudson, S. M., editors, *H*, pages 49–79. Guilford, The Juvenile Sex Offender, New York.
- Lazarsfeld, P. F. and Henry, N. W. (1968). *Latent structure analysis*. Houghton Mifflin, Boston, MA.
- Linzer, D. A. and Lewis, J. B. (2011). polca: An r package for polytomous variable latent class analysis. *Journal of Statistical Software*, 42(10), 1–29.
- Lombardi, K. and Jones, K. (2015). Campus sexual assault statistics don't add up. Retrieved November 12, 2020 from <https://publicintegrity.org/education/campus-sexual-assault-statistics-dont-add-up/>
- Lussier, P., Berg, V. D., C., B. C., and Hendriks, J. (2012). A developmental taxonomy of juvenile sex offenders for theory, research, and prevention: The adolescent-limited and the high rate slow desister. *Criminal Justice and Behavior*, 39(12), 1559–1581.
- Magnusson, B., Crandall, A., and Evans, K. (2019). Early sexual debut and risky sex in young adults: The role of low self-control. *BMC public health*, 19(1), 1–8.

- McCuish, E. C., Lussier, P., and Corrado, R. R. (2016). Criminal careers of juvenile sex and non-sex offenders: Evidence from a prospective longitudinal study. *Youth Violence and Juvenile Justice*, 14(3), 199–224.
- Miller, H. A., Turner, K., and Henderson, C. E. (2009). Psychopathology of sex offenders: A comparison of males and females using latent profile analysis. *Criminal Justice and Behavior*, 36(8), 778–792.
- O'Brien, M. (1991). Taking sibling incest seriously. In Patton, M. Q., editor, *Family Sexual Abuse*, pages 75–92. Sage Publications, Newbury Park, CA.
- O'Brien, M. and Bera, W. (1986). Adolescent sexual offenders: A descriptive typology. *Newsletter of the National Family Life Education Network*, 1, 1–5.
- Oxnam, P. and Vess, J. (2006). A personality-based typology of adolescent sexual offenders using the millon adolescent clinical inventory. *New Zealand Journal of Psychology*, 35(1), 36–44.
- Oxnam, P. and Vess, J. (2008). A typology of adolescent sexual offenders: Millon adolescent clinical inventory profiles, developmental factors, and offence characteristics. *The Journal of Forensic Psychiatry Psychology*, 19(2), 228–242.
- Rasmussen, L. A. (2004). Differentiating youth who sexually abuse: Applying a multidimensional framework when assessing and treating subtypes. *Journal of Child Sexual Abuse*, 13, 57–82.
- Rasmussen, L. A. and Miccio-Fonseca, L. C. (2007). Paradigm shift: Implementing mega, a new tool proposed to define and assess sexually abusive dynamics in youth ages 19 and under. *Journal of Child Sexual Abuse*, 16(1), 85–106.
- Richardson, G., Kelly, T. P., Graham, F., and Bhate, S. R. (2004). A personality-based taxonomy of sexually abusive adolescents derived from the millon adolescent clinical inventory (maci). *British Journal of Clinical Psychology*, 43, 283–298.
- Riser, D. K., Pegram, S. E., and Farley, J. P. (2013). Adolescent and young adult male sex offenders: Understanding the role of recidivism. *Journal of Child Sexual Abuse*, 22(1), 9–31.
- Ryan, E. (2018). Sexual offending in society and the legal system. In Ryan, E. P., Hunter, J. A., and Murrie, D. C., editors, *Juvenile Sex Offenders: A Guide to Evaluation and Treatment for Mental Health Professionals*, pages 1–20. Oxford University Press, Oxford.
- Ryan, E. P. and Otonichar, J. M. (2016). Juvenile sex offenders. *Current psychiatry reports*, 18(7), 67.
- Seto, M. C. and Lalumiere, M. L. (2010). What is so special about male adolescent sexual offending? a review and test of explanations through meta-analysis. *Psychological Bulletin*, 136(4), 526–575.
- Smith, W. R., Monastersky, C., and Deisher, R. M. (1987). Mmpi-based personality types among juvenile sexual offenders. *Journal of Clinical Psychology*, 43, 422–430.
- Thornberry T.P. and Krohn, M.D. (2003) Comparison of self-report and official data for measuring crime. In: J.V. Pepper, and C.V. Petrie, C.V., (eds) *Measurement problems in criminal justice research: workshop summary* (pp 43–94). National Academies Press, Washington, DC.
- Vaughn, M. G., Delisi, M., Beaver, K. M., and Howard, M. O. (2008). Toward a quantitative typology of burglars: A latent profile analysis of career offenders. *Journal of Forensic Sciences*, 53(6).
- Vaughn, M. G., Delisi, M., Beaver, K. M., and Howard, M. O. (2009). Multiple murder and criminal careers: A latent class analysis of multiple homicide offenders. *Forensic Science International*, 183(1-3), 67–73.
- Veneziano, C. and Veneziano, L. (2002). Adolescent sex offenders. *Trauma, Violence, Abuse*, 3(4), 247–260.
- Worling, J. R. (1995). Sexual abuse histories of adolescent male sex offenders: Differences based on the age and gender of their victims. *Journal of Abnormal Psychology*, 104, 610–613.
- Worling, J. R. (2001). Personality-based typology of adolescent male sexual offenders: Differences in recidivism rates, victim-selection characteristics, and personal victimization histories. *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, 13(3), 149–166.
- Yoder, J. R., Leibowitz, G. S., and Peterson, L. (2018). Parental and peer attachment characteristics: Differentiating between youth sexual and non-sexual offenders and associations with sexual offense profiles. *Journal of Interpersonal Violence*, 33(17), 2643–2663.
- Zweig, J. M., Dank, M., Lachman, P., and Yahner, J. (2013). *Technology, teen dating violence and abuse, and bullying*. Urban Institute, Washington, DC.
- Zych, I., Ttofi, M. M., and Farrington, D. P. (2019). Empathy and callous– unemotional traits in different bullying roles: A systematic review and meta-analysis. *Trauma, Violence, Abuse*, 20(1), 3–21.

HOW CITE THIS ARTICLE

Buker H, Cohen A, 'Self-Reported Sexual Aggression among Youths: Exploring the Possible Subtypes' (2023) 11(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 262.

Yasama Dokunulmazlığının İstisnasını Oluşturan Suçların Belirlenmesi Bağlamında Anayasa Mahkemesince Verilen İhlal Kararlarının Yerine Getirilmemesi Sorunu*

Refusing to Abide by Violation Decisions Made by the Constitutional Court in the Context of Determining Crimes That Form the Exception of Legislative Immunity

Adem SÖZÜER¹ 

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

ÖZ

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamında verdiği ihlal kararlarının gereklerinin yerine getirilmesi hukuki bir zorunluluktur. 1982 Anayasasında ve Anayasa Mahkemesi Kanununda da açıkça ifade edilen bu zorunluluğa rağmen, Kadri Enis Berberoğlu örneğinde olduğu gibi, ihlalin sonuçları ortadan kaldırmakla yetkili ilk derece mahkemeleri Anayasa Mahkemesi Kararlarının gereklerini yerine getirmemişlerdir. Anayasa Mahkemesinin Şerafettin Can Atalay (2) kararı da yetkili ve görevli ilk derece mahkemesi tarafından uygulanmamıştır. Ancak bu kez Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararının uygulanmaması farklı bir yöntem ve süreçte ortaya çıkmıştır. Nitekim yetkili ilk derece mahkemesi kendisine gönderilen Anayasa Mahkemesi ihlal kararının gereği olan işlemleri yapmak yerine dosyayı Yargıtay 3. Ceza Dairesine göndermiştir. Söz konusu Ceza Dairesi ise kendisini yetkili ve görevli sayarak “Anayasa Mahkemesi Kararının Uygulanmaması” şeklinde ve birçok yönüyle bir ilk olma özelliği taşıyan bir karar vermiştir. Bunun üzerine Anayasa Mahkemesine başvurulmuş Şerafettin Can Atalay (3) kararında da mahkeme yine ihlal kararı vermiş yerel mahkemem bu kararı da uygulamayarak dosyayı Yargıtay 3. Ceza Dairesine yollamış söz konusu daire de ilk karardaki iddiaları içeren kararını tekrarlamıştır. Bu karar ise TBMM başkanlığına yollanmış orada okunarak Şerafettin Can Atalay’ın milletvekilliği düşürülmüştür. Her yönüyle olağandışı bu süreçle ilgili olarak çalışmamızda özellikle Şerafettin Can Atalay (2) ve Şerafettin Can Atalay (3) kararları bağlamında bireysel başvuru üzerine verilen kararların etkisi ve bağlayıcılığı konusunun yanı sıra yasama dokunulmazlığı ve istisnaları tartışmalarını Anayasa Mahkemesi’nin ilgili içtihatları çerçevesinde inceleyeceğiz. Bu kapsamda Yargıtay 3. Ceza Dairesinin ve Yargıtay Ceza Kurulunun, yasama dokunulmazlığının istisnalarına yönelik olarak geçmiş içtihatlarına da yer verilecektir. Bir karar analizi şeklindeki incelememizin değerlendirme ve sonuç kısmında ise Anayasadaki yasama dokunulmazlığın istisnaları bakımından 14. madde hükmünün doğrudan uygulanmaya elverişli bir nitelikte olup olmadığı, bu madde kapsamında sayılacak suçların yorum yoluyla belirlenmesinin kanunilik ilkesiyle bağdaşıp bağdaşmadığını irdeleyecek, bireysel başvuru kararlarının etkin biçimde hayata geçirilmesi konusundaki önerilerimize yer vereceğiz.

ABSTRACT

Fulfilling the requirements of violation decisions rendered by the Constitutional Court within the scope of an individual application is a legal obligation. Despite this obligation being clearly stated in the 1982 Constitution and Constitutional Court Law, as exemplified in the case of Kadri Enis Berberoğlu, the first-instance courts that authorize eliminating the consequences of such violations fail to fulfill the requirements of the Constitutional Court’s decisions. The Constitutional Court’s decision regarding Şerafettin Can Atalay (2) has also not been implemented by the competent and authorized first-instance court. This time, however, the failure to implement the Constitutional Court’s decision regarding an individual application had emerged through a different method and process. Indeed, instead of performing the necessary procedures indicated by the violation decision the Constitutional Court had issued, the competent first-instance court forwarded the file to the 3rd Criminal Chamber of the Court of

*Not: Makalenin değerlendirme, hakem ve karar süreçlerinde Baş Editör yer almamış, ilgili süreçler Baş Editör Yardımcıları ve diğer yazı kurulu üyeleri tarafından yürütülmüştür. Note: The Editor-in-Chief was not involved in the evaluation, peer-review and decision processes of the article. These processes were carried out by the Co-Editor-in-Chief and the other members of the editorial management board.

Corresponding Author: Adem SÖZÜER E-mail: asozuer@istanbul.edu.tr

Submitted: 17.12.2023 • Revision Requested: 25.12.2023 • Last Revision Received: 19.02.2024 • Accepted: 23.02.2024



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

Cassation. Deeming itself competent and authorized, this Criminal Chamber issued a decision titled “Non-Implementation of the Constitutional Court Decision” and contains several aspects in terms of being a precedent. Due to this particular circumstance, the study will examine not only the impact and binding nature of the decisions the Constitutional Court renders regarding an individual application within the context of the Şerafettin Can Atalay (2) Decision but also the discussions regarding legislative immunity and its exceptions in light of the relevant precedents of the Constitutional Court. In this context, study will also include the past precedents of the 3rd Criminal Chamber of the Court of Cassation and the Criminal Chamber of the Court of Cassation regarding exceptions to legislative immunity. This paper’s evaluation and conclusion section takes the form of a decision analysis examining whether Article 14 of the Constitution is directly applicable in terms of the exceptions to legislative immunity, as well as whether using interpretation to determine the crimes to be considered within the scope of this Article is compatible with the principle of legality. Furthermore, the study will provide recommendations regarding the effective implementation of individual application decisions.

Anahtar Kelimeler: Anayasa mahkemesi, bireysel başvuru, yasama dokunulmazlığı, anayasa mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı
Keywords: Constitutional court, individual applications, binding effect of constitutional court decisions

EXTENDED ABSTRACT

In Türkiye, the individual right to appeal to the Turkish Constitutional Court was introduced into the Turkish legal system through Law 5982 dated September 12, 2010, by amending Arts. 148 and 149 of the Turkish Constitution. These amendments ushered in a new era in the Turkish legal system. Matters such as identifying the scope of individual appeals to the Constitutional Court, the persons who have the right to appeal, and the procedures for such appeals were clarified through Arts. 45-51 of Law No. 6216 on the Establishment and Procedural Rules of the Constitutional Court dated March 30, 2011.

Alongside individuals becoming able to lodge complaints to the Turkish Constitutional Court, the constitutional court began to investigate cases of rights being violated by persons and institutions using public authority on September 23, 2012. Since this date, anyone can appeal individually to the Turkish Constitutional Court if they claim that their fundamental rights and freedoms that are protected by the Turkish constitution and that fall under the protection of the European Convention on Human Rights are being violated by public authorities. Accordingly, not all fundamental rights and freedoms protected by the Constitution can be the subject of an individual application: only those protected both by the main text of the European Convention on Human Rights (ECHR) as well as by the Additional Protocols to the ECHR, to which Türkiye is a party.

As regulated in the Constitution of the Republic of Türkiye, the individual complaint to the Constitutional Court is modeled on the individual complaint to the European Court of Human Rights (ECtHR). The route of individual complaints to the Constitutional Court in Türkiye is a relatively new legal route. However, when looking at the decisions of the Constitutional Court, these decisions are seen to mostly be in line with the case law of the ECtHR and to aim to effectively protect human rights and freedoms without unlawful factors or pressure.

According to Para. 3 of Art. 148 of the Constitution and Para. 1 of Art. 45 of Law No. 6216, anyone may apply to the Turkish Constitutional Court if they claim that their fundamental rights and freedoms as protected by the Constitution and as also guaranteed by the ECHR and its protocols to which Türkiye is a party are being violated by authorities. Para. 1 of Art. 148 of the Constitution gives the Turkish Constitutional Court the power and duty to decide on these applications. According to Para. 6 of Art. 49 of Code No. 6216, the Turkish Constitutional Court’s examination of individual complaints is limited to the question of “whether a fundamental right has been violated” and “how such a violation can be remedied”.

According to Art. 148 of the Constitution and Article 49 of Law No. 6216, the issues to be considered on appeal cannot be examined in individual petitions. According to Article 50 of this law, in the case of a judgment of infringement, no substantive review can be made while deciding on the measures to be taken to remedy the infringement and its consequences.

These provisions should be evaluated together using the Turkish Constitutional Court’s power and duty to decide on individual applications as regulated in Paras. 1 and 3 of Art. 148 of the Constitution. Within the scope of this duty, the Turkish Constitutional Court is obliged to examine and decide on individual complaints alleging violations of fundamental rights and freedoms under the common protection of the Constitution and the ECHR. The Turkish Constitutional Court conducts this examination in accordance with the guarantees of the fundamental rights and freedoms enshrined in the Constitution.

The Code gives the Turkish Constitutional Court wide discretion in determining how to remedy the violation and its consequences. The only limitation is the provision at the end of Para. 1 of Art. 50 of Code No. 6216, which states that the Turkish Constitutional Court cannot decide as an administrative regarding an act or process. Accordingly, this limitation states that the Turkish Constitutional Court cannot act in place of the administration when deciding on how to remedy a violation and its consequences. When considering the nature of individual applications, this restriction applies not only to the administration but

also to the legislative and judicial bodies. The court decides how to remedy the violation and its consequences and forwards the decision to the competent authorities so that they can take the necessary measures.

In this context, the Turkish Constitutional Court generally leaves the competent authorities a margin of discretion as to how and by what means a violation and its consequences are to be remedied. The competent authority then takes into account the nature of the violation decision and takes the necessary steps to remedy this violation and its consequences. In some cases, the Turkish Constitutional Court may determine the principles of how and by what means a violation and its consequences shall be remedied by considering the characteristics of the specific case. In such a case, the competent authorities should act in accordance with these aforementioned principles. In exceptional cases, the nature of a violation that has been decided to have occurred may leave the competent authorities with only one possibility: eliminate the consequences of the violation. In this case, the Turkish Constitutional Court clearly indicates the measures to be taken to eliminate the violation and its consequences, and then the competent authority takes these measures.

According to Art. 2 of the Constitution, the Republic of Türkiye is a constitutional state. The court decisions on how to settle disputes cannot be considered non-binding in a state governed by the rule of law. In fact, the last paragraph of Art. 138 of the Constitution states that the legislative and executive bodies as well as the administration are obliged to comply with court decisions.

Giriş

Bireysel Başvuru üzerine Anayasa Mahkemesinin Şerafettin Can Atalay (2) hak ihlali kararının yetkili yerel mahkemece yerine getirilmemesi ve Yargıtay 3. Ceza Dairesinin “Anayasa Mahkemesi Kararının Uygulanmaması” gibi örneği olmayan bir karar vermesi sürecini hukuki perspektiften incelemeyen önce, bu süreci başlatan milletvekili dokunulmazlığı ve istisnaları tartışmasına giriş bölümünde değinmek faydalı olacaktır. Anayasa Mahkemesi, seçimden önce veya seçimden sonra suç işlediği iddia edilerek bir milletvekili hakkında ceza muhakemesine ilişkin, yakalama, sorgulama tutuklama ve yargılama gibi işlem veya tedbirlerin uygulanması için, hangi hallerde Meclis kararının gerektiği hangi hallerin ise Anayasanın 83. maddesinin atıfta bulunduğu 14. maddesi kapsamında kabul edilip Meclis kararına gerek olmadığı konusunu aşağıda değineceğimiz çeşitli bireysel başvuru kararlarında ele almıştır. Anayasa’nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*” ibaresinin kapsamına hangi suçların girdiği konusunda *kanun koyucu kanuni bir düzenleme yapmadığı sürece*, yargı organları tarafından gerçekleştirilen yorumlarla “*belirlilik ve öngörülebilirlik*” sağlamanın mümkün olmadığını vurgulayan Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 14. maddesinin yasama dokunulmazlığına yönelik doğrudan bir istisna içermediğini ifade etmektedir. Temel hakların kullanılmasının durdurulması başlığı altındaki 14. maddede, temel hakların kötüye kullanılmasının korunmayacağı gerek temel hakları kötüye kullananlar gerekse temel hakları yok eden veya temel hakları genişçe sınırlandırmayı amaçlayan faaliyette bulunmayı mümkün kılan şekilde yorumlayanların yaptırımının kanunla düzenleneceği öngörülmektedir. Anayasa’nın bu normunun parlamentoya yönelik bir görevi de içerdiğine işaret eden Anayasa Mahkemesi, Kanun Koyucunun, Anayasanın 14. maddesinin 3. fıkrası gereği hem temel hakları kötüye kullanmak isteyenler hakkında maddi ceza hukuku düzenlemesi yapması, hem de 83. maddedeki atıf dolayısıyla yasama dokunulmazlığının istisnasını oluşturan hallerin kanunla düzenlemesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu nedenle AYM, yargı organlarının Anayasayı yorumlayarak milletvekillerinin Anayasasının 14. maddesi kapsamında bir suç işledikleri gerekçesiyle, onları yasama dokunulmazlığından yararlandırmayıp tutukluluklarını sona erdirmemeleri ve durma kararı vermeyip kovuşturmayı sürdürmeleri, AYM seçilme ve siyasi faaliyette bulunma ile kişi özgürlüğü ve güvenliği haklarının ihlali olduğuna hükmetmektedir.

Anayasa Mahkemesi ilgili kararlarında ayrıca Anayasa’nın 67. maddesinde güvence altına alınan seçme ve seçilme, siyasi faaliyette bulunma hakkı dikkate alınarak Anayasa’nın 83. maddesine getirilen istisnaların dar ve özgürlük lehine yorumlanması gerektiğini ifade etmekte (Bkz. *Ömer Faruk Gergerlioğlu [GK]*, B. No: 2019/10634, 1/7/2021, para. 66) ve 83. maddede yer alan yasama dokunulmazlığı ilkesinin iki hususu koruduğunu vurgulamaktadır: Bunlardan ilki yasama dokunulmazlığı kuralının temsili demokrasi ilkesini korumakta olduğudur. (Bkz. AYM, E.2017/124, K.2018/9, 14/2/2018; *Kadri Enis Berberoğlu (2)*, para. 75). İkinci olarak bu kural ile yasama organında azınlıkta kalan milletvekillerinin keyfi bir ceza soruşturması ile yasama çalışmalarını yapmaktan ve siyasi faaliyette bulunma hakkından mahrum bırakılmasının önlenmesi ve böylece halkın iradesinin eksiksiz gerçekleşmesinin sağlanması amaçlanmaktadır (Bkz. AYM, E.1994/21, K.1994/40, 21/3/1994; *Kadri Enis Berberoğlu (2)*, para. 74).

Anayasa Mahkemesi bu içtihadını Şerafettin Can Atalay (2) başvurusunda da sürdürmüş olup, 14.05.2023 tarihinde yapılan milletvekili genel seçiminde milletvekili seçilen Şerafettin Can Atalay’ın yasama dokunulmazlığından yararlanması gerektiğini ve bu nedenle Meclisin kararı olmadıkça hakkında tutulma, sorgulama, tutuklama ve yargılama yapılamayacağını ifade etmiştir. Anayasa’nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen ceza muhakemesine ilişkin bu soruşturma ve kovuşturma yasalarına rağmen, milletvekili Şerafettin Can Atalay hakkındaki ceza davası ve tutukluluğun sürdürülmesini önceki kararlarda olduğu gibi seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarına müdahale niteliğinde görülmüştür. Mahkemeye göre bu haklara müdahalenin, Anayasa’da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin şartlar yerine getirilmeden yapılması, Anayasa’nın 13. maddesini ihlal edecektir. Anayasanın 13. maddesine göre kişi hak ve özgürlükleri ancak özlerine dokunulmadan Anayasa’nın ilgili hükümlerinde öngörülen nedenlerle bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar ise hem Anayasa’nın sözü ve ruhuna hem de demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine hem de ölçülülük ilkesine aykırı olamayacaktır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 83. maddesinin ikinci fıkrasındaki dokunulmazlığa istisna getiren Anayasanın 14. maddesindeki “durumların” kişi hak ve özgürlüklerine müdahale olduğunu ve belirlenmeden uygulama yapılmasının hak ihlaline neden olacağını bir kez daha ifade etmiştir. Çünkü Anayasa’nın md.83, f.2 atfındaki “14’üncü maddedeki durumlar” yasama dokunulmazlığına istisna getirmekte ve milletvekili Meclis kararı olmadan, sorgulama, tutuklama ve yargılama gibi ceza muhakemesi işlem ve tedbirlerine maruz kalacaktır.

Anayasa Mahkemesi, Ömer Faruk Gergerlioğlu başvurusundaki ihlal gerekçelerini, Şerafettin Can Atalay (2) kararında da “*Yargı Kararları ile Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar belirlenemez*” “*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar İbaresindeki Belirliliği Sağlama Görevi Kanun Koyucundur*” “*Kötüye Kullanmalara Karşı Güvencelerin Varlığı*” “*Anayasa’nın 14. Maddesinin Kapsamı ve Sağladığı Koruma*” “*Kanunilik Kapsamında Ulaşılan Sonuçlar*” başlıkları altında büyük ölçüde tekrarlamıştır. Gergerlioğlu kararında olduğu gibi Anayasa Mahkemesi, Şerafettin Can Atalay (2) Kararında da “*mahkemelerce yapılması gereken, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkını koruyan temel güvencelere sahip, belirliliği ve öngörülebilirliği sağlayan anayasal veya yasal bir düzenleme yapılmadığı müddetçe, başvuru hakkında TBMM tarafından dokunulmazlığın kaldırıldığına dair karar alınuncaya kadar yargılamada durma kararı verip başvurusunun tahliye edilmesine hükmetmekten ibaret*

olduğunu” ifade ederek *"anayasal veya yasal bir düzenleme"* gereğinin yerine getirilmediği sürece mevcut hukuki durumda *"milletvekillerinin dokunulmazlığının ancak TBMM tarafından kaldırılmasının mümkün olduğunu"* vurgulamıştır. Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen *"Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar"* ifadesi nedeniyle *"ortaya çıkan yapısal sorunu"* ortaya koyduğunu ifade eden Anayasa Mahkemesi, kamu gücü kullanan makamların Anayasa Mahkemesince tespit edilen ihlale sebep olan sorunları giderme yükümlülüğü altında olduklarına dikkat çekerek, Yargıtay 3. Ceza Dairesi tarafından Anayasa Mahkemesi içtihadına aykırı kararlar verilmesini *"benzer ihlalleri önleme yükümlülüğüne"* aykırı bir davranış olarak nitelemiştir.

Konuyla ilgili Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurulardaki önceki kararların gerekçelerinin büyük ölçüde tekrarlandığı Şerafettin Can Atalay (2) kararında da Anayasa'nın 67. maddesinde öngörülen seçilme ve siyasi etkinlikler göstermeyi güvence altına alan hükümler ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Bu sonucun bir gereği olarak Anayasa Mahkemesi Şerafettin Can Atalay (2) ile ilgili verdiği ihlal kararının gereklerini yerine getirmek üzere kararını Şerafettin Can Atalay'ı yargılayan İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi'ne göndermiştir. Belirtmemiz gerekir ki, çeşitli tartışmalara ve Kadri Enis Berberoğlu Kararının uygulanmasının yerel mahkemece sürüncemede bırakılmasına rağmen, Anayasa Mahkemesinin konuyla ilgili kararları esas itibarıyla uygulanmış ve söz konusu hak ihlali kararlarına konu olan kişiler milletvekili olarak TBMM'deki görevlerini sürdürmüşlerdir. Bu duruma rağmen, Anayasa Mahkemesinin kararlarını uygulaması gereken ilk derece mahkemelerinde bir tür *"direnme"* kararları verilmesi, çok sayıda ihlal kararının gereği olarak Kanun Koyucunun Anayasanın 14. maddesi kapsamına girecek ve meclis kararı olmadan hem soruşturulacak hem de kovuşturulacak suçları belirleyen kanuni bir düzenleme yapmaması, ciddi bir sorundu.

Ancak TBMM'de kanuni bir düzenlemeyle belirli bir ölçüde çözümlenecek bu sorun, Yargıtay 3. Ceza Dairesinin, Şerafettin Can Atalay (2) kararı konusundaki *"Anayasa Mahkemesi Kararının Uygulanmaması"* şeklinde bir karar vermesiyle kamuoyunda da *"devlet krizi"* olarak adlandırılan bir nitelik kazanmıştır. Kararın gereklerini yerine getirilmemesi üzerine, yeniden Anayasa Mahkemesine başvurulmuş, mahkeme 21 Aralık 2023 tarihinde Şerafettin Can Atalay (3) kararı ile yeniden ihlal kararı vermiştir. Bu kararın gönderildiği İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi yine kararı uygulamamı ve dosyayı Yargıtay 3. Ceza Dairesi'ne göndermiştir. Yargıtay 3. Ceza Dairesi 29.12.2023 tarihinde dosyayı mütalaa vermesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na göndermiştir. Gerek Başsavcılık 02.01.2024 tarihli mütalaaasında gerek Yargıtay 3. Ceza Dairesi 03.1.2024 tarihli kararından önceki görüş ve kararlarını tekrarlamışlardır. Yargıtay 3. Ceza Dairesi 03.1.2024 tarihli *"Anayasa Mahkemesi Kararının Uygulanmaması"* şeklindeki kararını TBMM başkanlığına yollamış, bu karar konuyla ilgili Anayasa, TBMM İç Tüzüğü ve teamüller göz ardı edilerek TBMM Genel Kurulunda okunmuş ve Şerafettin Can Atalay'ın milletvekilliği düşürülmüştür.

Anayasa Mahkemesinin Şerafettin Can Atalay (2) ve Şerafettin Can Atalay (3) Şerafettin Can Atalay (2) kararlarında hak ihlali yönünde oy kullanan üyeleri hakkında *"suç duyurusu"* talebi ile *"Anayasa Mahkemesi Kararının Uygulanmaması"* şeklindeki hüküm cümlesini içeren kararlar sadece içeriği bakımından değil, süreçteki Yerel Mahkeme ve Yargıtay Başsavcılığı da dahil olmak üzere bu merciler arasındaki yazışma ve uygulanan usuller bakımından da olağandışı bir nitelik arz etmektedir.¹

Bu nedenle *Yasama Dokunulmazlığının İstisnasını Oluşturan Suçların Belirlenmesi Bağlamında Anayasa Mahkemesince Verilen İhlal Kararlarının Yerine Getirilmemesi* konulu bu çalışmamızda, Anayasa Mahkemesinin Şerafettin Can Atalay (2) kararı sonrası, kararı uygulaması gereken İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlık ve Heyeti ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ve Yargıtay 3. Ceza Dairesinin yazışma ve işlemlerine kronolojik olarak yer vererek, mevzuatta öngörülmeyen bu işlem ve usullerin hukuken nasıl anlamlandırılabileceğini irdeleyeceğiz. Bunun yanı sıra karar incelemesi niteliğindeki makalemizde Şerafettin Can Atalay (2) kararı ile bu karara konu olan sorunlarla ilgili Enis Berberoğlu ve Ömer Faruk Gergerlioğlu kararlarını da analiz ederek Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarının bağlayıcılığı konusunu ele alacağız. Anayasa Mahkemesinin *"yargısal aktivizm"* ve *"yerindelik"* denetimi yaptığı, delilleri değerlendirerek *"süper temyiz mahkemesi"* gibi bir faaliyet gösterdiği yolundaki görüşleri de değerlendireceğimiz çalışmamızda irdeleyeceğimiz ana meselelerden biri, yasama dokunulmazlığının istisnası olarak Anayasanın 14. maddesi kapsamının belirliliği konusundaki tartışmalardır.

Anayasa mahkemesindeki azınlık görüşü ve kimi Yargıtay kararları ile bazı yazarlar Anayasanın 14. maddesindeki suçlar teker teker sayılmasa bile, burada genel bir çerçeve ile çeşitli kavram ve ilkelerin yer aldığını, uygulamanın bu çerçeveyi doldurabileceğini ileri sürmektedir. Buna karşılık bir iki istisna dışında öğretide yüksek ağırlıktaki görüş ve Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 14. maddesinin yasama dokunulmazlığı için gereken güvenceleri taşımadığını ve hakların ancak kanunla sınırlanabileceğini öngören Anayasa'nın 13. maddesinin gereğinin yerine getirilerek dokunulmazlığın istisnasını oluşturan suçların belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Biz bu görüşleri de inceleyerek kendi görüşümüzü ve sorunun çözümüne ilişkin önerilerimizi ortaya koyacağız.

¹ Şerafettin Can Atalay tarafından, 25.10.2023 tarihinde verilen Şerafettin Can Atalay Başvurusu (2) kararından önceki bir tarihte, başka bir olay hakkında, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı konusunda, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulmuştur. (Bkz: Anayasa Mahkemesi, Şerafettin Can Atalay Başvurusu, 2021/9387, 19.01.2023.) Bu nedenle ilk başvuruya ilişkin karar Şerafettin Can Atalay Başvurusu olarak; bu çalışmamızda incelediğimiz olaylar hakkındaki ikinci ve üçüncü başvuruya ilişkin kararlar ise Şerafettin Can Atalay Başvurusu (2) ve Şerafettin Can Atalay Başvurusu (3) adlandırılmaktadır.

I. Anayasa Mahkemesinin Şerafettin Can Atalay (2) Kararı ve Uygulanmaması Sürecindeki Kararlar ve Milletvekilliğine Son Verilmesi Süreci

Şerafettin Can Atalay, İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 25.04.2022 tarihinde verilen karar ile Türk Ceza Kanunu'nun 312. maddesinde düzenlenen "Türkiye Cumhuriyeti hükümetini ortadan kaldırmaya teşebbüs etmeye yardım" suçunu işlediği sabit bulunarak 18 yıl hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Bu karara karşı, istinaf yoluna gidilmiş, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesi tarafından 28.12.2022 tarihinde verilen karar ile bu başvurunun esastan reddedilmiştir. Bu karara karşı temyiz kanun yoluna başvurulmuş, dosya tebliğname düzenlenmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmiştir. Bu sırada Şerafettin Can Atalay, 14.05.2023 tarihinde yapılan milletvekili genel seçimlerinde milletvekili seçilmiştir. Bunun üzerine Can Atalay'ın yasama dokunulmazlığı kazandığı gerekçesiyle Anayasa'nın yasama dokunulmazlığını düzenleyen 83. maddesi uyarınca durma kararı verilerek tahliye edilmesi Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nden talep edilmiştir. Bu talep, Yargıtay 3. Ceza Dairesi tarafından 13.07.2023 tarihli karar ile reddedilmiştir. Bu karara karşı Şerafettin Can Atalay tarafından yapılan itiraz da Yargıtay 4. Ceza Dairesi tarafından incelenerek 17.07.2023 tarihinde kesin olarak reddedilmiştir.²

Şerafettin Can Atalay, 20.07.2023 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Söz konusu bireysel başvuruda, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ve kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddia ileri sürülmüştür. Bu bireysel başvuru inceleme aşamasındayken, Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 28. 09. 2023 tarihli kararı ile Şerafettin Can Atalay hakkındaki mahkûmiyet hükmünün onanmasına karar verilmiş ve mahkûmiyet hükmü kesinleşerek Şerafettin Can Atalay hükümlü sıfatını almıştır.³

Anayasa Mahkemesi tarafından 25.10.2023 tarihinde, bu bireysel başvuru (Şerafettin Can Atalay Başvurusu 2)⁴ hakkında, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı yönünden hak ihlali kararı verilmiştir. Bu kararın bir gereği olarak Anayasa Mahkemesi hak ihlallerinin ortadan kaldırılması amacıyla yeniden yargılama yapması için kararını mahkûmiyet hükmüne veren ilk derece mahkemesi olan İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesine göndermiştir.⁵

Anayasa Mahkemesi kararının İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesine gelmesinden sonra mahkeme heyet olarak toplanıp bir karar vermesi gerekirken, bu gereklilik yerine getirilmemiştir. Buna karşılık mahkeme başkanı tek imzalı olarak "Yargıtay 3. Ceza Dairesine Gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına" başlıklı 13.10.2023 tarihli bir yazı kaleme almıştır. Anayasa Mahkemesinin kararı 25. 10. 2023 tarihli olmasına karşılık 13. Ağır Ceza Mahkemesinin yazısındaki tarihin 13.10.2023 olması dikkat çekicidir. Sehven olması muhtemel tarih yanlışlığını içeren yazının sonuç bölümünde ise, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen hak ihlali kararının, "13. Ağır Ceza Mahkemesinin kararına ilişkin olmadığı, dosyanın bireysel başvuru sonrasında Yargıtay Dairesi tarafından esas yönünden incelenerek karar verildiği, bu nedenle de yeni bir hukuki durumun oluştuğu" ileri sürülerek, dosya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmiştir.⁶

Bu yazı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının herhangi bir işlemi olmaksızın, Yargıtay 3. Ceza Dairesine gelmiş ve Yargıtay 3. Ceza Dairesi de 01.11.2023 tarihinde "İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına" başlıklı bir yazı yazmıştır. Bu yazının sonuç bölümünde ise, İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesinin yazısında belirtilen talep konusu ile ilgili olarak "Dosyanın müzekkere ile değil İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi heyetince karar verilerek karara rapten" Yargıtay 3. Ceza Dairesine gönderilmesi istenmiştir.

Daha sonra yine aynı gün yani 01.11.2023 tarihinde, İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi "Ek karar" başlıklı bir yazı hazırlamış, bu yazıda "asil karar tarihi" olarak ise 25.04.2022 yani mahkûmiyet hükmünün verildiği tarih belirtilmiştir. "Ek karar" başlıklı yazının gerekçesinde ise, Mahkeme Başkanının önceki yazısındaki sonuç bölümü aynen tekrarlanmış ve dosya Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararı hakkında bir karar verilmek üzere Yargıtay 3. Ceza Dairesine gönderilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, ileride değineceğimiz gibi, Yargıtaya yönelik olarak İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi Başkanının tek

² Yargıtay 3. Ceza Dairesine göre, "saniğin üzerine atılı cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs etme suçu, yasama dokunulmazlığının istisnasını düzenleyen Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında yer almaktadır. Soruşturmasına seçimden önce başlanmış olması dikkate alındığında Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca yasama dokunulmazlığından faydalanılamayacaktır."

³ Belirtmek gerekir ki, söz konusu mahkûmiyetin konusu olan dava ile ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türkiye'ye karşı hak ihlali kararları vermiştir. Türkiye Can Atalay ile aynı davada yargılanan Osman Kavala ile ilgili kararlarını uygulamamaktadır. AIHM kararlarının gereklerinin yerine getirilmesi durumunda Türk Ceza Kanunu'nun 312. maddesinden dolayı Osman Kavala'nın fail, Tayfun Karaman, Çiğdem Mater ve Can Atalay'ın yardım eden olarak mahkûm edildiği davanın bu mahkûmiyetle sonuçlanması hukuken mümkün olmayacaktı. Kararla ilgili bilgi ve değerlendirmeler için bkz: Dilaver Nişancı, "AIHM Kararları Işığında Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (AIHM m. 5) ve Bu Hakkın İfade Özgürlüğü (AIHS m. 10) ile Amaçta Saptırma Yasağı (AIHS m. 18) Açısından İrdelenmesi", (2021) 26 (44) DÜHFD 37-74.; Erkan Duymaz, "Özgürlük ve Güvenlik Hakkı İhlalleri Serisinde Yeni Perde: AIHM'nin Kavala/Türkiye Kararı Üzerine Kısa Bir Değerlendirme", (2019) 8 (16) Anayasa Hukuku Dergisi 479-490.

⁴ Anayasa Mahkemesi, Şerafettin Can Atalay başvurusu (2), 2023/53898, 25.10.2023.

⁵ Anayasa Mahkemesi hüküm fıkrası özetle, "hak ihlallerin ortadan kaldırılması amacıyla başvurucu Şerafettin Can Atalay'ın yeniden yargılanmasına başlanması, mahkûmiyet hükmünün infazının durdurulması, ceza infaz kurumundan tahliyesinin sağlanması ve yeniden yapılacak yargılamada durma kararı verilmesi şeklindeki işlemlerin yerine getirilmesi için bu ihlal kararının bir örneğinin İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi'ne gönderilmesi" şeklindedir.

⁶ Yazıdaki temel gerekçe şu şekildedir: "Anayasa Mahkemesince verilen bireysel başvuruya konu ihlal kararı Mahkememiz kararına ilişkin olmayıp, Yargıtay ilgili Ceza Dairesince verilen tahliye talebinin reddi kararına ilişkin olduğu, dosyanın ilgili Daire önünde bulunduğu sırada başvuru milletvekili seçildiği ve bireysel başvuruya konu ihlalin bu Dairenin kararından kaynaklandığı, ayrıca bireysel başvuru yapıldıktan sonra ilgili Ceza Dairesince dosyanın esastan incelendiği ve karara bağlandığı, bu sebeple oluşan yeni hukuki durum karşısında Yargıtay 3. Ceza Dairesince yeni bir değerlendirme yapılmasının zorunlu olduğu anlaşıldığından, dosyanın Yargıtay 3. Ceza Dairesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine"

başına kaleme aldığı yazı ve heyetin “Ek karar” başlıklı karar göndermeleri gibi bir usul Ceza Muhakemesi Kanunu ve diğer mevzuatta öngörülmemiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından ise başsavcılığın tebliğname⁷ usulü ve biçiminden farklı olarak “konu ve ilgi” belirtilmeksizin 03.11.2023 tarihli “mütalaa” adı altında bir yazı Yargıtay 3. Ceza Dairesine gönderilmiştir. Söz konusu “mütalaa” özetle, Anayasa Mahkemesinin Şerafettin Can Atalay (2) hakkındaki kararında, adli yargı makamları tarafından Türk Ceza Kanunu ve Terörle Mücadele Kanunu kapsamındaki düzenlemelere dayalı gerçekleştirilen yargılama sürecinin yerinde olmadığı ve sürecin tümüyle hükümsüz sayıldığı ileri sürülmüştür. Yargıtay Başsavcılığı mütalaaasında ayrıca, Anayasa Mahkemesinin “yargısal aktivizm” içinde olduğu ve “yerindelik” denetimi yaptığı iddia edilerek, bu durumun “kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık” oluşturacağı ifade edilmiştir. Başsavcılık, Anayasanın 14. maddesinin belirsiz olmadığı ve dokunulmazlık istisnası kapsamına giren suçların sınırlı bir şekilde gösterilmemesinin “kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olduğu” varsayımından hareketle “başvurucunun mahkumiyetine ilişkin suçun devlet güvenliğine karşı işlenen suçlardan olduğu ve 14. madde çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği” sonucuna varmaktadır.⁸

Yargıtay 3. Ceza Dairesi tarafından 08.11.2023 tarihinde, Anayasa ve Kanunlarda hangi düzenlemeler kapsamında kendini yetkili gördüğüne ilişkin bir açıklama yapmadan hukukumuzda bir ilk olarak “Anayasa Mahkemesinin Kararını Uygulamama” şeklinde bir karar verilmiştir. Söz konusu bu “uygulamama” kararında Yargıtay 3. Ceza Dairesi Anayasa Mahkemesi üyelerine karşı eleştirilerde bulunarak, Anayasa Mahkemesinin Şerafettin Can Atalay’a yönelik vermiş olduğu ihlal kararında değindiği Anayasa Mahkemesi kararlarının objektif işlevi ve yasal dayanaklarının bulunmadığı, doktrinde bile tartışmalı bir konu olduğu ileri sürülmüştür. Diğer yandan, Anayasa Mahkemesi üyelerinin bu ihlal kararında, Yargıtay 3. Ceza Dairesi üyelerini “ihmal suçunu işlemişlerdir” şeklinde tehdit ettiklerini ancak asıl suç işleyen hak ihlalinin kabulü yönünde oy kullanan ilgili Anayasa Mahkemesi üyeleri olduğu iddia edilmiş ve Anayasa Mahkemesinin bu üyeleri hakkında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunmuşlardır. Bu kararın gerekçesi ise şöyle ifade edilmiştir: “Anayasa Mahkemesi, Yargıtay gibi yüksek bir mahkemenin kararını her türlü hukuka aykırılık sorunu yönünden inceleyebilecek olan bir süper temyiz makamı olmadığı halde, temyiz mahkemesi olan Daire kararını, yeniden yargılama görüntüsü altında dosyanın esasına da girip, adeta bozmak suretiyle kendisine yasal dayanaktan yoksun, gereğinden fazla ve yasal yetkisini aşacak şekilde anlam yüklemiştir. Bu nedenlerle de Anayasa Mahkemesi’nin anılan kararına uyulmaması yönünde karar alınmıştır.”⁹

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının Anayasa Mahkemesi Üyeleri hakkındaki suç duyurusuyla ilgili olarak ise, bir savcı görevlendirerek konuyla ilgili mevzuat incelemesi yaptırıldığı ve bunun akabinde Başsavcının hazırlayacağı dilekçeyi Anayasa Mahkemesine sunacağı ileri sürülmüştür.¹⁰

Yargıtay 3. Ceza Dairesinin “Anayasa Mahkemesi Kararını Uygulamama” kararına karşı Şerafettin Can Atalay’ın müdafileri tarafından itiraz edilmiştir. Ancak itirazı inceleyen Yargıtay 4. Ceza Dairesi, bu itiraza ilişkin olan Yargıtay 3. Ceza Dairesinin bu kararının Ceza Muhakemesi Kanununda gösterilen itiraz olunabilecek kararlardan olmadığı gerekçesiyle, karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir. Yargıtay 4. Ceza Dairesinin¹¹ bu kararına Dairenin iki üyesi muhalefet etmiş ve görüşlerinde Anayasa Mahkemesinin Can Atalay hakkındaki kararının gereklerinin yerine getirilmesini ifade etmişlerdir. Tüm bu süreçte Gerek Cumhurbaşkanlığı gerek Adalet Bakanlığı Yargıtay 3. Ceza Dairesini destekleyen açıklamalarda bulunmuşlardır¹².

II. Anayasa Mahkemesinin Şerafettin Can Atalay (3) Kararı ve Uygulanmama Süreci ile Başvurucunun Milletvekilliğine Son Verilmesi

Anayasa Mahkemesinin Şerafettin Can Atalay (2) kararının yerine getirilmemesi nedeniyle Anayasa Mahkemesine yeni bir başvuruda daha bulunulmuştur. Bu başvuruda Anayasa Mahkemesinin ihlal kararının uygulanmaması dolayısıyla Atalay’ın hem seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının hem de cezanın infaz edilmeye devam edilmesi dolayısıyla kişi özgürlüğü ve güvenliği

⁷ Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ceza muhakemesinde ilk derece ve bölge adliye mahkemesi kararlarına karşı temyiz başvurusunda bulunulması halinde bir hukuki görüşü 2797 sayılı Yargıtay Kanunu’nun 28. maddesi uyarınca hazırlamakta olup, bu görüş Kanunda “tebliğname” olarak adlandırılmıştır.

⁸ Mütalaaada belirtilen görüş şu şekilde temellendirilmiştir: “Somut olayda da, Şerafettin Can Atalay’ın, 2013 yılında işlediği suç nedeniyle soruşturma ve kovuşturmayla milletvekili seçilmesinden çok önce başladığı, mahkumiyetine esas sevk ve uygulama maddelerinin TCK’nın 312. Maddesi kapsamında kalan suçla ilişkin olduğu anlaşıldığından, seçilmeden önce bu madde kapsamında suç işleyen milletvekili, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 83/2 maddesinde öngörülen yasama dokunulmazlığından yararlanamayacaktır. Anayasanın 14. maddesinde madde kapsamına giren suçların tahdidli olarak sayılmaması, kanun koyucunun bilinçli tercihidir. Hükümlünün mahkumiyetine konu suç ve eylemleri Devlet güvenliğine karşı işlenen suçlardandır ve madde kapsamına girmeyeceğini düşünmek mümkün değildir. Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 28.09.2023 tarih, 2023/12611 Esas, 2023/6359 karar sayılı temyiz incelemesi sonucu Şerafettin Can Atalay hakkında verdiği onama kararı ile hüküm kesinleşmiş ve infazı kabil hale gelmiştir. Sanık onama kararı sonrasında hükümlü statüsündedir ve Yüksek Daire de kararını TBMM’ye göndermiştir. Bu aşamada, Yüksek Daire temyiz incelemesi sırasında tahliye hususunda da bir değerlendirme yapmış olmakla; tahliye talebinin reddi veya kabulü konusunda takdir yüksek Daireindir.”

⁹ Yargıtay 3 CD, 12611/144, 08.11.2023.; 6216 sayılı Kanun’un 16. maddesi uyarınca, Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyelerinin görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçları, kişisel suçları ve disiplin eylemleri için soruşturma açılması Anayasa Mahkemesi’nin on beş üyesinden oluşan Genel Kurulunun kararına bağlıdır. Dolayısıyla Yargıtay 3. Dairesi’nin kararıyla bu şekilde bir suç duyurusunda bulunulmasının hukuken bir sonuç doğurması mümkün değildir.

¹⁰ Bkz: “Yargıtay’ın AYM Üyeleri Hakkındaki Suç Duyurusuna Mevzuat İncelemesi” <https://www.aa.com.tr/tr>, (21.11.2023).

¹¹ Yargıtay 4. CD, Değişik İş Karar No: 2023/2, 17.07.2023.

¹² Bkz: “AYM Can Atalay Kararı ile Yargıtay’ı Hedef Göstermişti” <https://www.sabah.com.tr/gundem/2023/11/11/aym-can-atalay-karari-ile-yargitayi-hedef-gostermistiyargitayin-hedef-alinmasina-hukukculardan-sert-tepki> (11.11.2023).

hakkının ihlal edildiği ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi Bu başvuru üzerine verdiği Şerafettin Atalay (3) Kararında¹³ ilkin Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir ihlal kararının gereklerinin yerine getirilmemesi daha önce verilen ihlalin devam ettiği anlamına geldiği gerekçesiyle yapılacak incelemenin olayların baştan itibaren yeniden değerlendirilmesi değil, önceki ihlal kararının gereklerinin yerine getirilip getirilmediği ile sınırlı olduğunu belirtmiştir. Kararda Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin "Anayasa Mahkemesi kararına uyulmamasına" şeklindeki kararının Anayasa ve 6216 sayılı Kanun'a aykırı olmasının yanı sıra Ceza Muhakemesi Kanun'da veya diğer kanunlarda öngörülmemiş bir karar türü olduğu vurgulanmıştır. Anayasa'nın bireysel başvuru hakkını güvence altına alan 148. maddesi ve bireysel başvuru kararları dahil Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığını düzenleyen 153. maddesi karşısında böyle bir karar türünün olmasının da mümkün olmayacağına işaret edilen Anayasa Mahkemesi kararında, Yargıtay'ın görevlerinin Anayasa'nın 154. maddesinde gösterildiği ve Anayasa Mahkemesinin ihlal kararlarından sonra yapılacak yeniden yargılamalarda, ihlal hangi aşamada gerçekleşirse gerçekleşsin Yargıtay'ın doğrudan görevli olduğuna dair bir kanun hükmünün bulunmadığı açıklanmıştır. Somut olayda İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesinin ihlal kararından sonra yeniden yargılamaya başlamayıp mahkûmiyet hükmünü infazını durdurarak başvurucuyu tahliye etmediği ve bunun sonucunda seçilmiş bir milletvekili olarak başvurucunun yasama faaliyetine katılmadığı belirtilen kararda, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmamasının ilgili hakka ilişkin güvencelerin yer aldığı Anayasa'nın 67. maddesine aykırılık teşkil ettiği tespiti yapılmaktadır. Ayrıca, İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi'nin yetkisi dahilinde kalan bir dosyayı Yargıtay 3. Ceza Dairesine göndermesiyle başlayan, Dairenin de Anayasa hükümlerini göz ardı ederek verdiği bir kararla şekillenen sürecin Anayasa'nın sözüne açıkça aykırılık oluşturduğu ve neticede başvurucunun keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmasına yol açtığını vurgulayan Anayasa Mahkemesi, başvurucunun hükümlü statüsüyle halen ceza infaz kurumunda tutulmasının Anayasa'nın kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına ilişkin güvencelerin yer aldığı 19. maddesine aykırılık teşkil ettiği belirlemesini yaparak, "*İddianın kabul edilebilirliği (oy birliği), Anayasa'nın 148. maddesinde güvence altına alınan bireysel başvuru hakkının ihlal edildiği (oy birliği), AY m. 67'nin ihlal edildiği (oyçokluğu, Muammer Topal, İrfan Fidan ve Muhterem İnce'nin karşı oylarıyla), kararın bir örneğinin Anayasa Mahkemesinin icra edilmemiş olan Şerafettin Can Atalay (2) kararı ile eldeki başvuruya ilişkin Şerafettin Can Atalay (3) kararında tespit edilen hak ihlallerinin ortadan kaldırılmasına yönelik olarak İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesince başvurucunun yeniden yargılanmasına başlanması, mahkûmiyet hükmünün infazının durdurulması, ceza infaz kurumundan tahliyesinin sağlanması ve yeniden yapılacak yargılamada durma kararı verilmesi (oy birliği)*" şeklinde hüküm kurmuştur.

İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi 27.12.2023 tarihinde ise yine Anayasa Mahkemesi kararındaki işlemleri yapmak yerine tekrar dosyanın "Yargıtay 3. Ceza Dairesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine" karar vermiştir.¹⁴ Dosyanın Yargıtaya yollanmasından sonra 3. Ceza Dairesi görüş alınması için 29.12.2023 tarihinde dosyayı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na göndermiştir. Başsavcılık 02.01.2024 tarihli mütalaasında da önceki 03.11.2023 tarihli mütalaasındaki benzer açıklamalarda bulunulmuştur. Yargıtay 3. Ceza Dairesi ise 03.01.2014/2023-16211 tarih ve sayılı Kararında daha önceki karardaki iddia ve görüşler tekrarlanmış olup kararın sonucunda "**Anayasa Mahkemesi'nin anılan KARARLARINA UYULMASINA YER OLMADIĞINA**" ve "**Şerafettin Can Atalay hakkında verilen işbu kararın bir örneğinin gereğinin takdir ve ifası için TBMM Başkanlığına tekrar GÖNDERİLMESİNE**" şeklindeki söylemlere yer verilmiştir¹⁵.

Anayasa Mahkemesinin Şerafettin Can Atalay (3) kararında "*Kararın bir örneğinin bilgi için ve ilgileri nedeniyle Türkiye Büyük Millet Meclisine ve Hâkimler ve Savcılar Kuruluna da gönderilmesi gerekir*" denmesine karşılık TBMM'de Anayasanın 14. Maddesi kapsamındaki suçların belirlenmesi için kanuni düzenleme yapma zorunluluğu yerine getirilmediği gibi, Hakimler ve Savcılar Kurulu da Anayasa Mahkemesi Kararının yerine getirmeyenler hakkında kamuoyunun bilgisinde olan bir inceleme veya soruşturma başlatmamıştır.

Buna karşılık Anayasa'nın 84/2 maddesine göre "*Milletvekilliğinin kesin hüküm giyme veya kısıtlanma halinde düşmesi, bu husustaki kesin mahkeme kararının Genel Kurula bildirilmesiyle olur*" denmesine karşılık, Anayasa Mahkemesinin Şerafettin Can Atalay ile ilgili verdiği ihlal kararlarının gereği olarak ortada Anayasa'da öngörülen anlamda bir "*kesin hüküm*" olmamasına rağmen Şerafettin Can Atalay'ın milletvekilliği düşürülmüştür. Anayasa Mahkemesinin Şerafettin Can Atalay başvurularıyla ilgili ihlal kararlarında yeniden yargılamaya ve ihlalin hangi şekilde giderileceğine ilişkin verdiği hükümler TBMM Başkanlığı tarafından da tümüyle göz ardı edilmiştir. TBMM'nin 30 Ocak 2024 günündeki oturumunda okunan kesinleşmemiş de olsa bir

¹³ Anayasa Mahkemesi, Şerafettin Can Atalay başvurusu (3), 2023/99744, 21.12.2023.

¹⁴ İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi'nin Karar 2021/178 Esas-2022/178 no'lu kararının gerekçesi özetle, "*Anayasa Mahkemesince verilen bireysel başvuruya ilişkin ihlal kararının Mahkememizin kararına ilişkin olmayıp, Yargıtay ilgili Ceza Dairesince verilen tahliye talebinin reddi kararına ilişkin olduğu, dosyanın ilgili Daire önünde bulunduğu sırada başvurucunun milletvekili seçildiği ve bireysel başvuruya konu ihlalin bu Dairenin kararından kaynaklandığı, ayrıca bireysel başvuru yapıldıktan sonra ilgili Ceza Dairesince dosyanın esastan incelendiği ve karara bağlandı, bu sebeple oluşan yeni hukuki durum karşısında Yargıtay 3. Ceza Dairesince yeni bir değerlendirme yapılacak bireysel başvuruya ilişkin karar verildiği, bu karara karşı yeniden Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu kullanmak suretiyle başvuru yapıldığı, Anayasa Mahkemesince yapılan değerlendirme neticesinde ilgili başvuruya konu kararın Mahkememize yeniden gönderildiği, Belirtilen başvuruya konu yeni değerlendirmelerin Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin vermiş olduğu karara dair olduğu gözetilerek karara ilişkin oluşan yeni hukuki duruma karşı Yargıtay 3. Ceza Dairesince yeni bir değerlendirme yapılmasının zorunlu olduğu*" şeklindedir.

¹⁵ Yargıtay 3. Ceza Dairesi, "*üzerinde hâlihazırda birçok gedik açılmış, Anayasamızın değiştirilemez ilkelerinden birisi olan hukuk devleti ilkesinin köküne kibrit suyu dökmüştür. Bu duruma karşı çıkması gereken siyasi irade maalesef "Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin safında yer almış" ve TBMM Genel Kurulu da Atalay'ın milletvekilliğini düşürmek suretiyle Anayasamızı bir kez daha göz göre göre çiğneymiştir. Taraf olduğumuz uluslararası anlaşmaların ve Anayasamızın gereği olmasına rağmen AİHM kararlarını uygulamama yolundaki pratiğimize, Anayasamızı açıkça çiğneyerek kendi Anayasa Mahkememizin kararlarını uygulamama pratiğini de böylelikle eklemiştir*" Bkz: Volkan Aslan, Anayasa Krizinin Tomografisi II, <https://www.perspektif.online/anayasa-krizinin-tomografisi-ii/>

mahkûmiyet kararı değil Yargıtay 3. Ceza Dairesinin “Anayasa Mahkemesi’nin Anılan Kararlarına Uyulmasına Yer Olmadığına” ilişkin 03.01.2024 tarihli kararıdır. Usul bakımından TBMM ile yazışma teamülüne uyulmamıştır¹⁶. Düşme kararı ile ilgili, Parti Meclis Gruplarının karar alma yasağı ve TBMM İçtüzüğü’nün de öngörülen “meclis başkanının tarafsızlığı” ilkesinin de ihlal edildiği bir tümüyle anayasaya ve Kanunlara aykırı yürütülen fiili bir süreç sonunda, Şerafettin Can Atalay’ın milletvekilliğine son verilmiştir¹⁷.

III. Yasama Dokunulmazlığı ve İstisnaları

İnceleme konumuz olan Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarında temel tartışma konusu, yasama dokunulmazlığı ve istisnaları olduğu için dokunulmazlık müessesini açıklamak gerekir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki Anayasa’nın 83. maddesinin başlığı “Yasama dokunulmazlığı” olmakla birlikte, bu başlık altındaki düzenlemelerde hukuki mahiyeti birbirinden farklı statüler düzenlenmiştir. Düzenlemenin birinci fıkrasındaki hallerde, ceza sorumsuzluğu doğuran bir şahsi cezasızlık sebebi olan ve kaldırılamayan bir dokunulmazlık olarak yasama sorumsuzluğu söz konusudur. Maddenin ikinci fıkrasında ise bir suç sebebiyle Anayasada belirtilen belli soruşturma ve kovuşturma işlemlerini yasaklayan ancak Meclis kararıyla kaldırılabilen bir ceza muhakemesi engeli öngörülmüştür. TBMM tarafından “dokunulmazlığın kaldırılması” halinde milletvekili hakkında ceza muhakemesi işlemleri yapılabilecek, tutuklama tedbiri uygulanabilecektir. Bu nedenle söz konusu durumu ceza hukuku açısından yasama dokunulmazlığı terimi ile değil, bir soruşturma ve kovuşturma yasağı şeklinde nitelendirmek daha doğrudur. Ancak konunun Anayasanın 83. maddesinde “yasama dokunulmazlığı” başlığı altında düzenlenmiş olması, anayasa hukuku öğretisi ve inceleme konumuz kararlarda da bu terimin kullanılmış olması dolayısıyla biz de çalışmamızda esas itibarıyla aynı terimi tercih etmekteyiz.¹⁸

Anayasanın 83. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, TBMM üyeleri, Meclis’te ileri sürmüş oldukları düşünce açıklamalarından, Meclis çalışmaları kapsamındaki oy ve sözlerinden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclis tarafından başkaca bir karar alınmadığı müddetçe bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamayacaktır. Ceza hukuku bakımından kişisel cezasızlık niteliği gösteren bu hallerde, yasama ile ilgili faaliyetleri bağlamındaki çalışmaları konusunda milletvekilleri hakkında ceza muhakemesi kapsamında herhangi bir soruşturma veya kovuşturma işlemi yapılması mutlak olarak yasaklanmaktadır. Nitekim bu konuda bir istisna da öngörülmüştür. Diğer bir deyişle milletvekillerinin “mecliste ileri sürmüş oldukları düşünce açıklamalarından, meclis çalışmaları kapsamındaki oy ve sözlerinden” dolayı dokunulmazlıkları kaldırılmaz.

Buna karşılık Anayasanın 83. maddesinin ikinci fıkrasının konusu yasama faaliyetleri ile ilgili meclis çalışmaları değildir ve bu hallerde yasama dokunulmazlığı kaldırılabilir. Nitekim seçimden önce ya da sonra bir suç işledikleri iddia edilen milletvekilleri, Meclis kararı olmadıkça tutulamayacak, sorguya çekilemeyecek, tutuklanamayacak ve yargılanamayacaktır. Görüldüğü üzere bu işlem ve tedbirler TBMM’de dokunulmazlığın kaldırılması halinde mümkün olacaktır.

Ancak Anayasanın yine 83. maddesinin ikinci fıkrasında, Şerafettin Can Atalay Başvurusu (2) kararının da odak noktasını oluşturan yasama dokunulmazlığının bir istisnası öngörülmüştür. Bu istisnaya göre, ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri ile seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olunması şartıyla Anayasanın 14. maddesinde öngörülen “durumlar” söz konusu olduğunda, dokunulmazlık kaldırılmadan, milletvekili hakkında tüm ceza muhakemesi işlem ve tedbirleri mümkün olabilecektir.¹⁹ Bu istisnai “durumlar” için atıf yapılan Anayasa’nın “Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması” başlıklı üç fıkradan oluşan 14. maddesi şöyledir: “Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılmayacaktır.

Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasaya tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya

¹⁶ Kesinleşmiş mahkeme kararlarının TBMM’ye nasıl iletileceği konusunda net bir kanuni hüküm yok. Bununla birlikte oturmuş bir teamül var. Buna göre Yargıtay-Adalet Bakanlığı-Cumhurbaşkanlığı (geçmişte Başbakanlık)-TBMM biçiminde bir silsile izlenirdi. Bu silsilede TBMM’ye, nihai olarak Cumhurbaşkanlığından “milletvekilliğinin düşürülmesi tezeresi” gelir ve o tezere okunurdu. Örneğin Leyla Güven, Kadri Enis Berberoğlu veya Musa Farisoğulları, Ömer Faruk Gergerlioğlu vakalarında milletvekilliğinin düşmesindeki usul böyleydi. Bkz Tolga Şirin, “Can Atalay kararındaki bitmeyen sorunlar ve “hürriyete, adalete ve fazilete âşik evlâtların uyanık bekçiliği” <https://t24.com.tr/yazarlar/tolga-sirin/can-atalay-kararindaki-bitmeyen-sorunlar-ve-hurriyete-adalete-ve-fazilete-asik-evlatlarin-uyanik-bekciligi>,43341

¹⁷ Bir mahkeme kararının Genel Kurulda açıklanmasına ilişkin işlemin, bir siyasal parti grubunun grup başkanvekili tarafından talimat verildiğinde yerine getirilecek “bir prosedür” olarak tanımlanması kuvvetler ayrılığının işletilmesinde kilit öneme olan tarafsızlığı ortadan kaldırmıştır. Bu makalenin -en azından kısmen- konusu olan muhalefete de kendisinin demokrasinin işleyiş yönünden varlığına ihtiyaç duyulduğunu ve Can Atalay’ın milletvekilliğinin düşmesini sağlayan açıklamam, tarafsızlığını yitiren bir başkanvekili tarafından yapılmış olması nedeniyle yok hükmünde olduğunun saptanması için AYM’ye başvurularını öneririm. Bkz: Fahri Bakırcı, “Meclis Başkanlık Divanlarının tarafsızlığı üzerine” <https://yeniarayis.com/fahribakirci/meclis-baskanlik-divanlarinin-tarafsizligi-uzerine/>

¹⁸ Doktrinde de Anayasanın 83. maddesindeki hallerin farklı olması nedeniyle “mutlak dokunulmazlık”, “nispi dokunulmazlık”, “yasama sorumsuzluğu”, “yasama dokunulmazlığı” gibi çeşitli terimler kullanılmaktadır. Bkz: Ergun Özbudun, “Yasama Sorumsuzluğu ve Yasama Dokunulmazlığı: Hukuki Mahiyetleri ve Farkları” (2005) 56 TBB Dergisi 111; 83. maddenin birinci fıkrasındaki hallerin yasama sorumsuzluğu ve bu bağlamda maddi ceza hukuku bakımından şahsi cezasızlık sebebi olarak nitelendirilmesi için bkz: Büşra Demiral Bakırman, Şahsi Cezasızlık Sebepleri ve Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebepler (On İki Levha 2023) 113; 83. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen durum ise bir muhakeme şartı veya engeli olarak nitelendirilmektedir. Bkz: Bahri Öztürk, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku (16. Baskı, Seçkin 2022) 83; İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (18. Baskı, Seçkin 2022) 764; Nur Centel ve Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku (20. Baskı, Beta 2021) 746.

¹⁹ Anayasa’nın 83. maddesinin 3. fıkrasında ise, TBMM üyesi hakkında, milletvekili seçilmesinden önce veya sonra verilmiş olan bir ceza hükmünün yerine getirilmesinin milletvekili sıfatının sona ermesine bırakılacağı; üyelik süresince zamanasımı işlemeyeceği ve tekrar seçilen milletvekili bakımından soruşturma ve kovuşturma yapılmasının, TBMM’nin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlı olduğu düzenlenmektedir.

Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamayacaktır.

Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.”

Anayasa Mahkemesi, doğrudan bu konuya ilişkin olarak geçmişte de bireysel başvuruları inceleyerek karara bağlamıştır. Bu kararların esas tartışma noktasını ise, Anayasa'nın 14. maddesinin bir bölümünde belirtilen “*devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler*” ifadesi ile ne anlaşılması gerektiği ve kapsamının ne olduğu oluşturmuştur.

Anayasa'nın 14. maddesinin kapsamına ilişkin olarak en kapsamlı değerlendirme ise, Anayasa Mahkemesinin Ömer Faruk Gergerlioğlu kararında gerçekleştirilmiş bulunmaktadır. Karara konu olan olayda, başvurucunun bir sosyal medya hesabı üzerinden yaptığı paylaşımlar nedeniyle, terör örgütünün propagandasını yapma suçunu işlediği gerekçesiyle hakkında soruşturma başlatılmış ve iddianame düzenlenmiştir. Yargılamayı gerçekleştiren Kocaeli 2. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 21.02.2018 tarihinde başvurucunun terör örgütünün propagandasını yapma suçunu işlediği sabit görülerek hakkında 2 yıl 6 ay hapis cezasına mahkûmiyet kararı verilmiştir. Ömer Faruk Gergerlioğlu tarafından bu karara karşı istinaf kanun yoluna başvurulmuştur. İstinaf süreci devam etmekteyken başvurucu 24.06.2018 tarihinde Kocaeli milletvekili seçilmiştir. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesi tarafından 07.12.2018 tarihinde istinaf başvurusunun esastan reddine kesin olarak karar verilmiştir.²⁰

Bunun üzerine Ömer Faruk Gergerlioğlu, bireysel başvuruda bulunmuştur. Söz konusu bireysel başvurudan sonra 24.10.2019 tarihinde yürürlüğe giren 7188 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile bazı suçlar bakımından bu Kanun'un yürürlük tarihi itibarıyla istinaf aşamasında kesinleşmiş olan hükümlere karşı da temyiz kanun yoluna başvuru yolu getirilmiştir. Bunun üzerine başvurucu, temyiz kanun yoluna da başvurmuş ancak temyiz incelemesini yapan Yargıtay 16. Ceza Dairesi, aynı Şerafettin Can Atalay'ın hukuki sürecinde İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesi'nin yaptığı gibi söz konusu terör örgütünün propagandasını yapma suçunun Anayasanın 14. maddesi kapsamında olduğu görüşünü paylaşarak mahkûmiyet kararını onamıştır.²¹

Başvurucu, bu Yargıtay kararına karşı da bireysel başvuruda bulunmuştur. Hakkındaki mahkûmiyet kararının 17.03.2021 tarihinde TBMM Genel Kurulunda okunmasıyla Ömer Faruk Gergerlioğlu'nun milletvekilliği düşmüştür. Milletvekilliğinin düşmesi akabinde Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından, başvurucu hakkındaki mahkûmiyet kararının infazı başlatılmış ve başvurucu 02.04.2021 tarihinde cezaevine yerleştirilmiştir.²²

Anayasa Mahkemesi ise, başvurucunun bu her iki başvurusu doğrultusunda Ömer Faruk Gergerlioğlu kararında, Anayasa'nın 14. maddesinin kapsamına ilişkin olarak bir değerlendirme yapmıştır. Diğer bir deyişle, Anayasa'nın 14. maddesinin belirli ve öngörülebilir olarak yorumlanıp yorumlanamayacağı değerlendirme konusu yapılmıştır.²³

Bu suçların nelerden ibaret olduğu konusunda kanun koyucu olan TBMM herhangi bir kanun çıkarmamış olup bu suçlar salt yargı organlarının kararlarıyla belirlenmeye çalışılmaktadır. Ancak bu 14. madde düzenlemesi buna elverişli bulunmamaktadır. Diğer yandan, Anayasa'nın 14. maddesinin başlığı “*Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması*” olarak belirlenmiştir ve “*suçlar*” değil hakkın kötüye kullanılması “*durumları*” düzenlenmiştir. Bir hakkın kötüye kullanılmış olmasının doğrudan suç olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bunun için bir kötüye kullanmanın ayrıca ve açıkça kanunla suç olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Nitekim kuralın üçüncü fıkrasında 14. maddedeki durumların yaptırımlarının kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Anayasa'nın 14. madde hükmünde ise bir suç tanımı yapılmamış ve bir katalog suç listesine yer verilmemiştir.²⁴

Anayasa Mahkemesi tarafından, Ömer Faruk Gergerlioğlu Başvurusu hakkındaki karardan yaklaşık olarak 9 ay sonra Leyla Güven Başvurusu başlıklı kararı yayımlanmış bulunmaktadır. Bu karara konu olan olayda, başvuru tarihinde milletvekili olan başvurucu, silahlı terör örgütü kurma ve yönetme suçundan Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen soruşturma kapsamında gözaltına alınmış ve 4. Sulh Ceza Hakimliğince hakkında tutuklama kararı verilmiştir. Bu karara itiraz edilmişse de itirazın kesin olarak reddi yönünde karar verilmiştir. Başsavcılık tarafından, Leyla Güven'in “*silahlı terör örgütü kurma veya yönetme,*

²⁰ Anayasa Mahkemesi, Ömer Faruk Gergerlioğlu Başvurusu, 2019/10634, 01.07.2021; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesine göre, “*Ülkenin bölünmez bütünlüğüne ve anayasal düzene yönelik suç oluşturan söylem ve eylemler, Anayasanın 14. maddesi kapsamındaki hakkın kötüye kullanılması niteliğinde görülmektedir. Demokratik yönetimlerde halkın iradesinin tecelli ettiği parlamentoda görevli üyelerin bu sisteme sadakat yemini ettikleri ve koruma yükümlülükleri de bulunduğu gözetildiğinde, demokratik sisteme yönelik eylemlere katılmaları halinde Milletvekili dokunulmazlığından istifade edememesi Anayasanın lafzına ve ruhuna uygun olacaktır. Bu nedenle de yargılamaya devam edilmesinde bir isabetsizlik olmadığı görülmektedir.*”

²¹ Yargıtay 16 CD, 835/398, 28.01.2021.

²² Ömer Faruk Gergerlioğlu Başvurusu, para. 24.

²³ Anayasa Mahkemesine göre; Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasının gerekçesinde “*14'üncü maddede yer alan suçlardan birini seçmeden önce işlemiş olanlar, milletvekili seçilmeden önce haklarında bu suça ilişkin olarak soruşturmaya başlanmış ise madde hükümlerine göre dokunulmazlıktan yararlanamayacaklardır.*” denilmiştir. Madde gerekçesinde “*14'üncü maddede yer alan suçlar*” ifadesine yer verilmiş ise de Anayasa'nın 14. maddesinde herhangi bir suça yer verilmemiştir.

²⁴ Kemal Gözler, “Anayasanın 14'üncü Maddesindeki Durumlarda Yasama Dokunulmazlığı İşler Mi? (Yargıtayın Ömer Faruk Gergerlioğlu Kararını Değerlendirebilmek İçin Bir Ön Bilgi)” <https://www.anayasa.gen.tr/gergerlioglu.htm> (16.12.2023); Metin Feyzioğlu, “Yasama Dokunulmazlığı” (1991-1992) 42 (1-4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 21-47; Ergun Özbudun, “Yasama Sorumsuzluğu ve Yasama Dokunulmazlığı: Hukuki Mahiyetleri ve Farkları” (2005) 56 TBB Dergisi 111; Fatih Özkul, “Türk Anayasalarında Yasama Dokunulmazlığı” (2017) 8 (32) TAAD 128.

terör örgütü propagandası yapma, halkı kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşüne kışkırtma” suçlarından cezalandırılması talebiyle kamu davası açılmıştır. Davayı gören Ağır Ceza Mahkemesi tarafından öncelikle, iddianamenin kabulüne ve başvuru- rucunun tutukluluk halinin devamına karar verilmiştir. Bununla birlikte Başsavcılık tarafından yürütülen bir başka soruşturma kapsamında hazırlanmış olan başka bir iddianame ile Leyla Güven’in “*silahlı terör örgütüne üye olma*” suçundan cezalandırılması talebiyle yine ağır ceza mahkemesi nezdinde ayrı bir kamu davası daha açılmış, Leyla Güven hakkında daha önceden açılmış bir kısım davalar hakkında birleştirme kararı verilmiştir.²⁵

Leyla Güven, 24.06.2018 tarihinde milletvekili seçilmiştir. Bunun akabinde Leyla Güven tarafından, yasama dokunulmazlığı bulunduğu gerekçesiyle tahliyesine karar verilmesi talep edilmiş ve Ağır Ceza Mahkemesi tarafından Leyla Güven’in tahliyesine karar verilmiştir. Bu tahliye kararına karşı başsavcılık tarafından itiraz edilmesi üzerine 10. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından Leyla Güven tekrar tutuklanmıştır. Daha sonra Mahkeme tarafından 25.01.2019 tarihinde, Leyla Güven’in tekrar tahliyesine karar verilmiştir. Diğer yandan, Leyla Güven’in daha önce yargılandığı bir başka davada, Diyarbakır 2. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından, “*silahlı terör örgütüne üye olma*” suçundan verilen ve kanun yolu incelemesinden de geçerek kesinleşen 6 yıl 3 ay hapis cezası şeklindeki mahkûmiyet hükmünün, 04.06.2020 tarihinde, TBMM Genel Kurulunda okunmasıyla birlikte milletvekilliği sıfatı düşmüştür.²⁶

Leyla Güven, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunarak, yakalama, gözaltı ve tutuklamanın hukuki olmaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.²⁷

Anayasa Mahkemesi, Leyla Güven Başvurusu hakkında verdiği kararda, Ömer Faruk Gergerlioğlu Başvurusu’na ilişkin verdiği kararda ortaya koyduğu öngörülebilirlik kriterine atıfta bulunmuştur. Başvurucu Leyla Güven’in “*milletvekili seçilmesinden ve genel olarak yasama dokunulmazlığına sahip olmasından sonra tahliye edilmesine ve önünde doğrudan Anayasa’dan kaynaklanan bir engel de olmasına rağmen yeniden tutuklanarak hürriyetinden yoksun bırakılmasının yasama dokunulmazlığına ilişkin güvencelerin yer aldığı Anayasa’nın 83. maddesiyle bağdaşmadığı*” belirtilmiştir. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, açıklanan gerekçelerle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının milletvekili seçilmesi sonrasında verilen ikinci tutuklama kararı yönünden ihlal edildiğine karar vermiştir.²⁸

Nitekim Anayasa Mahkemesi, Şerafettin Can Atalay Başvurusu (2) başlıklı kararında da Ömer Faruk Gergerlioğlu Başvurusu kararında belirttiği bu öngörülebilirlik yönündeki değerlendirmelerine atıfta bulunmuştur.²⁹

Genel olarak Anayasa Mahkemesi, Şerafettin Can Atalay Başvurusu (2) başlıklı kararında, Ömer Faruk Gergerlioğlu Başvurusu kararında belirttiği bu öngörülebilirlik hakkındaki değerlendirmelerine atıfta bulunmuştur.³⁰ Buna göre, yasama dokunulmazlığı noktasında, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarının korunmasına ilişkin temel güvencelere sahip, belirliliği ve öngörülebilirliği sağlayan anayasal veya yasal bir düzenlemenin bulunmaması nedeniyle Şerafettin Can Atalay’ın Anayasa’nın 67. maddesinde güvence altına alınan seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesinin bu kararlarında açıkladığı görüşe göre, Anayasa’nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen “*Anayasanın 14. maddesindeki durumlar*” ifadesinin ve dokunulmazlık istisnası olan suç tiplerinin hangi suçlar olduğu Anayasa Yapıcı tarafından açık olarak öngörülmemiştir. Söz konusu suçların neler olduğu yolunda Kanun Koyucu da bir kanuni bir düzenlemeye gitmemiştir. Anayasanın 14. maddesinin kapsamını belirlemek bakımından bir kanuni düzenleme olmadığından, ilk derece mahkemeleri doğrudan 14. Maddeyi yorumlamaktadır. Halbuki “*derece mahkemelerinin Anayasa’nın 14. maddesine ilişkin olarak yaptığı yorumun öngörülebilirliği ve belirliliği ifade eden kanunilik ölçütüne uygun olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Norm denetiminde olduğu gibi bireysel başvuru yolunda da Anayasa maddelerinin nihai yorum yetkisi Anayasa Mahkemesine aittir.*”³¹

Çalışmamızın bu kısmında Anayasa Mahkemesi’nin Şerafettin Can Atalay Başvurusu (2) kararında ve geçmişte Ömer Faruk Gergerlioğlu Başvurusu ile Leyla Güven Başvurusu kararlarında, Anayasa’nın 14. madde hükmü bakımından ortaya koyduğu yorum ve ölçütlere yer vermiş bulunmaktayız. Ancak Anayasa Mahkemesini yine dokunulmazlıkla ilgili geçici 20. madde kapsamında verdiği ve uygulanmasında sorunlar yaşanan Kadri Enis Berberoğlu (2) kararına da değinmek gerekir. Anayasa Mahkemesi bu kararında da yukarıdaki kararlardaki gibi siyasi faaliyette bulunma ile kişi özgürlüğü ve güvenliği haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir.

²⁵ Anayasa Mahkemesi, Leyla Güven Başvurusu, 2018/26689, 07.04.2022.

²⁶ Diyarbakır 9. Ağır Ceza Mahkemesi ise, Leyla Güven hakkında tutuksuz olarak gördüğü davanın sonunda, 21.12.2020 tarihinde, Leyla Güven’in “*silahlı terör örgütü kurma veya yönetme, silahlı terör örgütünün propagandasını yapma*” suçları yönünden mahkûmiyet, isnat edilen diğer suçlardan ise beraatine ve hükmen tutuklanmasına karar vermiştir. Başvurucunun, bu mahkûmiyet hükümlerine karşı yaptığı istinaf başvurusu bölge adliye mahkemesince esastan reddedilmiştir. Anılan hükümlere karşı temyiz yoluna başvurulmuş olup başvuru- rucunun hükmen tutukluluğunun devam ettiği dava, Yargıtay önünde derdesttir.

²⁷ Leyla Güven Başvurusu, 2018/26689, para. 29-42.

²⁸ Leyla Güven Başvurusu, 2018/26689, para. 106-112.

²⁹ Şerafettin Can Atalay başvurusu (2), para. 63.

³⁰ Şerafettin Can Atalay başvurusu (2), para. 63.

³¹ Ömer Faruk Gergerlioğlu Başvurusu, para. 62.

Kadri Enis Berberoğlu, milletvekili olarak görev yaptığı sırada, 20.05.2016 tarihli 6718 sayılı Kanunla Anayasaya eklenen geçici madde 20 hükmü ile milletvekilleri hakkındaki belirli makamlarda bulunan dosyalarla ilgili olarak TBMM'nin dokunulmazlığını kaldırılması kararına gerek kalmaksızın, soruşturma ve kovuşturmaların devam etmesine imkan tanınmıştır³². Anayasaya eklenen geçici 20. maddenin yürürlüğe girmesinden sonra hakkında siyasal ve askeri casusluk ve terör örgütüne yardım gibi iddialarla soruşturma başlatılmış ve bunun sonucunda İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesinde dava açılmıştır. Açılan bu dava sonucunda 14.06.2017 tarihinde 14. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından Türk Ceza Kanunu'nun 328. maddesinde düzenlenmiş olan siyasal veya askeri casusluk suçundan dolayı 25 yıl hapis cezasına mahkûmiyet kararı verilmiş ve Kadri Enis Berberoğlu hükümlerle birlikte tutuklanmıştır³³. Kadri Enis Berberoğlu bu karara karşı 18.07.2017 tarihinde, bozma ve tahliye talebinde bulunarak istinaf kanun yoluna gitmiştir. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesi tarafından, 09.10.2017 tarihinde, mahkûmiyet hükmünün bozulmasına karar verilmiş ancak tahliye talebi reddedilmiştir. Bu kapsamda dosya “yeniden incelenmek ve hükümlenmek üzere” İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi’ne gönderilmiştir. Dosya, İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından, “Bölge Adliye Mahkemesi'nin ilk derece mahkemesinin kararını esaslan inceleyerek, delil tartışmasına girmiş ve sübut meselesinde sıkıntı olduğunu, delillerin irdelenmesinde ve takdirinde yanlış sonuca ulaşıldığını düşünüyorsa ve delillerin eksik olduğu kanaatindeyse, esasa yönelik eksikliklerin olduğu tespitini yapmışsa, eylemin hukuki nitelendirmesinde hata olduğunu düşünüyorsa, davayı kendisi görmesi durumu ortaya çıkmaktadır. Gerekli tedbirleri aldıktan sonra davanın hazırlık işlemlerine başlayarak bizzat yargılamayı kendisinin yapması gerekmektedir. Sonraki yargulamaların Bölge Adliye Mahkemesi tarafından yapılması gerekmektedir.” şeklindeki gerekçeyle iade edilmiştir. Bu uyuşmazlık, Bölge Adliye Mahkemesi tarafından “dosyanın sürüncemede kalmaması” şeklindeki gerekçeyle 10.11.2017 tarihli kararlar, kamu davasının yeniden görülmesine karar verilmesiyle sona ermiş bulunmaktadır.

Bu uyuşmazlık, Bölge Adliye Mahkemesi tarafından “dosyanın sürüncemede kalmaması” şeklindeki gerekçeyle 10.11.2017 tarihli kararlar, kamu davasının yeniden görülmesine karar verilmesiyle sona ermiş bulunmaktadır.³⁴ Halbuki Ceza Muhakemesi Kanununun “Direnme yasağı” başlıklı 284. madde hükmünde, istinaf kanun yoluna başvurulması üzerine bölge adliye mahkemesinin karar ile hükümlerine karşı direnilemeyeceği hususunun açık bir şekilde düzenlenmesine rağmen, Ağır Ceza Mahkemesince, direnme kararı verilmiş bulunmaktadır. Esasında ilk derece mahkemesinin yetkisi olmadığı halde, kanuna açıkça aykırı olarak direnmesi bir anlamda daha sonra Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararının gereklerini yerine getirmeyeceğinin bir göstergesi olmuştur.³⁵

Bölge Adliye Mahkemesi, yargılama konusu olayda siyasal ve askeri casusluk suçunun unsurlarının gerçekleşmediği gerekçeyle ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet hükmünü kaldırmıştır. Yeni bir hüküm kuran Bölge Adliye Mahkemesi, Kadri Enis Berberoğlu'nun Türk Ceza Kanunu'nun 329. maddesinde düzenlenen “devletin güvenliği ya da iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgilerini açıklama” suçunu işlediği kanaatine vararak hakkında 5 yıl 10 ay hapis cezası ile tutukluluk halinin devamına karar vermiştir. Kadri Enis Berberoğlu, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesince verilmiş 13.02.2018 tarihli kararı, 09.03.2018 tarihinde temyiz ederek tahliyesini talep etmiştir.³⁶

Kovuşturma evresi devam ederken, tutuklu bulunan Kadri Enis Berberoğlu yeniden milletvekili seçilmiştir. Bunun akabinde Kadri Enis Berberoğlu, 29.06.2018 tarihinde, Yargıtay 16. Ceza Dairesinden, yeniden milletvekili seçildiği gerekçesiyle Anayasa'nın 83. maddesi uyarınca yasama dokunulmazlığını yeniden kazandığını ifade ederek durma kararı verilmesini ve tahliyesini istemiştir. Bu talebi inceleyen Yargıtay 16. Ceza Dairesi, Anayasa'nın geçici 20. madde hükmünü ileri sürerek, Kadri Enis Berberoğlu'nun dokunulmazlık kazanmadığını belirtmek suretiyle yargılamanın durması yönündeki talebi reddetmiş, tahliye talebinin ise temyiz incelemesinin esasıyla birlikte değerlendirilmesine karar vermiştir.³⁷

³² “GEÇİCİ MADDE 20 – Bu maddenin Türkiye Büyük Millet Meclisinde kabul edildiği tarihte; soruşturmaya veya soruşturma ya da kovuşturma izni vermeye yetkili mercilerden, Cumhuriyet başsavcılıklarından ve mahkemelerden; Adalet Bakanlığına, Başbakanlığa, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına veya Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığına intikal etmiş yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyaları bulunan milletvekilleri hakkında, bu dosyalar bakımından, Anayasanın 83 üncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmü uygulanmaz.

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onbeş gün içinde; Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığında, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığında, Başbakanlıkta ve Adalet Bakanlığında bulunan yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyalar, gereğinin yapılması amacıyla, yetkili mercie iade edilir.”

³³ “TCK madde 328 - Siyasal veya askeri casusluk (1) Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından, niteliği itibarıyla, gizli kalması gereken bilgileri, siyasal veya askeri casusluk maksadıyla temin eden kimseye onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Fiil; a) Türkiye ile savaş halinde bulunan bir devletin yararına işlenmişse, b) Savaş sırasında işlenmiş veya Devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askeri hareketlerini tehlikeye sokmuşsa, Fail, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.”

³⁴ Anayasa Mahkemesi, Kadri Enis Berberoğlu Başvurusu (2), 2018/30030, 17.09.2020.

³⁵ Adem Sözüer, “İlk Düğme Yanlış İliklendi” <https://t24.com.tr/haber/prof-adem-sozuer-af-teklifi-aymi-siyasete-cekiliyor-kisiler-degil-ilkeler-uzerinden-tartisilmali,713494> (17.12.2023): “Bir yerel mahkeme, kanuna rağmen ‘Senin yetkin yok. Verdiğin kararı tanımıyorum’ diyerek dosyayı geri gönderdi. Sonra da kanun değişti. Kanunla yapılabilecek bir şeyi, bir yerel mahkeme, kararıyla yapabildi. Bir davada daha başında böyle büyük bir yanlışlık yapılmışsa, daha sonraki süreçlerdeki kararların hukuka uygunluğunun tartışılması anlamsız. Doğru veya yanlışlık tartışmasına gerek yok. Çünkü ilk düğme yanlış iliklenmişti.”

³⁶ Kadri Enis Berberoğlu Başvurusu (2), para. 30-32.

³⁷ Yargıtay 16 CD, 2088/10, 19.07.2018; Yargıtay 16. Ceza Dairesine göre; “Dokunulmazlık statüleri geçici 20. madde kapsamında kalan milletvekillerinin dokunulmazlıklarının, tıpkı ağır ceza gerektiren suçüstü hali ve seçimin önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14. maddesindeki durumlarda olduğu gibi bu dosyalar sonuçlanıncaya kadar dokunulmazlıklarının bulunmadığının kabulü gerekmektedir. Böylece kovuşturma hukuku yönünden genel hükümlere tabi olan milletvekilinin, yeniden seçilmesi halinde, önceki dokunulmazlığı hukuki niteliği itibarıyla münferit bir parlamento kararı olan dokunulmazlığın kaldırılması kararı ile kaldırılmadığından, Anayasa'nın 83/4. maddesi gereğince yeni bir dokunulmazlık korumasına kavuştuğunun kabulüne de imkan bulunmamaktadır.”

Kadri Enis Berberoğlu tarafından, 11.10.2018 tarihinde Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin bu kararına karşı bireysel başvuruda bulunulmuştur.

Yargıtay 16. Ceza Dairesince, 20.09.2018 tarihinde, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesi tarafından verilen mahkûmiyet kararının onanmasına karar verilmiştir.³⁸

Anayasa Mahkemesi, Kadri Enis Berberoğlu'nun başvurusu hakkındaki 17.09.2020 tarihinde vermiş olduğu kararıyla, başvurunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkına yönelik ihlal tespit etmiştir. Bununla birlikte, bu ihlal kararının bir örneğinin İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi'ne gönderilmesi yönünde karar alınmıştır.^{39,40}

Anayasa Mahkemesinin Kadri Enis Berberoğlu (2) kararının ilk derece mahkemesine gelmesinden sonra, mahkemece "yeniden yargılama yapılmasına yer olmadığına" karar verilmiştir.⁴¹

Tüm bu kararlardan anlaşıldığı üzere Anayasanın 14. maddesinin belirliliği sorununun yanı sıra, Yargıtay 3. Ceza Dairesinin, "Can Atalay (2) Kararını Uygulamama" kararında da görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarının gereklerini yerine getirmekle yükümlü mahkemelerin bu yükümlülüklerine aykırı uygulamalarının ortaya çıkardığı sorunlar da vardır. Bu nedenle aşağıda önce bireysel başvuru kararlarının bağlayıcılığı ve etkisi konusu ele alacak, akabinde Anayasa 14. madde konusundaki görüşlerimize yer vereceğiz.⁴²

IV. Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve Ceza Yargılamasına Etkisi

A. Genel Olarak

13 Mayıs 2010 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5982 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" ile Anayasa değişikliği gerçekleştirilerek, bireysel başvuru yolu, hukuk sistemimizde tanınmıştır.⁴³

Anayasa Mahkemesinin görevine giren "denetim usulleri" bağlamında bir yanan iptal davası ile soyut norm ve itiraz yoluyla somut norm denetimi yaparak bir normun Anayasada yer alan ilkelere uygunluğu denetlemekte diğer yandan Diğer yanda ise bireysel başvuruları inceleme yetkisi kapsamında somut olay bağlamında anayasal bir hakkın ihlal edilip edilmediğini incelemektedir.⁴⁴

Anayasamızda, normların denetim tabi tutulduğu denetim usulleri, somut norm ve soyut norm denetimi olarak yer almaktadır. Soyut norm denetiminde (iptal davası) bir hukuk kuralının (normun) Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edilerek doğrudan Anayasa Mahkemesine bir başvuru gerçekleştirilmektedir. Somut norm denetiminde (itiraz yolu) ise, bir mahkeme nezdinde görülen somut bir dava kapsamında uygulanacak olan bir kanuni düzenleme veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi tutulması gündeme gelmektedir. İtiraz yolu için, somut davayı görmekte olan mahkemece, Anayasa'ya aykırılık bulunduğu re'sen kanaat getirilmiş olması ya da somut davadaki taraflardan birinin iddia ettiği Anayasa'ya aykırılığın somut davayı görmekte olan mahkemece ciddi bulunması gerekir.⁴⁵

Anayasa'nın 150. maddesinde düzenlenen ve "İptal davası" başlığını taşıyan hükümde, kanuni düzenlemelerin, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi şeklindeki düzenlemelerin, TBMM İçtüzüğü'nün ya da bunların bazı madde ve hükümlerinin, şekil ile esas yönünden Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülerek, Anayasa Mahkemesi nezdinde doğrudan "iptal davası" açılabilme usulü

³⁸ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin kararında ayrıca, "kesinleşen hükmün bir örneğinin, Anayasa'nın 84. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca gereğinin takdiri için, TBMM'ye gönderilmesine" hükmedilmiştir. Ayrıca, "milletvekili olan başvuru hakkında verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesinin milletvekili sıfatının sona ermesinden sonra mümkün olacağı" gereğiyle ve Anayasa'nın 83. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca Kadri Enis Berberoğlu'nun tahliye edilmesine karar verilmiştir.

³⁹ Anayasa Mahkemesine göre, "Böyle bir durumda yeniden milletvekili seçilen bir kişi Anayasa'nın 83. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca yeniden dokunulmazlık kazandığına ve geçici 20. maddedeki istisna yalnızca 20/5/2016 tarihine kadar kuralda sayılan mercilere intikal eden yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyalar bakımından geçerli olduğuna göre yeniden milletvekili seçilen başvuru da katıldığı seçimlerde milletvekili seçilen diğer milletvekillerinin tabi olduğu genel hukuki rejime tabi olacaktır. Aksinin kabulü geçici 20. maddenin norm alanının kapsamına girmeyen bir olaya uygulanması anlamına gelir ve Anayasa'nın sözüne aykırılık oluşturur."

⁴⁰ Kemal Gözler'e göre, "Geçici 20'nci maddenin uygulanması bakımından Enis Berberoğlu ile 24 Haziran 2018 seçimlerinde ilk defa milletvekili seçilen bir milletvekili de aynı dokunulmazlıktan yararlanır. 24 Haziran 2018 seçimlerinde ilk defa seçilen bir milletvekiline nasıl geçici 20'nci madde uygulanamaz ise, 24 Haziran 2018 seçimlerinden sonra Enis Berberoğlu'na da uygulanamaz. Nasıl Anayasanın 82'nci maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesi, ilk defa seçilen milletvekillerini koruyorsa, aynı şekilde aynı seçimlerde seçilen Enis Berberoğlu'nu da korur.": Kemal Gözler, "Yargıtayın Enis Berberoğlu Kararı Hakkında Bir Açıklama" <https://www.anayasa.gen.tr/berberoglu.html> (24.07.2018)

⁴¹ İzzet Özgenç'e göre, "Anayasa Mahkemesinin, ihlal kararının yanı sıra, ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenler zmnında yeniden yargılamaya hükmetmesi üzerine, ilk derece mahkemesi tarafından yapılması gereken ilk iş, önceki mahkûmiyet hükmünün ortadan kaldırılmasına ve yeniden yargılamaya karar vermektir.": İzzet Özgenç, "Enis Berberoğlu'nun Bireysel Başvurusu Üzerine Anayasa Mahkemesinin Verdiği Hak İhlali Kararı ile İlgili Hukuki Değerlendirmeler" <https://izzetozgenc.com/makale/enis-berberoglu%E2%80%99nun-bireysel-basvurusu-uzerine-anayasa-mahkemesinin-verdigi-hak-ihlali-karari-ile-ilgili-hukuki-degerlendirmeler> (09.10.2020).

⁴² Bu başvuruculardan, Ömer Faruk Gergerlioğlu hakkındaki mahkûmiyet hükmünün Anayasa'nın 84/2 maddesi ile Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün 136. maddesinin 2. fıkrası uyarınca TBMM Genel Kurulunda okunmasıyla milletvekilliği düşmüş olup hakkında Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararı verilmesi üzerine görevine geri dönmüştür. Kadri Enis Berberoğlu ve Şerafettin Can Atalay hakkındaki mahkûmiyet kararları ise TBMM Genel Kurul'una gönderilmesine rağmen okunmamıştır. Kadri Enis Berberoğlu, hakkında Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararı verilmesi üzerine görevine geri dönmüş olup Şerafettin Can Atalay ise hakkındaki ihlal kararına rağmen halen görevine dönememiştir.

⁴³ Bu değişikliklerle, Anayasa'nın 148. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinin sonuna Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini düzenleyen eklenen "ve bireysel başvuruları karara bağlar" ibaresi ile, bireysel başvuru yolu mevzuatımıza girmiş bulunmaktadır.

⁴⁴ İbrahim Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri* (14. Baskı, Legal, 2019) 338.

⁴⁵ Ferhat Uslu, *Anayasa Yargısı* (2. Baskı, Adalet, 2018) 98.

öngörülmüştür. Söz konusu davayı açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, TBMM’de en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tamsayısının en az beşte birini oluşturan üyelere aittir.⁴⁶

Normların denetime tabi tutulduğu usullerde bir hukuk kuralının doğrudan kendisi denetlenmekteyken, bireysel başvuru yolu, o hukuk kuralının bir somut olay kapsamında nasıl uygulanmış olduğunu denetleme imkânı vermektedir.⁴⁷ Bu nedenle bireysel başvuru bu özelliği dolayısıyla somut norm denetimine benzetilebilir.

Bireysel başvuru yolu sayesinde bireyler, doğrudan doğruya bir Anayasal denetim mekanizmasını işletebilmektedirler. Kanun yollarına (temyiz, istinaf vb.) başvuru dahi bazı hak ihlallerin giderilememiş olması ya da doğrudan bu kanun yolu başvurusunun incelendiği hukuki süreçte gerçekleşmesi söz konusu olabilecek bazı hak ihlallerinin denetime konu edilebilmesi, bireysel başvuru yoluyla gerçekleştirilebilmektedir.⁴⁸

Norm denetimi usullerinin temel hak ve özgürlükler bakımından yeterli bir koruma sağlama imkanının kısıtlı olması sebebiyle bireysel başvuru yoluna ülkemizde ihtiyaç duyulmuş bulunmaktadır. Bu sayede, kanuni düzenlemelerin Anayasa’da yer alan hükümlere uygunluğunun ele alındığı denetim usullerinin, bireyler bakımından doğrudan bir koruma sağlayamaması nedeniyle, ihlal edildiği düşünülen hakların korunması için bireyler doğrudan Anayasa Mahkemesine başvurmak suretiyle, bir hukuki koruma talebinde bulunabileceklerdir.⁴⁹

Mevcut olan normun yargı organlarınca Anayasa’daki hükümlere uygun olarak uygulanıp uygulanmadığı hususunun irdelendiği denetim yollarıyla resmi organlar tarafından keyfi birtakım uygulamalar gerçekleştirilmesine karşı, norm denetimi usullerinin yeteri kadar sağlayamadığı, etkili bir koruma imkânı gündeme gelmektedir. Anayasada yer alan diğer düzenlemelerde olduğu gibi, temel hak ve özgürlükleri Anayasada güvenceye bağlayan hükümler de yasama, yürütme ve yargı organlarını bağlayacaktır.⁵⁰

Bir ceza yargılamasında verilmiş olan hükmün, kişiler ve toplum bakımından önem arz edecek sonuçları doğurması nedeniyle, hükmedilmiş olan bu kararın hukuk kuralları bakımından “yanlış” olduğu ortaya çıkmışsa, bu yanlış durumun göz ardı edilerek, verilmiş olan bu yanlış kararın doğurduğu hukuki sonuçlarının sürdürülmemesi gerekecektir. “Adaletin tesis edilmesi amacı” kapsamında, yargı organlarınca verilmiş olan bu kararların, hukuka aykırı ve “yanlış” oldukları ileri sürülerek, üst bir makamca denetlenmesi imkanını gerçekleştiren hukuki yollar, “kanun yolları” olarak yer almaktadır.⁵¹

Anayasa’nın 148. madde hükmü ile 6216 sayılı Kanunun 49. madde hükmü uyarınca, bireysel başvuru yolu kapsamında, kanun yolu incelemesinde gözetilmesi gerekli olan konularda inceleme yapılmayacaktır.⁵²

Bu kurala göre derece mahkemelerinin vermiş olduğu kararların hukuka uygun olup olmadığının denetlendiği kanun yolunda irdelenen hususlar, Anayasa Mahkemesince değerlendirme konusu yapılamayacaktır. Bireysel başvuru yolu, “olağanüstü bir temyiz başvurusu” olacak şekilde kullanılamayacaktır. Anayasa Mahkemesi ise bir “olağanüstü-süper temyiz mercii” şeklinde vasıflandırılmayacaktır. Bireysel başvuru yolunun, kesinleşmiş yargı kararlarına karşı gidilebilen bir denetim usulü olması da bu durumu değiştirmemektedir.⁵³

Esas itibarıyla temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir müdahale gündeme gelmedikçe, hukuk kurallarının somut olaya uygulanması ve yorumlanması ile delillerin takdiri ve değerlendirilmesine yönelik yetki ve görev, derece mahkemelerine ait bulunmaktadır. Temel hak ve özgürlükler bakımından bir müdahalenin mevcut olduğu hallerde ise, derece mahkemelerinin takdir ve değerlendirmelerinin Anayasa’da tanınan güvenceler bakımından etkisini nihai olarak değerlendirecek merci, Anayasa Mahkemesidir. Bu bağlamda Anayasa’da tanınan güvenceler ele alınarak bireysel başvuru çerçevesindeki temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediği hakkındaki inceleme ve değerlendirmeler, “kanun yolunda gözetilmesi gereken hususun incelenmesi” veya “yerindelik denetimi” oldukları şeklinde ileri sürülemeyecektir.

Ancak, kanun yolu kapsamında incelenmesi gereken bazı hususların bireysel başvuru kapsamında da incelemesinin gerektiği durumlar söz konusu olabilecektir. Örnek olarak, derece mahkemesi nezdinde gerçekleştirilen bir yargılama sırasında hâkimin tarafsız olmadığı ileri sürülmüş ancak bu talep mahkemece hukuka aykırı olarak reddedilmişse, kanun yolu incelemesi sırasında da bu talep kabul görmediyse, bu husus bireysel başvuru yoluna da konu edilebilecektir.⁵⁴

Anayasanın 148. maddenin üçüncü fıkrası gereğince, herkesin Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden,

⁴⁶ Hasan Tahsin Fendoğlu, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı* (3. Baskı, Yetkin, 2019) 189.

⁴⁷ Metin Başkan, *Anayasa Mahkemesi’ne Yapılan Bireysel Başvuruların Ön İncelemesi ve Kabul Edilebilirliği* (Seçkin, 2020) 22.

⁴⁸ Sedat Erdem Aydın, *Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının Ceza Yargılamasına Etkisi Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı* (On İki Levha, 2022) 108.

⁴⁹ Ebru Karaman, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu* (On İki Levha, 2013) 35.

⁵⁰ Sibel İnceoğlu, *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri* (On İki Levha, 2017) 11 vd.

⁵¹ Öztürk, (n 15) 637; Cumhur Şahin ve Neslihan Gökçürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku II* (Seçkin, 2019) 211.

⁵² 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un “Esas hakkındaki inceleme” başlığını taşıyan 49. madde hükmü uyarınca, “Bölümlerin, bir mahkeme kararına karşı yapılan bireysel başvurulara ilişkin incelemeleri, bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği ve bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına belirlenmesi” ile sınırlı olacaktır.; Nazmiye Güveyi, *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Aşamaları* (On İki Levha, 2015) 112.

⁵³ Tolga Şirin, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı* (On İki Levha, 2015) 11.

⁵⁴ Aydın (n 45) 111.

AİHS kapsamındaki herhangi birinin, kamu gücü tarafından ihlal edildiğini ileri sürerek Anayasa Mahkemesine başvurma hakkı bulunmaktadır. Kanun yolları incelemesi kapsamında, kanuni düzenlemeler ile usulün somut bir olaya doğru bir şekilde uygulanıp uygulanmadığı denetlenirken; bireysel başvuru yolunda, bir yargı kararı sebebiyle kişilerin temel hak veya özgürlüğü bakımından bir ihlalin söz konusu olup olmadığı incelenmektedir. Kanuni düzenlemelerin somut olaya doğru bir şekilde uygulanıp uygulanmadığını inceleyen kanun yolu makamları Danıştay, Yargıtay, Bölge Adliye Mahkemeleri ile itiraz kanun yolu örneğinde olduğu gibi yetkili ilk derece mahkemeleridir.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru sonucunda bir hakkın ihlal edildiği kanaatine varmasıyla, bu hak ihlalini oluşturmuş olan kamu gücü işlemi, kendiliğinden iptal olmamakta ya da ortadan kalkmamaktadır. 6216 sayılı Kanun'un "Kararlar" başlıklı 50. madde hükmü ile, bireysel başvuru kararlarının etkisi hususunda önemli düzenlemeler getirilmiştir. Öncelikle hak ihlali kararı verilmesi durumunda, "ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilecektir".⁵⁵

Diğer yandan, 6216 sayılı Kanun'un 50. madde hükmü gereğince, ihlal kararı verilmesi durumunda, ihlal ile sonuçlarının giderilmesi için yapılması gerekenlere hükmedileceği, fakat yerindelik denetimi yapılamayacağı, idari işlem ve eylem niteliğini haiz karar verilemeyeceği de öngörülmüş bulunmaktadır.⁵⁶

Bu madde gereğince, hak ihlali ile sonuçlarının giderilmesi adına yapılması gerekenlere hükmedilmesi görevi doğrultusunda, Anayasa Mahkemesi tarafından idarenin yerine geçilmek suretiyle işlemler tesis edilmesinin engellenmesi amaçlanmaktadır. Anayasa Mahkemesince, yasama ve yargı organlarının da yerine geçilerek, "ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yönelik doğrudan bir işlem tesis edilemeyecektir".⁵⁷

Anayasa Mahkemesince yapılması gereken, bireysel başvuru kararında tespit edilmiş olan ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması adına yapılması gerekenlere hükmedilip bu kararın, gereken önlemlerin alınması için, kamu gücünü kullanmak suretiyle işlem tesis etmeye yetkili olan ilgili kurumlara gönderilmesinden ibarettir.⁵⁸

Bir hak ihlali ile hukuki sonuçlarının, hangi hukuki araçlara başvurulmak suretiyle ve nasıl giderileceği hususunda kural olarak, ilgili kurumlara takdir yetkisi bırakılması gerekmektedir. Somut ihlal kararının kendine has özellikleri de gözetilerek, ilgili mercilerin bu ihlal kararında işaret edilmiş olan hak ihlali ile hukuki sonuçlarının giderilmesi adına gereken önlemleri almaları gerekecektir. Somut olayın özelliklerine göre, Anayasa Mahkemesince bir ihlalin ve sonuçlarının hangi hukuki araçlara başvurulması ve nasıl ortadan kaldırılması gerektiği hususunda, bazı temel ilkeler de gösterilebilecektir. Bu durumda, işlem tesis edecek olan mercilerce, bu ilkelere uyulması beklenmektedir. İhlalin vasfı yönünden, hak ihlalinin hukuki sonuçlarının giderilmesi bakımından tek bir seçeneğin bulunması durumunda, Anayasa Mahkemesince, bu önleme açık bir şekilde dikkat çekilebilecektir.

İdari yargı organları tarafından, idari işlemlerin, Anayasa'ya, kanunlara, tüzük ve yönetmeliklere uygun olup olmadığı doğrultusunda bir inceleme gerçekleştirilebilecek olup idari işlemlerin denetlenmesi bakımından, idarenin takdir yetkisine müdahale edilemeyecektir.⁵⁹

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bütün kararlar bakımından kesinlik ve bağlayıcılık etkisi doğacaktır. Yasama-yürütme-yargı organları, idari makamlar, gerçek ve tüzel kişiler, Anayasa Mahkemesi kararlarına uyma ve bu kararlara aykırı davranmama yükümlülüğü altındadır.⁶⁰

Bu noktada Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarının bağlayıcılık etkisinin sadece somut bir bireysel başvurunun tarafları için mi yoksa somut bireysel başvuru ile sınırlı olmadan benzer bütün durumlar bakımından bağlayıcılık etkisi gösterip göstermediği hususu irdelenmelidir.

Anayasa'nın "Mahkemelerin bağımsızlığı" başlığını taşıyan 138. madde hükmünün son fıkrası uyarınca, yasama ile yürütme organları ve idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır, bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyecektir.⁶¹ Bu hükümle genel olarak yargı kararlarının bağlayıcılığı düzenlenmiş olup Anayasa Mahkemesi Kararları bakımından bağlayıcılık ayrıca özel olarak ve daha kapsamlı bir biçimde öngörülmüştür. Nitekim Anayasa'nın 153. maddesinde Anayasa Mahkemesinin kararlarının bağlayıcılığı "yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar" şeklinde açık ve mutlak bir şekilde ifade edilmiştir. Bu tarz bir kesin bir düzenlemenin sebebi Anayasanın üstünlüğü ilkesini gerçek-

⁵⁵ Kararda tespit edilen hak ihlali bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, "ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilecektir." "Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verecektir."

⁵⁶ Semih Batur Kaya, *Anayasa Mahkemesi Karar Gereçlerinin Bağlayıcılığı Sorunu* (On İki Levha, 2017) 93.

⁵⁷ Ulaş Karan, *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası* (On İki Levha, 2018) 38.

⁵⁸ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (24. Baskı, Ekim 2019) 1158.

⁵⁹ İlhan Özay, *Günışığında Yönetim*, (Filiz, 2017) 158; Gözler (n 55) 217; Anayasa'nın yerindelik denetimi yasağını düzenleyen 125. maddesinin dördüncü fıkrasına göre; "Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez."

⁶⁰ Anayasa'nın "Anayasa Mahkemesinin kararları" başlığını taşıyan 153. madde hükmü uyarınca, Anayasa Mahkemesinin kararları kesin olduğu ile yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağı açıkça hüküm altına alınmıştır. Bu hükme herhangi bir sınırlama getirilmemiştir.

⁶¹ Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (19. Baskı, Beta 2019) 584.

leştirme görevinin Anayasa Mahkemesine verilmiş olmasıdır. Bu bağlamda, bir hak ihlaline sebep olduğu tespit edilen kamu gücü işleminin, örneğin bir mahkeme kararının, benzerlerinin tekrar gerçekleşmemesi için yasama- yürütme-yargı organları, idari makamlar, tüzel ve gerçek kişiler bakımından bu kararda yer verilen ilkeler ile tespitlere uygun şekilde davranmaları yönünde bir yükümlülük de doğmaktadır.

Yasama organınca mevzuat değişikliği gerçekleştirilmesi, yürütme organınca idari işlem ve eylemler bakımından değişiklik gerçekleştirilmesi, yargı organlarınca ise içtihat değişikliği gerçekleştirilmesi, bu yükümlülükler örnek gösterilebilir.⁶²

Anayasa Mahkemesinin kararında işaret ettiği bu yükümlülükler uylmamasına karşılık olarak kanuni düzenlemelerimizde açık bir yaptırım öngörülmemiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi kararının, yargı organları tarafından kasten yerine getirilmemesi halinde, bu kararı uygulaması gereken kamu görevlileri bakımından “*kamu görevinin gereklerine aykırı hareket etmek*” şeklinde değerlendirilmelidir. Ayrıca “*kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olunması*” durumunda, Anayasa Mahkemesi kararını uygulamayan hakimler bakımından, TCK’nın 257. madde hükmünde düzenlenmiş olan “*görevi kötüye kullanma*” suçu dolayısıyla cezai sorumlulukları söz konusu olabilecektir.⁶³

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yoluyla yerine getirdiği temel hak ve özgürlükleri koruma görevi, esasen genel mahkemelerin görevidir. Diğer yandan Anayasa Mahkemesi, Anayasa hükümlerini yorumlamak suretiyle bazı temel ilkeleri belirleyerek, genel mahkemelerin bu görevlerini Anayasal güvencelere uygun olarak yerine getirip getirmediğini de denetlemektedir.⁶⁴

Dolayısıyla bireysel başvuru, hem somut bireysel başvuru bakımından güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan ihlal edilmiş olan başvuru sahiplerinin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasını sağlayarak subjektif bir işlev görmektedir, hem de içtihatlar geliştirmek suretiyle objektif bir işlev yerine getirmektedir.⁶⁵

Anayasa Mahkemesi kararlarında, somut bir bireysel başvurudan yola çıkılarak, objektif nitelikteki ilkelere de yer verilmektedir. Bir bireysel başvuru kararının, genel nitelik taşıyan hukuki sonuçlarının bulunmadığı ve salt somut bireysel başvuru kapsamındaki tarafların haklarının ihlal edilmiş olup olmadığının tespit edilmesinden ve tazminat ödenmesine hükmedilmesinden ibaret olduğu ileri sürülmeyecektir.⁶⁶

Nitekim bireysel başvuru ile, başvuru sahibinin uğradığı somut zararın tazminat yoluyla ortadan kaldırılması amacıyla da öte, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması doğrultusunda genel nitelik taşıyan ilkelerin genel çerçevesinin çizilmesi suretiyle, “*keyfi uygulamalar barındırmayan bir hukuk düzeninin yaratılması*” amaçlanmaktadır.⁶⁷

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarında, “*hüküm*” ve “*gerekçe*” bölümleri bulunmakta ve kararlar, bu “*gerekçe*” ve “*hüküm*” kısmı ile birlikte bir bütündür. Hüküm kısmında, ulaşılan sonuca yer verilirken; gerekçe kısmında, karar verilirken oluşan kanaatin dayandırıldığı hukuki görüşler açıklanmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarının bağlayıcılığı, hüküm kısmı ile sınırlı değildir. Gerekçe kısmında dayanak olarak gösterilen hukuki görüşler de bağlayıcılık etkisi göstermektedir. Anayasa’nın 153. madde hükmünde ve 6216 sayılı Kanun’un 66. madde hükmünde, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı olduğu ifade edilirken genel olarak “*karar*” terimi kullanılmıştır. Gerekçe ve hüküm kısmı şeklinde bir ayrıma gidilmemiştir.

Anayasa’nın 153. maddesi ve 6216 sayılı Kanun’un 66. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca, Anayasa Mahkemesi kararları gerekçeli olarak yazılacak, iptal kararları gerekçeleri yazılmadan açıklanmayacaktır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi kararında yer alan ve hükme varılma noktasında esas alınan hukuki gerekçeler, hükümden ayrı düşünülmeyecektir. Nasıl ki AİHM, AİHS bakımından bir içtihat ortaya koyma görevi yerine getirmekteyse, aynı şekilde Anayasa Mahkemesi de Anayasal hüküm ve güvencelerin anlam ve kapsamını içtihatlarıyla belirleyebilmektedir.⁶⁸

Anayasa’da yer alan bu emredici hükümler karşısında, yargı organlarınca hak ihlali tespit edilen ilk kararlarında direnilmesi ya da Anayasa Mahkemesi kararında açıklanan ihlal ve sonuçların giderilmesi yönünde bir karar verilmemesi halinde, başkaca bir hak ihlali daha söz konusu olacaktır. Bu yeni ihlale yönelik olarak da bireysel başvuru yolu işletilebilecektir.

Ancak derece mahkemeleri tarafından Anayasa Mahkemesi kararına devamlılık arz edecek şekilde uylmamaya devam edilmesi halinde, kanuni düzenlemelerimizde bireysel başvuru yolu kapsamında başvurulacak bir açık yaptırım veya cebri icra usulü öngörülmemiştir.

Alman Anayasa Mahkemesine tanındığı şekliyle, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesine bireysel yolu bakımından,

⁶² Ulaş Karan, *Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Eski Alışkanlıklar, Yeni Sorunlar* (İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi 2017) 12.

⁶³ Korkut Kanadoğlu, *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru* (On İki Levha 2015) 264.

⁶⁴ Ramazan Gümüşay, *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının İcrası* (Adalet 2019) 64.

⁶⁵ Yeşim Çelik, *Türk Hukukunda Bireysel Başvuru ve Anayasa Mahkemesi Uygulaması* (Adalet 2016) 33.

⁶⁶ Aydın (n 45) 275.

⁶⁷ Karaman (n 46) 34.

⁶⁸ Karaman (n 46) 264.

Anayasa Mahkemesi tarafından doğrudan hak ihlalinin sonuçlarının giderilmesine yönelik işlem tesis edebilme yetkisi de tanınmamıştır.⁶⁹

Anayasa Mahkemesi kararlarının uygulanmaması durumunda başvurulabilecek en etkili yollardan biri olarak 6087 sayılı HSK Kanunu'nun 6. maddesinin HSK'ya tanımış olduğu görev ile yetkileri bulunan, savcı ve hakimler hakkında denetim, araştırma, inceleme ve soruşturma yapılması işlemlerinin gerçekleştirilmesi olarak karşımıza çıkmaktadır.⁷⁰

Diğer yandan, HSK Kanunu'nun bu 97. maddesi uyarınca, hâkim ve savcılar hakkında, “*Kanun yollarına başvuru sebebi olarak ileri sürülebilecek veya hakimlerin yargı yetkisi ve takdiri kapsamında kalan hususlara ilişkin bulunan*” ihbar ve şikayetler, Hakimler ve Savcılar Kurulunca işleme konulmayacaktır. Uygulamada, hâkim ve savcılar hakkındaki çoğu ihbar ve şikayetin, bu madde hükmü gerekçe gösterilmek suretiyle işleme konmadığını gözlemlemekteyiz.

Ancak Anayasa Mahkemesi kararlarının, yasama-yürütme-yargı organlarını, idari makamları, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı öngören Anayasa'nın 153. madde hükmü ile 6216 sayılı Kanun'un 66. madde hükmünün emredici hüküm olmaları nedeniyle, Anayasa Mahkemesi kararlarının uygulanıp uygulanmaması noktasında hâkim ve savcılarının bir takdir yetkisi bulunmadığı açıktır. Bağlayıcılık hususunda ayrıca Anayasa'nın 138 maddesinin birinci fıkrasında yer alan, hakimlerin görevlerini Anayasaya göre yerine getirmeleri yükümlülüğünü de göz önünde tutmak gerekir. Çünkü somut bir olay bağlamında bir kanunun uygulanmasının anayasal temel hakkı ihlal ettiğine ilişkin Anayasa kuralının yorumunu içeren hak ihlali kararının ilkesel boyutunun, benzer olaylarda uygulanması da Anayasa'nın bir gereğidir. Pozitif hukuk kaynaklarının da gösterdiği üzere, bağlayıcılık kuralının hiçbir istisnası bulunmamaktadır. Yerindelik denetimi yapma, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verme yasağı dahi bu kuralın istisnası değildir. Bireysel başvuru kararlarının bağlayıcılığı ile ilgili belirtilen bu hususlar, yargı bağımsızlığı, hakimlik ve savcılık teminatı bakımından da bir sorun teşkil etmemektedir. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarının bağlayıcı konusunda da kararlar vermiş olup aşağıda bazı örnek başvuru süreçlerine yer vereceğiz.

B. Şahin Alpay Başvurusu

Şahin Alpay Başvurusu kişi özgürlüğü ve güvenliği ile ifade ve basın özgürlüğü hakkının ihlaline ilişkindir. Ancak derece mahkemelerinin Anayasa Mahkemesi kararına uymaması noktasında ülkemizde yaşanan ilk büyük tartışmalardan biri olması ve bu süreç içerisinde Avrupa Parlamentosu'nun ülkemize yönelik olarak gerçekleştirdiği uyarılar bakımından, Şahin Alpay Başvurusu, bu çalışmamız ve değerlendirmelerimiz bakımından çok büyük önem arz etmektedir.

Başvurucu Şahin Alpay, 27.07.2016 tarihinde, “*yazmış olduğu makaleler ile FETÖ/DPY terör örgütünün amacı ve yapısını meşrulaştırmak*” iddiasıyla gözaltına alınmış ve tutuklanmıştır. Başvurucu tarafından tutukluluk haline ilişkin olarak birçok itiraz dilekçesi sunulmuş olsa da bunların tümü hakkında ret kararı verilmiştir. Şahin Alpay, bireysel başvuruda bulunduğu sırada halen tutuklu bulunmaktadır.⁷¹

Anayasa Mahkemesinin 11.01.2018 tarihinde vermiş olduğu kararla, başvurusunun özgürlük ve güvenlik hakkı ve ifade özgürlüğü haklarının ihlal edildiği tespit edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, Şahin Alpay'ın yazdığı makaleleri sebebiyle alınan ilk tutukluluk kararı ve devam eden tutukluluk durumu, demokratik bir toplumda gerekli ve orantılı bir müdahale olarak değerlendirilemeyecektir. Anayasa Mahkemesince, Şahin Alpay hakkındaki ilk tutuklama kararının, yazdığı makaleler hariç herhangi bir somut delile dayanmaması, ifade ve basın özgürlüğünün ihlalinin oluşturduğu ifade edilmiştir.⁷²

Şahin Alpay, Anayasa Mahkemesi kararının verilmiş olduğu tarihte halen tutuklu olarak yargılanmaktadır. Anayasa Mahkemesince kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile ifade ve basın özgürlüklerinin ihlalinin ortadan kaldırılması için kararın bir örneğinin başvurusunun yargılandığı İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi'ne gönderilmesine karar verilmiştir. Gereğeli karar da aynı tarihte Anayasa Mahkemesinin resmi internet sitesinde paylaşılmıştır. Karşı oyların da yazılmasıyla, 19.01.2018'de Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

Anayasa Mahkemesinin, kararının hüküm bölümünü derece mahkemesine göndermesi üzerine, Şahin Alpay tarafından tahliye talebinde bulunulmuştur. Ancak bu talep 11.01.2018 tarihinde İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından kararın Resmî

⁶⁹ 6216 sayılı Kanun'un tasarısında, ihlalin bir mahkeme kararından veya idari işlemde kaynaklanması durumunda, ihlal oluşturan mahkeme kararının veya idari işlemin, doğrudan Anayasa Mahkemesince iptaline karar verileceği ve kararın iptalinin kendiliğinden ihlali kaldırılması halinde doğrudan yargılamamın yeniden yapılmasına hükmedileceğine ilişkin bir hüküm hazırlanmış bulunmaktaydı. Ancak TBMM Genel Kurulu görüşmelerinde, bu hüküm, tasarı metninden çıkarılmıştır. Bunun gerekçesi olarak ise, bu hükmün Anayasa Mahkemesine, diğer Yüksek Mahkemelerin kararlarını iptal etme yetkisinin verilmesine neden olacağı ve hiyerarşik olarak eşit konumda yer alan yüksek mahkemelerin kararlarının, bir diğeri tarafından iptali halinde, Anayasa'ya aykırı bir durum oluşacağı ileri sürülmüştür. Bu nedenlerle de bu düzenleme kanunlaştırılmamıştır.

⁷⁰ 6087 sayılı Hakimler ve Savcılar Kurulu Kanunu uyarınca, Hakimler ve Savcılar Kurulu Teftiş Kurulu tarafından, “*adli ve idari yargı hakim ve savcılarının görevlerini, kanun ve diğer mevzuata, hakimler için idari nitelikteki genelgelere uygun olarak yapıp yapmadıkları*” denetlenilmektedir. Ayrıca “*adli ve idari yargı hakim ve savcılarının, görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemedikleri, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığı araştırılmakta ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemleri yapılabilmektedir.*”

⁷¹ Anayasa Mahkemesi, Şahin Alpay Başvurusu, 2016/16092, 11.01.2018.

⁷² Şahin Alpay Başvurusu, para. 138-141.

Gazete’de henüz yayımlanmamış olduğu ya da kendilerine tebliğinin gerçekleştirilmediği şeklindeki gerekçeyle reddedilmiştir. Şahin Alpay tarafından bu karara karşı da itiraz edilmiş fakat itirazı inceleyen Ağır Ceza Mahkemesi bu itirazı reddetmiştir.

İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesine göre, Anayasa Mahkemesi hangi nedenle olursa olsun yerel mahkemelerin yerine geçerek “delil değerlendirmesi” ve “yerindelik incelemesi” yapamayacaktır. Derece mahkemesi ayrıca, Anayasa Mahkemesi tarafından davanın esasına girilmek suretiyle “görev gaspı” gerçekleştirildiğini ve bu Anayasa Mahkemesi kararının kanuni sınırlar dışına çıkılmak suretiyle verilmesi nedeniyle bağlayıcı olmadığını ifade etmiştir.⁷³

Şahin Alpay tarafından, 01.02.2018 tarihinde, Ağır Ceza Mahkemesinin bu kararına karşı, Anayasa Mahkemesinin kararının uygulanmadığı gerekçesiyle tekrar bireysel başvuruda bulunulmuştur.⁷⁴

Bu ikinci başvuruya ilişkin kararda, Anayasa Mahkemesi’ne göre, esas itibarıyla temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir müdahale gündeme gelmedikçe, hukuk kurallarının somut olaya uygulanması ve yorumlanması ile delillerin takdiri ve değerlendirilmesine yönelik yetki ve görev, derece mahkemelerine ait bulunmaktadır. Temel hak ve özgürlükler bakımından bir müdahalenin mevcut olduğu hallerde ise, derece mahkemelerinin takdir ve değerlendirmelerinin Anayasa’da tanınan güvenceler bakımından etkisini nihai olarak değerlendirecek merci, Anayasa Mahkemesidir. Bu bağlamda Anayasa’da tanınan güvenceler ele alınarak bireysel başvuru çerçevesindeki temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediği hakkındaki inceleme ve değerlendirmeler, “kanun yolunda gözetilmesi gereken hususun incelenmesi” veya “yerindelik denetimi” oldukları şeklinde ileri sürülemeyecektir.⁷⁵

Sonuç olarak ise, mahkemeye erişim hakkının sağladığı güvencelerle de bağdaşmayacak şekilde, Anayasa Mahkemesinin tutukluluğa ilişkin ihlal kararının uygulanmaması nedeniyle, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.⁷⁶

İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından, bu kararın tebliği üzerine, 16.03.2018 tarihinde Şahin Alpay’ın tahliyesine karar verilmiştir.⁷⁷

Diğer yandan Şahin Alpay, Anayasa Mahkemesine ikinci başvurusunu gerçekleştirmesinin hemen akabinde aynı zamanda AİHM’e de bireysel başvuru gerçekleştirmiştir.⁷⁸

AİHM tarafından bu başvuru hakkında verilen karara göre, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı vermesine kararına rağmen, İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından tahliye talebinin reddedilmiş olması nedeniyle, başvurucu hakkındaki ihlal ortadan kalkmamıştır.⁷⁹

AİHM, ayrıca başvurucu Şahin Alpay’ın Anayasa Mahkemesinin kararına rağmen tutukluluk halinin sona erdirilmemiş olmasını Türkiye’deki bireysel başvuru yolunun etkinliği hususunda ciddi şüpheler ortaya koyduğunu, AİHM’e gelecekte benzer içerikli başvuruların yapılması durumunda, Türkiye’deki bireysel başvuru yolunun etkili bir iç hukuk yolu özelliği taşıyıp taşımadığı hususunda yeniden bir değerlendirme gerçekleştirme yetkisinin saklı olduğuna ilişkin olarak, çok ciddi bir uyarıda bulunmuştur.⁸⁰

⁷³ Başvurucunun tahliye talebini incelemeye dahi almayan derece mahkemelerinin, Anayasa Mahkemesinin üst bir mahkeme olmadığı ve hiyerarşik bir ilişkinin mevcut olmadığı konusunda duydukları rahatsızlığı ifade etme şekilleri de dikkat çekicidir: “Anayasa Mahkemesi’ni, kendini derece mahkemesi yerine koyarak özette dosyadaki delillerin tutukluluk için yeterli olmadığına karar vermiştir. Hatta Anayasa Mahkemesi’nin gerekçesi dikkatli okunduğunda, sanığın yayımladığı yazılar haricinde herhangi bir somut olgunun dosyada olmadığına ifade edilmiştir. Bu tespit dikkate alındığında, derece mahkemelerince sadece sanığın tahliyesine değil, aynı zamanda ve yargılama sonunda beraatine de karar verilmesi gerekecektir. Anayasa Mahkemesi’nin böyle bir hak ve yetkisi bulunmamaktadır. Dosyada tutukluluk halinin devamını gerektirir olguların olup olmadığını takdir yetkisi, derece mahkemesine aittir. Bu yetki, tutukluluğa itiraz halinde istisnai olarak itiraz mercileri, karara itiraz halinde Bölge Adliye Mahkemeleri ve temyiz halinde de Yargıtay’a aittir.”

⁷⁴ Anayasa Mahkemesi, Şahin Alpay Başvurusu (2), Başvuru No: 2018/3007, Karar Tarihi: 15.03.2018.

⁷⁵ Şahin Alpay Başvurusu (2), para. 50-53. Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında, suç işlendiğine dair kuvvetli belirtinin bulunmasının tutuklama tedbirinin ön koşulu olarak düzenlendiğine dikkat çekmiştir. Dolayısıyla, tutuklama tedbiri nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğinin ileri sürüldüğü bireysel başvurularda, Anayasa Mahkemesinin somut olayda suç işlendiğine dair kuvvetli belirtinin bulunup bulunmadığını incelemesi, anayasal bir gerekliliktir. Böyle bir incelemenin kanun yolu veya yerindelik denetimi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurular kapsamındaki yetki ve görevi, hakın ihlal edilip edilmediğinin tespitiyle sınırlı olmayıp tespit edilen ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlerin belirlenmesini de kapsamaktadır.

⁷⁶ Şahin Alpay Başvurusu (2), para. 85-86.; Anayasa Mahkemesi tarafından, bu Şahin Alpay Başvurusu (2) bakımından başvurucunun tutukluluk durumunun sona erdirilmesi dışında bir imkân kalmadığı yönünde değerlendirmede bulunularak, ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenler açıkça ifade edilmiş ve Şahin Alpay’ın tutukluluk halinin sona erdirilerek ihlalin ve sonuçlarının giderilmesi adına, ihlal kararının İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesine hükmetmiştir.

⁷⁷ İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verilen bu tahliye kararında, “Anayasa Mahkemesi kararlarının Anayasa’nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlali yönünden bağlayıcı olduğu hususunda şüphe olmaması” gerekçesiyle, Anayasa’nın 153. ve 6212 sayılı Kanun’un 66. maddesi uyarınca, Şahin Alpay’ın tutukluluk halinin sona erdirilmesine karar verildiği ifade edilmiştir. Ancak İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi heyetinde yer alan üyelerden biri, “gerekçenin hüküm verme noktasında mahkemeyi bağlamayacağı” şeklindeki kaydını vurgulayarak farklı bir gerekçe kaleme almıştır. Bu üye tarafından, “Anayasa Mahkemesi’nin Şahin Alpay Başvurusu (2) kararındaki genel ilkelere ilişkin birçok değerlendirmesine katılmamakla birlikte, gerekçe kısmının hükme esas olmayacağı belirtildiğinden ve bu nedenle görev gaspı söz konusu olmayacağından” şeklindeki farklı gerekçeyle, sanığın tahliyesine yönelik karara şerh düşmüştür. Farklı gerekçede ayrıca, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesinin “yüksek mahkemeler” olarak Anayasa’da tanımlanmış olduğu ancak yüksek mahkeme olan Anayasa Mahkemesinin Türk yargı teşkilatında ne idari yargı kolunda ne de adli yargı kolunda “üst mahkeme” niteliğinde olmadığı ifade edilmiştir. Anayasa’nın 153. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi kararlarının kesin ve herkesi bağlayıcı olmasının Anayasa Mahkemesine adli yargı kolu üzerinde “mahkemeler üstü” bir statü bahşetmediği, zira bütün mahkeme kararlarının kesin hüküm kazanması halinde halihazırda tüm mahkemeleri bağlayacağı düşüncesi kaleme alınmıştır. Diğer bir deyişle söz konusu Anayasa Mahkemesi kararını, Anayasa Mahkemesinin bir üst mahkeme olması nedeniyle değil, bireysel başvuru sonucunda verilen bu kararın, bir kesin hüküm teşkil etmesi nedeniyle uyguladıkları görüşüne yer verilmiştir. Şerh düşülen bu ifadelerden anlaşıldığı üzere, yerel mahkeme, bir üst-üstlük ilişkisinin mevcut olup olmadığına ilişkin muhtemel tartışmalardan duyduğu rahatsızlığı tekrar dile getirme ihtiyacı hissetmiştir.

⁷⁸ Alpay v Turkey App no 16538/17 (ECHR, 20 March 2018)

⁷⁹ Alpay v Turkey, para. 164-166.

⁸⁰ Alpay v Turkey, para. 102.

AIHM'in bu 20.02.2018 tarihinde vermiş olduğu kararın hemen akabinde, 17.03.2018 tarihinde İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesince, Şahin Alpay hakkında tahliye kararı karar verilmiştir.⁸¹

C. Kadri Enis Berberoğlu Başvurusu (2)

Çalışmamızın önceki kısımlarında da yer vermiş olduğumuz geçmişte Kadri Enis Berberoğlu Başvurusu (2) hakkında verilmiş olan bireysel başvuru kararından sonraki süreçte karşılaşılan hukuka aykırılıklar, Şerafettin Can Atalay hakkındaki hukuki süreç ile benzerlik göstermektedir.

Anayasa Mahkemesi, Kadri Enis Berberoğlu'nun başvurusu hakkındaki 17.09.2020 tarihinde vermiş olduğu kararıyla, başvurunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edildiğini tespit etmiştir. Bununla birlikte, bu ihlal kararının bir örneğinin ihlalin sonuçlarının giderilmesi adına yeniden yargılama yapılmak üzere, İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi'ne gönderilmesi yönünde karar alınmıştır.⁸²

Ancak kararın, Ağır Ceza Mahkemesine tebliğ edilmesi üzerine, Ağır Ceza Mahkemesi, Anayasa Mahkemesinin yerindelik denetimi yapma yetkisinin bulunmadığı gerekçesiyle, yeniden yargılama yapılmasına yer olmadığına karar vermiştir. Bu karara karşı başvuru tarafından itiraz edilmişse de itirazı inceleyen Ağır Ceza Mahkemesi tarafından, itiraz hakkında karar verilmesi yer olmadığına yönelik bir karar verilmiştir. Kadri Enis Berberoğlu tarafından ise tekrar bireysel başvuruda bulunulmuştur.⁸³

Anayasa Mahkemesi tarafından bu yeni başvuruya ilişkin olarak verilen kararda, başvurunun seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği yönünde karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu yeni kararında, Kadri Enis Berberoğlu (2) kararı ile Kadri Enis Berberoğlu (3) kararında tespit edilmiş olan ihlallerin giderilmesinin sadece mahkemelerin değil, "ilgileri olduğu ölçüde başta Türkiye Büyük Millet Meclisi ile Hakimler ve Savcılar Kurulu olmak üzere kamu gücünü kullanan diğer organların da görevi" olduğu ifade edilmiştir ve kararın, belirtilen ilgili kurumlara da gönderilmesinin gerektiğine dikkat çekilmiştir.⁸⁴

Anayasa Mahkemesinin bu kararı, Anayasa Mahkemesince hakimlerin hukuki, idari ve cezai sorumluluklarına ilk defa dikkat çekilmesi ve kararın örneğinin Adalet Bakanlığına ve HSK'ya gönderilmesi nedeniyle bir ilktir.

Anayasa Mahkemesinin kararının akabinde, Ağır Ceza Mahkemesince 08.02.2021 tarihli kararıyla, Kadri Enis Berberoğlu'nun yeniden yargılama talebinin kabulü, infazın durdurulması ve kesinleşmiş hükmün bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılması yönünde karar verilmiştir. Derece mahkemesi tarafından ayrıca, Kadri Enis Berberoğlu'nun yargılama devam etmekteyken yeniden milletvekili seçilmesi nedeniyle, başvuru hakkındaki milletvekili dokunulmazlığı kaldırılincaya değin durma karar verilerek bu kararın TBMM'ye gönderilmesine karar verilmiştir. İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesinin kararının, 11.02.2021 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda okunmasıyla, başvuru fiilen milletvekilliği görevine dönmüştür.

V. Yargıtay 3. Ceza Dairesinin, Anayasa'nın 14. Maddesi Bağlamındaki Geçmiş İçtihatları

Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 14. maddesinin kapsamı bakımından geçmişte Ömer Faruk Gergerlioğlu Başvurusu ile Leyla Güven başvurularına ilişkin olarak vermiş olduğu kararlarında yukarıda açıkladığımız genel ilkeleri belirlemiş olmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin Şerafettin Can Atalay kararını uygulamayan Yargıtay 3. Ceza Dairesi de geçmişte bu genel ilkelere ilişkin olarak birçok içtihat ortaya koymuştur.

Dolayısıyla çalışmamızın bu kısmında, Yargıtay 3. Ceza Dairesinin, Anayasanın 14. maddesi bağlamında, bireysel başvuru kararlarının bağlayıcılığı ve etkisi hakkında Şerafettin Can Atalay sürecinden önce ortaya koyduğu bu içtihatlarla yer vermek önem arz etmektedir.

Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 11.07.2023 tarihli ve E.2023/27, K.2023/5120 sayılı kararına konu olan olayda, milletvekili seçilmeden önce işlediği iddiası ile terör örgütü propagandası yapmak, suçu ve suçluyu övmek suçlarından yapılan yargılamada,

⁸¹ Başvuru Şahin Alpay'ın başvurusu, AIHM 2. Dairesi tarafından 20.02.2018 tarihinde karara bağlanmış olup AIHM'in resmi internet sitesinde yayımlanan karar metni üzerinde karar tarihi ibaresiyle yer alan 20.03.2018 tarihi, gerekçeli kararın AIHM'in resmi internet sitesinde yayımlanma tarihidir.

⁸² Anayasa Mahkemesi tarafından bu kararda, "yapılması gereken ilk işin, Yargıtay'ın onama kararına bağlı sonuçların geri alınması amacıyla, yeniden yargılama kararı verdikten sonra, başvuru hakkındaki yargılamanın durmasına karar vermekten ibaret" olduğu belirtilmiştir.

⁸³ Derece mahkemesine göre, "hak ihlali tespit edildikten sonra bu ihlalin ortadan kaldırılmasına ilişkin yapılması gerekenlere hükmedilirken, yeniden yargılama kararı verilmesi ve durma kararı verilmesi gerektiğinin, Anayasa Mahkemesince kararda belirtilmesi, yerindelik denetimi kapsamındadır."

⁸⁴ Bu yeni başvuruyu inceleyen Anayasa Mahkemesi tarafından, hukukun üstünlüğü ilkesine dikkat çekilerek şu ifadelerle bulunulmuştur: "Hukuk devleti bir retorikten ibaret değildir. Hukukun üstünlüğü ilkesinin fiilen geçerli olmadığı; kamu gücünü kullanan organların, mahkemelerin ve bireylerin hukuka uygun davranmadıkları bir ülkede hukuk devletinin varlığından söz edilemez. Anayasamızda hukukun üstünlüğü ilkesinin güvencesi olan kurallardan biri de Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayıcı olduğu yönündeki Anayasa'nın 153. maddesidir. Anayasa'nın 153. Maddesinin açık hükmüne rağmen Anayasa Mahkemesi kararlarının her ne sebep ve mülhaza ile olursa olsun yerine getirilmemesi, hukukun üstünlüğü ilkesinin ve bu ilkenin temel aldığı anayasal düzenin ağır bir biçimde ihlali anlamına gelmektedir. Türlü bahaneler ve hukuk tanımaz tutum ve davranışlarla bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesine ve mevcut ihlallerin sürdürülmesine neden olacak şekilde, Anayasa'nın öngördüğü hukuk düzenine karşı koyma anlamına gelen keyfi kararlara hiçbir hukuk sisteminde müsaade edilemez. Dolayısıyla bir hukuk devletinde anayasal hükümlere uymamanın ilgililer açısından cezai, idari ve hukuki sorumluluklar doğuracağı açıktır."

kovuşturma şartı gerçekleşmediğinden sanık Fatma Kurtulan hakkında verilen Ankara 21. Ağır Ceza Mahkemesinin durma kararına karşı Cumhuriyet savcısınca yapılan itiraz, Ankara 22. Ağır Ceza Mahkemesinin kararı ile kesin olarak reddedilmiştir. Adalet Bakanlığının kanun yararına bozma talebine istinaden Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tebliğname ile dosyayı Yargıtay 3. Ceza Dairesine göndermiştir.⁸⁵

Yine Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 04.04.2023 tarihli ve E.2023/3102, K.2023/966 sayılı kararında, terör örgütü propagandası yapmak suçundan sanık Ayşe Sürücü hakkında yapılan yargılama neticesinde, sanığın 24.06.2018 tarihinde yapılan 27. Dönem Milletvekili seçimlerinde Şanlıurfa milletvekili seçilmesi nedeniyle sanık hakkındaki kamu davasının durmasına ilişkin Ankara 24. Ağır Ceza Mahkemesinin kararı inceleme konusu yapılmıştır.⁸⁶

Aynı şekilde Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 22.06.2022 tarihli ve E. 2022/1234, K. 2022/3922 sayılı kararında, silahlı terör örgütüne üye olma, terör örgütü propagandası yapmak ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'na muhalefet etmek suçlarından sanık hakkında yapılan yargılama sırasında, adı geçen sanığın yeniden milletvekili seçilerek Anayasa'nın 83. maddesi kapsamında dokunulmazlığa sahip olduğundan bahisle, kamu davasının durmasına dair Ağrı 1. Ağır Ceza Mahkemesinin kararı inceleme konusu yapılmıştır.⁸⁷

Bu içtihatların tamamında, konuları itibarıyla Ömer Faruk Gergerlioğlu ve Leyla Güven Başvurularına ilişkin verilen ve yukarıda incelemiş olduğumuz Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarında yer alan tespitlere atıfta bulunulmuştur. Sonuç olarak Yargıtay 3. Ceza Dairesi, Şerafettin Can Atalay Başvurusundan önceki tüm içtihatlarında “*Aslolanın haksız-ölçüsüz bir müdahaleye maruz bırakılan temel hakkın bir an önce teslimi olduğuna göre, sair çatışma ve tartışmaların bu değer önüne geçmesine 'hukuk düzeninin teklifi' ilkesi de müsaade etmez.*” şeklinde net bir ifadeyle, kendi önündeki dosyalarda yer alan sanıkların bir bireysel başvurusu dahi olmamasına rağmen, Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu kararların objektif etkisi olduğunu açıkça belirterek, durma kararı verilmesi yönünde karar almıştır.⁸⁸

Ancak Yargıtay 3. Ceza Dairesi bu içtihatlarından kısa bir süre sonra verdiği “Anayasa Mahkemesi Kararını Uygulamama” kararında, Şerafettin Can Atalay Başvurusuna ilişkin Anayasa Mahkemesi kararında bireysel başvuru kararlarının objektif etkisinden bahsetmesini bir tehdit olarak algılayıp “*esev verici ve manidar*” bularak Anayasa Mahkemesi üyeleri hakkında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunulmasına karar vermiştir.⁸⁹

Diğer yandan, Yargıtay 3. Ceza Dairesinin Şerafettin Can Atalay hakkındaki kararı detaylı olarak irdelendiğinde, terör örgütü propagandası yapmak, silahlı terör örgütüne yardım etme, örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işlemek suçları ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin Ömer Faruk Gergerlioğlu ve Leyla Güven Başvurusu hakkındaki kararlarında ortaya konulan ilkeleri kabul ettiği; ancak TCK'nın 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320. maddeleri ile 310. maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçların (Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak, Askerî tesisleri tahrip ve düşman askerî hareketleri yararına anlaşma, Anayasayı ihlal, Yasama organına karşı suç, Hükûmete karşı suç, Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetine karşı silâhlı isyan, Silâhlı örgüt kurma ve bu örgüte üye olma, Silâh sağlama, Yabancı hizmetine asker yazma, yazılma, Cumhurbaşkanına suikast ve fiilî saldırı suçları) Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında yani yasama dokunulmazlığının istisnası olarak değerlendirilmesi gerektiği konusunda herhangi bir şüphe bulunmadığı görüşünü ileri sürdüğü görülmektedir.

Başka bir deyişle Yargıtay 3. Dairesi, Şerafettin Can Atalay Başvurusu hakkında verilen karar bakımından, birtakım suçlar için “*Aslolanın haksız-ölçüsüz bir müdahaleye maruz bırakılan temel hakkın bir an önce teslimi olduğuna göre, sair çatışma ve*

⁸⁵ Yargıtay 3. CD, 27/5120, 11.07.2023.

⁸⁶ Yargıtay 3. CD, 3102/966, 04.04.2023.

⁸⁷ Yargıtay 3. CD, 1234/3922, 22.06.2023.

⁸⁸ Tüm bu Yargıtay 3. Ceza Dairesi içtihatlarında “*AİHM ve AYM kararlarının bağlayıcılığı sorunu*” başlıklı kısımlarında birebir aynı olacak şekilde şu ifadelere yer verilmiştir: “*AİHM, Anayasa'nın 153 üncü maddesinin 6 nci fıkrasından doğan bağlayıcı niteliğini dikkat alarak, bireysel başvuruya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesinin kararlarına uygulamada riayet etme hususunun, öncelikle (a priori) Türkiye'de sorgulanmaması gerektiği ve bu mahkemenin ihlâl kararlarının etkin bir şekilde uygulanmasından şüphe duyulmasına yer olmadığı kanaatine varmıştır. Şu hale göre; özellikle yargılama ve olağan yasa yolları süreci tamamlanmadan yapılan bireysel başvuru incelemelerinde, AYM'nin delil değerlendirmesinin hak ihlali bağlamında da olsa, asıl yargılama mercileri ile bir yetki çatışması sonucunu doğurduğu açıktır. Hak ihlalini netice veren meşru müdahale için ikame olunan delilin yeterli olup olmadığına ilişkin tespitin, yargılama konusu suçun sübut ve/veya vasfının tayini yönünden de belirleyici olacağına kuşku yoktur. Ne var ki, yargılama süreci tamamlanmış ve kanun yolu incelemesinden de geçerek kesinleşmiş hükümler yönünden gerçekleştirilen bireysel başvuru sonucunda tespit edilen hak ihlallerinin, gerektiğinde yeniden yargılama sebebi olarak kabul edildiği (5271 sayılı Kanun madde 311) sistemde, yargılamanın devamı strasında ihlal neticesini doğuracak tespitlerin yargılama mercilerince göz ardı edilmesi düşünülemez. Aslolanın haksız, ölçüsüz bir müdahaleye maruz bırakılan temel hakkın bir an önce teslimi olduğuna göre, sair çatışma ve tartışmaların bu değer önüne geçmesine 'hukuk düzeninin teklifi' ilkesi de müsaade etmez.*”

⁸⁹ Ayrıca Yargıtay 3. Dairesinin, Şerafettin Can Atalay hakkındaki 08.11.2023 tarihli bu kararında, “*kendisinin daha önceden yargısal aktivizm sonucu vermiş olduğu ve kamuoyunda üniversitelere başörtü yasağı olarak bilinen, bızce de kabul görmeyen bir kararını gerçeğe göstermesi tarafımızdan dikkat çekici bulunmuş ve bir ironi olarak değerlendirilmiştir.*” şeklinde bir ifade kullanmak suretiyle Anayasa Mahkemesi kararını eleştirdiği de görülmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesinin Şerafettin Can Atalay Başvurusu (2) hakkındaki karar gerekçesinde atıf yaptığı karar, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yolunun ülkemizde henüz yürürlüğe girmediği 1989 ve 1991 yıllarında verdiği iki karar değil, tam tersine bu iki kararın idarenin keyfi uygulamaları ile yürütülen başörtüsü yasaklarına neden olduğu eleştirisinin getirildiği 2014 tarihli Tuğba Arslan Başvurusu hakkındaki karardır. Kanaatimizce bu durum, Yargıtay 3. Ceza Dairesinin, Anayasa Mahkemesinin Şerafettin Can Atalay Başvurusu (2) hakkındaki kararını tam anlamıyla incelemeyeceğini de göstermektedir. (Bkz: Anayasa Mahkemesi, Tuğba Arslan Başvurusu, 2014/256, 25.06.2014.) Öte yandan kanunla getirilen sınırlayıcı bir kanun hükmü olmadığı halde Anayasa Mahkemesi kararı dayanarak gösterilerek başörtüsü yasağının yıllarca uygulanmaya çalışılması ve yıllar sonra bireysel başvuru incelemesi üzerine Anayasa Mahkemesinin Tuğba Arslan Kararında bu hukuksuzluğa açık vurgu yaparak bir ihlal kararı verdiği göz önünde tutulduğunda Yargıtay 3. Ceza Dairesinin bu önemli noktayı fark etmeyip “ironi” olarak nitelmesi de insan hakları hukukundaki Anayasal güvencelerin temiz incelemesi yapma konumundaki bir Daire tarafından gözden kaçırılması boyutuyla düşündürücüdür. Zira ifade etmek gerekir ki başörtüsü yasağında olduğu gibi temel hak ve özgürlüklerle ilgili tüm konularda kanunilik ilkesi gereğince sınırlamaların yargısal içtihatlarla değil sadece kanunla tesis edilmesi Anayasal bir zorunluluktur.

tartışmaların bu değer önüne geçmesine 'hukuk düzeninin teklifi' ilkesi de müsaade etmez" görüşünü benimserken, bazı suçlar için Anayasanın Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayıcılığını düzenleyen 153. maddesini göz ardı etmiştir.

Anayasanın 14. maddesi ve dokunulmazlıklar hakkında diğer önemli bir içtihat Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 26.10.2022 tarihli E. 2020/16-462, K. 2022/671 sayılı kararıdır. Karara konu olan olayda, Ahmet Şık, 24 Haziran 2018 tarihinde yapılan genel seçimde milletvekili seçildiğinde, Cumhuriyet Gazetesinin yönetici ve yazarları hakkında 2016 yılında açılmış olan davada sanık olarak yargılanmaktadır. Ahmet Şık hakkında, seçimden kısa bir süre önce 25.04.2018 tarihinde, İstanbul 27. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından, silahlı terör örgütüne yardım etme suçundan 7 yıl 6 ay hapis cezasına hükmolünmüş, sanık karara karşı temyiz kanun yoluna başvurmuştur. Milletvekili seçildiği tarihte hakkındaki mahkûmiyet kararı henüz kesinleşmemiş olan Ahmet Şık, meclis kürsüsünden yemin ederek milletvekilliği görevine başlamıştır. Sonradan kapatılan daireler nedeniyle gerçekleştirilen yeni iş bölümü nedeniyle numarası Yargıtay 3. Ceza Dairesi olarak değiştirilen Yargıtay 16. Ceza Dairesi, 19.09.2019 tarihinde aldığı kararla, diğer sanıkların bir bölümüyle birlikte Ahmet Şık hakkındaki mahkûmiyet kararını bozmuştur. Bunun üzerine dosya İstanbul 27. Ağır Ceza Mahkemesi'ne gönderilmiştir.⁹⁰

Ahmet Şık müdafileri tarafından, sanığın milletvekili seçilmesi nedeniyle Anayasa'nın 83. maddesi uyarınca dokunulmazlık kazandığı belirtilerek, yargılamanın durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir. İstanbul 27. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından bu talep reddedilmiş ve ilk kararda direnilmiştir. Direnme kararı üzerine dosya, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na gönderilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu Ömer Faruk Gergerlioğlu ve Leyla Güven Başvurularına ilişkin verilen Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarında yer alan gerekçelere atıfta bulunarak kararı bozmuş ve durma kararı verilmesi yönünde hüküm vermiştir.⁹¹ Görüldüğü üzere Yargıtay 3. Ceza Dairesi, Şerafettin Can Atalay Başvurusu hakkındaki Anayasa Mahkemesi kararları ile ilgili "uygulanmama" kararı vermek suretiyle sadece kendi içtihatları ile değil, Yargıtay Ceza Daireleri arasındaki uyumsuzluklar hakkında karar almakla da görevli ve yetkili Yargıtay Ceza Genel Kurulu içtihadı ile de çelişen bir karar ortaya koymuştur.

Şerafettin Can Atalay (2) bireysel başvuru kararının "uygulanmaması" yönünde Yargıtay 3. Ceza Dairesi tarafından verilen karara karşı Yargıtay 4. Ceza Dairesi nezdinde itiraz edilmesi üzerine "karar vermeye yer olmadığı" şeklinde oy çokluğu ile bir karar verilmiştir. Söz konusu muhalefet şerhinde İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesinin Anayasa Mahkemesinin belirttiği ihlali sona erdirmek için yargılamanın yenilenmesi kararı vermesi ve Yargıtay 3. Ceza Dairesinin de "Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda yeniden yargılama yapılması için dosyayı ilk derece mahkemesi olan İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesine göndermesi" gerektiği ifade edilmiştir.⁹²

Nitekim bir Anayasa Mahkemesinin kararının; hak ihlalinin bir mahkeme kararı dolayısıyla gerçekleştiği tespit edilirse; bu mahkeme kararının ilk derece mahkemesi tarafından verilmesi halinde, kararı vermiş olan bu ilk derece mahkemesine; istinaf başvurusu üzerine verilmesi halinde ise, bölge adliye mahkemesi dairesine gönderilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla Yargıtay, denetim makamı pozisyonunda olup ihlal kararı İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesinin verdiği mahkûmiyet kararına ilişkindir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ihlal kararının sonuçlarını ortadan kaldırma görevi ilk derece mahkemesi olarak İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesine aittir.

Belirtmemiz gerekir ki, derece mahkemelerinin bireysel başvuruya ilgili olarak da görev ve yetkileri Anayasa ve kanunda açıkça öngörülmüş olup, bu düzenlemelerde Anayasa Mahkemesi kararlarının eleştirilmesi ve uygulanmamasına dayanak oluşturabilecek herhangi bir hükmün bulunmadığı açıktır. Bu nedenle Anayasa, AİHM ve Anayasa Mahkemesi içtihatları da dikkate alındığında, Anayasa Mahkemesi Kararı derhal uygulanarak ilgili hakkında tahliye ve davanın durması kararı verilmeli; TBMM ise Anayasanın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği yolundaki hükmün gereği olarak dokunulmazlığın istinası olacak suçları belirleyen bir kanun çıkarmalıdır.

⁹⁰ Yargıtay CGK, 16-462/671, 26.10.2022.

⁹¹ Yargıtay Ceza Genel Kuruluna göre; "Anayasa'nın 83. maddesinde milletvekili dokunulmazlığının kapsamına istisna getiren "seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasa'nın 14'üncü maddesindeki durumlar" ifadesinin, milletvekili dokunulmazlığının sınırlandırılması için yeterli belirliliğe sahip olmadığına işaret eden Anayasa Mahkemesinin yukarıda yer verilen içtihadı dikkate alınarak, sanık müdafisinin 21.11.2019 tarihli celsede ileri sürmesine rağmen mahkemeye hiçbir değerlendirme yapılmayan "milletvekili seçilen sanık hakkındaki yargılamada dokunulmazlığın kaldırılması gerektiğinden bahisle durma kararı verilmesi gerektiğine" ilişkin talebin değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması nedeniyle sanık Ahmet Şık hakkında kurulan hükmün bozulmasına karar verilmesi gerekmektedir."

⁹² "İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesince verilen mahkûmiyet kararı istinaf mahkemesince onandıktan sonra temyiz edilmiş, sanık temyiz aşamasında Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuş, bu aşamada mahkûmiyet hükmü Yargıtay 3. Ceza Dairesince onanmıştır. Hükmün onanmasından sonra Anayasa Mahkemesi bireysel başvurusu sonuçlandırarak, başvurucağın seçilme ve siyaset yapma, özgürlük ve güvenlik haklarının ihlal edildiğini kabul etmiş, ihlalin ortadan kaldırılması, yeniden yargılama yapılması, infazın durdurulması, tahliyenin sağlanması, yeniden yapılacak yargılamada durma kararı verilmesi için dosyayı İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi'ne göndermiştir. İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda ihlali ortadan kaldırmak üzere, yargılamanın yenilenmesine karar vermesi gerekirken, dosyayı Yargıtay 3. Ceza Dairesine göndermiş ve denetim muhakemesi yapmakla görevli Yüksek Dairece itiraza konu karar verilmiştir. Yargıtay 3. Ceza Dairesinin Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda yeniden yargılama yapılması için dosyayı ilk derece mahkemesi olan İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesine göndermesi gerekirdi. Yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle itirazın kabulü ile Yargıtay 3. Ceza Dairesinin itiraza konu kararının kaldırılması gerekir. Sayın çoğunluğun karar vermeye yer olmadığı yönündeki kararına muhalifiz.", Yargıtay 4. CD, Değişik İş Karar No: 2023/2, 17.07.2023.

VI. Değerlendirme ve Sonuç

A. Süper Temyiz Mercii İddiası Bakımından

Ülkemizde bireysel başvuru yolunun yürürlüğe girmesinden sonra Anayasa Mahkemesinin bir süper temyiz mercii gibi kararlar verdiği ileri sürülmüştür. Bu terimle ifade edilmek istenen ülkemizdeki üç dereceli bir yargı sisteminde karar kesinleştikten sonra, o kararın maddi ve hukuki yönden Anayasa Mahkemesi tarafından daha bir üst derece temyiz mercii gibi denetlenmesidir. Esasen bu tartışma bireysel başvurunun en kapsamlı bir şekilde uygulandığı Almanya’da ortaya çıkmıştır. Türkiye’deki gibi kural olarak üç dereceli bir yargı sistemine sahip Almanya’da bireysel başvuru yolu, anayasa şikâyeti olarak adlandırılmış olup Alman Anayasa Mahkemesinin anayasa şikâyeti konusundaki yetkileri, hem başvuru konuları hem de hak ihlalinin giderilmesindeki yetkileri Türk Anayasa Mahkemesine göre çok daha geniştir. Bu nedenle 70 yılı aşan bir uygulaması olan Alman anayasa şikâyetinde bu tür tartışmaların ortaya çıkması doğaldır.

Almanya’da da birinci ve ikinci derecelerde dava konusu ile ilgili maddi ve hukuki inceleme yapılmasına karşın temyiz derecesi maddi olay ile bağlı olup temyiz sürecinde kararın kesinleşmesinden sonra bir üst derece söz konusu değildir. Alman Anayasa Mahkemesi, 16.01.1957 tarihli Elfes kararında⁹³, her hatalı kararın genel hareket özgürlüğü şeklindeki temel hakka müdahale teşkil ettiğini ve anayasa normlarına aykırı şekilde verilen bu hükümlerle, “temel haklara haklı müdahale şartının” ihlal edildiğine hükmetmiştir. Bu durumda ortaya konan her hatalı karar bir temel hak ihlali olarak görülüp anayasa şikâyetine başvuru yoluyla incelenmesi söz konusu olabilir mi sorusu ortaya çıkmıştır. Ebetteki böyle bir uygulama Alman Anayasa Mahkemesini gerçek anlamda bir süper temyiz mahkemesi yapmaktadır. Ancak Alman Anayasa Mahkemesi anayasa şikâyetini sadece doğrudan Anayasadaki düzenlemelerde yer alan haklar (*spezifischen Verfassungsrechts*) bakımından geçerli olduğunu vurgulamıştır.⁹⁴ Anayasa Mahkemesi diğer mahkemelerin yerine geçen değil temel haklar bağlamında onları tamamlayan bir fonksiyon görecektir.⁹⁵ Alman Anayasa Mahkemesi kararlarında ortaya konulan ölçütlerde, hatalı kararın esas olarak salt kanunların doğru uygulanmamasından değil, temel hakların dikkate alınmamasından kaynaklanması gerektiğini vurgulamıştır.⁹⁶ Bu nedenle kanuni tanıma uygunluk veya yorumlardaki basit hataların değil temel bir hakkın çeşitli şekilde göz ardı edilmesi veya keyfîlik ya da hâkimin hukukun dışına çıkarak kanun koyucu gibi davranması ile özellikle muhakemede hukuki dinlenilme hakkı ölçütleri ortaya konulmuştur. Bütün bu ölçütlere rağmen Alman Anayasa Mahkemesinin kendine sağladığı takdir alanından bazen üstü kapalı olarak da olsa süper temyiz mahkemesi gibi hareket ettiği ileri sürülmektedir.⁹⁷ Ancak ülkemizde yürürlükte bulunan bireysel başvuru yolunda, Anayasa Mahkemesinin bu şekilde geniş bir yetkisi bulunmamaktadır.

Ülkemizde Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamındaki yetkisinin bir hak ihlalinin tespit edilmesi halinde sadece tazminata hükmedebileceği yeni bir sisteme ihtiyaç duyulduğu yönünde birtakım görüşler bulunmaktadır. Diğer bir deyişle bu görüşler, Anayasa Mahkemesinin hak ihlali tespit ettiği takdirde, bu ihlalin giderilme yollarına ilişkin değerlendirme yapma yetkisinin kaldırılması gerektiğini savunmaktadır.

Ancak Anayasa Mahkemesinin bu yetkisinin sınırlandırılması, bireysel başvuru yolunun ülkemizde yürürlüğe konulma amacıyla bağdaşmayacaktır. Bu durum ise AİHM’in ülkemizdeki bireysel başvuru yolunu bir etkili iç hukuk yolu olarak tanımdan vazgeçmesi ve doğrudan AİHM’e başvuru yolunun açılması anlamına gelecektir.⁹⁸ Böyle bir yaklaşım Sözleşme içtihatları ve Anayasanın 148/3. maddesi karşısında Anayasa ile uyuşmamaktadır. Nitekim AİHM Sözleşmenin 13. maddesi bağlamında aynı hususu vurguladığı gibi Anayasa Mahkemesi de Anayasanın 40/1. maddesinin hak arama yollarına ilişkin düzenlemelerin etkili başvuru hakkının gereklerini içermesi gerektiği görüşündedir. Anayasal bir hak olan bireysel başvuru hakkının anayasa gereğince kanunda etkili olarak düzenlenmesi zorunlu olup, etkililiğin en temel ölçütü, hak ihlali kararının mağduriyeti giderecek hukuksal güce sahip olup olmasıdır. Tazminat bazı hallerde yeterli olabilir ise de çoğu olayda yeniden yargılama olmaksızın mağduriyetin giderilmesi mümkün değildir. Sonuç olarak bireysel başvurunun salt tazminatla sınırlandırılması Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun getirilme amacıyla da bağdaşmadığı gibi bireysel başvuruyu çok önemli ölçüde etkisizleştirecek böyle bir düzenleme, Anayasada öngörülen bireysel başvuru hükmüne de aykırı olacaktır. Bu aykırılığın ortaya çıkmaması için Anayasada değişiklik yapılması gerekmektedir. Ancak bu durumda da yürütmenin bireysel başvuruyu etkisiz hale getirme girişimleri ile sivil ve demokratik anayasa önerisi, hukuken izahı olmayan bir çelişki doğurmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin dosya esasına girerek delil değerlendirme sürecine ilişkin olarak bir inceleme yapıp yapamayacağı hususuna da değinmek gerekmektedir. Esas itibarıyla temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir müdahale gündeme gelmedikçe, hukuk

⁹³ Bundesverfassungsgericht, 1 BvR 253/56, 16.01.1957.

⁹⁴ İlgili Alman Anayasa Mahkemesinin 34. Paragrafı için bkz: Bundesverfassungsgericht, 1 BvR 253/56, 16.02.1957; Ayrıca Bundesverfassungsgericht, 1 BvR 612/52, 18.09.1952.

⁹⁵ Bodo Pieroth, Bernhard Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II* (27. Auflage, C.F. Müller 2011) 319.

⁹⁶ Bundesverfassungsgericht, 2 BvR 1268/07, 29.10.2008.

⁹⁷ Bkz: Klaus Schlaich, Stefan Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht* (12. Auflage, C.H. Beck, 2021), § 284.

⁹⁸ Tolga Şirin, “Anayasa Mahkemesi Sadece Tazminat Mahkemesi Olabilir Mi?” <https://t24.com.tr/yazarlar/tolga-sirin/anayasa-mahkemesi-sadece-tazminat-mahkemesi-olabilir-mi.42572> (07.12.2023); Bireysel başvuru yolunun yürürlüğe konduğu madde hükmünün gerekçesinde, “Bireysel başvuru müessesesinin getirilmesiyle, hak ihlallerine maruz kaldığını iddia edenlerin önemli bir bölümünün bireysel başvuru aşamasında, başka bir ifadeyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gitmeden önce, tatmin edilebilmesinin mümkün olabileceği ve böylece Türkiye aleyhine açılacak dava ve verilecek ihlâl kararlarında azalma olacağı değerlendirilmektedir. Bu itibarla, Türkiye’de de iyi işleyen bir bireysel başvuru sisteminin kurulması, haklar ve hukukun üstünlüğü temelindeki standartları yükseltecektir” şeklindeki açıklamayla, bireysel başvuru yolunun getirilme amacı açık bir şekilde ortaya konulmuştur.

kurallarının somut olaya uygulanması ve yorumlanması ile delillerin takdiri ve değerlendirilmesine yönelik yetki ve görev, derece mahkemelerine ait bulunmaktadır. Temel hak ve özgürlükler bakımından bir müdahalenin mevcut olduğu hallerde ise, derece mahkemelerinin takdir ve değerlendirmelerinin Anayasa’da tanınan güvenceler bakımından etkisini nihai olarak değerlendirecek kurum, Anayasa Mahkemesidir. Bu bağlamda Anayasal güvenceler ele alınmak suretiyle bireysel başvuru çerçevesindeki temel hak ile özgürlüklerin ihlal edilmiş olup olmadığı yönündeki inceleme ve değerlendirmelerin, “*kanun yolunda gözetilmesi gerekli olan hususların incelenmesi*” ya da “*yerindelik denetimi*” oldukları ileri sürülemeyecektir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru yolunu bir istinaf veya temyiz şeklinde kullanmaya yönelik başvuruları bir ‘kanun yolu başvurusu’ şeklinde nitelendirmektedir. Mahkeme bu nitelendirme sonucunda söz konusu başvurular hakkında kabul edilemezlik kararı vermektedir.⁹⁹ Ayrıca belirtmek gerekir esasen idare hukuku bağlamındaki kararlarla ilgili olarak geçerli olan “yerindelik denetimi”, Anayasa Mahkemesinin norm denetiminde yasamanın kanun çıkarırken yaptığı siyasi tercihleri denetlemesi için geçerli olan bir terimdir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin bir yargı kararı ile bir hakkın ihlal edilip edilmediğine ilişkin inceleme yapması ve hak ihlali kararı vermesi, “yerindelik denetimi” tartışmasına konu yapılamaz.

Diğer yandan bir yargı kararı ile temel hak ve özgürlüklere yönelik bir ihlalin mevcut olup olmadığının Anayasa Mahkemesince bireysel başvuru yolu kapsamında irdelenebilmesi için, bu yargı kararında hükme esas alınan delillerin hukuka uygun olarak elde edilip edilmediği bağlamında bir hak ihlalinin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin de değerlendirilmesi bir zorunluluk arz etmektedir. Yine dava sürecinde başvuru konusunun ileri sürdüğü bir delilin hiçbir gerekçe gösterilmeden değerlendirme dışı tutulması da bireysel başvuruda inceleme konusu olacaktır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi yaşam hakkı, işkence ve diğer kötü muamele yasağının ihlalinin gündeme geldiği bireysel başvurularda, somut olayın tespiti bağlamında dosyadaki delilleri incelemek suretiyle bir hukuksal vasıflandırmaya gitmektedir. Bu nedenlerle Anayasa Mahkemesinin, delil değerlendirmesi ve yerindelik denetimi yaptığı ileri sürülerek süper temyiz mahkemesi konumuna geldiği ve yargısal aktivizm içinde olduğu yolundaki bahaneler, Anayasa Mahkemesinin kararını uygulamama gerekçesi yapılamaz.¹⁰⁰ Esas yargısal aktivizm, görev ve yetkisi olmadığı halde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ve 3. Ceza Dairesinin mevzuatta öngörülmeyen işlem ve kararlarla “Anayasa Mahkemesi Kararının Uygulanmaması Kararı” verilmesine yönelik girişimlerdir.¹⁰¹

B. Anayasanın 14. Maddesinin Belirli Olup Olmaması Bakımından

Belirtmemiz gerekir ki, yorumlanmasında tartışmalar olan Anayasanın 14. maddesinde dokunulmazlığın istisnası olabilecek suçlarla ilgili doğrudan herhangi bir belirleme yer almamakta, temel hak ve özgürlüklerin hangi amaçlarla kullanılmayacağına ilişkin “kötüye kullanma” yasağına yönelik genel ve ilkesel bir çerçeve belirlenmektedir. Anayasadaki bu çerçevede “*Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü*” “*insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyet*” “*Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetler*” gibi ilke, değer ve haklar yer almaktadır. Söz konusu düzenlemedeki ilke ve değerlerin ihlalini hedefleyen faaliyetlerin suç niteliği taşıması gerekmemekte, suçlar dışındaki eylem ve etkinlikler de 14. maddedeki kötüye kullanma yasağının kapsamına girmektedir. Nitekim düzenlemenin son fıkrasında, 14. maddedeki hükümlere “*aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyidelerin kanunla*” düzenleneceği açıklanmış olup buradaki yaptırımların ceza hukuku yaptırımı dışında yaptırımlar da olabileceği öngörülmüştür. Görüldüğü üzere Anayasanın 83/2 maddesinde sözü edilen ve dokunulmazlığın istisnası olarak belirtilen “*Anayasanın 14. maddesindeki durumlar*” bir ceza davasında gündeme gelebilen, suçlarla ilgili geçerli olan yorum kurallarına uygun şekilde yorumlanıp herhangi bir şekilde somutlaştırılmaya uygun bir konu değildir.

Nitekim Yargıtay 3. Ceza Dairesi ve Ceza Genel Kurulu’nun çeşitli kararlarında da Anayasa Mahkemesinin 14. maddeyle ilgili içtihatlarındaki görüşlere iştirak edilmiştir. Vurgulamak gerekir ki Türk Ceza Kanunu’nun 312 maddesinde düzenlenen suç elbette mevcut Anayasanın 14. maddesi kapsamında görülebilir. Ancak sorun TCK’nın 312. maddesinin 14. madde kapsamında girip girmeyeceği değil, bu madde kapsamına hangi suçların dahil olduğunun belli olmadığı ve bunun Anayasa gereğince bir kanun ile belirlenmesi zorunluluğudur. Bu nedenle, bir yandan Türk Ceza Kanunu’nun 312. maddesinden mahkumiyetin Anayasa’nın 14. maddesi gereği olarak yasama dokunulmazlığı istisnasına dahil olduğu ve bu noktada Anayasa Mahkemesinin Şerafettin Can Atalay (2) kararının yanlış olduğunu ileri süren, ancak diğer yandan yanlış olsa da Anayasa Mahkemesi kararının uygulanması

⁹⁹ Örneğin “Başvurucu, yargılama sürecinde karşı tarafın sunduğu deliller ve görüşlerden bilgi sahibi olamadığına, kendi delillerini ve iddialarını sunma olanağı bulamadığına, karşı tarafta sunulan delillere ve iddialara etkili bir şekilde itiraz etme fırsatı bulamadığına ya da uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasıyla ilgili iddialarının derece mahkemesi tarafından dinlenmediğine veya kararın gerekçesiz olduğuna ilişkin bir bilgi ya da kanıt sunmadığı gibi mahkemenin kararında bariz takdir hatası veya açık keyfîlik oluşturan herhangi bir durum da tespit edilmemiştir. Açıklanan nedenlerle, başvuru konusunun yargılamanın hakkaniyete aykırı olduğu yönündeki şikâyetine ilişkin olarak delilleri inceleme ve değerlendirme fırsatı bulduğu ve derece mahkemesi kararlarının bariz takdir hatası veya açık keyfîlik içermediği anlaşıldığından, başvuru konusunun bu kısmının, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir” Karar ve değerlendirmeler için bkz: Hasan Tahsin Gökcan, *Bireysel Başvuruda İkincilik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu* (TBB 2018, 135), 28-29.

¹⁰⁰ “Anayasa Mahkemesi’nin hak ve özgürlükler lehine karar vermesi yargısal aktivizm olarak nitelendirilemez. Bilakis Yargıtay 3. Ceza Dairesi 2010 Anayasa değişikliği öncesinde Anayasa Mahkemesi’nin verdiği ihlal kararında başvuru hakkında tespit edilen hak ihlallerinin sonlandırılmasına ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yönelik olarak yapılması gereken işlemleri ayrıntılı bir şekilde belirtmesi yetki sınırlarını aştığı şeklinde yorumlanamaz.” Bkz: Volkan Aslan, “Anayasa Krizinin Tomografisi”, <https://www.perspektif.online/anayasa-krizinin-tomografisi/>

¹⁰¹ Şerafettin Can Atalay Başvurusu (2) bireysel başvuru kararının oy çokluğuyla verilmesinden hareketle Mahkemede gruplaşma olduğu görüşü için bkz: Ertuğrul Kaan Yıldırım, “Bölünmüş Bir Mahkeme’deki Blokları Belirginleştirmek” <https://integrityofjurisprudence.blogspot.com/2023/11/bolummus-bir-mahkemede-ki-bloklari.html?m=1> (15.12.2023).

gerektiği şeklindeki görüşlere de katılmamaktayız. Çünkü tekrar önemle ifade edelim ki, sorunun esası TCK'daki 312. maddenin Anayasanın 14 maddesi kapsamında olup olmadığı değil, sorun 14. maddenin dokunulmazlık istisnası suçları belirleyen bir düzenleme niteliği taşıması ve bu nedenle belirsiz olmasıdır.

Diğer yandan, Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında kaldığı düşünülen suçlar bakımından bir belirsizliğin olmadığı; Yargıtay 3. Ceza Dairesinin Anayasa Mahkemesi kararını uygulamama kararlarında, sayma yoluyla 14. madde kapsamında kalan suçların belirlendiği ve bu alandaki hukuki belirsizliğin giderildiği görüşü ileri sürülmüştür.¹⁰² Belirtmek gerekir ki, kanunilik ilkesini doğal bir sonucu olarak bu suçları sayma bir suç listesi oluşturma mahkemeler tarafından değil ancak kanun koyucunun çıkardığı bir kanunla yapabilir. Yargıtaya veya başka bir yargı organına ceza sorumluluğu ve temel hak ve özgürlükleriyle ilgili olarak anayasadaki veya kanunlardaki boşlukları doldurma yetkisi verilmemiştir. Temel hak ve özgürlüklerle ilgili konulardaki belirsizliğin yargısal içtihatlarla giderilmesi uygulamasına izin verilmesi Anayasa'nın öngördüğü güvenceli özgürlük anlayışının gerisinde kalma sonucunu da ortaya çıkaracaktır. Bu mantıkla hareket edildiğinde, söz gelimi Ceza Muhakemesi Kanununda, iletişimin denetlenmesi, tutuklama düzenlemelerindeki katalog suçlar yerine sadece bir çerçevenin kanunla düzenlenmesi, katalogun belirlenmesinin ise mahkemelere bırakılmasının kanunilik ilkesi için yeterli sayılması gibi hukuk devletiyle bağdaşmaz sonuçlara varılacaktır. Örneğin Ceza Muhakemesi Kanununda göz altı sürelerine ilişkin 91 ila devamı maddelerinin herhangi bir nedenle iptal edildiği ve yerine bir düzenleme yapılmadığı durumda Anayasanın 19. maddesindeki gözaltı süresi en çok dört güne kadar mümkün denilerek yakalanan kişiler 4 güne kadar gözaltında tutulabilir mi? Kolluk ve adli merciler kanunla kendilerine yetki verilmeden Anayasayı doğrudan uygulayabilir mi? Bu soruların cevabı elbette hayır şeklindedir. Belirtilen bu nedenlerle yasama dokunulmazlığına istisna getirilmesi gibi bir milletvekili ile ilgili hak yoksunluğu yaptırım sonucunu da doğuran Anayasanın 14. maddesi kapsamında sayılacak suçları, uygulamanın yorum yoluyla doldurabileceği görüşünü, kişi hak ve özgürlüklerinin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin Anayasanın 13. maddesiyle bağdaştırmak mümkün değildir. Medeni Kanun'da istisnai hallerde hâkime verilen boşluk doldurma yetkisinin, yasama dokunulmazlığının istinasına ilişkin suçların belirlenmesinde de geçerli kılınması mümkün değildir.

Nitekim bir Anayasa veya Kanun hükmünün belirlilik vasfını taşıyıp taşımadığını değerlendirme görevi hem norm denetimi usulleri hem de bireysel başvuru yolu bakımından, Anayasa Mahkemesinin görevine girmektedir. Bu noktada ifade etmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesinin kendi yetki ve görev alanındaki bireysel başvuru yoluyla incelediği ve Yargıtay denetiminden geçerek kesinleşmiş kararlarda hak ihlali tespit ederek, bu ihlalin giderilmesi için yeniden yargılama kararı vermesi, Anayasa Mahkemesini Yargıtay'ın üstü haline getirdiği şeklinde anlamlandırılmaz. Yargı kararlarının kanun yollarıyla hukuka uygunluğunun denetlenmesi veya bireysel başvuru yolu ile hak incelemesine tabi tutulması farklı yargısal makamlarının görevlerini kendi yetki alanları içinde ifa etmelerinin doğal bir gereğidir. Bu nedenle bir mahkemenin diğer bir mahkemenin kararına yönelik itirazı geçerli kılması veya bozması ya da kararda hak ihlali bulması, mahkemeler arasında hiyerarşik nitelikte bir altlık üstlük ilişkisi bulunduğu yönünde değerlendirilemez.

C. “Anayasa Mahkemesi Kararının Uygulanmaması” Kararlarındaki Sakatlığın Niteliği Bakımından

“Anayasa Mahkemesi Kararının Uygulanmaması” şeklinde bir “hükmü” içeren Yargıtay 3. Ceza Dairesi kararlarının hukuki bir etkisinin olmayacağı ifade edilmekle birlikte, söz konusu kararların ne tür bir sakatlık taşıdığına da belirlenmesi gerekir. Ceza muhakemesi hukuku bakımından, bir ceza muhakemesi işlemindeki sakatlığın giderilemeyecek ağırlıkta olması ve işlemin kurucu unsurlarının mevcut olmaması durumunda o işlemin yokluğu söz konusu olmaktadır. Bu durumda, yok hükmünde kabul edilen işlem ve bu işleme dayanılarak gerçekleştirilen işlemler, hukuk düzeninde hiç doğmamış ve hiçbir sonuç da doğurmamış sayılmaktadırlar.¹⁰³

Yargıtay 3. Ceza Dairesi temyiz veya kanunlarda görülen diğer yollarla önüne gelmiş bir dava olmadığı halde Şerafettin Can Atalay Başvuruları ile ilgili Anayasa Mahkemesince verilen hak ihlali kararları konusunda kendini yetkili ve görevli saymıştır. Bu halde esasında davasız yargılama olmaz ilkesiyle de çelişilmesi söz konusudur. Davasız yargılama olmaz ilkesi bir dava açılmadan mahkemenin bir olaya kendiliğinden el koyması, yargılama yapması ve hüküm vermesi anlamına gelmektedir. Bu gibi durumlarda biçimsel anlamda bir mahkeme kararı söz konusu olsa da bir dava olarak mahkemenin önüne getirilmediği için hukuki etkisi olmayan bir karar söz konusudur. Yargıtay içtihatlarında bu tür kararların yok hükmünde olduğu saptanmaktadır. Örneğin dava konusu edilmeyen bir fiil nedeniyle bir beraat ya da düşme hükmü kurulmuşsa, bunların yok hükmünde olduğunun tespiti yapılmakta ve temyize konu olabilecek bir karar olmadığı gerekçesiyle temyiz davasının reddine hükmedilmektedir.¹⁰⁴

Bu nedenle İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı'nın 13.10.2023 tarihli tek imzalı yazısına cevaben, Yargıtay 3. Ceza Dairesi tarafından “*İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi heyetince karar verilerek karara rapten*” Yargıtay 3. Ceza Dairesine gönderilmesinin istenmesi üzerine, mahkeme heyetinin bu talebi yerine getirerek dosyayı Yargıtay 3. Ceza Dairesine göndermesi,

¹⁰² Abdurrahman Eren, “AYM'nin Şerafettin Can Atalay Kararının Değerlendirilmesi”, <http://www.kanuniesasi.com/2023/11/10/aymnin-serafettin-can-atalay-kararinin-degerlendirilmesi/> (09.12.2023)

¹⁰³ Centel ve Zafer, (15) 771; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (15. Baskı, Seçkin 2022) 147.

¹⁰⁴ Seydi Kaymaz, “Davasız Yargılama Olmaz İlkesinin İhlal Edilmesi ve Sonuçları”, (2019) 21 D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan 299.

hukuken bu şekilde önüne gelmesi mümkün olmayan bir konu hakkında karar vermesi anlamına gelmektedir. Bu durumda ise yok hükmünde olan bir karar söz konusudur. Diğer bir deyişle karar, bir hüküm doğurmayacaktır. Yani “Anayasa Mahkemesi Kararının Uygulanmaması” kararlarının hukuki hiçbir etkisi olmayacaktır.¹⁰⁵

Kanımızca da “Anayasa Mahkemesinin Kararının Uygulanmaması” adı altında verilen kararlar hukuki sonuç doğurabilecek nitelikte değildirler. Pozitif hukukta öngörülmeden işlem ve usullere dayalı kararların sırf mahkeme niteliği taşıyan makamlarca verilmesi, bu kararlara yokluk yaptırımı uygulanmasını engellemeyecektir.¹⁰⁶

D. Şerafettin Can Atalay (2) ve Şerafettin Can Atalay (3) Kararlarına Konu Olan Ceza Davasıyla İlgili AİHM Kararlarının Uygulanmaması Bakımından

Bu çalışmamızda Anayasa Mahkemesinin Şerafettin Can Atalay Başvuruları hakkında verdiği kararlar gereği esas yargılamayı gerçekleştiren ilk derece mahkemesi tarafından yargılanmanın yenilenmesi kararı ile durma kararı verilmesi gerekmesine rağmen, dosyanın Yargıtay 3. Ceza Dairesine gönderilmesindeki hukuki sorunları irdeledik. Ancak Anayasa Mahkemesi kararıyla ilgili olarak Yargıtay Ceza Dairesince “yok hükmünde” verilen kararlar tek başına ele alınarak “münferit” bir sorunla karşı karşıya olduğu sonucuna varılmamalıdır. Çünkü Yargıtay 3. Ceza Dairesinin “Anayasa Mahkemesi Kararını Uygulamama” kararlarından önce ve sonra farklı makamlarca gösterilen çeşitli uygulama ve tutumlar da göz önünde tutulduğunda, çok geniş boyutlu bir sorunun varlığı söz konusudur. Bunun bir göstergesi olarak Şerafettin Can Atalay hakkındaki ceza davasında fail olarak cezalandırılan Osman Kavala ile ilgili AİHM kararları ile bu kararların yerine getirilmemesi konusuna da değinmek gerekir.

Osman Kavala, 2017 yılında TCK’nın 312. ve 309. maddesinde düzenlenen “Hükümete karşı suç” ve “Anayasayı ihlal” suçlarını işlediği isnadıyla gözaltına alınarak tutuklanmış; tutukluluk durumunun bir hak ihlali teşkil ettiği ileri sürülerek avukatları tarafından AİHM’e bireysel başvuruda bulunulmuştur. Başvuruyu 2019 yılında karara bağlayan AİHM tarafından, Osman Kavala’nın tutukluluk durumunun AİHS’in 5. maddesinde düzenlenen “Özgürlük ve güvenlik” hakkını ihlal ettiği ve Osman Kavala’nın derhal serbest bırakılması gerektiği belirtilmiştir. Ancak ana davayı gören İstanbul 30. Ağır Ceza Mahkemesi, AİHS’in bu kararına ilişkin olarak herhangi bir değerlendirme yapmamış ve tutukluluk durumunun devamı yönünde karar vermiştir. Daha sonra ise Ağır Ceza Mahkemesince, 18 Şubat 2020’de, Osman Kavala hakkındaki TCK’nın 312. maddesinde düzenlenen suç işlediğini gösteren herhangi somut ve hukuka uygun olarak elde edilmiş bir delil bulunmadığı belirtilerek beraat ve tahliye yönünde karar verilmiştir. Ancak Başsavcılık tarafından Osman Kavala hakkında daha önceden casusluk suçunu işlediği iddiasıyla başlatılan başka bir soruşturma kapsamında tutuklama talep edilmesi üzerine, tekrar Sulh Ceza Hakimliği tarafından tutuklama kararı verilmiştir. Savcılık tarafından, Osman Kavala hakkındaki beraat kararının istinaf edilmesi üzerine, beraat kararı bölge adliye mahkemesince bozularak Osman Kavala hakkındaki dosyalar İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesinde birleştirilmiştir. Diğer yandan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından, Osman Kavala’nın derhal serbest bırakılması gerektiğini belirten AİHM kararının Türkiye tarafından uygulanmaması nedeniyle bir uyarıda bulunulmuş ve Avrupa Konseyi Statüsü’nde düzenlenen ihlal prosedürünün uygulanarak Türkiye’nin Avrupa Konseyindeki üyeliğinden çıkarılmasının gündeme gelebileceği belirtilmiştir.¹⁰⁷

Osman Kavala hakkındaki ana davada, TCK’nın 312. maddesi uyarınca ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına ve tutuklanmasına, casusluk isnadından ise beraatine ve tahliyesine karar verilmiştir. AİHM ise Osman Kavala hakkında tekrar bir bireysel başvuru kararı vererek, 2019 yılında verilen AİHM kararının Türkiye tarafından uygulanmamış olması nedeniyle AİHS’in 46. maddesinde düzenlenen “Kararların bağlayıcılığı ve infazı” hükmünün ihlal edildiğini belirten ikinci bir karar vermiştir.¹⁰⁸ AİHM’in bu iki kararını da uygulamayan Yargıtay, Osman Kavala hakkındaki mahkûmiyet kararını onamıştır. Görüldüğü üzere geçmişte AİHM’in de bağlayıcı kararlarının uygulanmaması yönünde uygulamalar söz konusu olmuştur.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Yargıtay 3. Dairesinin bu kararı, Sami Selçuk tarafından “Hukukun izin vermediği bir değerlendirme yetkisi kullanılarak verilmiş olan ve kesin hiçlik yaptırımı ile sakat bir karar” olarak değerlendirilmiştir, bkz: Sami Selçuk, “Bir karar, Düşündürdükleri ve Sonrası” <https://www.karar.com/> (16.12.2023)

¹⁰⁶ “Karar yok hükmündedir. Çünkü Mahkemenin salt yargı gücünü kullanması da başlı başına verdiği karara hukuken varlı kazandırmaz. Mahkeme özellikle bilinçli olarak mevcut hukuku uygulamayıp, bilakis hukuk devletine aykırı olacak usullerle karar vermişse bu karar da yok sayılmalıdır. Her ne kadar bu durum daha çok ceza yargılaması bakımından özel bir nem taşısa da, medeni yargılamaya hukukunda da önem taşımaktadır. “Karar yok sayılmasa dahi hukuk aleminde sonuç doğurmayacak etkisiz karardır. Ayrıca, yürürlükteki hukuka yabancı ve mevcut hukuka göre geçerli olmayan ve tanımayan karar verilmiş olması da hükmü etkisiz kılar. Zira, hukuk düzeninin tanımadığı bir sonucu uygulamak, o hukuk düzeninin kuralları içinde mümkün olmayacağı gibi, bu tür kararlar hukuki güvenliği de zedeler. Yok hüküm hiçbir etki doğurmaz. Gerçekte ortada bir hüküm de yoktur. Hüküm hukuken mevcut olmadığı gibi, herhangi bir hukuki yola başvurmaya da gerek yoktur. Ortada teknik anlamda bir yargılamadan da bahsedilemez. Bu sebeple yeniden yargılama yapılması veya yargılamaya devam edilmesi istenebilir. Yok hüküm sekli ve maddi anlamda kesinleşmez ve icra edilemez. Etkisiz hükümler ise şeklen var gibi görünse de, sonuçları bakımından sonuç doğuracak ve uygulanacak nitelikte değildir. Bu sebeple uygulanamazlar, uygulanmaları sonuç doğurmaz.”; Muhammed Özkes, Yargıtay Kararı Hem Yok Hem Etkisiz Hükümdür, https://www.linkedin.com/posts/muhammet-%C3%B6zekes-3b613b1a6_yarg%C4%B1tay-karar%C4%B1-teknik-olarak-hem-yok-hem-activity-7128662107205623810-2Y-R?utm_source=share&utm_medium=member_ios, (09.12.2023).

¹⁰⁷ “Kavala v. Türkiye Davasında AİHS 46 § 4 Maddesi Kapsamındaki Yargılama”, <https://www.ankarabaru.org.tr/serve/file/c029bc9c-3048-11ed-a7de-000c29c9dfce/20220908kararceviri.pdf>, (15.12.2023); Kavala v Turkey App no 28749/18, (ECHR, 10 December 2019)

¹⁰⁸ Kavala v Turkey App. No. 28749/18, (ECHR, 11 July 2022)

¹⁰⁹ Kararla ilgili bilgi ve değerlendirmeler için bkz: Nişancı, (n 3) 37-74; Erkan Duymaz, “Özgürlük ve Güvenlik Hakkı İhlalleri Serisinde Yeni Perde: AİHM’nin Kavala/Türkiye Kararı Üzerine Kısa Bir Değerlendirme”, (2019) 8 (16) Anayasa Hukuku Dergisi 479-490.

E. Sorunun Niteliği ve Çözümü Bakımından

Yargıtay 3. Ceza Dairesinin yoklukla malûl kararları dolayısıyla nasıl bir sorunla karşı karşıya olduğunu tespit etmek için, söz konusu kararlar bağlamında karar öncesi ve sonrası çeşitli makamlarca alınan tavır ve gerçekleştirilen uygulamaları da bütüncül bir bakışla irdelemek gerekir. Ancak böyle bir metotla sorunun nitelik ve kapsamı doğru bir biçimde belirlenebilir.

Öncelikle vurgulamak gerekir ki, Anayasa Mahkemesinin Şerafettin Can Atalay hakkındaki bireysel başvuru kararlarının uygulanmaması bir ilk değildir. Örneğin, Kadri Enis Berberoğlu ile ilgili hak ihlal kararı da ilk derece mahkemesi tarafından başlangıçta uygulanmamış, ancak buna karşı yapılan başvuru sonucunda Anayasa Mahkemesinin verdiği ikinci kararı sonrası kararın gerekleri yerine getirilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, Berberoğlu'na ilişkin olarak verdiği ikinci ihlal kararında, bu şekildeki uygulamaları “*hukuk devleti ilkesini hiçe sayan keyfi birer uygulama*” olarak nitelendirmiştir.

Anayasa Mahkemesinin Şerafettin Can Atalay hakkındaki kararlarının uygulanmamasında ise durum daha da farklı olup bu kez sadece ilk derece mahkemesi değil, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ve Yargıtay 3. Ceza Dairesi, bir iş birliği içinde ortak bir uygulamama tavrı geliştirmiştir.

Hakim ve Savcılar Kurulu, Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararlarının uygulanmaması durumuna ilişkin müstakar tutumunu devam ettirmekte, tıpkı geçmişte AİHM kararları ile Anayasa Mahkemesinin Kadri Enis Berberoğlu hakkındaki kararının yerine getirilmemesinde olduğu gibi, yükümlülüklerinin gereklerini yerine getirmemeyi sürdürmektedir. Nitekim yukarıda değindiğimiz üzere, Can Atalay'ın yargılandığı ceza davasıyla ilgili verilen AİHM kararları da uygulanmamış olup Türkiye, Avrupa Konseyi tarafından yaptırım uygulanma sürecine girmiştir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi, bir kanun çıkarıp hem Anayasa Mahkemesinin Şerafettin Can Atalay hakkındaki kararının uygulanmasını sağlaması hem de Anayasanın 14. maddesindeki belirsizliği gidermesi gerekirken; kendi üyelerinden birinin cezaevinde haksız olarak tutulması durumuna karşı hareketsiz kalmıştır. Yargıtay 3. Ceza Dairesinin kararlarının hukuken yok hükmünde olduğu veya hukuki bir etkisinin olamayacağı hukuki bir gerçeklikken, yukarıda değindiğimiz makamların bir güç birliği yaparak Anayasa Mahkemesi kararını uygulatmaması, Anayasa Mahkemesi kararının yok sayılması gibi fiili bir gerçeklik doğurmuştur. Yargıtay 3. Ceza Dairesinin yok hükmündeki kararını yolladığı TBMM Başkanlığı ise bu fiili duruma itibar ederek, Anayasa, İç Tüzük ve teamüllere aykırı olarak Yargıtay'ın “Anayasa Mahkemesi Kararının Uygulanmaması” kararını TBMM Genel Kurulunda okutturarak, Şerafettin Can Atalay'ın milletvekili dokunulmazlığına fiilen son vermiştir.

Diğer yandan, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamında verdiği ihlallerin kanuni düzenlemeden dolayı ortaya çıktığına ilişkin kararların gerekleri de yerine getirilmemektedir. Örneğin, Anayasa Mahkemesinin erişimin engellenmesi ile ilgili olarak verdiği bireysel başvuru kararlarında, hak ihlallerin 5651 sayılı Kanun'un aksayan yönlerinden kaynaklandığını belirterek kanun koyucuya çağrı yaptığı pilot kararı da dikkate alınmamıştır¹¹⁰. Anayasa Mahkemesinin çeşitli konularda verdiği iptal kararlarının gereği olarak yapılacak yeni düzenlemelerde de iptal kararlarının gereklerinin dikkate alınmaması gündemdedir¹¹¹.

Bu hususlara bütüncül olarak bakıldığında, sorunun sadece Şerafettin Can Atalay ile ilgili Anayasa Mahkemesi kararlarının uygulanmamasının çok daha ötesinde, çok boyutlu olduğu söylenmelidir. Çünkü başta TBMM olmak üzere HSK, Yargıtay 3. Ceza Dairesi, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, mahkemeler ve Yürütme makamlarını anayasada öngörülen esas ve usullere göre işleminin önlenildiği bir durum söz konusudur.

Bu nedenle, her halükârda çok ciddi ve sürmekte olan bu krizi sona erdirmek için atılması gereken ilk adım Şerafettin Can Atalay hakkındaki Anayasa Mahkemesi kararının gereklerinin yerine getirilmesidir. Bunun yanı sıra Kanun Koyucu, Anayasa'nın 83. maddesiyle 14. maddesine yapılan atfa dayalı olarak, hangi suçların dokunulmazlık kapsamı dışında tutulabileceğine dair bir kanuni düzenleme yapmalıdır.

Yürütme, yasama ve yargısal yetki sahiplerinin Anayasa Mahkemesinin yargısal aktivizm veya yerindelik denetimi yaptığına ya da kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yaptığına yönelik düşünce ve eleştirileri olabilir.

Ancak bunlar hiçbir biçimde Anayasa Mahkemesinin kararlarının uygulanmasını engelleme girişimlerine haklılık kazandırmamaktadır. Bu nedenle temel çözüm, eğer gerçekten sivil ve demokratik bir anayasa isteniyorsa, öncelikle Anayasa Mahkemesi ve AİHM Kararlarının uygulanması ve bireysel başvuru yolunun daha etkili hale getirilerek serbest tartışma ortamının sağlanmasıdır.

¹¹⁰ Bu durumlarda gündeme gelen yasama ihmalleri için bkz.: Tolga Şirin, “Yasama İhmali Yoluyla Anayasaya Aykırılık: Kemal Gözler'in Yazısı Vesilesiyle Bir Değerlendirme” https://www.tolgasin.com/post/yasama_ihmalleri (15.12.2023).; Erişim engelleme kararları için bkz.: Alper Işık, “Anayasa Mahkemesi'nin 5651 Sayılı Kanun'un 9. Maddesi Bağlamında İnternete Erişimin Engellenmesine Dair Değişen Yaklaşımın Değerlendirilmesi” (2022) 30 (3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

¹¹¹ Örneğin, Anayasa Mahkemesinin Türk Medeni Kanunu'nun 187'inci Maddesine ilişkin iptal kararı ile kadının evlendikten sonra kendi soyadını tek başına kullanmasının yolunu açmıştır. Bkz: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/04/20230428-9.pdf> Ancak hazırlanan yasa tasarılarında bu iptalin gereğinin yapılmadığı kadınların yine kendi soyadlarını eşlerinin soyadları önünde kullanmaya devam edecekleri ve tek başına kendi soyadlarını kullanmaya imkan verilmediği ileri sürülmüştür. Bkz: <https://www.diken.com.tr/aymnin-esitlige-aykiri-buldugu-soyadi-karari-yururluge-giriyor/>

masıdır. Böylece başta ceza hukuku olmak üzere hukukun pek çok alanındaki özgürlükçü reformların hayata geçmesi ve daha da geliştirilmesi süreci de tekrar başlatılmış olur.

Etik Komite Onayı: Çalışma için etik kurul onayı gerekmemektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız

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

Ethics Committee Approval: Ethics committee approval is not required for the study.

Peer-review: Externally peer-reviewed

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

KAYNAKLAR / REFERENCES

- Aydın SE, *Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının Ceza Yargılamasına Etkisi Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı* (On İki Levha 2022).
- Baykan B, *Anayasa Mahkemesi'ne Yapılan Bireysel Başvuruların Ön İncelemesi ve Kabul Edilebilirliği* (Seçkin 2020).
- Centel N ve Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (20. Baskı, Beta 2021).
- Çelik Y, *Türk Hukukunda Bireysel Başvuru ve Anayasa Mahkemesi Uygulaması* (Adalet 2016).
- Demiral Bakırman B, *Şahsi Cezasızlık Sebepleri ve Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebepler* (On İki Levha 2023).
- Duymaz E, “Özgürlük ve Güvenlik Hakkı İhlalleri Serisinde Yeni Perde: AİHM'nin Kavala/Türkiye Kararı Üzerine Kısa Bir Değerlendirme”, (2019) 8 (16) *Anayasa Hukuku Dergisi* 479-490.
- Fendoğlu HT, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı* (3. Baskı, Yetkin 2019).
- Feyzioğlu M, “Yasama Dokunulmazlığı” (1991-1992) 42 (1-4) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21-47.
- Gökcan HT, *Bireysel Başvuruda İkincillik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu* (TBB Dergisi, 2018).
- Gören Z, *Anayasa Hukuku* (3. Baskı, Yetkin 2018).
- Gözler K, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (24. Baskı, Ekin 2019).
- Gümüşay R, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının İcrası* (Adalet 2019).
- Güveyi N, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Aşamaları* (On İki Levha 2015).
- İşık A., “Anayasa Mahkemesi'nin 5651 Sayılı Kanun'un 9. Maddesi Bağlamında İnternete Erişimin Engellenmesine Dair Değişen Yaklaşımının Değerlendirilmesi” (2022) 30 (3) *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 967-988.
- İnceoğlu S, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri* (On İki Levha 2017).
- Kaboğlu İ, *Anayasa Hukuku Dersleri* (14. Baskı, Legal 2019).
- Kanadoğlu K, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru* (On İki Levha 2015).
- Karaman E, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu* (On İki Levha 2013).
- Karan U, *Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Eski Alışkanlıklar, Yeni Sorunlar* (İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi 2017).
- Karan U, *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası* (On İki Levha, 2018).
- Kaya SB, *Anayasa Mahkemesi Karar Gereçlerinin Bağlayıcılığı Sorunu* (On İki Levha 2017).
- Kaymaz S, “Davasız Yargılama Olmaz İlkesinin İhlal Edilmesi ve Sonuçları”, (2019) 21 D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan 295-326.
- Nişancı D, “AİHM Kararları Işığında Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (AİHM m. 5) ve Bu Hakkın İfade Özgürlüğü (AİHS m. 10) ile Amaçta Saptırma Yasağı (AİHS M. 18) Açısından İrdelenmesi”, (2021) 26 (44) *DÜHFD* 37-74.
- Özay İH, *Gümişğında Yönetim* (Filiz 2017).
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (15. Baskı, Seçkin 2022).
- Özbudun E, “Yasama Sorumsuzluğu ve Yasama Dokunulmazlığı: Hukuki Mahiyetleri ve Farkları” (2005) 56 *TBB Dergisi* 109-115.
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. Baskı, Seçkin 2022).
- Özkul F, “Türk Anayasalarında Yasama Dokunulmazlığı” (2017) 8 (32) *TAAD* 95-149.
- Öztürk B, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (16. Baskı, Seçkin 2022).
- Pieroth B ve Schlink B, *Grundrechte Staatsrecht II* (27. Auflage, C.F. Müller 2011).
- Schlaich K ve Koriath S, *Das Bundesverfassungsgericht* (12. Auflage, C.H. Beck, 2021).
- Şahin C ve Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku II* (Seçkin 2019).
- Şirin T, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı* (On İki Levha 2015).
- Tanör B ve Yüzbaşıoğlu N, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (19. Baskı, Beta 2019).

Uslu F, *Anayasa Yargısı* (2. Baskı, Adalet 2018).

Kararlar

- Alpay v Turkey App no 16538/17 (ECHR, 20 March 2018).
Anayasa Mahkemesi, Kadri Enis Berberoğlu Başvurusu (2), 2018/30030, 17.09.2020.
Anayasa Mahkemesi, Kadri Enis Berberoğlu Başvurusu (3), 2020/32949, 21.01.2021.
Anayasa Mahkemesi, Leyla Güven Başvurusu, 2018/26689, 07.04.2022.
Anayasa Mahkemesi, Ömer Faruk Gergerlioğlu Başvurusu, 2019/10634, 01.07.2021.
Anayasa Mahkemesi, Şahin Alpay Başvurusu, 2016/16092, 11.01.2018.
Anayasa Mahkemesi, Şahin Alpay Başvurusu (2), Başvuru No: 2018/3007, Karar Tarihi: 15.03.2018.
Anayasa Mahkemesi, Şerafettin Can Atalay Başvurusu, 2021/9387, 19.01.2023.
Anayasa Mahkemesi, Şerafettin Can Atalay başvurusu (2), 2023/53898, 25.10.2023.
Anayasa Mahkemesi, Tuğba Arslan Başvurusu, 2014/256, 25.06.2014.
Anayasa Mahkemesi, Tuğba Arslan Başvurusu, 2014/256, 25.06.2014.
Bundesverfassungsgericht, 1 BvR 253/56, 16.02.1957.
Bundesverfassungsgericht, 2 BvR 1268/07, 29.10.2008.
Kavala v Turkey App no 28749/18, (ECHR, 10 December 2019).
Kavala v Turkey App no 28749/18, (ECHR, 11 July 2022).
Yargıtay 3. CD, 27/5120, 11.07.2023.
Yargıtay 3. CD, 1234/3922, 22.06.2023.
Yargıtay 3. CD, 3102/966, 04.04.2023.
Yargıtay 3 CD, 12611/144, 08.11.2023.
Yargıtay 4. CD, Değişik İş Karar No: 2023/2, 17.07.2023.
Yargıtay 16 CD, 835/398, 28.01.2021.
Yargıtay 16 CD, 2088/10, 19.07.2018.
Yargıtay CGK, 16-462/671, 26.10.2022.

Elektronik Kaynaklar

- Aslan V, “AYM, ABD ve Almanya’ya Kıyasla Pasif Bile Davranıyor, Millilik AYM’nin Yetkilerinin Alınmasını Değil Güçlendirilmesini Savunmalı” <https://www.indyurk.com/node/677016/siyaset/aym-abd-ve-almanya-k%C4%B1yasla-pasif-bile-davran%C4%B1yor-millilik-aymnin-yetkilerinin> (09.12.2023).
Aslan V, “Anayasa Krizinin Tomografisi”, <https://www.perspektif.online/anayasa-krizinin-tomografisi/> (30.12.2023).
Eren A, “AYM’nin Şerafettin Can Atalay Kararının Değerlendirilmesi” <http://www.kanuniesasi.com/2023/11/10/aymnin-serafettin-can-atalay-kararinin-degerlendirilmesi/> (09.12.2023).
Gözler K, “Anayasanın 14’üncü Maddesindeki Durumlarda Yasama Dokunulmazlığı İşler Mi? (Yargıtayın Ömer Faruk Gergerlioğlu Kararını Değerlendirebilmek İçin Bir Ön Bilgi)” <https://www.anayasa.gen.tr/gergerlioglu.htm> (16.12.2023).
Gözler K, “Yargıtayın Enis Berberoğlu Kararı Hakkında Bir Açıklama” <https://www.anayasa.gen.tr/berberoglu.html> (24.07.2018).
Özekes M, “Yargıtay Kararı Hem Yok Hem Etkisiz Hükümdür”, https://www.linkedin.com/posts/muhammet-%C3%B6zekes-3b613b1a6_yarg%C4%B1tay-karar%C4%B1-teknik-olarak-hem-yok-hem-activity-7128662107205623810-2Y-R?utm_source=share&utm_medium=member_ios (09.12.2023).
Özgenç İ, “Bilgi Notu-Anayasa Mahkemesi’yle Yargıtay Arasında Yaşanan Yargı Krizi ve Çözüm Önerisi” <https://izzetozgenc.com/makale/anayasa-mahkemesi%E2%80%99yle-yargıtay-arasında-yasanan-yargi-krizi-ve-cozum-onerisi> (09.12.2023).
Özgenç İ, “Enis Berberoğlu’nun Bireysel Başvurusu Üzerine Anayasa Mahkemesinin Verdiği Hak İhlali Kararı ile İlgili Hukuki Değerlendirmeler” <https://izzetozgenc.com/makale/enis-berberoglu%E2%80%99nun-bireysel-basvurusu-uzerine-anayasa-mahkemesinin-verdigi-hak-ihlali-karari-ile-ilgili-hukuki-degerlendirmeler> (09.10.2020).
Selçuk S, “Bir karar, Düşündürdükleri ve Sonrası” <https://www.karar.com/> (16.12.2023)
Sözuer A, “‘İlk Düşme Yanlış İliklendi” <https://t24.com.tr/haber/prof-adem-sozuer-af-teklifi-aymyi-siyasete-cekiliyor-kisiler-degil-ilkeler-uzerinden-tartisilmali,713494> (17.12.2023).
Şirin T, “Anayasa Mahkemesi Sadece Tazminat Mahkemesi Olabilir Mi?” <https://t24.com.tr/yazarlar/tolga-sirin/anayasa-mahkemesi-sadece-tazminat-mahkemesi-olabilir-mi,42572> (07.12.2023).
Şirin T, “Can Atalay kararındaki bitmeyen sorunlar ve “hürriyete, adâlete ve fazilete âşık evlâtların uyanık bekçiliği” <https://t24.com.tr/yazarlar/tolga-sirin/can-atalay-kararindaki-bitmeyen-sorunlar-ve-hurriyete-adalete-ve-fazilete-asik-evlatlarin-uyanik-bekciligi,43341> (30.12.2023).

- Şirin T, “Yasama İhmali Yoluyla Anayasaya Aykırılık: Kemal Gözler’in Yazısı Vesilesiyle Bir Değerlendirme” https://www.tolgasirin.com/post/yasama_ihmalleri (15.12.2023).
- Yıldırım EK, “Bölünmüş Bir Mahkeme’deki Blokları Belirginleştirmek” <https://integrityofjurisprudence.blogspot.com/2023/11/bolunmus-bir-mahkemede-bloklari.html?m=1> (15.12.2023).
- “AYM Can Atalay Kararı ile Yargıtay’ı Hedef Göstermişti” <https://www.sabah.com.tr/gundem/2023/11/11/aym-can-atalay-karari-ile-yargitay-hedef-gostermisti-yargitayin-hedef-alinmasina-hukukculardan-sert-tepki> (11.11.2023).
- “Yargıtay’ın AYM Üyeleri Hakkındaki Suç Duyurusuna Mevzuat İncelemesi” <https://www.aa.com.tr/tr>, (21.11.2023).
- “Kavala v. Türkiye Davasında AİHS 46 § 4 Maddesi Kapsamındaki Yargılama”, <https://www.ankarabaru.org.tr/serve/file/c029bc9c-3048-11ed-a7de-000c29c9dfce/20220908kararceviri.pdf>, (15.12.2023).

ATIF BİÇİMİ / HOW CITE THIS ARTICLE

Sözüer A, ‘Refusing to Abide by Violation Decisions Made by the Constitutional Court in the Context of Determining Crimes That Form the Exception of Legislative Immunity’ (2023) 11(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 275.

AMAÇ VE KAPSAM

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.

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 kitlesini akademisyenler, araştırmacılar, profesyoneller, öğrenciler ve ilgili mesleki, akademik kurum ve kuruluşlar oluşturur.

Yayın Politikası

Dergi 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: <https://publicationethics.org/resources/guidelines-new/principles-transparency-and-best-practice-scholarly-publishing>

Gönderilen makaleler derginin amaç ve kapsamına uygun olmalıdır. Orijinal, yayınlanmamış ve başka bir dergide değerlendirme sürecinde olmayan, her bir yazar tarafından içeriği ve gönderimi onaylanmış yazılar değerlendirmeye kabul edilir.

Makale yayınlanmak üzere Dergiye gönderildikten sonra yazarlardan hiçbirinin ismi, tüm yazarların yazılı izni olmadan yazar listesinden silinemez ve yeni bir isim yazar olarak eklenemez ve yazar sırası değiştirilemez.

İntihal, duplikasyon, sahte yazarlık/inkar edilen 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.

İntihal

Ön kontrolden geçirilen makaleler, iThenticate yazılımı kullanılarak intihal için taranır. İntihal/kendi kendine intihal tespit edilirse yazarlar bilgilendirilir. Editörler, gerekli olması halinde makaleyi değerlendirme ya da üretim sürecinin çeşitli aşamalarında intihal kontrolüne tabi tutabilirler. Yüksek benzerlik oranları, bir makalenin kabul edilmeden önce ve hatta kabul edildikten sonra reddedilmesine neden olabilir. Makalenin türüne bağlı olarak, bunun oranının %15 veya %20'den az olması beklenir.

Çift Kör Hakemlik

İntihal kontrolünden sonra, uygun olan makaleler baş editör tarafından orijinallik, metodoloji, işlenen konunun önemi ve dergi kapsamı ile uyumluluğu açısından değerlendirilir. Editör, makalelerin adil bir şekilde çift taraflı kör hakemlikten geçmesini sağlar ve makale biçimsel esaslara uygun ise, gelen yazıyı yurtiçinden ve /veya yurtdışından en az iki hakemin değerlendirmesine sunar, hakemler gerek gördüğü takdirde yazıda istenen değişiklikler yazarlar tarafından yapıldıktan sonra yayınlanmasına onay 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.

İşleme Ücreti

Derginin tüm giderleri İstanbul Üniversitesi tarafından karşılanmaktadır. Dergide makale yayını ve makale süreçlerinin yürütülmesi ücrete tabi değildir. Dergiye gönderilen ya da yayın için kabul edilen makaleler için işleme ücreti ya da gönderim ücreti alınmaz.

Telif Hakkında

Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmaları Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) olarak lisanslıdır. CC BY-NC 4.0 lisansı, eserin ticari kullanım dışında her boyut ve formatta paylaşılmasına, kopyalanmasına, çoğaltılmasına ve orijinal esere uygun şekilde atıfta bulunmak kaydıyla yeniden düzenleme, dönüştürme ve eserin üzerine inşa etme dâhil adapte edilmesine izin verir.

Düzeltilme, Geri Çekme, Endişe İfadesi

Editörler, yayınlanan makalede, bulguları, yorumları ve sonuçları etkilemeyen küçük hatalar tespit edilirse düzeltme yayınlamayı düşünebilirler. Editörler, bulguları ve sonuçları geçersiz kılan büyük hatalar / ihlaller söz konusu olduğunda, makaleyi geri çekmeyi düşünmelidir.

Yazarlar tarafından araştırma veya yayını kötüye kullanmaya yönelik olasılık söz konusu ise; bulguların güvenilir olmadığına ve yazarların kurumlarının olayı soruşturmadığına dair kanıtlar var veya olası soruşturma haksız veya sonuçsuz görünüyorsa, editörler endişe ifadesi yayınlamayı düşünmelidir. Düzeltme, geri çekme veya endişe ifadesi ile ilgili olarak COPE ve ICJME yönergeleri dikkate alınır.

Arşiv Politikası

Dergide yayınlanan tüm yazıların korunmasını ve kalıcı olarak erişilebilir olmasını sağlamak için makaleler, ulusal bir arşiv sitesi olarak hizmet veren ve aynı zamanda LOCKSS'in içeriği toplamasına, korumasına ve sunmasına izin veren Dergipark'ta saklanmaktadır.

Ek olarak, yazarların kendilerinin makalelerinin son PDF sürümünü Open Archives Initiative (<https://www.openarchives.org/>) standartlarına uygun açık elektronik arşivlerde arşivlemeleri önerilir. Yazarlar, yayınladıkları arşiv versiyonundan, İ.Ü. Yayınevinin dergi web sitesinin URL'sine bağlantı sağlamalıdır.

Hakem Değerlendirme Politikaları

Daha önce yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere başka bir dergide halen değerlendirmede olmayan ve her bir yazar tarafından onaylanan makaleler değerlendirilmek üzere kabul edilir. Gönderilen ve ön kontrolü geçen makaleler iThenticate yazılımı kullanılarak intihal için taranır. İntihal kontrolünden sonra, uygun olan makaleler baş editör tarafından orijinallik, metodoloji, işlenen konunun önemi ve dergi kapsamı ile uyumluluğu açısından değerlendirilir.

Seçilen makaleler en az iki ulusal/uluslararası hakeme çift taraflı kör hakemlik ile değerlendirmeye gönderilir; yayın kararı, hakemlerin talepleri doğrultusunda yazarların gerçekleştirdiği düzenlemelerin ve hakem sürecinin sonrasında baş editör tarafından verilir.

Editör ve Hakem Sorumlulukları

Editör; makaleleri, yazarların etnik kökeninden, cinsiyetinden, cinsel yöneliminden, uyuğundan, 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 çalışmalarını tespit etmelidirler. Gönderilmiş yazılara ilişkin tüm bilgilerin gizli tutulmasını sağlamalı ve yazar tarafından herhangi bir telif hakkının ihlal edildiğini ve intihal yapıldığını fark ederlerse editöre raporlamalıdırlar. Hakem, makale konusu hakkında kendini vasıflı hissetmiyor ya da zamanında geri dönüş sağlayamayacağını düşünüyorsa, editöre bu durumu derhal bildirmeli ve editörden hakem sürecine kendisini dahil etmemesini istemelidir.

Değerlendirme sürecinde editör, hakemlere gözden geçirme için gönderilen makalelerin, yazarların özel mülkü olduğunu ve bunun imtiyazlı bir iletişim olduğunu açıkça belirtir. Hakemler ve yayın kurulu üyeleri, başka kişilerle makaleleri tartışamazlar. Hakemlerin kendileri için makalelerin kopyalarını çıkarmalarına izin verilmez. Ayrıca hakemler, editörün izni olmadan makaleleri başkasına veremezler. Yazarın ve editörün izni olmadan hakemlerin gözden geçirmeleri basılamaz ve açıklanamaz. Hakemlerin kimliğinin gizli kalmasına özen gösterilmelidir. Bazı durumlarda editörün kararıyla, ilgili hakemlerin makaleye ait yorumları aynı makaleyi yorumlayan diğer hakemlere gönderilerek hakemlerin bu süreçte aydınlatılması sağlanabilir.

Hakem Süreci

Daha önce yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere başka bir dergide halen değerlendirmede olmayan ve her bir yazar tarafından onaylanan makaleler değerlendirilmek üzere kabul edilir. Gönderilen ve ön kontrolü geçen makaleler iThenticate yazılımı kullanılarak intihal için taranır. İntihal kontrolünden sonra, uygun olan makaleler baş editör tarafından orijinallik, metodoloji, işlenen konunun önemi ve dergi kapsamı ile uyumluluğu açısından değerlendirilir.

Baş Editör, makaleleri, yazarların etnik kökeninden, cinsiyetinden, uyruğundan, dini inancından ve siyasi felsefesinden bağımsız olarak değerlendirir. Yayına gönderilen makalelerin adil bir şekilde çift taraflı kör hakem değerlendirmesinden geçmelerini sağlar.

Seçilen makaleler en az iki ulusal/uluslararası hakeme değerlendirmeye gönderilir; yayın kararı, hakemlerin talepleri doğrultusunda yazarların gerçekleştirdiği düzenlemelerin ve hakem sürecinin sonrasında baş editör tarafından verilir.

Baş editör; yazarlar, editörler ve hakemler arasında çıkar çatışmasına izin vermez. Hakem atama konusunda tam yetkiye sahiptir ve dergide yayınlanacak makalelerle ilgili nihai kararı vermekle yükümlüdür.

Hakemlerin değerlendirmeleri objektif olmalıdır. Hakem süreci sırasında hakemlerin aşağıdaki hususları dikkate alarak değerlendirmelerini yapmaları beklenir.

- Makale yeni ve önemli bir bilgi içeriyor mu?
- Öz, makalenin içeriğini net ve düzgün bir şekilde tanımlıyor mu?
- Yöntem bütünlüklü ve anlaşılır şekilde tanımlanmış mı?
- Yapılan yorum ve varılan sonuçlar bulgularla kanıtlanıyor mu?
- Alandaki diğer çalışmalara yeterli referans verilmiş mi?
- Dil kalitesi yeterli mi?

Hakemler, gönderilen makalelere ilişkin tüm bilginin, makale yayınlanana kadar gizli kalmasını sağlamalı ve yazar tarafında herhangi bir telif hakkı ihlali ve intihal fark ederlerse editöre raporlamalıdırlar.

Hakem, makale konusu hakkında kendini vasıflı hissetmiyor ya da zamanında geri dönüş sağlaması mümkün görünmüyorsa, editöre bu durumu bildirmeli ve 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 kimliğinin gizli kalmasına özen gösterilmelidir.

Makale Hazırlama

1. Makale gönderimi online olarak, <https://iupress.istanbul.edu.tr/tr/journal/jplc/home> 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 ulaşabilecek adresler, cep, iş ve faks numaraları ve e-posta adresleri yer almalıdır (bkz. Son Kontrol Listesi).
4. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, karar incelemesi, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Editörler ve Yayın Kurulu tarafından yapılır.
5. Gönderilen yazılarla ilgili tüm yazışmalar ilk yazarla yapılır.
6. Yazarların dergiye gönderdikleri çalışmaların derginin kurallarına uygun olduğu kabul edilir. Bilimsel araştırma ve etik kurallarına uyulmadığı veya olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, Editörler ve Yayın Kurulu tarafından geri çevrilir.
7. Gönderilen çalışmaların yazı karakteri Times New Roman ve yazı büyüklüğü-14 punto olması gereken bölüm başlıkları ve 10 punto olması gereken dipnotlar dışında- 12 punto olması gerekir. Satır aralıklarının da 1.5 değerinde olması gerekir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin dipnotlar sayfa altında yer almalıdır.
8. Yazar/yazarların adları çalışmanın başlığının hemen altında sağa bitişik şekilde verilmelidir. Ayrıca yıldız dipnot şeklinde (*) yazarın unvanı, kurumu ve e-posta adresi ve telefonu sayfanın en altında dipnotta belirtilmelidir.
9. Çalışmaların başlıca şu unsurları içermesi gerekmektedir: Türkçe Başlık, Türkçe öz ve anahtar kelimeler; İngilizce başlık, İngilizce öz ve anahtar kelimeler; İngilizce genişletilmiş özet, ana metin bölümleri, son notlar ve kaynaklar.
10. Giriş bölümünden önce 100-200 sözcük arasında çalışmanın kapsamını, amacını, ulaşılan sonuçları ve kullanılan yöntemi kaydeden Türkçe ve İngilizce öz ile 600-800 kelimelik İngilizce genişletilmiş özet yer almalıdır. Çalışmanın İngilizce başlığı İngilizce 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 önemini belirttiği 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 önemini belirttiği, sorunsal ve amacın somutlaştırıldığı "Giriş" bölümünün ardından diğer bölümler gelmeli ve çalışma "Tartışma ve Sonuç", "Son Notlar", "Kaynaklar" ve "Tablolar ve Şekiller" şeklinde bitirilmelidir.
12. Çalışmanın sonunda, kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Ayrıca eserde kullanılan kaynaklar dipnotunda veya metin içerisinde kısa olarak yer almalıdır.
13. Eserlerin tablo veya grafik içermesi durumunda ayrı bir excel dosyası ile ham verilerin eserle birlikte gönderilmesi zorunludur. Çalışmalarda tablo, grafik ve şekil gibi göstergeler ancak 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.

Makale Gönderme Kılavuzu

Makaleyi göndermeden önce Yazarlara Bilgi'yi lütfen okuyun ve aşağıdakilerin eksik olmadığından emin olun:

Editöre mektup

- Makalenin türü
- Başka bir dergiye gönderilmemiş olduğu bilgisi
- Sponsor veya ticari bir firma ile ilişkisi (varsa belirtiniz)
- Kaynakların OSCOLA'ya göre belirtildiği
- İngilizce yönünden kontrolünün yapıldığı
- Yazarlara Bilgide detaylı olarak anlatılan dergi politikalarının gözden geçirildiği

Telif Hakkı Anlaşması Formu

Daha önce basılmış material (yazı-resim-tablo) kullanılmış ise izin belgesi

Makale kapak sayfası

- Makalenin kategorisi
- Makale dilinde ve İngilizce başlık
- Yazarların ismi soyadı, unvanları ve bağlı oldukları kurumlar (üniversite ve fakülte bilgisinden sonar şehir ve ülke bilgisi de yer almalıdır), e-posta adresleri
- Sorumlu yazarın e-posta adresi, açık yazışma adresi, iş telefonu, GSM, faks nosu
- Tüm yazarların ORCID'leri

Makalenin ana metni

- Makale dilinde ve İngilizce başlık
- Özetler 180-200 kelime makale dilinde ve 180-200 kelime İngilizce
- Anahtar Kelimeler: 3 adet makale dilinde ve 3 adet İngilizce
- İngilizce olmayan makaleler için (Örn, Almanca, Fransızca vd dillerdeki makaleler) İngilizce genişletilmiş özet (Extended Abstract) 600-800 kelime
- Makale ana metin bölümleri
- Finansal Destek (varsa belirtiniz)
- Çıkar Çatışması (varsa belirtiniz)
- Teşekkür (varsa belirtiniz)
- Kaynaklar
- Tablolar-Resimler, Şekiller (başlık, tanım ve alt yazılarıyla)

Makale Gönderme

- Makalenin gönderileceği DergiPark sayfası adresi: <https://dergipark.org.tr/tr/journal/49/submission/step/manuscript/new>
- Yapılan başvurularda, çalışmanın sorumlu yazarının (corresponding author) hesabı kullanılmalıdır. Sorumlu yazarın dışındaki yazarların ya da çalışmada yazar olarak yer almayan bir başkasının hesabı kullanılmamalıdır. Başvuru ile ilgili bütün yazışmalar DergiPark sistemi üzerinden gönderilen elektronik posta ile sorumlu yazara iletilmektedir.
- Makale ana metninin dosyasını (Main Document) yüklerken, çift taraflı kör hakem süreci gereği, bu dosyanın

yazar kimliğini deşifre eden hiçbir unsur barındırmadığından emin olun. Makale ana metni dosyası (Main Document) başlık sayfasını (Title Page) içermemeli; yazar adı geçen ya da yazar adlarını ifşa edebilecek bölümler içermemeli (Örneğin: Teşekkür, her sayfada tekrar eden ve yazar adlarını içerebilen başlık).

Ayrı Ayrı Yüklemeniz gereken dosyalar

- **Telif Hakkı Anlaşması Formu**
- **Resim, Tablo vb başka kaynaktan alındıysa izin belgesi**
- **Makale Kapak Sayfası**
- **Makale Ana Metni Dosyası (Bu dosya aşağıdaki unsurları içermelidir)**
 - ✓ Makale dilinde ve İngilizce başlık
 - ✓ Özetler 180-200 kelime makale dilinde ve 180-200 kelime İngilizce
 - ✓ Anahtar Kelimeler: 3 adet makale dilinde ve 3 adet İngilizce
 - ✓ **İngilizce olmayan makaleler için** (Örn, Almanca, Fransızca, Türkçe vd dillerdeki makaleler) **İngilizce genişletilmiş Özet** (Extended Abstract) 600-800 kelime
 - ✓ Makale ana metin bölümleri
 - ✓ Finansal Destek (varsa belirtiniz)
 - ✓ Çıkar Çatışması (varsa belirtiniz)
 - ✓ Teşekkür (varsa belirtiniz)
 - ✓ Kaynaklar
 - ✓ Tablolar-Resimler, Şekiller (başlık, tanım ve alt yazılarıyla)

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 işi görür. Ayrıca günümüzde kaynaklar elektronik versiyonlara eklenebilmekte ve okuyucular elektronik literatür taramalarıyla yayınlara kolaylıkla ulaşabilmektedir.

Kabul edilmiş ancak henüz sayıya dahil edilmemiş makaleler Early View olarak yayınlanır ve bu makalelere atıflar "advance online publication" şeklinde verilmelidir. Genel bir kaynaktan elde edilemeyecek temel bir konu olmadıkça "kişisel iletişimlere" atıfta bulunulmamalıdır. Eğer atıfta bulunulursa parantez içinde iletişim kurulan kişinin adı ve iletişimin tarihi belirtilmelidir. Bilimsel makaleler için yazarlar bu kaynaktan yazılı izin ve iletişimin doğruluğunu gösterir belge almalıdır. Kaynakların doğruluğundan yazar(lar) sorumludur. Tüm kaynaklar metinde belirtilmelidir. Kaynaklar alfabetik olarak sıralanmalıdır.

Referans Stili ve Formatı

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, makalelerinde referans sistemi olarak OSCOLA veya APA 6 kullanımını benimser. OSCOLA (Oxford Standard for the Citation of Legal Authorities), Oxford Üniversitesi tarafından yayınlanmış bir sistemdir. Ayrıntılı bilgi ve örnekler için:

<https://www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/publications/oscola>.

American Psychological Association tarafından yayınlanan APA 6 hakkında ayrıntılı bilgi için: <http://www.apastyle.org/>

APA 6 Referans Stili Örnekleri

Metin İçinde Kaynak Gösterme

Kaynaklar metinde parantez içinde yazarların soyadı ve yayın tarihi yazılarak belirtilmelidir. Birden fazla kaynak gösterilecekse kaynaklar arasında (;) işareti kullanılmalıdır. Kaynaklar alfabetik olarak sıralanmalıdır.

Örnekler:

Birden fazla kaynak;

(Esin ve ark., 2002; Karasar 1995)

Tek yazarlı kaynak;

(Akyolcu, 2007)

İki yazarlı kaynak;

(Sayiner ve Demirci 2007, s. 72)

Üç, dört ve beş yazarlı kaynak;

Metin içinde ilk kullanımda: (Ailen, Ciambune ve Welch 2000, s. 12–13) Metin içinde tekrarlayan kullanımlarda: (Ailen ve ark., 2000)

Altı ve daha çok yazarlı kaynak;

(Çavdar ve ark., 2003)

Kaynaklar Bölümünde Kaynak Gösterme

Kullanılan tüm kaynaklar metnin sonunda ayrı bir bölüm halinde yazar soyadlarına göre alfabetik olarak numaralandırılmadan verilmelidir.

Kaynak yazımı ile ilgili örnekler aşağıda verilmiştir.

Kitap

a) *Türkçe Kitap*

Karasar, N. (1995). *Araştırmalarda rapor hazırlama* (8.bs). Ankara: 3A Eğitim Danışmanlık Ltd.

b) *Türkçeye Çevrilmiş Kitap*

Mucchielli, A. (1991). *Zihniyetler* (A. Kotil, Çev.). İstanbul: İletişim Yayınları.

c) *Editörlü Kitap*

Ören, T., Üney, T. ve Çölkesen, R. (Ed.). (2006). *Türkiye bilişim ansiklopedisi*. İstanbul: Papatya Yayıncılık.

d) *Çok Yazarlı Türkçe Kitap*

Tonta, Y., Bitirim, Y. ve Sever, H. (2002). *Türkçe arama motorlarında performans değerlendirme*. Ankara: Total Bilişim.

e) *İngilizce Kitap*

Kamien R., & Kamien A. (2014). *Music: An appreciation*. New York, NY: McGraw-Hill Education.

f) *İngilizce Kitap İçerisinde Bölüm*

Bassett, C. (2006). Cultural studies and new media. In G. Hall & C. Birchall (Eds.), *New cultural studies: Adventures in theory* (pp. 220–237). Edinburgh, UK: Edinburgh University Press.

g) *Türkçe Kitap İçerisinde Bölüm*

Erkmen, T. (2012). Örgüt kültürü: Fonksiyonları, öğeleri, işletme yönetimi ve liderlikteki önemi. M. Zencirkıran (Ed.), *Örgüt sosyolojisi kitabı* içinde (s. 233–263). Bursa: Dora Basım Yayın.

h) *Yayıncının ve Yazarın Kurum Olduğu Yayın*

Türk Standartları Enstitüsü. (1974). *Adlandırma ilkeleri*. Ankara: Yazar.

Makale

a) *Türkçe Makale*

Mutlu, B. ve Savaşer, S. (2007). Çocuğu ameliyat sonrası yoğun bakımda olan ebeveynlerde stres nedenleri ve azaltma girişimleri. *İstanbul Üniversitesi Florence Nightingale Hemşirelik Dergisi*, 15(60), 179–182.

b) *İngilizce Makale*

de Cillia, R., Reisigl, M., & Wodak, R. (1999). The discursive construction of national identity. *Discourse and Society*, 10(2), 149–173. <http://dx.doi.org/10.1177/0957926599010002002>

c) Yediden Fazla Yazarlı Makale

Lal, H., Cunningham, A. L., Godeaux, O., Chlibek, R., Diez-Domingo, J., Hwang, S.-J. ... Heineman, T. C. (2015). Efficacy of an adjuvanted herpes zoster subunit vaccine in older adults. *New England Journal of Medicine*, 372, 2087–2096. <http://dx.doi.org/10.1056/NEJMoa1501184>

d) DOI'si Olmayan Online Edinilmiş Makale

Al, U. ve Doğan, G. (2012). Hacettepe Üniversitesi Bilgi ve Belge Yönetimi Bölümü tezlerinin atf analizi. *Türk Kütüphaneciliği*, 26, 349–369. Erişim adresi: <http://www.tk.org.tr/>

e) DOI'si Olan Makale

Turner, S. J. (2010). Website statistics 2.0: Using Google Analytics to measure library website effectiveness. *Technical Services Quarterly*, 27, 261–278. <http://dx.doi.org/10.1080/07317131003765910>

f) Advance Online Olarak Yayınlanmış Makale

Smith, J. A. (2010). Citing advance online publication: A review. *Journal of Psychology*. Advance online publication. <http://dx.doi.org/10.1037/a45d7867>

g) Popüler Dergi Makalesi

Semercioğlu, C. (2015, Haziran). Sıradanlığın rayihası. *Sabit Fikir*, 52, 38–39.

Tez, Sunum, Bildiri

a) Türkçe Tezler

Sarı, E. (2008). *Kültür kimlik ve politika: Mardin'de kültürlerarasılık*. (Doktora Tezi). Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.

b) Ticari Veritabanında Yer Alan Yüksek Lisans Ya da Doktora Tezi

Van Brunt, D. (1997). *Networked consumer health information systems* (Doctoral dissertation). Available from ProQuest Dissertations and Theses. (UMI No. 9943436)

c) Kurumsal Veritabanında Yer Alan İngilizce Yüksek Lisans/Doktora Tezi

Yaylalı-Yıldız, B. (2014). *University campuses as places of potential publicness: Exploring the political, social and cultural practices in Ege University* (Doctoral dissertation). Retrieved from: <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., Doğan, D. ve Seferoğlu, S. S. (2015, Şubat). *Eğitimde dijital araçlar: Google sınıf uygulaması üzerine bir değerlendirme* [Öz]. Akademik Bilişim Konferansında sunulan bildiri, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir. Erişim adresi: <http://ab2015.anadolu.edu.tr/index.php?menu=5&submenu=27>

h) Düzenli Olarak Online 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*. Erişim adresi: <http://www.milliyet>

c) Web Page/Blog Post

Bordwell, D. (2013, June 18). David Koepp: Making the world movie-sized [Web log post]. Retrieved from <http://www.davidbordwell.net/blog/page/27/>

d) Online Ansiklopedi/Sözlük

Bilgi mimarisi. (2014, 20 Aralık). Vikipedi içinde. Erişim adresi: http://tr.wikipedia.org/wiki/Bilgi_mimarisi

Marcoux, A. (2008). Business ethics. In E. N. Zalta (Ed.), *The Stanford encyclopedia of philosophy*. Retrieved from <http://plato.stanford.edu/entries/ethics-business/>

OSCOLA Referans Stili Örnekleri

Primary Sources

Do not use full stops in abbreviations. Separate citations with a semi-colon.

Cases

Give the party names, followed by the neutral citation, followed by the *Law Reports citation* (eg AC, Ch, QB). If there is no neutral citation, give the *Law Reports* citation followed by the court in brackets. If the case is not reported in the *Law Reports*, cite the All ER or the WLR, or failing that a specialist report.

Corr v IBC Vehicles Ltd [2008] UKHL 13, [2008] 1 AC 884.

R (Roberts) v Parole Board [2004] EWCA Civ 1031, [2005] QB 410.

Page v Smith [1996] AC 155 (HL).

When pinpointing, give paragraph numbers in square brackets at the end of the citation. If the judgment has no paragraph numbers, provide the page number pinpoint after the court.

Callery v Gray [2001] EWCA Civ 1117, [2001] 1 WLR 2112 [42], [45].

Bunt v Tilley [2006] EWHC 407 (QB), [2006] 3 All ER 336 [1]–[37].

R v Leeds County Court, ex p Morris [1990] QB 523 (QB) 530–31.

If citing a particular judge:

Arscott v The Coal Authority [2004] EWCA Civ 892, [2005] Env LR 6 [27] (Laws LJ).

Statutes and statutory instruments

Act of Supremacy 1558.

Human Rights Act 1998, s 15(1)(b).

Penalties for Disorderly Behaviour (Amendment of Minimum Age) Order 2004, SI 2004/3166.

EU legislation and cases

Consolidated Version of the Treaty on European Union [2008] OJ C115/13.

Council Regulation (EC) 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (EC Merger Regulation) [2004] OJ L24/1, art 5.

Case C–176/03 *Commission v Council* [2005] ECR I–7879, paras 47–48.

European Court of Human Rights

Omojudi v UK (2009) 51 EHRR 10.

Osman v UK ECHR 1998–VIII 3124.

Balogh v Hungary App no 47940/99 (ECHR, 20 July 2004).

Simpson v UK (1989) 64 DR 188.

Secondary Sources

Books

Give the author's name in the same form as in the publication, except in bibliographies, where you should give only the surname followed by the initial(s). Give relevant information about editions, translators and so forth before the publisher, and give page numbers at the end of the citation, after the brackets.

Thomas Hobbes, *Leviathan* (first published 1651, Penguin 1985) 268.

Gareth Jones, Goff and Jones: *The Law of Restitution* (1st supp, 7th edn, Sweet & Maxwell 2009).

K Zweigert and H Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (Tony Weir tr, 3rd edn, OUP 1998).

Contributions to edited books

Francis Rose, 'The Evolution of the Species' in Andrew Burrows and Alan Rodger (eds),

Mapping the Law: Essays in Memory of Peter Birks (OUP 2006).

Encyclopedias

Halsbury's Laws (5th edn, 2010) vol 57, para 53.

Journal articles

Paul Craig, 'Theory, "Pure Theory" and Values in Public Law' [2005] PL 440.

When pinpointing, put a comma between the first page of the article and the page pinpoint.

JAG Griffith, 'The Common Law and the Political Constitution' (2001) 117 LQR 42, 64.

Online journals

Graham Greenleaf, 'The Global Development of Free Access to Legal Information' (2010)

1(1) EJLT < <http://ejlt.org/article/view/17> > accessed 27 July 2010.

Command papers and Law Commission reports

Department for International Development, *Eliminating World Poverty: Building our Common Future* (White Paper, Cm 7656, 2009) ch 5.

Law Commission, *Reforming Bribery* (Law Com No 313, 2008) paras 3.12–3.17.

Websites and blogs

Sarah Cole, 'Virtual Friend Fires Employee' (*Naked Law*, 1 May 2009)

<www.nakedlaw.com/2009/05/index.html> accessed 19 November 2009.

Newspaper articles

Jane Croft, 'Supreme Court Warns on Quality' *Financial Times* (London, 1 July 2010) 3.

Son Kontrol Listesi

Aşağıdaki listede yer alan hususların eksik olmadığından emin olun:

- Editöre mektup
 - ✓ Makalenin türü
 - ✓ Başka bir dergiye gönderilmemiş olduğu bilgisi
 - ✓ Sponsor veya ticari bir firma ile ilişkisi (varsa belirtiniz)
 - ✓ İstatistik kontrolünün yapıldığı bilgisi (araştırma makaleleri için)
 - ✓ İngilizce yönünden kontrolünün yapıldığı bilgisi
 - ✓ Yazarlara Bilgide detaylı olarak anlatılan dergi politikalarının gözden geçirildiği
 - ✓ Kaynakların OSCOLA'ya veya APA6'ya göre belirtildiği
- Telif Hakkı Anlaşması Formu
- Daha önce basılmış materyal (yazı-resim-tablo) kullanılmış ise izin belgesi
- Makale kapak sayfası
 - ✓ Makalenin türü

YAZARLARA BİLGİ / INSTRUCTIONS TO AUTHORS

- ✓ Makalenin Türkçe ve İngilizce başlığı
- ✓ Yazarların ismi soyadı, unvanları ve bağlı oldukları kurumlar (üniversite ve fakülte bilgisinden sonra şehir ve ülke bilgisi de yer almalıdır), e-posta adresleri
- ✓ Sorumlu yazarın e-posta adresi, açık yazışma adresi, iş telefonu, GSM, faks nosu
- ✓ Tüm yazarların ORCID'leri
- Makale ana metni dosyası
 - ✓ Makalenin Türkçe ve İngilizce başlığı
 - ✓ Özetler 180-200 kelime Türkçe ve 180-200 kelime İngilizce
 - ✓ Anahtar Kelimeler: 3 adet Türkçe ve 3 adet İngilizce
 - ✓ Makale Türkçe ise, İngilizce genişletilmiş Özet (Extended Abstract) 600-800 kelime
 - ✓ Makale ana metin bölümleri
 - ✓ Finansal Destek (varsa belirtiniz)
 - ✓ Çıkar Çatışması (varsa belirtiniz)
 - ✓ Teşekkür (varsa belirtiniz)
 - ✓ Kaynaklar
 - ✓ Tablolar-Resimler, Şekiller (başlık, tanım ve alt yazılarıyla)

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>

E-mail: jplc@istanbul.edu.tr

Adres: İstanbul Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi

34116, Beyazıt

İstanbul - Türkiye

Aim and Scope

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.

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 welcome within the journal. The target group of the journal consists of academicians, researchers, professionals, students, related professional and academic bodies and institutions.

Publication Policy

The journal 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>

The subjects covered in the manuscripts submitted to the Journal for publication must be in accordance with the aim and scope of the Journal. Only those manuscripts approved by every individual author and that were not published before in or sent to another journal, are accepted for evaluation.

Changing the name of an author (omission, addition or order) in papers submitted to the Journal requires written permission of all declared authors.

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.

Plagiarism

Submitted manuscripts that pass preliminary control are scanned for plagiarism using iThenticate software. If plagiarism/self-plagiarism will be found authors will be informed. Editors may resubmit manuscript for similarity check at any peer-review or production stage if required. High similarity scores may lead to rejection of a manuscript before and even after acceptance. Depending on the type of article and the percentage of similarity score taken from each article, the overall similarity score is generally expected to be less than 15 or 20%.

Double Blind Peer-Review

After plagiarism check, the eligible ones are evaluated by the editors-in-chief for their originality, methodology, the importance of the subject covered and compliance with the journal scope. The editor provides a fair double-blind peer review of the submitted articles and hands over the papers matching the formal rules to at least two national/international referees for evaluation and gives green light for publication upon modification by the authors in accordance with the referees' claims.

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.

Article Processing Charge

All expenses of the journal are covered by the Istanbul University. Processing and publication are free of charge with the journal. There is no article processing charges or submission fees for any submitted or accepted articles.

Copyright Notice

Authors publishing with the journal retain the copyright to their work licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International license (CC BY-NC 4.0)

(<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>) and grant the Publisher non-exclusive commercial right to publish the work. CC BY-NC 4.0 license permits unrestricted, non-commercial use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

Correction, Retraction, Expression of Concern

Editor should consider publishing correction if minor errors that do not effect the results, interpretations and conclusions of the published paper are detected. Editor should consider retraction if major errors and/or misconduct that invalidate results and conclusions are detected.

Editor should consider issuing an expression of concern if there is evidence of research or publication misconduct by the authors; there is evidence that the findings are not reliable and institutions of the authors do not investigate the case or the possible investigation seems to be unfair or nonconclusive.

The guidelines of COPE and ICJME are taken into consideration regarding correction, retractions or expression of concern.

Archiving Policy

To guarantee that all papers published in the journal are maintained and permanently accessible, articles are stored in Dergipark which serves as a national archival web site and at the same time permits LOCKSS to collect, preserve, and serve the content.

Additionally, authors are encouraged to self-archive the final PDF version of their articles in open electronic archives with that conform to standards of Open Archives Initiative (<https://www.openarchives.org/>). Authors should provide a link from the deposited version to the URL of IUPress journal website.

Publication Ethics and Malpractice Statement

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.

Research Ethics

Journal of Penal Law and Criminology (Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi) adheres to the highest standards in research ethics and follows the principles of international research ethics as defined below. The authors are responsible for the compliance of the manuscripts with the ethical rules.

- Principles of integrity, quality and transparency should be sustained in designing the research, reviewing the design and conducting the research.
- The research team and participants should be fully informed about the aim, methods, possible uses and requirements of the research and risks of participation in research.
- The confidentiality of the information provided by the research participants and the confidentiality of the respondents should be ensured. The research should be designed to protect the autonomy and dignity of the participants.
- Research participants should participate in the research voluntarily, not under any coercion.
- Any possible harm to participants must be avoided. The research should be planned in such a way that the participants are not at risk.
- The independence of research must be clear; and any conflict of interest or must be disclosed.
- In experimental studies with human subjects, written informed consent of the participants who decide to participate in the research must be obtained. In the case of children and those under wardship or with confirmed insanity, legal custodian's assent must be obtained.
- If the study is to be carried out in any institution or organization, approval must be obtained from this institution or organization.
- In studies with human subject, it must be noted in the method's section of the manuscript that the informed consent of the participants and ethics committee approval from the institution where the study has been conducted have been obtained.

Author's 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 Editor and Reviewers

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.

Peer Review Policies

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.

The selected manuscripts are sent to at least two national/international referees for evaluation and publication decision is given by editor-in-chief upon modification by the authors in accordance with the referees' claims.

Editor-in-Chief evaluates manuscripts for their scientific content without regard to ethnic origin, gender, sexual orientation, citizenship, religious belief or political philosophy of the authors. He/She provides a fair double-blind peer review of the submitted articles for publication and ensures that all the information related to submitted manuscripts is kept as confidential before publishing.

Editor-in-Chief is responsible for the contents and overall quality of the publication. He/She must publish errata pages or make corrections when needed.

Editor-in-Chief 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 must have no conflict of interest with respect to the research, the authors and/or the research funders. Their judgments must be objective.

Reviewers 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 anonymity of the referees must be ensured. In particular situations, the editor may share the review of one reviewer with other reviewers to clarify a particular point.

Peer Review Process

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.

The selected manuscripts are sent to at least two national/international external referees for evaluation and publication decision is given by editor-in-chief upon modification by the authors in accordance with the referees' claims.

Editor-in-chief evaluates manuscripts for their scientific content without regard to ethnic origin, gender, sexual orientation, citizenship, religious belief or political philosophy of the authors and ensures a fair double-blind peer review of the selected manuscripts.

Editor in chief does not allow any conflicts of interest between the authors, editors and reviewers and is responsible for final decision for publication of the manuscripts in the Journal.

Reviewers' judgments must be objective. Reviewers' comments on the following aspects are expected while conducting the review.

- Does the manuscript contain new and significant information?
- Does the abstract clearly and accurately describe the content of the manuscript?
- Is the problem significant and concisely stated?
- Are the methods described comprehensively?
- Are the interpretations and conclusions justified by the results?
- Is adequate references made to other Works in the field?
- Is the language acceptable?

Reviewers 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 anonymity of the referees is important.

Manuscript Organization

1. Manuscripts should be submitted online via <https://iupress.istanbul.edu.tr/tr/journal/jplc/home>
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.

Manuscript Submission Guide

Before beginning the online submission process please read the Information for Authors and make sure you have the followings available:

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 the statistical design of the research article is reviewed.
- 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.

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 the manuscript and in English

YAZARLARA BİLGİ / INSTRUCTIONS TO AUTHORS

- 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 manuscript and in English
- Abstracts (180-200 words) both in the language of manuscript and in English
- Key words: 3 words both in the language of manuscript and in English
- Extended Abstract (600-800 words) in English (for the articles which are not in English)
- Main article sections
- Grant support (if exists)
- Conflict of interest (if exists)
- Acknowledgement (if exists)
- References
- All tables, illustrations (figures) (including title, description, footnotes)

Manuscript Submission

- DergiPark manuscript submission site of the journal is:
<https://dergipark.org.tr/tr/journal/49/submission/step/manuscript/new>
- The manuscript must be submitted through the account of the corresponding author. The account of authors other than the corresponding author or someone else who is not included as an author in the work must not be used for submission. All correspondence regarding the submission is made with the corresponding author through e-mail via the DergiPark system.
- **While uploading Main Document, make sure that the main document has no information that clarify the author's identity. Due to double blind peer review, Main Document must not include Title Page, the name of author or any other detail that can disclose the author identity.**

Files to be uploaded separately

- **Copyright Agreement Form**
- **Permissions obtained for previously published material if used in the present manuscript**
- **Title page**
- **Main Manuscript Document**
 - ✓ The title of the manuscript both in the language of manuscript and in English
 - ✓ Abstracts (180-200 words) both in the language of manuscript and in English
 - ✓ Key words: 3 words both in the language of manuscript and in English
 - ✓ Extended Abstract (600-800 words) in English (for the articles which are not in English)
 - ✓ Main article sections
 - ✓ Grant support (if exists)
 - ✓ Conflict of interest (if exists)
 - ✓ Acknowledgement (if exists)
 - ✓ References
 - ✓ All tables, illustrations (figures) (including title, description, footnotes)

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, Turkey: 3A Eğitim Danışmanlık Ltd.

b) Book Translated into Turkish

Mucchielli, A. (1991). *Zihniyetler* [Mindsets] (A. Kotil, Trans.). İstanbul, Turkey: İletişim Yayınları.

c) Edited Book

Ören, T., Üney, T., & Çölkesen, R. (Eds.). (2006). *Türkiye bilişim ansiklopedisi* [Turkish Encyclopedia of Informatics]. İstanbul, Turkey: 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, Turkey: Total Bilişim.

e) Book in English

Kamien R., & Kamien A. (2014). *Music: An appreciation*. New York, NY: McGraw-Hill Education.

f) Chapter in an Edited Book

Bassett, C. (2006). Cultural studies and new media. In G. Hall & C. Birchall (Eds.), *New cultural studies: Adventures in theory* (pp. 220–237). Edinburgh, UK: Edinburgh University Press.

g) Chapter in an Edited Book in Turkish

Erkmen, T. (2012). Örgüt kültürü: Fonksiyonları, öğeleri, işletme yönetimi ve liderlikteki önemi [Organization culture: Its functions, elements and importance in leadership and business management]. In M. Zencirkıran (Ed.), *Örgüt sosyolojisi* [Organization sociology] (pp. 233–263). Bursa, Turkey: Dora Basım Yayın.

h) Book with the same organization as author and publisher

American Psychological Association. (2009). *Publication manual of the American psychological association* (6th ed.). Washington, DC: Author.

Article

a) Turkish Article

Mutlu, B., & Savaşer, S. (2007). Çocuğu ameliyat sonrası yoğun bakımda olan ebeveynlerde stres nedenleri ve azaltma girişimleri [Source and intervention reduction of stress for parents whose children are in intensive care unit after surgery]. *Istanbul University Florence Nightingale Journal of Nursing*, 15(60), 179–182.

b) English Article

de Cillia, R., Reisigl, M., & Wodak, R. (1999). The discursive construction of national identity. *Discourse and Society*, 10(2), 149–173. <http://dx.doi.org/10.1177/0957926599010002002>

c) Journal Article with DOI and More Than Seven Authors

Lal, H., Cunningham, A. L., Godeaux, O., Chlibek, R., Diez-Domingo, J., Hwang, S.-J. ... Heineman, T. C. (2015). Efficacy of an adjuvanted herpes zoster subunit vaccine in older adults. *New England Journal of Medicine*, 372, 2087–2096. <http://dx.doi.org/10.1056/NEJMoa1501184>

d) Journal Article from Web, without DOI

Sidani, S. (2003). Enhancing the evaluation of nursing care effectiveness. *Canadian Journal of Nursing Research*, 35(3), 26-38. Retrieved from <http://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 political, 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 Koepp: Making the world movie-sized [Web log post]. Retrieved from <http://www.davidbordwell.net/blog/page/27/>

d) Online Encyclopedia/Dictionary

Ignition. (1989). In *Oxford English online dictionary* (2nd ed.). Retrieved from <http://dictionary.oed.com>

Marcoux, A. (2008). Business ethics. In E. N. Zalta (Ed.). *The Stanford encyclopedia of philosophy*. Retrieved from <http://plato.stanford.edu/entries/ethics-business/>

OSCOLA Reference Examples

Primary Sources

Do not use full stops in abbreviations. Separate citations with a semi-colon.

Cases

Give the party names, followed by the neutral citation, followed by the *Law Reports* citation (eg AC, Ch, QB). If there is no neutral citation, give the *Law Reports* citation followed by the court in brackets. If the case is not reported in the *Law Reports*, cite the All ER or the WLR, or failing that a specialist report.

Corr v IBC Vehicles Ltd [2008] UKHL 13, [2008] 1 AC 884.

R (Roberts) v Parole Board [2004] EWCA Civ 1031, [2005] QB 410.

Page v Smith [1996] AC 155 (HL).

When pinpointing, give paragraph numbers in square brackets at the end of the citation. If the judgment has no paragraph numbers, provide the page number pinpoint after the court.

Callery v Gray [2001] EWCA Civ 1117, [2001] 1 WLR 2112 [42], [45].

Bunt v Tilley [2006] EWHC 407 (QB), [2006] 3 All ER 336 [1]–[37].

R v Leeds County Court, ex p Morris [1990] QB 523 (QB) 530–31.

If citing a particular judge:

Arscott v The Coal Authority [2004] EWCA Civ 892, [2005] Env LR 6 [27] (Laws LJ).

Statutes and statutory instruments

Act of Supremacy 1558.

Human Rights Act 1998, s 15(1)(b).

Penalties for Disorderly Behaviour (Amendment of Minimum Age) Order 2004, SI 2004/3166.

EU legislation and cases

Consolidated Version of the Treaty on European Union [2008] OJ C115/13.

Council Regulation (EC) 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (EC Merger Regulation) [2004] OJ L24/1, art 5.

Case C–176/03 *Commission v Council* [2005] ECR I–7879, paras 47–48.

European Court of Human Rights

Omojudi v UK (2009) 51 EHRR 10.

Osman v UK ECHR 1998–VIII 3124.

Balogh v Hungary App no 47940/99 (ECHR, 20 July 2004).

Simpson v UK (1989) 64 DR 188.

Secondary Sources

Books

Give the author's name in the same form as in the publication, except in bibliographies, where you should give only the surname followed by the initial(s). Give relevant information about editions, translators and so forth before the publisher, and give page numbers at the end of the citation, after the brackets.

Thomas Hobbes, *Leviathan* (first published 1651, Penguin 1985) 268.

Gareth Jones, *Goff and Jones: The Law of Restitution* (1st supp, 7th edn, Sweet & Maxwell 2009).

K Zweigert and H Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (Tony Weir tr, 3rd edn, OUP 1998).

Contributions to edited books

Francis Rose, 'The Evolution of the Species' in Andrew Burrows and Alan Rodger (eds), *Mapping the Law: Essays in Memory of Peter Birks* (OUP 2006).

Encyclopedias

Halsbury's Laws (5th edn, 2010) vol 57, para 53.

Journal articles

Paul Craig, 'Theory, "Pure Theory" and Values in Public Law' [2005] PL 440.

When pinpointing, put a comma between the first page of the article and the page pinpoint.

JAG Griffith, 'The Common Law and the Political Constitution' (2001) 117 LQR 42, 64.

Online journals

Graham Greenleaf, 'The Global Development of Free Access to Legal Information' (2010) 1(1) EJLT < <http://ejlt.org/article/view/17> > accessed 27 July 2010.

Command papers and Law Commission reports

Department for International Development, *Eliminating World Poverty: Building our Common Future* (White Paper, Cm 7656, 2009) ch 5.

Law Commission, *Reforming Bribery* (Law Com No 313, 2008) paras 3.12–3.17.

Websites and blogs

Sarah Cole, ‘Virtual Friend Fires Employee’ (*Naked Law*, 1 May 2009)

<www.nakedlaw.com/2009/05/index.html> 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 ORCOLA or APA6.
- **Copyright Agreement Form**
- **Permission of previous published material if used in the present manuscript**
- **Title page**
 - ✓ The category of the manuscript
 - ✓ The title of the manuscript both in the language of article and in English
 - ✓ All authors’ names and affiliations (institution, faculty/department, city, country), e-mail addresses
 - ✓ Corresponding author’s email address, full postal address, telephone and fax number
 - ✓ ORCIDs of all authors..
- **Main manuscript document**
 - ✓ The title of the manuscript both in the language of article and in English
 - ✓ Abstracts (180-200 words) both in the language of article and in English
 - ✓ Key words: 3 words both in the language of article and in English
 - ✓ Extended Abstract (600-800 words) in English for the articles which are not in English
 - ✓ Body text
 - ✓ Grant Support (if exists)
 - ✓ Conflict of interest (if exists)
 - ✓ Acknowledgement (if exists)
 - ✓ References
 - ✓ All tables, illustrations (figures) (including title, description, footnotes)

CONTACT INFO

Editor in Chief: Prof. Dr. Adem Sözüer

E-mail: asozuer@istanbul.edu.tr

Phone: + 90 212 440 01 05

Fax: +90 212 512 41 35

Website: <http://jplc.istanbul.edu.tr>

Email: jplc@istanbul.edu.tr

Adres: Istanbul University

Faculty of Law Criminal Law and Criminology Research and Practice Center

34116, Beyazıt

Istanbul - 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 Sorumlu Yazar	
Title of Manuscript Makalenin Başlığı	
Acceptance date Kabul Tarihi	
List of authors Yazarların Listesi	

Sıra No	Name - Surname Adı-Soyadı	E-mail E-Posta	Signature İmza	Date Tarih
1				
2				
3				
4				
5				

Manuscript Type (Research Article, Review, etc.)
Makalenin türü (Araştırma makalesi, Derleme, v.b.)

Responsible/Corresponding Author:
Sorumlu Yazar:

University/company/institution	Çalıştığı kurum	
Address	Posta adresi	
E-mail	E-posta	
Phone; mobile phone	Telefon no; GSM no	

The author(s) agrees that:

The manuscript submitted is his/her/their own original work, and has not been plagiarized from any prior work, all authors participated in the work in a substantive way, and are prepared to take public responsibility for the work, all authors have seen and approved the manuscript as submitted, the manuscript has not been published and is not being submitted or considered for publication elsewhere, the text, illustrations, and any other materials included in the manuscript do not infringe upon any existing copyright or other rights of anyone. İSTANBUL UNIVERSITY will publish the content under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0) license that gives permission to copy and redistribute the material in any medium or format other than commercial purposes as well as remix, transform and build upon the material by providing appropriate credit to the original work. The Contributor(s) or, if applicable the Contributor's Employer, retain(s) all proprietary rights in addition to copyright, patent rights. I/We indemnify İSTANBUL UNIVERSITY and the Editors of the Journals, and hold them harmless from any loss, expense or damage occasioned by a claim or suit by a third party for copyright infringement, or any suit arising out of any breach of the foregoing warranties as a result of publication of my/our article. I/We also warrant that the article contains no libelous or unlawful statements, and does not contain material or instructions that might cause harm or injury. This Copyright Agreement Form must be signed/ratified by all authors. Separate copies of the form (completed in full) may be submitted by authors located at different institutions; however, all signatures must be original and authenticated.

Yazar(lar) aşağıdaki hususları kabul eder

Sunulan makalenin yazar(lar)ın orijinal çalışması olduğunu ve intihal yapmadıklarını, Tüm yazarların bu çalışmaya 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 şahıslarca 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; Sorumlu Yazar;	Signature / İmza	Date / Tarih
	/...../.....