

Journal of Penal Law and Criminology JPLC

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi CHKD

Volume / Cilt: 9 Issue / Sayı: 1 Year / Yıl: 2021

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

Journal of Penal Law and Criminology

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi

Cilt / Volume: 9 Sayı / Issue: 1 Yıl / Year: 2021

Dizinler / Indexing and Abstracting

Web of Science - Emerging Sources Citation Index (ESCI)

TUBİTAK-ULAKBİM TR Dizin



Journal of Penal Law and Criminology

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi

Cilt / Volume: 9 Sayı / Issue: 1 Yıl / Year: 2021

Sahibi / Owner

Prof. Dr. Adem SÖZÜER

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

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Responsible Manager

Dr. Öğr. Üyesi Serdar TALAS

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

Yazışma Adresi / Correspondence Address

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

Yayıncı / Publisher

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

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

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

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

Yayın Türü / Publication Type: Yaygın Süreli / Periodical

Journal of Penal Law and Criminology

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi

Cilt / Volume: 9 Sayı / Issue: 1 Yıl / Year: 2021

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

DERGİ YAZI KURULU / EDITORIAL MANAGEMENT BOARD

Baş Editör / Editor-in-Chief

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

Baş Editör Yardımcıları / Co-Editors-in-Chief

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

– mehmet.maden@istanbul.edu.tr

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

– elifbekar@istanbul.edu.tr

Yönetici Editör / Managing Editor

Dr. Öğretim Üyesi Abdullah BATUHAN BAYTAZ – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye

– bbaytaz@istanbul.edu.tr

Yazı Kurulu Üyeleri / Editorial Management Board Members

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

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

– eaksoy@gsu.edu.tr

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

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

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

Alan Editörleri / Section Editors

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

– derya.tekin@medeniyet.edu.tr

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

– rerbas@istanbul.edu.tr

Dr. Araş. Gör. Sertaç IŞIKA – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye

– sertacisika@istanbul.edu.tr

Dr. Araş. Gör. Muhammed Buhari ÇETİNKAYA – İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye

– buharicetinkaya@istanbul.edu.tr

Dil Editörleri / Language Editors

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

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

İstatistik Editörü / Statistics Editor

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

Editöryal Asistanlar / Editorial Assistants

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

– bdemiral@istanbul.edu.tr

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

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

– btokgoz@istanbul.edu.tr

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

– muhametkahveci@istanbul.edu.tr

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

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

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

Journal of Penal Law and Criminology

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi

Cilt / Volume: 9 Sayı / Issue: 1 Yıl / Year: 2021

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

YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD

- Prof. Dr. Adem SÖZÜER – İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – asozuer@istanbul.edu.tr
Prof. Dr. Philip KUNIG – Türk-Alman Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – philip.kunig@fu-berlin.de
Prof. Dr. Manuel Cancio MELIA – Autonoma Üniversitesi, Madrid, İspanya – manuel.cancio@uam.es
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bahri ÖZTÜRK – İstanbul Kültür Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – b.ozturk@iku.edu.tr
Prof. Dr. Gordana BUZAROVSKA – Ss. Cyril and Methodius Üniversitesi, Üsküp, Makedonya
Prof. Dr. Dr. Manuel EISNER – Cambridge Üniversitesi, Cambridge, İngiltere – mpe23@cam.ac.uk
Prof. Dr. Luigi FOFFANI – Modena Üniversitesi, Modena, İtalya – luigi.foffani@unimore.it
Prof. Dr. Rick LAWSON – Leiden Üniversitesi, Leiden, Hollanda – r.a.lawson@law.leidenuniv.nl
Prof. Dr. Vincenzo PACILLO – Modena Üniversitesi, Modena, İtalya – vincenzo.pacillo@unimore.it
Prof. Dr. Stephen C. THAMAN – Saint Louis Üniversitesi, St.-Louis, Amerika Birleşik Devletleri – stephen.thaman@slu.edu
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK – İzmir Hukuk Okulu, İzmir, Türkiye – ozerozbekmeister@gmail.com
Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ – Türk-Alman Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – akyildiz@tau.edu.tr
Prof. Dr. Liane WORNER – Konstanz Üniversitesi, Konstanz, Almanya – liane.woerner@uni-konstanz.de
Prof. Dr. Krisztina KARSAI – Szeged Üniversitesi, Szeged, Macaristan – karsai.krisztina@juris.u-szeged.hu
Prof. Dr. Coşkun YORULMAZ – Koç Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – cyorulmaz@ku.edu.tr
Prof. Dr. Effi LAMBROPOULOU – Panteion Üniversitesi, Athens, Yunanistan – elambro@panteion.gr
Prof. Dr. Zeynel Temel KANGAL – Bursa Uludağ Üniversitesi, Bursa, Türkiye – ztkangal@uludag.edu.tr
Prof. Dr. Olgun 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 GÖKÇEN – Marmara Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – ahmet.gokcen@marmara.edu.tr
Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM – Yaşar Üniversitesi, İzmir, Türkiye – mustafa.erdem@yasar.edu.tr
Prof. Dr. Mahmut KOCA – İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – mahmut.koca@medipol.edu.tr

Journal of Penal Law and Criminology

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi

Cilt / Volume: 9 Sayı / Issue: 1 Yıl / Year: 2021

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

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

İnsan Haklarının ve Temel Hakların Korunması İçin Sözleşme'nin Türkçe Çevirisi Sorunu <i>Problems with the Turkish Translations of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Rights</i> Tolga ŞİRİN	1-64
The Notion of a Considerable Quantity' of Narcotics in the Case Law of Polish Courts <i>Polonya Mahkemelerinin İċtihatlarında "Önemli Miktarda" Uyuşturucu Kavramı</i> Katarzyna BANASIK	65-84
Türkiye – Çin Halk Cumhuriyeti Suçluların İadesi Andlaşmasına Dair Hukuki Bir Değerlendirme <i>Legal Assessment of the Extradition Treaty between Turkey and the People's Republic of China</i> Timuçin KÖPRÜLÜ	85-134
Determination of the Financial Literacy Characteristics of Prisoners: The Case of Turkey, a Developing Country <i>Mahpusların Finansal Okuryazarlık Özelliklerinin Belirlenmesi: Gelişmekte Olan Bir Ülke Örneği</i> Umut Burak GEYİKÇİ, Ahmet Tuğçin UZUNER, Seniye GEYİKÇİ	135-158
Uzlaştırıcının Özgü Suçlardan Doğan Cezai Sorumluluğu <i>Mediator's Criminal Responsibility for Special Offences in Terms of Victim-Offender Mediation</i> Fahri Gökçen TANER, Yaprak ÖNTAN	159-196
Kabahatler Hukukunda Kanunilik İlkesi ve Covid-19 Nedeniyle Alınan Tedbirlere Aykırılık <i>The Principle of Legality in the Law of Misdemeanors and Violation the Measures Taken Due To Covid-19</i> Berrin AKBULUT	197-254
The Impacts of the Turkish Constitutional Court's Individual Application Judgments about the Right to Fair Trial on Criminal Proceedings <i>Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Bireysel Başvuru Kararlarının Ceza Yargılamaları Üzerindeki Etkisi</i> Sedat Erdem AYDIN	255-286
The State of Criminality in Tajikistan <i>Tacikistan'da Suçluluk Durumu</i> Yuldoshev Rifat RAHMADJONOVICH, Safarzoda Anvar ISLOM, Mahmazoda NERU	287-316

Dear Readers,

We are delighted to present the new issue of the Journal of Criminal Law and Criminology (JPLC), a publication from the Criminal Law and Criminology Research and Application Center at Istanbul University Faculty of Law. Our Center holds scientific gatherings and carries out national and international research.

The Center is active in hosting academic activities and continually develops discourse in criminal law and criminology, both at the national and international levels. This year, in organizing the 16th Turkish Criminal Law Days between June 1st and 3rd, 2021, "Protection of Property Values, Economic Order, and Activities in the Context of Fundamental Principles of Crime Policy Through Criminal Law - Current Issues of Turkish Regional Courts of Appeal and Court of Cassation" was discussed. Turkish stakeholders, including members of the Court of Cassation, and sixty-eight Turkish academics from different universities discussed the Criminal Law Days. On June 18th, the 10th anniversary of the Istanbul Convention, the Italian-Turkish Conference was held.

Following the Criminal Law Days, our Center looks forward to the next international events. This first "Three Countries Seminar Program" will take place between July 8 and 10, during which the topic "Digitization Challenges for Criminal Law Dogmatics" will be discussed. This meeting will be granted by Erasmus + Project, named DIGICRIMJUS.

The Center's other important academic activity is "Law on the Bosphorus Summer School." It will be the 9th edition of the International Human Rights Law on the Bosphorus Summer School that will occur from July 28th until August 8nd, 2021, with an academic program in the theme of "The Istanbul Convention". In addition, the 11th International Crime and Punishment Film Festival that has a unique place among the thematic film festivals will take place from November 26th until December 2nd, 2021, with an academic program in the theme of "Environmental Justice For All".

This issue of our journal commences with Tolga Şirin's article, in which he analyzed Turkish translations of the Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; the official versions are in English and French. This study undertakes an in-depth analysis of the translations to propose a new translation, and it emphasizes the need for a workshop to internalize the text and standardize law practice.

In the article written by Katarzyna Banasik, the notion of "a considerable quantity" is discussed that is especially important for narcotics offenses. "A considerable quantity" of narcotics is a determining factor in many criminal narcotics offenses. However, because it is an evaluative term, its interpretation creates many problems in the practice of the justice system. In this article, the author attempts to illustrate "a considerable quantity" as applied in case law in Poland by examining numerous court decisions. Banasik presents a variety of criteria used to determine whether a given quantity of narcotics is a considerable quantity, and also presents sample court decisions in which these criteria were applied.

In his article, Timuçin Köprülü discussed the Extradition Treaty between the Turkish Republic and the People's Republic of China. The national legislation of both countries, the United Nations documents on extradition, the European Convention on Human Rights, and the case law related to the European Convention on Human Rights (ECHR) and the Turkish Constitutional Court, particularly

on the case of Uighur Turks, were analyzed in an attempt to elaborate the ratification process and the rejection of the Extradition Treaty. Therefore, it draws attention as an important and comprehensive study on the subject.

The third article of this issue, "Determination of the Financial Literacy Characteristics of Prisoners: The Case of a Developing Country," focuses on the financial literacy of convicts in a Turkish prison. Umut Burak Geyikçi, Ahmet Tuğçin Uzuner and Seniye Geyikçi, in this article, have found a correlation between financial literacy, crime types, and the education levels of convicts. Furthermore, they have suggested that financial literacy impacts recidivism; therefore, the findings of this study would be useful for prevention programs.

In their article, Fahri Gökçen Taner ve Yaprak Öntan evaluated the circumstances under which mediators can be held responsible due to their official capacity. Mediators' being public officers may lead to criminal liability for certain offenses and heavier penalties in terms of other crimes. This article evaluates certain offenses that mediators can be held responsible for due to being public officials.

Berrin Akbulut contributed to our current issue with the article titled "Principle of Legality in the Code on Misdemeanors and Violation of Measures Taken Due to Covid-19." In this article, she evaluated measures made in Turkey and the wider world because of the pandemic, and she also explained the principle of legality in the Code on Misdemeanors and the violation of the measures taken due to COVID-19.

Additionally, in his article, Sedat Erdem Aydın examined the official statistics of individual applications published by the Constitutional Court of the Republic of Turkey, and he also evaluated the individual application decisions given by the Constitutional Court of the Republic of Turkey regarding the right to a fair trial. He also provided information about the impact of violation decisions on criminal procedure.

In the article titled "The State of Criminality in Tajikistan," Yuldoshev Rifat Rahmadjonovich, Safarzoda Anvar Islom and Mahmazoda Neru analyze the quantitative and qualitative components of criminality, and they focus on 27 years of evolution of criminality in independent Tajikistan.

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

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



İnsan Haklarının ve Temel Hakların Korunması İçin Sözleşme'nin Türkçe Çevirisi Sorunu

Problems with the Turkish Translations of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Rights

Tolga ŞİRİN¹

¹Doç. Dr. Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye

ORCID: T.Ş. 0000-0002-7172-5426

ÖZ

Bu çalışmanın amacı, resmi olarak İngilizce ve Fransızca dillerinde kaleme alınan İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunması İçin Avrupa Sözleşmesi'nin Türkçe çevirilerini analiz etmektir. Bu konuda dokuz farklı Türkçe çeviri tespit edilmiştir. Bunlardan ilki, 1954 yılında Resmî Gazete'de yayımlanan metindir. Günümüzde konuşulan Türkçeye göre güncelliğini yitirmiş olan bu metin, uygulamada neredeyse hiç kullanılmamaktadır. İkincisi İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin sitesinde yayımlanan metindir. Kimin tarafından çevrildiği bilinmeyen bu çeviri günümüzde en yaygın biçimde kullanılan metindir. Yüksek yargı organlarının kararlarında ve öğretilerde sıklıkla kullanılan bu metin, çok sayıda Türkçe dil bilgisi hatası içermektedir. Ayrıca bazı kavramlar Türkçeye tartışmalı biçimde çevrilmiştir. Bu sorunlar, Sözleşme'nin yanlış anlaşılmasına neden olabilmektedir. Bu iki metnin dışında bir de çeşitli yazarların çevirdiği yedi farklı çeviri metni daha vardır. Bu değerli metinlerde de diğer metinlerde olduğu gibi bazı tartışmalı yönler vardır. Bu nedenle söz konusu çevirilerin tamamının analiz edilmesi gerekmektedir. Makalenin amacı böyle bir analizde bulunmaktır. Bu analizden sonra makalenin sonuç kısmında bir çeviri önerisi sunulmakta Anayasa Mahkemesine farklı disiplinlerden uzmanların katılacağı bir çalıştay çağrısı yapılmaktadır. Böyle bir çalıştay hem metnin içselleştirilmesi hem de hukuk uygulamasında standartlaşmanın sağlanmasına hizmet edecektir.

Anahtar Kelimeler: Çeviri, hukuk İngilizcesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

ABSTRACT

This study analyzes Turkish translations of the Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the official versions of which are in English and French. Nine different Turkish translations of this document have been identified. The first of these translations was published in the *Official Gazette* in 1954; this translation, however, is rarely used in practice. The second translation was published on the website of the European Court of Human Rights (ECtHR). This text, which is frequently cited in decisions of high judicial bodies and scholarly literature, contains many grammatical errors and mistranslated concepts. Additionally, the author of this translation is unknown. There are seven other translations that have been completed by various authors; these translations also contain inconsistencies and semantic issues. This study undertakes in-depth analysis of the translations mentioned above. The concluding section of the article proposes a new translation and emphasizes the need for a workshop involving the Constitutional Court and experts from different disciplines. Such a workshop would serve both to internalize the text and to standardize the practice of law.

Keywords: Translation, Legal English, European Convention on Human Rights

Submitted: 03.06.2021 • Accepted: 17.06.2021 • Published Online: 24.06.2021

Corresponding author: Tolga Şirin, E-mail: tolga.sirin@marmara.edu.tr

Citation: Şirin, T, 'İnsan Haklarının ve Temel Hakların Korunması İçin Sözleşme'nin Türkçe Çevirisi Sorunu' (2021) 9(1) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 1.
<https://doi.org/10.26650/JPLC2021-947393>



EXTENDED ABSTRACT

The Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms is one of many important conventions that have been adopted by the Council of Europe. The convention was drafted in 1950 by the then newly formed Council of Europe, and it entered into force on September 3, 1953. The original convention was drafted in two official languages, English and French, which has caused some legal misunderstanding. However, the European Court of Human Rights (ECtHR) resolved these disputes by interpreting the two versions together and by considering the relevant provisions of the Vienna Convention on the Law of Treaties. The Convention and its judgments have been translated into 36 different languages in 47 Council of Europe states, and these translations are based on a harmonized interpretation of the texts and decisions written in the two official languages. Nevertheless, inevitably, every translation possesses slight alternations in meaning. These alterations may result in significant semantic changes in how judgments are interpreted, allowing the interpreter to “create worlds with words.” This study focuses on the problem of semantic change in the translations of the convention in the Turkish context.

Turkey was one of the first signatories to the convention. Turkey signed the convention on November 4, 1950, and it was ratified on May 18, 1954. The Turkish translation of the Convention was published in the Official Gazette on May 19, 1954, and on the same day, it became integrated into the Turkish legal system. Since then, the Convention has been moderately considered in Turkish legal practice. The Convention received more attention beginning in 1998, when the ECtHR became a full-fledged institution and the European Commission of Human Rights was abolished by Protocol no. 11. In 2012, the constitutional complaint procedure was adopted, which allowed for allegations of violations of Convention rights to be made. As a result, the Convention gained considerable importance in Turkey.

Consequently, the Turkish translation of the Convention has also gained importance; the Constitutional Court prefers the translated version published on the website of the ECtHR over the version published in the *Official Gazette*.

It is unknown who translated the version on the ECtHR website, but the Constitutional Court has *de facto* endorsed its use in Turkish law. Further, this translation contains many grammatical mistakes. More importantly, the Turkish translations for some English and French concepts are inaccurate and misleading.

This discussion is also applicable to Turkish translations by Turkish scholars. There are seven different Turkish translations of the Convention. These translations include differences and controversial points between the Official Gazette version and the Strasbourg translated version.

This article analyzes the nine Turkish translations, including seven by scholars and two by official institutions. In the course of the analysis, the differences between the French and English texts are mentioned, and it is explained how the ambiguities were resolved by the Court. Then, the question of which dictionaries are appropriate for use in Turkish translations is clarified. In the following section, grammatical and semantic issues in the Turkish translations are identified. Finally, after reviewing ECtHR's case law, the paper presents a list of the most controversial words and suggests alternative terms.

Among these controversial words, the following three words do not have an exact equivalent in the Turkish language and, therefore, should be highlighted: "jurisdiction," "tribunal," and "derogation." Conversely, it is also important that the differences between the words "association" and "organization," "deportation" and "extradition," "arrest" and "detention," "judgment" and "decision," "liberty" and "freedom," "limitation" and "restriction," "security" and "safety," and "translator" and "interpreter" are clearly and correctly differentiated in the translations. In many Turkish translations, these distinctions are either unclear or contain semantic shifts.

Additionally, this paper points out other semantic problems to be solved in published translations to other languages on the ECtHR's website. The concept of "law", for instance, has two different senses, namely "law in formal sense" and "law in material sense". Therefore, words such as "Gesetz" in German, "ley" in Spanish, "legge" in Italian, and "kanun" in Turkish, which are common translations to "law" (Eng.) and "loi" (Fra.) need to be analyzed and carefully used. The ECtHR gives the concept of "law" a material—not a formal—sense. Therefore, it is suggested to use a concept that will give a material sense (e.g., "hukuk" in Turkish and "Recht" in German). The only exception to this is Article 6 of the Convention because, as seen in the *Coëme*, only in this specific context does the ECtHR adopt a formal understanding of the concept of "law".

The study ends with a proposal for a workshop for further discussing the matter. Such an event, which would be attended by scholars from different branches of law and linguistics experts upon the call of Turkey's Constitutional Court, could solve the issues identified in this article. A translation proposal is provided in the appendix for potential discussion in the workshop.

1. Giriş

4 Kasım 1950 Cumartesi, insan hakları hukuku yönünden önemli bir gündü. Roma’da “Palazzo Barberini” adını taşıyan tarihi binada on üç devlet temsilcisi, İngilizce olarak “*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*”, Fransızca olarak “*Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales*” diye adlandırılan, resmî olarak iki dilde birden kaleme alınan sözleşmeleri (Bundan sonra “Sözleşme”) imzalamak için bir araya gelmişti.¹ Sözleşme’yi hazırlayan Danışma Meclisinin Başkanı Paul-Henri Spaak’ın “çok iyi bir sözleşme değil ama hoş bir saray” diyerek onurlandırdığı bu binada bir araya gelen kişilerin arasında Türkiye’den de bir kişi vardı.² Bu kişi, iktidara yeni gelen Demokrat Parti’nin çiçeği burnunda Dışişleri Bakanı Prof. Dr. Fuat Köprülü’den başkası değildi. Köprülü, metne Türkiye Cumhuriyeti adına imzasını koydu ve Türkiye’nin böylesi bir metne öncülük etmesinden gurur duydu.³ Türkiye’nin de aralarında bulunduğu öncülere, kısa zaman sonra Yunanistan ve İsveç de katıldı. Böylelikle sayıları on beşi bulan imzacı devletlerden on tanesi, onay sürecini 3 Eylül 1953 tarihinde tamamladı ve Sözleşme yürürlüğe girdi.⁴

Metin yürürlüğe girdikten yaklaşık sekiz ay sonra Türkiye Büyük Millet Meclisi, “onay kanunu”nu çıkardı.⁵ Onay belgesi Avrupa Konseyi Genel sekreterliğine teslim edildi

- 1 Belçika Krallığı adına Paul Van Zeelan, Danimarka Krallığı Adına O.C. Mohr, Fransa Cumhuriyeti adına Schuman, Federal Almanya Cumhuriyeti adına Walter Hallstein, İzlanda Cumhuriyeti adına Peter Benediktsson, İrlanda Cumhuriyeti adına Sean MacBride, İtalya Cumhuriyeti adına Sforza, Lüksemburg Büyük Düklüğü adına Jos. Bech, Hollanda Krallığı adına Stikker, Norveç Krallığı adına Halvard M. Lange, Saar adına E. Hector ve Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı adına Ernest Davies metne imzasını koydu. Metnin orijinal hâli izleyen linkten görülebilir: https://www.echr.coe.int/Documents/Archives_1950_Convention_ENG.pdf
- 2 Ed Bates, *The Evolution of the European Convention on Human Rights From Its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights* (OUP 2011) 99
- 3 Avrupacılık fikrinin Türkiye’de yaygınlaşmasını savunan, Fuat Köprülü’nün de içinde yer aldığı, farklı siyasal eğilimlerden kişilerden oluşan bir parlamento grubu vardı. Bu konuda bkz Mehmet Cevat Yıldırım, ‘1948-1960 Döneminde Türkiye’de Avrupacılık: Avrupa Birliği Arşiv Belgelerine Göre Bir Değerlendirme’ (2014) 11(41) Uluslararası İlişkiler Dergisi 109, 115
- 4 Bu koşul, Sözleşme’nin 59’uncu maddesinde düzenlenmiştir. Onay sırası şu şekildedir: Birleşik Krallık, Norveç, İsveç, Federal Almanya, Saar, İrlanda, Yunanistan (28 Mart 1953), Danimarka, İzlanda, Lüksemburg. Ayrıntılı bilgi Mahkemenin sitesinde yer almaktadır. Pek çok listede Yunanistan’ın bulunmamasının nedeni bu devletin 13 Haziran 1970’te Sözleşme sisteminin dışına çıkıp 28 Kasım 1974’te Sözleşme’yi tekrar onaylamış olmasının yarattığı karmaşadır. Öte yandan, sayılan devletlerden Saar, 1 Ocak 1957’de Batı Almanya’ya katılmış ve bugünkü Saarland eyaletine dönüşmüştür.
- 5 Onay kanunu denmemesinin nedeni 1924 Anayasası döneminde onay sürecinde TBMM’nin merkezi rol üstlenmesidir. O dönemde sözleşmelerin Türkçe metinleri TBMM’nin çıkardığı kanunda yer alırdı. 1961 Anayasası’ndan itibaren Sözleşme’nin Türkçe çevirisi, TBMM’nin onaylanmasını uygun bulma kanunundan sonra onay işlemini gerçekleştiren yürütme kararının ekinde yer almaktadır. 6366 sayılı İnsan Haklarını ve Anayasa Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun’daki metin için bkz Resmî Gazete, S. 8662, 19.03.1954

ve Türkiye, 18 Mayıs 1954 günü Sözleşme'nin tarafı oldu. Bu tarihte Belçika, Fransa, İtalya, Hollanda gibi devletler bile henüz onay sürecini tamamlamamıştı.

Türkiye'nin de hazırlık sürecine katkı sunduğu⁶ bu Sözleşme, “insan haklarının amiral gemisi” denilen Mahkeme (İngilizce *European Court of Human Rights*, Fransızca *Cour Européenne des Droits de l'Homme* diye adlandırılır) sayesinde yaşam buldu.

Bu sıfat hem Mahkemenin binasına Strazburg'un kuzey batı yönünden bakıldığında görülen, gemiye benzeyen mimarisinden esinlenilerek hem de öncü kararlarından dolayı takılmıştı.⁷ Sözleşme, Mahkemenin verdiği önemli kararlar aracılığıyla geçtiğimiz yüzyılın ve yaşadığımız çağın en önemli ve etkili hukuk metinlerinden birine dönüştü. Bu etki, teknik nedenlerle Avrupa'nın ötesine taşıdı, beş kıtaya birden ulaştı.

Bugün ekvatorun hem kuzeyinde hem güneyinde; Greenwich'in hem doğusunda hem batısında uygulama bulan Sözleşme, Atlantik'in kenarındaki Fransız Guayanası'ndan Pasifik'in kenarındaki Bering Boğazı'na kadar oldukça geniş bir alanda yürürlüktedir.⁸ En az 800 milyon kişinin yaşamına etkide bulunan bu metin, onlarca ülkenin hukuk düzeninde, hatta bizzat anayasalarında değişikliğe neden olmuştur.⁹ Hatta kimi ülkelerde bizzat anayasalarda kendisine gönderme yapılmıştır.¹⁰

Türkiye, bu ülkelerden biridir. Anayasa'da Sözleşme'ye uyum için çok sayıda değişiklik yapılmış hatta bizzat Sözleşme'ye açıkça gönderme yapmıştır. Bu gönderme Anayasa'nın 148'inci maddesindedir:

“Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.”

6 Örneğin ifade özgürlüğü maddesinin ikinci fıkrasındaki “toprak bütünlüğü” kaydı, Türkiye'nin girişiyle metne sokulmuştur.

7 Mahkemenin mimarisi Richard Rogers Partnership Ltd (Londra) ve Claude Bucher (Strazburg) tarafından tasarlanmıştır. Bkz *The Conscience of Europe: 50 Years of the European Court of Human Rights* (CoE 2010) 148.

8 Bu çıkarımımı içtihadı dayanarak yapıyorum. Sözleşme genel olarak Avrupa'da ve Rusya yoluyla Asya'nın çok uzak yerlerinde uygulama bulmaktadır. Fakat bazı Avrupa ülkelerin deniz aşırı topraklarından ötürü farklı kıtalarda da uygulanabilmektedir. Amerika kıtasındaki uygulamasına örnek olarak bkz *De Souza Ribeiro v. France*, App no 22689/07 (ECtHR [GC], 13 December 2012); Okyanusya kıtasındaki uygulamasına örnek olarak bkz *Le Calvez v. France* App no 25554/94 (ECtHR, 29 July 1998); Afrika kıtasındaki uygulamasına örnek olarak bkz *Eusko Abertzale Ekintza-Accion Nacionalista Vasca v. Spain*, App nos 51762/07 and 51882/07, (ECtHR, 07 December 2010)

9 Örnekler için bkz Council of Europe, *Department for the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights, 'Constitutional Matters'* (CoE 2020)

10 1998 tarihli Arnavutluk (md. 17/2), 1995 tarihli Bosna Hersek (md. 2/2, 6/3c), 1974 tarihli İsveç (md. 19), 2008 tarihli Kosova (md. 22) ve 1975 tarihli Papua Yeni Gine (md. 39/3d) anayasaları bunlardan bazılarıdır.

Çok sayıda kanunun gerekçesinde de Sözleşme sistemine uyum sağlama ereği açıkça dile getirilmiş, Sözleşme'nin ihlal edildiğine dair kararlar karşısında ne yapılması gerektiğine ilişkin düzenlemeler konmuştur.

Lafı uzatmadan söylersek Sözleşme, insan hakları hukuku yönünden ayırt edici özelliklere sahiptir. Bu nedenle özel bir titizlikle ele alınmayı hak etmektedir. Bu titizlik, sadece pozitif hukuk ve hukuk felsefesi yönünden değil, metnin Türkçesi için de geçerli olmalıdır. Gelgelelim bu son noktada birtakım karışıklıklar vardır. Metnin Resmî Gazete'de yayımlanan hâli hem güncellik hem dil bilgisi hem de hukuksal yönlerinden sorunlar içerir. Bu sorunları gidermek için gerçekleştirilen çeviriler arasında da çelişkiler ve uyumsuzluklar; buna bağlı olarak yeni sorunlar bulunmaktadır.

İşte bu sorunlar, elinizdeki makalenin konusunu oluşturuyor. Bu makale ile, Sözleşme'nin Türkçe çevirilerini ele alıp değerlendirmek, alternatif bir çeviri önermek, bu bağlamda yeni bir tartışma başlatmak ve bu tartışma uyarınca kolektif bir senteze ulaşma amacı güdüyorum. Bunun her şeyden önce, ulusal hukukun gerekleri ve tutarlılığı için gerekli olduğunu düşünüyorum. Ayrıca konunun, Sözleşme'nin etkililiğini arttırmak için Interlaken, Brighton ve İzmir'de yapılan Avrupa Konseyi toplantılarındaki, Mahkeme kararların 47 üye devletteki 36 farklı resmi dile çevrilmesi yönündeki kararlara bakan bir yönünün de olduğunu düşünüyorum.¹¹

Türkiye'de, tespit edebildiğim kadarıyla, dokuz farklı Sözleşme çevirisi bulunmaktadır.¹² Bunlardan ilki, doğal olarak Resmî Gazete'de yayımlanan metindir. 19 Mart 1954 tarihli Resmî Gazete sayısında ulaşılabilen bu metin (dar bir pozitivist yaklaşımla konuşacak olursak) iç hukukta geçerli olan otantik metindir. 6366 sayılı İnsan Haklarını ve Anayasa Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun'da yer alan metnin çevirisinin kimin tarafından yapıldığı bilinmemektedir. Kolaylık sağlama için "Ankara Çevirisi" olarak adlandıracağım bu belge, olağan koşullarda esas alınması gereken düzenlemedir.¹³ Fakat bu çeviri hem eksiktir hem

11 Bu konuda daha fazla bilgi için bkz Anne Lise Kjær, 'Translation of Judgments of the European Court of Human Rights into Non-official Languages: The Politics and Practice of European Multilingualism' in Anne Lise Kjær and Joanna Lam (eds), *Language and Legal Interpretation in International Law* (OUP 2020)

12 Metinler kural olarak uyum gösterse de çeviriler arasında anlam farkları hiç yok değildir. Örneğin diğer çevirilerden madde 13 bağlamında farklılaşan bir örnek için bkz Osman Doğru, *İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı* (Beta 1998) 265

13 Resmî Gazete'deki metni aynen almış gibi görünen kimi eserlerde, açıkça ifade edilmemesine rağmen küçük yazım değişiklikleriyle karşılaşılır. Örneğin bkz Aydoğan Özman, *İnsan Hakları ile İlgili Temel Metinler* (Beşnur 1967) 41-58; Şeref Ünal, *Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku* (Yetkin 1997) 218-232

tutarsızdır hem de eski dile dayanmaktadır. Bu özelliklerinden olacak ki yargı organlarının kararlarında ve öğretilerde kendisine nadiren yer bulmaktadır. Bunun yerine, Avrupa Konseyinin, Adalet Bakanlığının, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumun, Kamu Başdenetçiliğinin, Anayasa Mahkemesinin, Danıştayın ve Yargıtayın resmî sitelerinde bulunan ve internetteki aramalarda en üst sıralarda çıkan bir başka metin kullanılmaktadır.¹⁴ Bu metnin de kimin tarafından çevrildiği açık değildir. Fakat metnin izi sürüldüğünde ilk kez Avrupa Konseyi tarafından basıldığı anlaşılmaktadır. Bu bakımdan söz konusu çeviriyi “Strazburg Çevirisi” olarak adlandırabiliriz.

Bu iki çeviriden başka bir de hukuk profesörlerinin çevirdiği Sözleşme metinleri vardır. Bu değerli çeviriler, (alfabetik olarak) İsmet Giritli ve Atilla Güngör¹⁵, Feyyaz Gölcüklü ve Şeref Gözübüyük¹⁶, Muzaffer Sencer¹⁷, Osman Doğru¹⁸, Semih Gemalmaz¹⁹, Süheyl Batum ve Necmi Yüzbaşıoğlu²⁰, Tekin Akıllıoğlu²¹ tarafından yapılmıştır. Makalede, kolaylık sağlaması için, söz konusu çeviriler yazarların soyadlarıyla (örn. Akıllıoğlu Çevirisi, Doğru çevirisi gibi) tanımlanacaktır.

Bu uzunca girişten sonra çalışmanın planını aktaracak olursam; ilk başlıkta çevirilerde hangi Türkçe sözlüğü esas almamız gerektiğini tartışacak; fakat bunu birkaç cümleyle geçiştirerek değil, belli bir arka plana dayanarak yapmaya çalışacağım. Benzer tutumu, çevirinin hangi Türkçe veya “Türkçeler” ile yapılması gerektiği sorusunu ele aldığım ikinci başlıkta da sergileyeceğim. Üçüncü başlıkta, Sözleşme'nin İngilizce ve Fransızca metinlerindeki farkları gösterip bu farkların nasıl uyumlaştırılabileceğini, içtihatlarla da gönderme yaparak anlatmaya çalışacağım. Dördüncü başlıkta, sık karşılaşılan dil bilgisi tartışmalarını, çalışmada ele aldığım çevirilerden örneklere değinerek aktaracağım. Beşinci başlıkta, Sözleşme metnindeki tartışmalı terimlerin neler olduğunu ortaya koyarak bunlara dair öneriler getireceğim. Son başlıkta ise Mahkemenin ve Sözleşme'nin nasıl adlandırılması ve kısaltılması (AİHM ve

14 Strazburg Çevirisi, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi* (CoE 2010). Öğretilerde de çoğu eser bu metne dayanıyor görünmektedir. Çok sayıda örnek içinde bkz Kemal Gözler, “YSK Kararlarının Kesinliği Üzerine”, www.anayasa.gen.tr/ysk-baglayicilik.html, 21 Nisan 2017

15 İsmet Giritli ve Atilla Güngör, *Günümüzde İnsan Hakları* (Der 2002)

16 Feyyaz Gölcüklü ve Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması* (Turhan 2007)

17 Muzaffer Sencer, *Belgelerle İnsan Hakları* (Beta 1988)

18 Osman Doğru, *İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı* (Beta 1998)

19 Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri*, 1. Cilt (Legal 2011)

20 Süheyl Batum ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *Anayasa Hukukunun Temel Metinleri* (Beta 1993)

21 Tekin Akıllıoğlu, *Türkçe ve İngilizce Metinleri ile Birlikte Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi* (AÜSBF 1996)

İHAM) gerektiğine dair, özellikle akademik çevrelerde sessiz biçimde sürdürülen bir tartışmayı çözümlenmeye girişeceğim. Tüm bunlardan sonra, metin boyunca süren tartışmalardan hareketle yeni bir çeviri önerisi sunarak çalışmayı sonlandıracağım.

Şu ana kadarki Türkçe çevirileri eleştiren, bu nedenle alternatif bir çeviri sunan ama kendisini de tartışmaya açan bu çalışmanın, özellikle Anayasa Mahkemesinin öncülüğünde yapılacak olası bir çalışmaya etüt metni olması olasılığını da akılda tutacağım.

2. Sözlük: TDK Sözlüğü ve Diğer Sözlükler

Türkçe, geç uluslaşmış ve modernleşmede geriden gelen bir toplumun dilidir. Bu nedenle hem sözcüklerin yazılış biçiminde hem de dil bilgisi kurallarında istikrar yoktur, gelgitlerle çok karşılaşılır. Ulus inşası sürecinde, Türkçeyi yabancı dillerden arındırma girişimi, bu durumu daha da çetrefilli hâle getirmiştir. Türkçedeki kurallar ve sözcükler, ideolojiyle de yüklenmiştir. Açık konuşmak gerekirse 1930’lu yıllarda muhafazakâr İslamcılar, Arapça veya Osmanlıca sözcüklerin kullanılmasında ısrar ederken; Kemalistler ile diğer bazı milliyetçi kesimler ve sonradan sosyalistler, öz Türkçe sözcükleri yeğlemiştir.

Mustafa Kemal Atatürk’ün öncülüğünde ezanın Türkçe okutulması adımı, 1945 yılında Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nun öz Türkçe hâle getirilmesiyle devam etmiştir. Buna karşılık, 1950’de iktidara gelen Demokrat Parti’nin yaptığı ilk iş, ezanı yeniden Arapça okutmak olmuş; Anayasa da birkaç yıl içinde eski hâline, yani Osmanlıca biçimine döndürülmüştür.²² Demokrat Parti’ye karşı gerçekleştirilen 27 Mayıs harekâtı kadroları, bu başlıklarda yeniden değişiklik yapmayı tartışmış, ezanda değişiklik yapılmasa da Anayasa’da yabancı sözcüklerin kullanılmamasına dikkat etmiştir.²³

Söz konusu ayrışma, sonraki yıllarda da devam etmiştir. 1970’li yıllarda Kemalist hattı izleyenler için Türk Dil Kurumu (TDK) ve onun sözlüğü belirleyicilik taşıırken, 12 Eylül bu denkleme değiştirmiştir. O zamana kadar dernek statüsünde olan ve oldukça önemli adımların atılmasını sağlayan TDK, iktidarın atadığı bürokratların politik gündemine göre biçimlenen bir kamu tüzel kişisine dönüştürülmüştür. Bu yeni yapıdan ve ideolojik renkten rahatsız olanlar, eski TDK geleneğini devam ettirmek için 1987’de Dil Derneği’ni kurmuş ve geleneği “Dil Derneği Sözlüğü” ile devam ettirmek istemiştir.²⁴

22 Bu tarihçe hakkında bkz Cem Eroğul, *Demokrat Parti: Tarihi ve İdeolojisi* (Yordam 2019)

23 Bu konudaki çalışmalar için bkz Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *1961 Anayasasının Dili* (TDK, 1972); Ömer Asım Aksoy, ‘Anayasanın Dili’ (1963) 11 Belleten 39-62

24 Derneğin yayımlarının listesine şu adresten ulaşılabilir: <http://www.dildernegei.org.tr/TR,11/yayinlar.html> Ayrıca şu eser de tamamlayıcı sayılmalıdır. Kaya Türkay, *Yeni Özleştirme Kılavuzu* (Kırmızı Kedi ve Dil Derneği 2016)

Tüm bunların yanı sıra Ali Püsküllüoğlu veya İlhan Ayverdi gibi dil bilimcilerin hazırladığı sözlükler (Öz Türkçe Sözlük veya Kubbealtı Lugatı) belli bir ağırlık taşımıştır.²⁵ Ayrıca bu zincire, son yıllarda Microsoft isimli çok uluslu şirketin ürettiği Word programının sözlüğü (“Microsoft Sözlüğü”) de katılmış bulunuyor. Özellikle yeni nesil yazarlar, yazılarını herhangi bir geleneksel sözlük kullanmaksızın Word programının düzeltme önerilerine göre sorgusuz sualsiz kaleme alıyor.²⁶ Durum böyle olunca bugün aynı sözcüğün farklı sözlüklerde değişik biçimlerde yazıldığına tanıklık ediyoruz.

Konuyu dağıtmayalım. Bu noktada makalenin konusu yönünden önem taşıyan soru şudur: Acaba uluslararası metinlerin ve sözleşmelerin çevirilerinde bu sözlüklerden hangisi kullanılmalıdır? Ben bu çeşitliliği anlamlı ve zenginlik katıcı görüyorum. Hatta anılan sözlüklerden birini hem destekliyor hem de yakından takip etmeye çalışıyorum. Gündelik konuşmalarında ve yazışmalarında bu sözlüklerin önerilerini dikkate alıyorum. Ayrıca, bu sözlüklerin hepsinin birden Türkçenin zenginleşmesine katkı sunduğunu, yaşayan dile dinamizm kazandırdığını düşünüyorum. Gelgelelim konu hukuk olduğunda durum değişiyor. Özellikle kamu hukukunun gerekleri uyarınca resmî yazışmalarda tekdüzelik olması, bu nedenle de tek bir sözlüğün takip edilmesi bir zorunluluktur. Bu sözlük de resmî kurumun yani TDK'nin sözlüğüdür. (Bundan sonra “TDK Sözlüğü”) TDK Sözlüğü'nü kullanmak, kişisel bir tercihin ötesinde bir gerekliliktir.²⁷

3. Çeviri Dili: Yaşayan Türkçe ve Öz Türkçe

Türkçe yazı dilinin başlangıcı 6'ncı yüzyıllara kadar gider. Bu yıllarda Türkçe sadedir. Sade biçimiyle Türkçe, Anadolu topraklarında da azımsanmayacak zamandır yazılı ve sözlü olarak varlık göstermiş, hatta yabancı dillere karşı korunmaya çalışılmıştır. Örneğin daha 13'üncü yüzyılda, Karamanoğlu Mehmet Bey'in “Bugünden sonra

25 Ali Püsküllüoğlu, *Öz Türkçe Sözlük: Dil Hazinesi Dizisi* (Arkadaş 2012)

26 Word sözlüğü, kullanılan programın sürümüne göre değişiyor. Örneğin eski sürümlerden birinde “uluslararası” sözcüğü “uluslar arası” diye yazılırken yeni sürümlerde bu hata düzeltilmiştir. Fakat anılan sürüm döneminde çok sayıda makalede, tezde ve hatta adı yayınevî olan ama basımevî gibi çalışan yayınevîlerinin bastığı kitaplarda “uluslar arası” ifadesine rastlanmaktadır.

27 Bu, 1983 yılına dek “dernek” statüsünde bağımsız bir uzmanlık kuruluşu olarak varlığını sürdüren TDK'nin, 12 Eylül darbesinden sonra bürokrasinin eline bırakılıp tahrip edilmesi sorununa veya siyasi iktidarların Türkçeyi TDK kanalıyla politik gündemlerine göre manipüle etme girişimlerine rağmen böyledir. Bu türden girişimlerden biri yakın zaman önce, Gezi Parkı eylemleri sırasında “çapulcu” sözcüğünün anlamının değiştirilmesi örneğinde yaşanmıştır. Benzer türden bir sorun, devrim, inkılap, reform gibi sözcükler yönünden de vardır. Dil Derneği'ne göre TDK'nin “Türkçe Sözlük”ü, hazırlayıcıların Atatürk'ün başlattığı Dil Devrimine, Türkçenin bu doğrultudaki yenileşmesine bakışı, bir başka deyişle dünya görüşü, sözlüğe yansımış ve yapıt bilimsel nesnellikten uzaklaşmıştır.” Bkz <http://www.dildernegei.org.tr/TR,613/iii-bolum.html>

divanda, dergâhta, barigâhta, mecliste ve meydanda Türkçeden başka dil kullanılmayacaktır.” diyerek bir buyruk yayımladığı iddia edilir.²⁸ Benzer biçimde Osmanlılarda Fatih Sultan Mehmet’in Kuran’ı Türkçeye çevirme girişimi sırasında bugün dahi hukuk literatüründe kullanılan kimi sözcüklere başvurduğu ileri sürülmektedir.²⁹ İddiaya göre bu çeviride “iftira” için “yalan bağlamak”, “cidal” ve “şikak” için “yatışmak”, “hayat” için “dirlük”, “katl” için “depelemek”, “şahit” için “tanuk”, “tâbi” için “uyundu”, vekil için “iş sürücü” karşılıkları kullanılmıştır. Bu gelenek, 15’inci yüzyıldan itibaren kırılma yaşamış, çok sayıda Arapça ve Farsça sözcük girmiş ve yeni bir dil oluşmuştur. Gelgelelim Tanzimat’tan itibaren, başta Fransızca olmak üzere Batı dillerinden de yeni sözcükler girmeye başlamıştır. Kimilerine göre zenginlik, kimilerine göre yozlaşma anlamına gelen bu durum karşısında uzun yıllara yayılan bir tartışma başlamıştır. İlk kez Tanzimat döneminde başlayan Türkçeyi yabancı dilden gelen sözcüklerden arındırma arayışı, anayasalcılık ve ilk dönem “kodifikasyon” hareketleriyle birlikte güç kazanmış, Cumhuriyet’in ilk yıllarında özellikle Tunalı Hilmi Bey’in kanun teklifiyle, 1930’lu yıllarda önce Güneş Dil Teorisi sonra da Dil Devrimi ve ona koşut hukuksal girişimlerle, 27 Mayıs’tan sonra ise genelgelerle hukuk dünyasının gündemine girmiştir.³⁰

Bu süreçlerde hukuksal terimler için türetilen Türkçe sözcüklerin bazıları tamamen, bazıları kısmen kabul görmüştür. Örneğin bugün dahi “akit” yerine “sözleşme”, “amme” yerine “kamu”, “arzuhal” yerine “dilekçe”, “cevap” yerine “yanıt”, “delil” yerine “kanıt”, “hâkim” yerine “yargıç”, “ihtilal” yerine “devrim”, “kanun” yerine “yasa”, “millet” yerine “ulus”, “muhakeme” yerine “yargılama”, “müdafî” yerine “savunma”, “müddeiumumi” yerine “savcı”, “örfi idare” yerine “sıkıyönetim”, “salahiyet” yerine “yetki”, “şahit” yerine “tanık”, “tatbikatçı” yerine “uygulamacı”, “Teşkilat-ı esasiye” veya “Kanun-u Esasi” yerine “anayasa” kullanımıyla sık karşılaşılır.³¹ Mahkeme sözcüğü Arapçadan gelmiş olsa da Yargıtay, Danıştay veya Sayıştay gibi isimler de kabul görmüştür. Kabul gören öz Türkçe sözcüklerin kullanılması gündelik yaşamda yadrganmamaktadır. Fakat bunlardan kimileri hukuksal metinlere yansıtılamamıştır.

28 Zeynep Korkmaz, *Türk Dilinin Tarihi Akışı İçinde Atatürk ve Dil Devrimi* (AÜ 1963) 35

29 Osman Keskinoglu, ‘Fatih Devrine Ait İki Kuran Tercümesi’, 4 Vakıflar Dergisi 95-100. Sevgi Özel, *Türkiye Türkçesi Temel Dilbilgisi* (Dil Derneği 2018) 23

30 Bu konularda ayrıntılı bilgi için bkz Agâh Sırrı Levend, *Türk Dilinde Gelişme ve Sadeleşme Evreleri* (TTK 1960) 39; Kâmile İmer, *Dilde Değişme ve Gelişme Açısından Türk Dil Devrimi* (TDK 1976) 94

31 Bunlar, çok sayıda örnekten ilk akla gelenlerdir. Daha fazlası için bkz Püsküllüoğlu (n 25) 513 vd

Bunlara karşılık, eski kullanımın öz Türkçe sözcüklere nazaran göreceli olarak daha yaygın olduğu örnekler de vardır. Mesela, özellikle hukuk dünyasında “barış” a rağmen “sulh”, “bildiri” ye rağmen “tebligat”, “düzeltme” ye rağmen “ıslah”, “haklı” ya rağmen “meşru”, “kuşku” ya rağmen “şüphe”, “saltık” a rağmen “mutlak”, “son uyarı” ya rağmen “muhtıra”, “yinelenme” ye rağmen “tekerrür” ifadeleri ağırlığını korumaktadır. Bu kategoride hem resmî metinlere hem de konuşma dilinde öz Türkçe olmayan sözcükler ağırlığı taşır. Ama yine de bu kategoride durum bıçak sırtıdır. Her iki kullanım da belli ölçüde kabul görür.

Tüm bunlardan başka, bir de mayası hiç tutmayan öz Türkçe sözcükler vardır. “Ekonomik” yerine “akçesel”, “hak” yerine “ülev”, “hukuk” yerine “tüze”, “insan” yerine “yalnık”, “maddi ve manevi” yerine “özdeksel ve özgüçsel” “meclis” yerine “kamutay” “miras” yerine “kalıt”, “siyasal” yerine “aktarmal”, devlet yerine “yurterk” veya “generk” önerileri, genel olarak toplumda, özel olarak hukuk dünyasında kabul görmemiştir.

Bu son kategorideki (yani kabul görmeyen) sözcüklerde ısrar etmek pek anlamlı sayılmaz. Örneğin bugün herhangi bir insan hakları kitabının başlığını “yalnık ülevleri” diye atmak ve kitapta geçen “medeni ve siyasi haklar” ifadesini “uygar ve aktarmal ülevler” diye yazmak veya özel isim hâlini almış olan Türkiye Büyük Millet Meclisini, “Türkiye Büyük Ulus Kamutayı” diye nitelemek tuhaf olacaktır. Gerçi herkesin kimilerine tuhaf gelen tutumları sergileme, hatta doğrudan söylesek “tuhaf olma hakkı” vardır. Mevzuattaki ifadeleri, gündelik dilde farklı biçimlerde ifade etmek pekâlâ mümkündür. Ne var ki bunları resmî metinlerde, kişisel tercihlerimize göre başkalaştırdığımızda durum değişir. Böylesi bir tutum, hukuksal kesinliği zayıflatır, belirsizlik ve keşmekeş getirme riski taşır. Yani resmî metinlerde, yürürlükteki kullanımı (eleştiriyor olsak bile) esas almalıyız.

Abartılı bir örnek vermek sorunun anlaşılmasına yardımcı olabilir: Anayasa'nın pek bilinen 2'nci maddesine göre “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.” Bir yargıcın bu düzenlemedeki öz Türkçe olmayan ifadelerden rahatsızlık duyduğunu düşünelim. Bu anlaşılır bir durumdur. Fakat bu rahatsızlık, o yargıca mahkeme kararında Türkiye Cumhuriyeti'nin anayasal niteliklerini “toplumun gönenci, ulusal dayanışma ve türe anlayışı içinde, yalnık ülevlerine saygılı, Atatürk ulusalcılığına bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, elerkil, yercil, toplumsal bir tüze

generkidir” diye yazma olanağı vermemelidir. Bir akademisyen bunu tercih edebilir fakat resmî belgede böylesi bir kullanım sorunlu olur. Aksi bir düşünce, hukuk düzeninin alt üst etme riski taşır. Zira hukukta, hele kamu hukukunda, özellikle de ceza hukukunda olabildiğince dil birliğinin bulunması gerekir. Bu, bir ölçüde kanunilik ilkesinin de bir gereğidir.

Bu değerlendirmeler, öznel olmasından ötürü eleştirilebilir. Fakat konuyla ilgili, kamu kurumlarını bağlayan nesnel kurallar da vardır. Tüm kamu kurum ve kuruluşlarına dönük olarak çıkarılan Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik’te bu konuda hükümler vardır. Yönetmelik’in 23’üncü maddesinin ilk fıkrasına göre “Taslaklarda, yaşayan Türkçe kullanılır. Türkçede karşılığı bulunan yabancı kelimelere yer verilmez. Türkçede karşılığı bulunmayan teknik terimlere yer verilmesinin zorunlu olması durumunda, bu terimler aslına uygun olarak yazılır.” Kanun ve yasa ikiliğine ilişkin ise devam eden fıkra “Terim birliğinin sağlanması amacıyla taslakların başlığında ve madde metninde ‘yasa’ kelimesi yerine ‘kanun’ kelimesi kullanılır.” hükmüne yer verilmiştir.

Bu uzunca aktarımdan sonra konumuzun özüne dönecek olursak, Sözleşme’nin çevirisin açısından tamamen veya kısmen kabul görmüş öz Türkçe sözcüklerin kullanılmasının makul olduğunu düşünebiliriz. Bu türden sözcüklerin kullanımı, çeviri yapan kişinin kendine özgü duyarlılıklarının ürünü sayılabilir. Ne var ki söz konusu metnin resmî kurumlar tarafından da kullanılmasını bekliyorsak bu durumda hem “yaşayan Türkçeyi gözetmek” hem de ulusal mevzuattaki sözcük tercihleriyle uyum sağlamak gerekir. Örneğin kişisel olarak “kuşku”, “tanık”, “ulusal”, “yargıç” “yasa” gibi öz Türkçe sözcükleri yeğlese bile ulusal mevzuatta bu terimlerin yerine (sırasıyla) “şüphe”, “şahit”, “millî”, “hâkim”, “kanun” kavramlarının kullanıldığını, hatta az önce değinilen Yönetmelik hükmünün de bunların bazılarını kullanmayı emrettiğini akılda tutmalıyız. Dolayısıyla var olan Türkçe çevirilerin bu çerçevede gözden geçirilmesi gerekir.

4. Çevrilecek Dil: İngilizce ve Fransızca

Sözleşme’nin resmî dili İngilizce ve Fransızcadır. Sözleşme’nin somut olaya uyarlanmasında bu iki metnin ikisi de kural olarak, eşit düzeyde esas alınır. Dillerin arasında bir hiyerarşi yoktur. Gerçi son yıllarda, Fransızcaya resmî dil statüsü tanınmasının yanı sıra Mahkemenin Fransa’da bulunması da hesaba katıldığında, Fransız hukukçuların ve Fransız yargı kültürünün Mahkemenin iç işleyişini orantısız

şekilde etkilediği yönündeki eleştirel savlar açıkla dile getirilmektedir.³² Ayrıca çoğu yargıcın dil bilgisindeki yetersizliklerine de gönderme yapılarak, tıpkı Avrupa Birliğinde olduğu gibi tüm dillerin resmî statüye taşınması dahi ileri sürülebilmektedir.³³ Fakat bu eleştirilere rağmen pozitif hukuk yönünden durumda bir değişiklik yoktur.

Konumuz açısından önem taşıyan nokta, otantik iki metin arasındaki uyumsuzluk olasılıklarıdır. Bu sorunun yanıtı Mahkemeyi de meşgul etmiştir. Mahkeme, iki metindeki tutarsızlıkların ortaya çıktığı çeşitli kararlarda, Viyana Sözleşmesi'nin "İki veya Daha Fazla Dilde Onaylanmış Sözleşmelerin Yorumu" başlıklı 33. maddesinde belirtilen ilkeye atıfta bulunmuştur.³⁴ Mahkemeye göre bir antlaşmanın eşit derecede geçerli ancak tam olarak aynı olmayan iki versiyonuyla karşı karşıya kalındığında, yerleşik uluslararası hukuk içtihatlarını takip ederek, bunları mümkün olduğu kadar uzlaştıracak şekilde yorumlamalıdır. ³⁵ Viyana Sözleşmesi yürürlüğe girmeden önceki tarihlerde de bu sonuca zaten ulaşan Mahkeme, yakın tarihli bir davada, 33. maddenin "uluslararası örf ve âdet hukukunu yansıttığını" teyit etmiştir.³⁶ Yani söz konusu yorum kuralı, Türkiye gibi Viyana Sözleşmesi'ne taraf olmayan devletler için hâlihazırda geçerlidir, diyebiliriz.

Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin söz konusu 33'üncü maddesi şöyledir:

1. Bir sözleşme iki veya daha fazla dilde onaylandığında, metnin kendisi, görüş ayrılığı durumunda belirli bir metnin üstün tutulacağını öngörmedikçe veya taraflar öyle kararlaştırmadıkça her bir dildeki metin eşit olarak esas alınır.
2. Metnin onaylandığı dillerden başka bir dildeki bir sözleşme örneği, ancak o sözleşmenin öngörmesi veya tarafların kabul etmesi durumunda esas alınabilir bir metin sayılır.
3. Sözleşme hükümlerinin esas alınan her bir metinde aynı anlamı taşıdığı varsayılır.
4. Birinci paragrafa göre, belirli bir metnin üstün tutulduğu durumlar saklı kalmak üzere, esas alınan metinler arasında yapılan bir karşılaştırma, 31. ve 32. maddelerin

32 Örn. bu konuda bkz Mathilde Cohen, "On the Linguistic Design of Multinational Courts: The French Capture" (2016) 4 ICON 498-517

33 Loukis G. Loucaides, *The European Convention on Human Rights: Collected Essays*, (Nijhoff Law Specials 2007)

34 Brogan and Others v. the United Kingdom App nos 11209/84 and 3 others B (ECtHR, 29 November 1988) § 59

35 Wemhoff v. Germany App no 2122/64(ECtHR, 27 June 1968) § 8

36 Stoll v. Switzerland [GC] App no. 69698/01, (ECtHR, 10 December 2007) § 59

uygulanmasının ortadan kaldırmadığı bir anlam farkı ortaya koyarsa, sözleşmenin konusu ve amacı göz önünde tutulduğunda metni en iyi uzlaştıran anlam benimsenir.”³⁷

Az önce ifade edildiği üzere bu maddeyi dikkate alan Mahkeme, Sözleşme’nin hükümlerindeki kavramlara ilişkin “hedef ve niyetini dikkate alarak İngilizce ve Fransızca metinlerin dilini en iyi şekilde uyumlaştıran” tanımı kabul etmektedir.

Öncelikle, daha sözleşmenin hazırlık sürecinde iki metin arasında uyum sağlamak için ilgili dildeki yerleşik kavramlardan vazgeçilmesi söz konusu olabileceğini bilelim. Örneğin Fransızcada pek bilinen “*état de droit*” (hukuk devleti diyebiliriz) kavramı yerine “*prééminence du droit*” (hukukun üstünlüğü) kavramının kullanılmış olması buna örnek sayılabilir. Ayrıntıda hâlâ fark olsa da iki kavram arasında içeriksel bir uyum vardır.³⁸

Benzer biçimde, İngilizcede “*safety*” sözcüğü pek sık kullanılmazken bu Fransızcadaki “*sûreté*” karşılığı olarak gündeme gelmiş, sonradan bazı itirazlarla (madde 5 bağlamında) “*security*” sözcüğüne dönüşmüştür.³⁹

Metnin tamamına yansıyan dikkate değer farklılaşmalardan biri Sözleşme’nin İngilizce metninde “*court*” ifadesinin geçtiği yerlerde (örn. madde 2(1), 5(1)(a), 5(1)(b), 5(4), 6(1), 6(3)) Fransızca metninde “*tribunal*” kavramına yer verilmiş olmasıdır. Buraya ilerleyen sayfalarda döneceğim. Öte yandan, hukuksallık ilkesi bağlamında Fransızca metnin madde 8 ila 11’de *prévues par la loi* (“hukuken öngörülen”) biçiminde kullandığı kalıp İngilizce metinde madde 9, 10 ve 11 yönünden “*prescribed by law*” kalıbıyla aynı olsa da 8’inci maddede “*in accordance with the law*” (hukuka uygun olarak) biçimini almaktadır. Mahkemeye göre bunların arasında bir fark yoktur.⁴⁰ Bu noktaya da ilerleyen sayfalarda dönecektir.

Tek tek maddelere genel hatlarıyla baktığımızda; Sözleşme’nin daha hemen başında madde 1’de İngilizce “*securing*” (güvence altına alma) ifadesi varken, Fransızca metinde *reconnaissent* (tanıma) kavramına yer verildiğini görürüz. Mahkemeye göre

37 Bu çeviriyi bağımsız olarak yaptım.

38 Scoppola v. Italy (no. 3) [GC] App no 126/05 (ECtHR, 22 May 2012) §§ 82, 90, 92; Hirst v. the United Kingdom (no. 2) [GC] Appno 74025/01 (ECtHR, 27 April 2005) § 74

39 Bu konudaki bilgi için bkz [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART3-DH\(56\)5-EN1674940.pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART3-DH(56)5-EN1674940.pdf)

40 The Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1) App no 6538/74 (ECtHR, 26 April 1979) § 48; Silver and Others v. the United Kingdom, App nos 5947/72 and 6 others (ECtHR, 25 March 1983) § 85

iki kavram arasında fark yoktur.⁴¹ O hâlde, çevirilerde her ikisi de kullanılabilir. Fakat kullanımda tutarlılık önemlidir. Örneğin madde 39 bağlamında Fransızca metinde aynı sözcüğe yer verilmişken İngilizce metinde “*defined*” (belirlenen) ifadesine yer verildiği akılda tutulmalıdır.

Sözleşme'nin orijinal metinlerinde, bundan daha önemli farklar, özellikle madde 5 ve 6 hükümlerinde gündeme gelmektedir. Fakat çoğu kez farklılaşmalar, karmaşa çıkarmaktan çok içeriğin netleşmesine katkı sunacak biçimdedir. Örneğin Sözleşme'nin md. 5(3) hükmü bağlamında, İngilizce metin esas alındığında gecikme yasağının sadece soruşturma aşamasında olduğu gibi bir anlam çıkabiliyorken, Fransızca metinde yer alan “*jugée*” (yargılanan) sözcüğü bu hakkın tüm bir yargılama süreci için geçerli olduğunda kuşku bıraktırmayan bir anlamda kavranmıştır.⁴² Mahkemenin, aynı fıkra bağlamında Fransızca metindeki “*aussitôt*” sözcüğünü İngilizce metindeki “*promptness*” sözcüğüne bağlanan esneklik derecesini sınırlandırılmışın teyidi olarak görmesi, yine böylesi bir örnektir.⁴³

Öte yandan, özdeki benzerliklerden de bir anlam çıkabilmektedir. Mesela aynı fıkra bağlamında, İngilizce metindeki “*judge or other officer authorised by law to exercise judicial power*” ifadesi, Fransızca metinde “*un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires*” diye geçmektedir. İlkinde “*officier*” biçimindeki sözcük, ikincisinde daha hukuksal nitelik taşıyan bir kavrama dönüşmüş ve “*magistrat*” şeklini almıştır. Fakat Mahkeme nüanslara rağmen her ikisinin de ortak noktasının “*juge*” ve “*judge*” sözcüklerinden daha geniş bir anlam taşıması olduğunu söylemiştir.⁴⁴

Örnekler madde 6 yönünden de verilebilir. Bu hükmün ilk fıkrasına baktığımızda İngilizce metindeki “*determination of his rights and obligations*” biçimindeki ifadenin Fransızca metinde “*des contestations sur ses droits et obligations*” olduğunu görürüz. Bu iki ifade arasındaki görünür fark, ilkinde geçen “*determination*” (belirleme veya tespit) kavramının ikincisinde “*contestations*” (uyumsuzluk) biçiminde başkalaşmasıdır. Mahkemeye göre “Sözleşme'nin ruhuyla uyum” uyarınca, “metnin çok teknik biçimde yorumlanması ve ona biçimsel değil, daha çok maddi bir anlam verilmesi gerekir.”⁴⁵ Dolayısıyla bu maddenin, doğası gereği tek taraflı olan ve medeni statüdeki belirli değişiklikler gibi,

41 Soering v. the United Kingdom, App no 14038/88 (ECtHR, 7 July 1989) § 86

42 Wemhoff v. Germany (n 35) §§ 7–8

43 Brogan and Others v. the United Kingdom (n 34) § 59

44 Schiesser v. Switzerland, App no 7710/76 (ECtHR, 4 December 1979) § 29

45 Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium App nos 6878/75 and 7238/75 (ECtHR, 23 June 1981) § 45

karşı tarafların bulunmadığı yargılamalarda uygulanmayacağı sonucuna varılmıştır.⁴⁶ Çeviriye, Fransızca metindeki “uyuşmazlık” ifadesinin eklenmesi önem taşır.

Madde 6(3) hükmüne baktığımızda İngilizce metinde bu fıkradaki hakların *minimum* nitelemesiyle (“asgari haklar” biçiminde) ifade edildiğini görürüz. Oysa Fransızca metinde *minimum* sözcüğünün yerine “*notamment*” (“özellikle” şu haklar) ifadesi kullanılmıştır. Mahkeme, bu ayırımın üzerinde durduğu bir kararında, burada sayılan hakların sınırlı bir sayma olmadığı ve açıkça belirtilmeyen hakların da eklenebileceğine dönük bir imânın bulunduğunu söylemiştir.⁴⁷

Aynı hükmün b bendinde, kişinin savunması hazırlaması için *adequate time* (yeterli zaman) hakkı, Fransız metinde “*nécessaires*” (“gerekli”) kelimesiyle daha güçlü ve zorunlu hale getirilmiş görünmektedir.⁴⁸ Hükmün e bendindeki “*gratuitement*” ve “*free*” sözcükleri yönünden ise, farklı çevrelerde ve davalarda ileri sürülen farklılık bulunduğu iddiaları ise reddedilmiştir.⁴⁹

Demokratik toplum düzeni haklarına (md. 8-11) baktığımızda; öncelikle madde 8’de İngilizcedeki “*home*” kavramının yerine Fransızcada “*domicile*” kavramının kullanıldığını görürüz. Bunlardan ikincisinin içtihadı bir etkisi de olmuş gibidir. Şöyle ki “*domicile*” kavramı “*home*” kavramından daha geniştir. Türkçede bu bakımdan “ev” değil de “konut” kavramının kullanılması yerindedir.

Madde 9 yönünden, İngilizce metinde “*belief*” (“inanç”) denilen yerde Fransızca metinde “*convictions*” (“kanaatler”) kavramının kullanıldığını görürüz. Mahkeme, bu bağlamda *belief* kavramını çoğul olarak kavrar. Ne var ki bu çeviri sırasında anlamda bazı kayıplar olduğunu kabul etmek gerekir. Öyle ki Mahkemenin *Lautsi ve diğerleri* kararındaki İngilizce gerekçesinde “*beliefs*” yerine “*convictions*” kavramını yeğlemesi belki de bundandır.⁵⁰

İfade özgürlüğü (md. 10) yönünden özellikle bu maddeye özgü olan bir meşru amaç bağlamında farklılaşma vardır. İngilizce metindeki “*preventing the disclosure of information received in confidence*” ifadesi Fransızca metinde “*pour empêcher la divulgation d’informations confidentielles*” biçimindedir. İngilizcede kalıp, hükmün

46 Alaverdyan v. Armenia (dec.) App no 4523/04 (ECtHR, 24 August 2010) § 34

47 Lala v. the Netherlands, App no 14861/89 (ECtHR, 22 September 1994) § 26; Krombach v. France App no. 29731/96 (ECtHR, 13 February 2001) § 82

48 Can v. Austria, App no 9300/81 (Commission report of 12 July 1984) § 5

49 Luedicke, Belkacem and Koç v. Germany, App nos 6210/73; 6877/75 and 7132/75 (ECtHR, 28 November 1978) § 42

50 Bkz Lautsi and Others v. Italy [GC] App no 30814/06 (ECtHR, 18 March 2011) § 58

gizli bilgiyi üreten kişilerle gizli ilişki içinde olanlarla sınırlı olduğu gibi bir anlam çıkarmaya uygundur. Böylesi bir yorumda hükmün gazeteciler vb. üçüncü kişilerle ilişkisi olmayacaktır.⁵¹ Gelgelelim Mahkeme bu olasılığı Fransızca metne dayanarak dışlamıştır. Çok sınırlayıcı olacağını düşündüğü bu yorumu uygun görmeyen Mahkeme, hükmün, güven yükümlülüğüne tabi bir kişi tarafından veya üçüncü bir şahıs ve bir gazeteci tarafından ifşa edilen gizli bilgileri de içerdiğini kabul etmiştir.⁵²

Madde 11 bağlamında iki metin arasında “*the prevention of disorder or crime*” ve “*la défense de l'ordre et à la prévention du crime*” sözcükleri yönünden farklılaşma vardır. “Bir Devletin demokratik kurumlarının ve anayasal kuruluşlarının korunmasının ‘düzensizliğin önlenmesi’ ile ilgili olduğunu” ifade eden Mahkeme, burada “düzen” ifadesinin, Fransızca metindeki “kurumsal düzen” anlamında olduğunu söylemiştir.⁵³

Sözleşme'deki haklarla ilgili olarak göze çarpan bir diğer farklılık, ayrımcılık yasağı (md. 14) bağlamında gündeme gelmektedir. Burada tartışma, Fransızca metinde geçen “*sans distinction aucune*” ifadesi ile “*without discrimination*” ifadeleri arasındaki farktır. Aslında İngilizcede de *distinction* sözcüğü vardır. Ne var ki Sözleşme'de buna rağmen bu sözcük yeğlenmemiştir. Mahkeme de bu tercihe anlam yüklemiştir. Mahkemeye göre “*distincion*” sözcüğünün getirdiği yükümlülük çok geneldir, buna tam uyulması durumunda her türlü farklı muamelenin yasaklandığı biçiminde “absürt sonuçlara” ulaşılabilir.⁵⁴ Bu nedenle hüküm, İngilizce metindeki daha sınırlı nitelikteki lafza (“*discrimination*”) dayalı olarak anlamlandırılmıştır.

Son olarak, Sözleşme'nin hak getirmeyen düzenlemelerinde de farklılıklar vardır. Örneğin madde 15 şerhinin Fransızca versiyonundaki “*une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent*” ifadesinin içindeki “*imminent*” sözcüğü, İngilizce metinde yoktur. Buna rağmen Mahkeme, bu hükmü Fransızca metni esas alarak anlamlandırmıştır. Bu yoruma göre, olağanüstü hâlin “*actual*” veya “*imminent*” olması, etkilerinin tüm ulusu kapsamaması, topluluğun örgütlü yaşamının devamının tehdit edilmesi ve kriz veya tehlikenin istisnai olması gerekir; ayrıca normal kamu güvenliğinin, sağlığının ve düzeninin sürdürülmesine yönelik, Sözleşme tarafından izin verilen önlemler veya kısıtlamalar açıkça yetersiz olmalıdır.⁵⁵

51 Bkz Stroll v. Switzerland [GC], App no 69698/01 (ECtHR, 10 December 2007) § 58

52 Stroll v. Switzerland [GC], §§ 59–61

53 Cisse v. France App no 51346/99 (ECtHR, 9 April 2002) § 22

54 Bkz National Union of Belgian Police v. Belgium App no 4464/70 (ECtHR, 27 October 1975) § 46

55 Denmark, Norway, Sweden, and the Netherlands v. Greece, App no 3321/67, 3322/67, 3323/67 and 3344/67 (Commission report of 5 November 1969) § 112

Bu sayılanlardan başka, çeşitli usul kurallarında⁵⁶ veya madde başlıklarında⁵⁷ da büyük önem taşımayan farklılıklar görüldüğünü kaydedelim.

5. Dil Bilgisi Sorunları

Dil bilgisi ya da gramer bir dilin ses, biçim ve cümle yapısını inceleyip kurallarını saptayan bilim dalıdır. Dil bilgisi kuralları o dili kullanan insanların zaman içinde gerekli kuralları yaratmaları veya var olan kuralları dilin gelişimine göre değiştirmeleri sonucu oluşur. Yani bu kurallar belli bir grup tarafından hazırlanmaz fakat belli kurum, bu kuralları merkezi hâle getirebilir. Türkiye’de bu işi yapan kurum, Anayasa’nın 134’üncü maddesinde “Türk dilini bilimsel yoldan araştırmak, tanıtmak ve yaymak ve yayınlar yapmak amacıyla” kurulduğu söylenen Türk Dil Kurumudur.

Çevirilerde bu kurumun derlediği kurallara uymayan ifadelerle karşılaşmaktadır. Bu başlıkta, yazım hataları, noktalama işaretleri ve duru anlatım sorunlarının üzerinde durmaya çalışacağım.

5.1. Yazıma İlişkin Tartışmalar

Bazı sözcükler, farklı sözlüklerde farklı biçimlerde yazılır. Fakat mevzuatın yaşayan Türkçeye yaptığı gönderme uyarınca TDK’nin Güncel Sözlüğü’nü dikkate almak gerekir. Buna göre örneğin “re’sen” değil “resen” demek gerekir.⁵⁸

Pek çok çeviride, düzeltme işaretinden tamamen vazgeçildiği görülmektedir.⁵⁹ Oysa TDK’ye göre üç durumda düzeltme işaretinin kullanılması zorunludur: (1) Yazılışları bir, anlamları ve söylenişleri ayrı olan sözcükleri ayırt etmek için okunuşları uzun olan ünlülerin üzerine konur. Örneğin “durum” anlamına gelen “hâl” ile “sebze, meyve, bakliyat vb.nin satıldığı yer” anlamına gelen “hal” sözcüklerini karıştırmamanın yolu düzeltme işaretidir. (2) Arapça ve Farsçadan Türkçeye giren birtakım sözcüklerle özel adlarda bulunan ince g, k ünsüzlerinden sonra gelen a ve u ünlüleri üzerine konur. Bu

56 Örn. md. 38’in İngilizce versiyonundaki “together with the representatives of the parties” biçimindeki ifade, Fransızca versiyonda çok daha ayrıntılı hâle getirilmiştir: ‘de façon contradictoire avec les représentants des parties’.

57 Örneğin md. 53’ün İngilizce versiyonundaki başlığında geçen “existing” (var olan veya mevcut) sözcüğü Fransızca metinde “reconnus” (tanınan) biçimini almıştır. Bu fark, madde metnine de yansımıştır. Büyük olasılıkla ikincisi daha yerindedir.

58 TDK kurallarına uyan kullanım için bkz Gemalmaz (n 19). Doğru Çevirisi’nde bir maddede (md. 26/4) re’sen, diğer bir maddede (16 no.lu Protokol md. 2/3) resen ifadesi kullanılmıştır. Kesme imi sorunu, TDK’nin de karar veremediği, çelişkili yaklaştığı bir sorundur.

59 Örn. bkz Batum ve Yüzbaşıoğlu (n 20); Doğru (n 18); Giritli ve Güngör (n 15); Gözübüyük ve Gölcüklü (n 16); Sencer (n 17)

Akılloğlu düzeltme işareti kullansa da kullanımları TDK’nin güncel önerileriyle tam olarak uyumlu değildir.

bazen benzeri Arapça sözcükler için de geçerli olabilir. Örneğin Sözleşme çevirilerinde “mahkum” değil “mahkûm” denmelidir. (3) Nispet ekinin, belirtme durumu ve iyelik ekiyle karışmasını önlemek için kullanılır.⁶⁰ Örneğin Sözleşme çevirilerinde, belirtme durumundaki “askeri” sözcüğü ile iyelik eki almış “askeri” sözcüğünü karıştırmamanın yolu düzeltme işaretidir. Benzer gereklilik, resmi yerine resmî sözcüğünün kullanılması yönünden de vardır.

5.2. Noktalama İşaretleri

Türkçede noktalama işaretleriyle ilgili en yaygın tartışmalı bağlam, kurum adlarından sonra gelen kesme işaretidir. Kimi yazarlara göre bu durumda kesme işareti konmalıdır. Fakat TDK'nin güncel kurallarına göre “Kurum, kuruluş, kurul, birleşim, oturma ve iş yeri adlarına gelen ekler kesmeyle ayrılmaz.” Dolayısıyla örneğin “Bakanlar Komitesi'ne”⁶¹ veya Avrupa Konseyi'ne⁶² gibi yazımlar TDK kurallarına uymamaktadır.

Noktalama işaretleriyle ilgili diğer bir sorun, virgüllerle ilgilidir. Bu sorunun yaygın biçimde görüldüğü bağlam, zarf-fiillerden sonra virgül konmasıdır. TDK'ye göre ana kural, metin içinde zarf-fiil eki almış sözcüklerden sonra virgül konmamasıdır. Bunun istisnası, art arda gelen zarf-fiil eki almış sözcüklerden sonrasındır. Yani TDK'ye göre ayrıksı koşullar oluşmadıkça; “yapıp”, “edip”, “gidip” gibi ifadelerden sonra virgül konmaz.⁶³

Türkçede tek tırnak işareti (‘ ’) sadece, tırnak işareti (“ ”) içinde verilen cümlenin içinde yeniden tırnağa alınması gereken bir sözü, ibareyi belirtmek için kullanılır. Bunun dışında kullanılmaz. Dolayısıyla alıntı veya özel olarak vurgu yapılan durumlarda tırnak işaretine yer verilmemelidir. Sözleşme'nin 4'üncü ve 19'uncu maddelerindeki vurgularda tek tırnak kullanımı TDK kurallarına uymaz.⁶⁴

Son olarak, sıra bildiren noktalardan sonraki harfler büyük harfle başlamamalıdır. TDK'ye göre örneğin “5. Madde” ifadesi değil, “5. madde” ifadesi doğrudur. Microsoft Sözlüğü'nde görülen bu sorunla Sencer Çevirisi'nde de karşılaşılmaktadır.

60 Bu kullanıma özellikle Dil Derneği eleştiri getirmektedir. 1983 öncesindeki TDK, yanlış kullanımsını önlemek için nispet “i”sini kullanıldığı her yerden kaldırmıştır.

61 Strazburg (n 14) 22

62 Giritli ve Güngör (n 15) 123

63 Strazburg (n 14) 8; Gemalmaz (n 19) 19

64 Karş. Doğru (n 18) 266

Noktalama açısından asıl önem taşıyan nokta ise virgülün konulduğu yerdir. Gemalmaz Çevirisi'ndeki "Savaş sırasında hukuka uygun eylemler nedeniyle meydana gelen ölümler hariç olmak üzere madde 2'de; madde 3 ile 4'te (fıkra 1) ve madde 7'deki yükümlülüklerde azaltma yapılamaz."⁶⁵ cümlesi veya Doğru Çevirisi'ndeki "Savaş sırasında hukuka uygun eylemler nedeniyle meydana gelen ölümler hariç, ikinci maddede, üçüncü maddede, dördüncü maddenin birinci fıkrasında ve yedinci maddedeki yükümlülüklerde azaltma yapılamaz."⁶⁶ cümleleri bunlara örnek sayılabilir. Bu iki cümleden birincisindeki noktalı virgül anlamı tamamen değiştirmektedir. İlkinde "savaş sırasında hukuka uygun eylemler nedeniyle meydana gelen ölümler" istisnası sadece 2'nci madde için geçerlidir. Oysa diğer çeviride sayılan tüm haklar için istisna getirilmiş gibi olmaktadır. Orijinal metinlerindeki anlatım ilkindeki gibidir. Dolayısıyla noktalama kritik önemdedir.

5.3. Duru Anlatım

Dil bilgisi yönünden hata sayılmasa da haşiv, yani gereksiz sözcük veya harf kullanımıyla yazıyı uzatma, duru anlatımı bozar. Düzgün Türkçe için dil bilgisi kadar duru anlatımı da gözetmek gerektiği kabul edilir.

Bu bağlamda sık görülen tartışma, öznenin çoğul olduğu durumlarda yüklem, gerek olmamasına rağmen çoğul yapılmasıdır. Örneğin "Yargıçlar Mahkemede şahsi sıfatlarıyla görev yaparlar" cümlesindeki yüklemi "yapar" diye yazmak yeterlidir. "Yargıçlar dokuz yıllık bir dönem için seçilirler" cümlesinde de durum aynıdır. Sondaki -lar veya -ler ekleri gereksiz sayılabilir.⁶⁷

Duru anlatımı bozan bir diğer tartışma da koşul bildiren cümlelerin başına gereği yokken "eğer" bağlacını koymakla ilgilidir. Bu büyük olasılıkla İngilizcedeki "if" sözcüğünün görüldüğü her yere kendiliğinden "eğer" koyma eğilimimizin ürünüdür. Oysa cümlede "-se" eki bulunuyorsa baştaki "eğer" sözcüğüne, özel bir vurgu katma amacı güdülmedikçe, gerek yoktur. Cümlenin çok uzadığı durumlarda okuyucuyu hazırlamak için böyle bir kullanım anlamlı olabilir. Örneğin "Büyük Dairenin beş yargıçtan oluşan bir kurulu, *eğer* bu dava Sözleşmenin ve onun Protokollerinin yorumlanmasına ya da uygulanmasına ilişkin olarak ciddi nitelikte bir sorun doğuruyor ya da genel önemi haiz ciddi nitelikte bir mesele teşkil ediyor *ise*, bu talebi kabul

65 Gemalmaz (n 19) 14

66 Doğru (n 18) Benzer biçimde bkz. Batum ve Yüzbaşıoğlu (n 20) 198. Nispeten benzer biçimde bkz. Giritli ve Güngör (n 15) 131; Strazburg (n 14) 13

67 Karş. Akıllıoğlu, s. 139; Doğru (n 18) 261; Gemalmaz (n 19) 7 vd.; Strazburg (n 14) 6

edecektir.” cümlesindeki “eğer” bağlacı, bu mantıkla kabul edilebilir.⁶⁸ Buna karşılık, “eğer tutulma yasaya aykırı ise”, “eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise”, “eğer komitenin üyesi değilse” gibi örneklerde eğer bağlaçlarının gereksiz olduğunu düşünebiliriz.⁶⁹

5.4. Yaygın Çeviri Sorunları

Sözleşme çevirileri, Türkçede sık karşılaştığımız çeviri sorunlarından bağışık değildir. En az on sorun, Sözleşme çevirilerinde de bulunmaktadır.

Birincisi; tüm ve bütün kavramları karıştırılmamalıdır. “Tüm”, “birkaç”ın ve “belli sayıda”nın karşıtıdır. Oysa “bütün”, “parça”nın ve “bir bölüm”ün karşıtıdır.⁷⁰ (Bahçede yapılacak törene sınıfın bütününün katılması ile tüm sınıfların katılması farklı anlam taşır.)

İkincisi; İngilizcede “under” kullanılan hemen her yerde “altında” sözcüğünün kullanılması gerekmez. Bu sözcüğün Türkçedeki karşılığı “döneminde”, “koşullarında”, “yönetiminde” veya “-e göre”, “uyarınca” ve “çerçevesinde” olabilir.⁷¹

Üçüncüsü; belirtisiz tamlama Türkçenin iyi bir anlatım olanağıdır. Bu olanağı kullanmayıp belirtili tamlama kullanmaktan veya belirtisiz yapı için “bir” (İngilizcedeki a) kullanmaktan kaçınmak gerekir.⁷²

Dördüncüsü; İngilizcedeki “authority” kelimesi, her zaman “otorite” veya “yetke” anlamına gelmez. Yerine göre, “idare” veya yönetim biçiminde çevirmek de mümkündür.⁷³ Dolayısıyla Sözleşme’deki tüm “authority” ifadelerini kendiliğinden “otorite” saymamak gerekir.⁷⁴

Beşincisi; İngilizce “each” sözcüğü çoğu kez “her bir” diye çevrilmektedir.⁷⁵ Oysa çoğu kez “her” demek yeterlidir.⁷⁶

Altıncısı; “member”, her zaman “üye” değil; yerine göre “mensup” olabilir.⁷⁷

68 Gemalmaz (n 19) 22

69 Strazburg Çevirisi, md. 5/4, md. 6/3(c), 28/3. Bu çevirisi benzer örneklerden çok vardır.

70 Necmiye Alpay, *Türkçe Sorunları Kılavuzu*, (Metis, 2018) 49

71 ibid 20

72 ibid 43

73 ibid 262

74 md (5)(1)(d), 8(1), 10(1) ve (2), 13, 24(2).

75 Doğru (n 18) 267

76 Alpay (n 70) 263

77 ibid 265

Yedincisi; “etkili” ve “etkin” kavramları farklı anlamlar taşır. Etkin, faal yani aktif demektir. Bu hata öylesine köklüdür ki, kitap başlıklarına kadar taşınmıştır. Örneğin yakın zaman önce “etkin soruşturma” başlıklı bir kitap yayımlandığı vakidir.⁷⁸ Söz konusu sorun, doğal olarak çevirilere de yansımıştır.⁷⁹ İngilizcede “*efficient*” veya “*active*” sözcüklerinin karşılığıdır. Zaten o nedenledir ki “*active*”den türeyen “*activity*”, etkinlik olarak çevrilmektedir. Etkili sözcüğü, İngilizcedeki “*effective*” anlamına gelir. Sözleşme’nin başlangıç kısmında ve 13’üncü maddesinde ve başlığında yer alması gereken sözcük “etkili”dir.⁸⁰

Sekizincisi; Türkçede gözden kaçan fakat yaygın olarak görülen bir sorun da “-m” yapım ekiyle türetilmiş sözcüklerle (örn. denetim, kullanım, seçim) ilgili ortaya çıkar. Örnek vermek gerekirse “Devlet sanatçısı olacakların seçimi hakkında bir yönetmelik taslağı hazırlandı.” dendiğinde devlet sanatçısı olacakların yapacakları tercihlerle ilgili bir yönetmelik çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Oysa burada çıkarılacak yönetmelik “devlet sanatçısı olacakların seçilmesi hakkında”dır.⁸¹ Sözleşme çevirilerinden örnek vermek gerekirse madde 22’nin başlığını “Yargıçların Seçimi” diye yazmak yanlış anlaşılmalara neden olabilir.⁸² Bunun yerinde “Yargıçların Seçilmesi” ifadesini kullanmak daha doğru olur.⁸³

Dokuzuncusu; İngilizcede, sözleşmelerde kullanılan “*shall*” yardımcı fiilinin anlamıyla ilgili bir tartışma vardır. Bu sözcük birden çok anlam taşır. Bu anlam -ebilir/-abilir veya “-er/-ar” gibi olabileceği gibi -ecek/-acak gibi de anlaşılabilir. Sözleşme Çevirileri içinde ağırlık birincisinden yanadır. Yalnızca Gemalmaz Çevirisi ikincisini tercih etmiş görünmektedir. Bu ikilemde, birinci tercih yerinde görünmektedir. Çünkü *shall*, burada “-ebilir”/“-abilir” gibi bir anlam taşır. Nitekim Sözleşme’nin Fransızca çevirisindeki buna denk düşen “*peut*” yardımcı fiilinin kullanılmış olması bunu doğrular. Ayrıca Sözleşme’nin resmî dili olmasa da bu dillerle aynı aileden gelen, etkileşim içinde bulunan ve Avrupa Konseyi üyesi devletlerden dördünün resmî dili olan Almanca

78 Bu sorun büyük olasılıkla CMK md. 172/4’te “etkin soruşturma” ifadesine yer verilmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Bkz Batuhan Hoşgöl, *Etkin Soruşturma Yükümlülüğü* (Seçkin 2019); Evren Akbey, *Etkin Soruşturmaya İlişkin Usul ve Esaslar* (Adalet 2019); Cem Şenol, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü* (On İki Levha 2013)

79 Batum ve Yüzbaşıoğlu (n 20), Başlangıç ve md. 13; Doğru Çevirisi, Başlangıç metni; Gemalmaz, Başlangıç ve md. 13; Giritli ve Güngör, md. 13; Strazburg, Başlangıç ve md. 34, 38.

80 Alpay (n 70) 263

81 ibid 153

82 Gemalmaz (n 19) s. 15; Giritli ve Güngör (n 15) 133; Gözübüyük ve Gölcüklü (n 16) 454; Strazburg (n 14) 15

83 Bkz Doğru (n 18) 267

çevirilerde de “-ebilir” anlamına gelen “darf” (master olarak “dürfen”) yardımcı fiili de boşuna kullanılmamıştır.⁸⁴ Dolayısıyla çeviride “shall” görülen yerlerde “-ebilir”/“-abilir” veya “-a/-e” gelmelidir. Fakat cümlelerin yapısına göre bu yardımcı fiilin, sözcük yapısında değişiklik getirmeden, var olan cümleye emredici değer kattığı akıldan tutulmalıdır.

Bunun dışında hata veya sorun olarak görülmesi de metin içi tutarlılıklardan bahsedilebilir. Örneğin “right to marry” ifadesinin “evlenme hakkı” olarak çevrilmesi karşısında “right to Life” ifadesinin “yaşam hakkı” mı yoksa “yaşama hakkı” mı olacağı gibi.⁸⁵

6. Türkçe Karşılığı Tartışmalı Terimler

Bu başlığa bir ayrımı ortaya koyarak başlamak gerekiyor. Türkçede “terim” ve “kavram” sözcükleri farklı anlamlar taşır. Kavram, bir nesnenin zihindeki tasarımıdır. Oysa terim bunun dille ifade edilmesidir. Burada kavramsal tartışmalar yapmakla birlikte, sözcüklerin terimsel karşılıklarını bulmakla ilgili bir çaba içinde olduğumuzu akıldan çıkarmamalıyız.

Bu notu düştükten sonra, Sözleşme çevirisi yaparken karşılaşılan en tartışmalı terimlere geçebiliriz.

6.1. “Jurisdiction”

Tartışmalı terimlerin başında, Sözleşme'nin 1'inci maddesinde yer alan “*jurisdiction*” gelir. Bu sözcük, İngilizceye 13. yüzyılda Fransızcadan geçmiştir. Fransızcadaki etimolojik köken ise Latinceye dayanır. Sözcük, Latince iki farklı kökten türemiştir. Sözcüğün ilk kısmındaki “*jurist*” Latince “hukuk” anlamındaki “*ius*”ten gelir. İkinci kısımdaki “*diction*” ise “söylemek, göstermek, dile getirmek” anlamındaki “*dictio*”dan türemiştir. Bu yönüyle, hukukun söylendiği alan anlamına gelmektedir. Hukuk sadece yargı organları tarafından değil, yasama ve yargı organları tarafından da söylenir. Dolayısıyla “*jurisdiction*” sadece yargı yetkisinin değil genel olarak egemenlik yetkisinin kullanıldığı alanı da anlatmaktadır. Bu nedenle “yetki alanı” veya “egemenlik alanı” ifadeleri anlamlı olabilir.

84 Almanca metin (*Die Europäische Menschenrechtskonvention*) için bkz https://www.echr.coe.int/documents/convention_deu.pdf

85 “Right to marry” ifadesindeki “*marry*” bir eylemdir. Oysa “Right to live” yerine “Right to Life” denmiş olması “evlenme hakkı” ifadesinin aksine “yaşam hakkı” ifadesini kullanmayı gerekli kılar, düşüncesindeyim.

6.2. “Arrest” ve “Detention”

Tartışmalı nitelikteki bir diğer kategori, Sözleşme'nin 5'inci maddesindeki “*arrest*” ve “*detention*” sözcük çiftidir. Bu iki sözcük sıklıkla ve kolaylıkla birbirinin yerine kullanılmaktadır. Örneğin Pars Tuğlacı'ya kalırsa “*arrest*”; müsadere, surum, el koyma, yakalama, tevkif, haciz koma, durdurma gibi Sözleşme'nin 5'inci maddesindeki hemen her durumla hatta onun ötesinde durumlarla ilgili bir kavramdır.⁸⁶ Yazar, “*detention*” için de tevkif, tutuklama, alıkoyma ve tutma sözcüklerini karşılık vermektedir.⁸⁷ Çeviri bilim alanında bu türden örnekler çoğaltılabilir. Anılan çeviriler hatalıdır. “*Arrest*” ve “*detention*” terimleri hukuk dilinde farklı anlamlar taşır. Ne var ki farklı olduğunu söylemek, Türkçede ne anlama geldiğini anlatmaya yetmez. Bu nedenle bu sözcüklerin etimolojik kökenine bakmakta yarar olabilir.

Öncelikle; her iki sözcük de İngilizceye Fransızcadan, Fransızcaya da Latince'den gelmiştir.

“*Arrest*”, köken itibarıyla Latince “*stare*” yani “durmak” ile “geri” anlamına gelen “*re-*” ön ekinin birleşiminden türemiştir. Yani semantiğinde “geride durdurmak” gibi bir anlam vardır. Kaçmaya engel olmak için yapılan eylemi imler.

“*Detention*” ise köken itibarıyla Latince'deki “*detiner*” sözcüğünden türemiştir. Bu ifadedeki “*de*” ön eki uzak veya öte anlamına gelir. “*Tenir*” (*tenere*) ise “uzatmak” anlamına gelen “*ten*” sözcüğünden türemiştir; tutmak anlamına gelir. Dolayısıyla “*detention*”, etimolojik açıdan “uzak tutmak” veya “ötede tutmak” gibi bir anlam taşır. Hukuksal olarak, toplumdan uzak tutulan kişilerin içinde bulunduğu durumu anlatır.

Bu kısa etimolojik yolculuktan sonra Sözleşme çevirilerine baktığımızda “*arrest*” ve “*detention*” sözcükleri Akıllıoğlu Çevirisi'nde “yakalama” ve “tevkif”⁸⁸, Doğru Çevirisi'nde “göz altına alma” ve “tutma” biçiminde⁸⁹, Gözübüyük ve Gölcüklü Çevirisi'nde “yakalama” ve “tutulu durumda bulunma” biçiminde⁹⁰, Sencer Çevirisi'nde “yakalama” ve “tutuklama” biçiminde⁹¹, Giritli ve Güngör çevirisi ile Batum ve

86 Pars Tuğlacı, *Ekonomi ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, (Remzi 2002) 44

87 ibid 161

88 Akıllıoğlu (n 21) 141

89 Doğru (n 18) 262

90 Gözübüyük ve Gölcüklü (n 16) 449

91 Sencer (n 17) 399

Yüzbaşıoğlu Çevirisinde “göz altına alma” ve “tutuklama” biçiminde⁹² çevrilmiştir. Gemalmaz Çevirisi’nde ise “yakalama” ve “tutma” kavramları kullanılmışsa da parantez içinde sırasıyla “gözaltına alma” ve “alıkoyma” ifadelerine de yer verilmiştir.⁹³ Gemalmaz, d ve e bentlerinde ise sadece “alıkoyma” kalıbını kullanmıştır. Çevirilerin büyük çoğunluğunda a bendindeki “*detention*”, “hapsetme” diye çevrilmiştir. Bunun istisnası Sencer Çevirisi’dir. Yazar, bu bentte de “tutuklama” ifadesini kullanmıştır.

Bu çevirilerin hiçbirine yanlış denemez fakat nüansların dikkate alınması önemlidir.

Öncelikle tüm bu çevirilerin içinde en ölçülü tutumun Gemalmaz Çevirisi’nde olduğunu söylemek gerekiyor. Çünkü anılan ifadeler İngilizce ve Fransızcada her ne kadar aynı kalsa da Türkçede müdahalenin biçimine göre farklı bir terimin kullanıldığı akılda tutulmalıdır. Örneğin bir küçüğün eğitim için veya bulaşıcı hastalık taşıyan birinin hastalığın yayılmasını önlemek için “tutuklanması” söz konusu olmaz. Keza, bir mahkûmiyet kararından sonraki tutma biçimini “tutuklama” olarak ifade etmek pek yerinde olmaz. Dolayısıyla bu noktada yapılması gereken şey ya bağlamsal olarak kavramları çeşitlendirmek ya da tüm durumları kapsayacak genel ifadeleri kullanmak olmalıdır. Doğru Çevirisi’ndeki “gözaltına alma” ve “tutma” ifadeleri böylesi bir genelliği karşılar gibidir. Fakat Gemalmaz Çevirisi’ndeki “gözaltına alma” kavramının bağlamsal olarak “yakalama”ya dönüşebileceğine işaret eden kayıt da dikkate alınabilir.

6.3. “Tribunal” ve “Court”

Kavramsal karışıklık içeren sözcüklerden biri de çoğu kez aynı anlamda kullanılan ve “mahkeme” diye çevrilen “*tribunal*” ve “*court*” sözcükleridir. Sözleşme’nin Fransızca metninde yaygın biçimde kullanılan “*tribunal*” sözcüğü İngilizce metinde sadece madde 6(1) ve 35(3)(b) hükümlerinde geçer. İngilizce metinde madde 2(1), 5(1)(a), 5(1)(b), 5(4), 6(3) hükümlerinde “*court*” sözcüğü kullanılmıştır. Acaba bu ikisi aynı anlama mı gelmektedir?

Bu soru, geçmişte Türkçe literatürde sorulmuştur. Kemal Başlar, Anayasa’nın somut norm denetimi sürecini başlatmaya yetkili “davaya bakan mahkeme” kavramını ele aldığı çalışmasında “*tribunal*” sözcüğünün “*court*” sözcüğüne göre daha geniş bir anlam taşıdığını vurgulamış ve Anayasa’daki kavramın “*tribunal*” biçiminde kavranması gerektiğini önermiştir. Bu öneri, hakem mahkemesi, sorgu hâkimliği, infaz hâkimliği,

92 Batum ve Yüzbaşıoğlu (n 20) 195; Giritli ve Güngör (n 15) 126. Her iki çeviride de tutuklama kavramının çocuklar ve izinsiz giriş yapanlar için de kullanıldığı dikkat çekmektedir.

93 Gemalmaz (n 19) 9

Sayıştay ve YSK gibi kurumların da “mahkeme” kavramının içinde sayılmasını sağlıyordu.⁹⁴ Başlar’ın bu savı, Strazburg organlarının yaklaşımıyla koşuttur. Mahkeme, konuyu en genel biçimiyle ve maddi ölçütlere göre kavramakta ve maddi içeriği de “yürütmeden ve davanın taraflarından bağımsızlık” ve “yargısal usul güvencelerine tabi olmak” ve “bağlayıcı kararlar vermek” gibi ölçütlerle doldurmuştur.⁹⁵ Dolayısıyla adı “mahkeme” olmayan bir organ da “*tribunal*” kavramının içinde görülebilir. Bu nedenle yeri geldikçe daha özel bir kavrama başvurmak gerekli olabilir. “Divan” biçimindeki önerinin anakronik niteliği uyarınca Doğru Çevirisi’ndeki “yargı yeri” tercihi⁹⁶ daha ikna edici görünmektedir.

6.4. “Deportation” ve “Extradition”

“*Deport*” sözcüğündeki, “de-” ön eki, Latince “uzaklaştırma” anlamı taşır. Diğer sözcük ise yol vermek, öbür tarafa geçmek, üzerinden geçmek gibi anlamlar taşıyan “per-” sözcüğünden türemiştir. Yani etimolojik olarak sözcük “öbür tarafa doğru uzaklaştırmak” gibi bir anlam taşır.

“*Extradition*” sözcüğünde ise “ex-” ön eki, “dışarı” anlamı taşırken “*tradition*”, kökenindeki teslim etme anlamına gelen “*traditionem*” sözcüğündeki içeriği koruyarak biçim değiştirmiş bir sözcüktür. Dolayısıyla “*extradition*”, etimolojik olarak “dışarı teslim etmek” gibi bir anlam taşır. Bu sözcüklerden ilkinin rahatlıkla “sınır dışı etmek” biçiminde çevirebiliriz. İkincisinde ise “geri vermek”, “iade etmek” gibi çeşitli kullanımlar olasıdır. TCK’nin kullandığı kavramlar “geri verme” ve “sınır dışı etme” olduğu için, mevzuatta uyum sağlamak için bu sözcükleri kullanmak doğru görünmektedir.

6.5. “Association” ve “Organisation”

Sözleşme’nin md. 11 hükmünde yer alan “*association*” sözcüğü kimi çevirilerde “dernek” biçiminde ifade edilmektedir. “*Association*” sözcüğüne “dernek” karşılığını vermek, derneklerin dışındaki diğer tüzel kişileri dışlamak anlamına gelir. Oysa bu özerk kavram, sadece dernekleri değil belli bir amacı takip etmek için bir araya gelip bir kurulan tüm kuruluşları ifade eder. Sözcük, İngilizcedeki birleşmek, ortaklık etmek, iş birliği sürdürmek gibi anlamlar taşıyan “*associate*” fiilinin isimleşmiş hâlidir. Dolayısıyla bu sözcüğün tam karşılığı “birlik” olabilir.

94 Kemal Başlar, *Anayasa Yargısında ‘Mahkeme’ Kavramı*, (Roma 2005)

95 Weeks v. the United Kingdom App no 9787/82 (ECtHR, 2 March 1987) § 61

96 Doğru (n 18) 263

Bu kavramın karşılığı, örgütlenme sözcüğüyle verilebilir. Hatta Türkçede örgütlenme özgürlüğü ifadesinin yaygınlığı dikkate alındığında bu yerinde de olacaktır. Ne var ki bu durumda Sözleşme'nin madde 24, 34 ve 56 hükümlerinde geçen “*organisation*” sözcüğü için başka bir sözcük bulmak gerekir. Bu sözcük, pekâlâ “kuruluş” olabilir.

6.6. “Law” ve “Statute”

“*Law*” sözcüğünün karşılığı olarak, Türkçe çevirilerin neredeyse hepsinde “kanun” kullanılmıştır. Bu, Strazburg Çevirisi'nin diğer Batı dilleri için de geçerlidir. Örneğin Almanca çeviride “*gesetzlich*” denmiştir. Oysa Mahkeme, daha erken dönem kararlarından itibaren “*law*” sözcüğüne biçimsel değil, maddi bir anlam vermiştir. Buna göre “*law*” sadece parlamentoların çıkardığı şekli anlamda kanunları değil, uluslararası sözleşmeleri, mahkeme kararlarını, tüzükleri, yönetmelikleri, hatta fermanları dahi kapsar bir kavramdır. Dolayısıyla bu ifadeyi “kanun” diye çevirmek pek yerinde sayılmaz. Kanun ifadesinin karşılığı olarak “*statute*” sözcüğünü kabul etmek; “*law*” ifadesini Doğru Çevirisi'nde olduğu gibi, “hukuk” biçiminde aktarmak gerekir.⁹⁷

Bundan sapma olabilecek tek hüküm 6'ncı madde olabilir. Zira Mahkeme, tüm Sözleşme içinde sadece bu maddedeki “*tribunal established by law*” ifadesindeki “*law*” sözcüğünü biçimsel olarak yorumlamıştır.⁹⁸ Az bilinen bu içtihadı çıkarıma göre hükmün “kanunen” diye çevrilmesi olanaklıdır. Gelgelelim metnin bütünselliği dikkate alındığında bu çevirmenin tercihine kalmış bir noktadır.

6.7. “Judgment” ve “Decision”

“*Judgment*” ve “*decision*” sözcüklerinin her ikisi de “karar” diye çevrilmektedir. Mahkeme, yargılamanın sonunda verdiği kararları “*judgment*” olarak adlandırır, bunun dışındaki diğer tüm kararları ise *decision* olarak niteler. Dolayısıyla “*decision*” sözcüğünün, karar kavramını tam olarak karşıladığını söyleyebiliriz. “*Judgement*” kelimesinin karşılığı ise bu denli net değildir. Türkçe çevirilerde “hüküm”, “sonkarar” “nihai karar”, “kesin karar” gibi öneriler gündeme gelmiştir.⁹⁹

97 Doğru (n 18) 261-276

98 Coëme and Others v. Belgium Appnos 32492/96 and 4 others, (ECtHR, 22 June 2000) § 98. Bu kararın alındığı eser ve diğer tüm tartışmalar için bkz Tolga Şirin, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*, (On İki Levha 2019) 298-322

99 “Sonkarar” için bkz Doğru (n 18) 287. “Kesin hüküm” için Gemalmaz (n 19). “Nihai dahili karar” için bkz Akilhoğlu (n 21) 153. “Kesin karar” için bkz Giritli ve Güngör (n 15) 141

Ulusal hukuktaki uygulamadaki yaygın kullanım “hüküm” biçimindedir. Dolayısıyla bu kullanım yeğlenebilir. Ne var ki bu olasılıkta “*provision*” sözcüğünün karşılığı olarak “hüküm” değil “düzenleme” sözcüğüne yer vermek gerekir. Aksi hâlde karışıklık oluşur.

6.8. “Admissibility” ve “Non-Admissibility”

“*Admissibility*” sözcüğünün karşılığı, kabul edilebilirlik olarak ifade edilmektedir. Bu kullanım Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir. Bazı çevirilerde ifade “kabuledilebilirlik” biçiminde yazılabilmektedir.¹⁰⁰ Bu pek yerinde sayılmaz. Kabul ve edilebilirlik ifadeleri ayrı yazılmalıdır.¹⁰¹

Kimi çalışmalarda “kabul edilmezlik kararı” ifadesi kullanılmaktadır. İngilizce ve Fransızca esinlenilerek kullanılan bu sözcük, Türkçede -lık/-lik ekinin kendine özgü niteliğini göz ardı eder durumdadır. Bu ekin kullanıldığı veya bir belirtisiz isim tamlamasında +lık ekli durum nitelik ismi söz konusu olduğunda sözcüğün anlamı olumlu ve olumsuz sonuçların ikisini de içerir. Örneğin güzellik değerlendirmesi yapılan bir bağlamda kimileri güzel, kimileri daha güzel, kimileri çirkin bulunabilir. Bu sonuçlar değerlendirmenin “güzel-lik” değerlendirmesi olduğu gerçeğini değiştirmez. Ulaşılan sonuca göre söz konusu değerlendirme, çirkinlik veya “güzel bulmamazlık” değerlendirmesine dönüşmez. Dolayısıyla bir başvurunun kabul edilebilir bulunmadığı veya diğer bir deyişle kabul edilemez görüldüğü bir durumda kararın adı yine de “kabul edilebilirlik kararı” olmalıdır.

6.9. “Liberty” ve “Freedom”

“*Liberty*” ve “*freedom*” sözcüklerinin ikisi de Türkçeye özgürlük veya hürriyet diye çevrilmektedir. Aslında bu kavramların yanı sıra hürriyet ve azade gibi sözcükler de vardır.

Öncelikle “özgür” sözcüğünden başlayalım. Bu sözcük, 1935’te TDK tarafından türetilmiş ve özellikle Nurullah Ataç tarafından yaygınlaştırılmıştır.¹⁰² Sevan Nişanyan’a göre bu türetimde Arapçadaki hurr’den esinlenme olasılığı vardır.¹⁰³ İsmet Zeki Eyüboğlu’na göre özgür sözcüğündeki “öz” (ben, gövde,) eski Türkçedeki ön-gür-de

100 Doğru (n 18) 269

101 Bileşik sözcüklerin yazılışı konusunda TDK ile Dil Derneği arasında anlaşmazlık vardır. Bu konularda bkz http://www.dildernegei.org.tr/TR_612/ii-bolum.html

102 Bkz Yılmaz Çopan, *Ataç’ın Sözcükleri*, (AÜ 1967) 77

103 Sevan Nişanyan, *Sözlerin Soyağacı: Çağdaş Türkçenin Etimoloji Sözlüğü*, (6. Baskı, Everest 2019) 470.

(orada, şurada), ön-gür-e (o nesne, önündeki) gibi türetimlerde, devinim katmak için kullanılan -gür ekinin kullanımıyla türetilmiştir.¹⁰⁴ Bu bakımdan “özgür” sözcüğü bir hareketlilik içerir başka bir deyişle hareket serbestisine dönük bir içerik taşır. Ataç, bu içeriği biraz daha genişletir ve özgür kişinin, kimsenin ama aynı zamanda kendi duygularının ve çıkarlarının da kölesi olmayan kişi olduğunu söyleyerek, kişinin kendi benliğinden de taşıdığını söyler.¹⁰⁵ Özgür sözcüğü sonradan türetildiği için hem “*liberty*” hem de “*freedom*”a karşılık olabilir. Nitekim böyle bir amaçla türetilmiştir.

“Özgür” sözcüğünün yerine kimi zaman kullanılan “serbest” ifadesine gelirse; bu sözcüğün Türkçeye 16. yüzyılda Farsçadan geçmiş olduğu tahmin edilir. Farsçada sar (yani baş) ile bastan (bağlamak) sözcüklerinin birleşiminden oluşan bu sözcük, ilkin “konfirme, belgeli” yani bir belgenin imza ve mühür gibi bağlayıcı bir anlam taşıdığını gösteren bir hukuk terimidir. Bağışık ve muaf anlamını sonradan kazanmıştır.¹⁰⁶ Serbest, etimolojik olarak, hukuksal bağlamlarda kullanılan ve/veya fiziksel durumları anlatan bir terim gibidir.

Türkçede seyrek de olsa “özgür” ve “serbest” ifadelerinin yerine “azade” sözcüğü de kullanılır. Farsçada özgür; arı, saf ve soylu biçimindeki anlamları içermektedir. Eski İran toplumunda toprak sahibi asilzade sınıfına mensup olan, yani köle olmayan kimse anlamı taşır.¹⁰⁷ Sözcük etimolojik olarak bir tahakküme tabi olmamak anlamı taşır. Statü getirir.

Son olarak hürriyet sözcüğüne değinebiliriz. Bu sözcük, köle olmama, azatlık, köle veya bağımlı olmayan, asil, soylu gibi anlamlar taşıyan *hurr* sözcüğünden türemiştir. Aramicedeki serbest olma, salınma ve kurtulma anlamına gelen bir sözcükten türediği düşünülmektedir. Sevan Nişanyan’a göre “*liberté*” karşılığı olan siyasi anlamı Sadık Rıfat Paşa tarafından 1830’larda popülerleştirilmiştir.¹⁰⁸

Şimdi bu bilgilerden sonra İngilizce ve Fransızca karşılıklarına dönelim.

“*Liberty*” (Fra. *liberté*) sözcüğünün kökü Latinceye dayanır. Kökeninde iradenin bağımsız belirlemelerine değen bir yön vardır. Nitekim İngilizcede kişisel bağımsızlık ön plandadır. Sözcüğün Fransızca anlamında ise eşitlikçi bir tını olduğu da söylenir. Bu bakımdan kavram, fiziksel bir yön taşıyor gibidir. Bu yönleriyle özgürlük veya

104 İsmet Zeki Eyüboğlu, *Türk Dilinin Etimoloji Sözlüğü* (2. Baskı, Say 2007) 542

105 Çopan (n 101) 77

106 Nişanyan (n102) 549

107 Nişanyan (n102) 48

108 ibid 250

serbesti kavramlarına uyar gibidir. Kavramın liberal sözcüğüyle köken birliği ve bu ideolojinin piyasadaki serbesti savunusu; öte yandan, tutukluların “serbest bırakılması” kullanımının yaygınlığı dikkate alındığında liberty ifadesinin karşılığı olarak “serbesti” veya “serbestlik” kullanımı yerinde görünmektedir.

“Freedom” sözcüğünün Fransızca karşılığı Sözleşme’de yine “*liberté*”dir. Dolayısıyla farklılaşma İngilizceye özgüdür. Sözcüğün kökeni *pri-* ve *prī-* ön eklerine dayanır ve “sevmek” anlamına gelir. Bu kök anlamda bağlı olmamak ve esirlik altında olmamak gibi anlamlar vardır. Bir kabilenin köle olmayan üyelerini imleyen bu kullanımın en iyi karşılığı Farsçadaki “azade” Arapçadaki “hürriyet” gibidir. Hatta tahakküme karşı gerçekleştirilen 1908 Devrimi’nin temel sloganında “hürriyet” kavramının geçtiği, hatta devrimin “Hürriyet Devrimi” diye tanımlandığı dikkate alındığında “*freedom*” kavramının karşılığının hürriyet olduğunu söyleyebiliriz. Zaten 1982 Anayasası’nın Danışma Meclisi tutanaklarında da “hürriyet” sözcüğünün bu perspektifle ve bu devrime atıfla yeğlenmiş olması da bunu doğrular gibidir.

Dolayısıyla etimolojik uyuma bakacak olursak “*liberty*” için “serbesti”, “*freedom*” için “hürriyet” ifadeleri daha uygun görünmektedir. Türkçede sonradan türetilen “özgürlük” kavramı ise bu iki kavramın da yerine kullanılmıştır. Bu Fransızcada her iki sözcük için de “*liberté*” ifadesinin kullanılmasına benzemektedir. Dolayısıyla “ifade özgürlüğü” (md. 10) ve “özgürlük hakkı” (md. 5) kullanımları Fransızca metne uygundur. Buna karşılık, koşulları varsa “ifade hürriyeti” (md. 10) veya “serbestlik hakkı” (md. 5) gibi kullanımlar da yerinde olacaktır. Azade sözcüğünün bu bağlamda kullanımı ise yaşanan Türkçe açısından kulak tırmalar.

6.10. “Right to” ve “Freedom of”

Sözleşme, ismiyle müsemma, insan haklarını ve temel özgürlükleri düzenlemektedir. Bu ikili sayım, ilk bakışta haklar ve özgürlüklerin farklı kategoriler olduğu anlamına gelir gibidir. Bu bir yerde doğrudur fakat hak kavramı, özgürlük kavramına göre daha geniştir.¹⁰⁹ Her özgürlük bir haktır ama her hak bir özgürlük değildir. Bu bağlamda, Sözleşme’deki özgürlüklerin birer hak olduğunu bilmek gerekir.

Konunun dil bilgisine bakan yönüne gelirse; hak ve özgürlük kavramlarının sırasıyla “to” ve “of” edatlarıyla kullanıldığını görürüz.¹¹⁰ Bunlardan ilki, başına eklendiği sözcüğe -e, -a anlamı verirken; ikincisi “-in”, “-ın” anlamı katar. Bu bakımdan motamot

109 İbrahim Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku-1: İnsan Haklarının Genel Kuramına Giriş*, (İmge 2013) 7-15

110 Fransızcada “à” ve “de”.

yaklaşırsak örneğin “*right to assembly*”, “toplanmaya hak” biçiminde; “*freedom of expression*” ise “ifadeye özgürlük” biçiminde söylenmelidir.¹¹¹ Bunlardan ilki öğretide kimi yazarlarca¹¹² kabul edilmekte, hatta çevirilere de yansımaktadır. Bu kullanım, cümle içinde bağlamsal olarak doğrudur. Örneğin “herkesin toplanmaya hakkı vardır” biçiminde bir cümle, tastamam doğrudur. Ne var ki tek başına kullanıldığında, özellikle de başlıklarda tuhaf bir tını içerir.

Benzer durum “*freedom of*” için de geçerlidir. Örneğin Türkçede “düşünceye özgürlük” ifadesi kullanılır. Hatta bu özgürlüğün, olumsuz yönünü anlatan “*freedom from*” kalıbı dikkate alındığında bu kullanım, iyi bir kavram çifti oluşturmaya olanak sunar. Örneğin Almanların “negatif din özgürlüğü” (*Negative Religionsfreiheit*) dedikleri kavramı Türkçede ve İngilizcede “dinden özgürlük” daha iyi karşılamaktadır. Fakat bu kullanım, “dine özgürlük”, “toplanmaya özgürlük” gibi örneklerde kulak tırmalar. Gerçi kalıp, cümle içinde daha şiirseldir. Örneğin “herkesin ifade özgürlüğüne hakkı vardır” demek hem çeviriye uygundur hem de estetikdir. Ne var ki cümle içinde anlamlı olabilecek bu kalıp, bir hakkı anlattığında veya başlıkta kullanıldığında yerinde olmayabilir. Bunun yerine, öznenin sahip olduğu “din özgürlüğü” veya “toplanma özgürlüğü” biçimindeki oturmuş kalıpları kullanmakta sorun görülmemelidir.

6.11. “Discrimination”

Çevirilerde tartışmalı olan konulardan biri de İngilizce *discrimination* sözcüğünün “ayrımcılık” biçiminde mi yoksa “ayırıcılık” biçiminde mi çevrileceğidir. Atilla Aşut’a göre “ayırım”, “fark” demektir. “Ayırım” ise, “tefrik etme”, “ayırma”, “bölme”, “koparma” eylemidir. Sözelimi ‘ayırım gözetmek’ denir, ancak ‘ayırım yapmak’ denmez.” Gerçekten de Anayasa’da (md. 10 ve 70) ve TCK’de (md. 122) ayırım ve ayrımcılık ifadelerinin kullanıldığını görmekteyiz. Öğretide de buna koşut olarak “ayrımcılık” ifadesini kullanan çok sayıda yazar vardır.¹¹³ Sözleşme çevirilerine baktığımızda Gözübüyük ve Gölcüklü Çevirisi buna örnektir. Dolayısıyla “ayrımcılık” ifadesini kullanmak için azımsanmayacak temel vardır. Gerçi Dil Derneği’nin sözlüğünde ayırım ile ayırım aynı anlamda kullanılmıştır. Hatta TDK sözlüğünde “ayrımcılık” diye bir kavrama yer bile verilmemiştir. Dolayısıyla sözlüklere baş vurduğumuzda ibre ayrımcılığa doğru kayar gibidir.

111 *Expression* sözcüğü Türkçeye anlatı veya dışavurum olarak da çevrilebilir.

112 Nüanslı olarak örn. bkz Gökçen Alpkaya, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Uygulamasında Toplanma Özgürlüğüne Hak’ (2001) 56(3) AÜSBFD 1-18

113 Örn. bkz Canan Ünal, *İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı*, (On İki Levha 2018)

6.12. “Derogation” ve “Suspension”

Sözleşme'nin 15'inci maddesindeki “*derogation*” ifadesine, Strazburg çevirisinde “askıya alma” biçiminde karşılık verilmiştir. Öğretide, büyük olasılıkla buna koşut olarak de kullanılan bu çeviri uyarınca Türkiye'deki OHÂL süreçlerinde de temel hakların askıya alındığı gibi yanlış ve tehlikeli bir söylem yaygınlaşmıştır. Bu durum, çeviri hatalarının ne denli ekiler doğurabileceğine iyi bir örnektir.

Gerçekten “*derogation*” sözcüğü, “askıya alma” anlamındaki “*suspension*” kelimesinden farklıdır. Askıya alma, belli bir süre boyunca Sözleşme'nin uygulama bulmamasını anlatır. Bu durum, Avrupa Konseyi Statüsü'nün 8. maddesinde ifade edilen, çok farklı özel koşullara bağlanmış bir süreci anlatır. Buna karşılık Sözleşme'nin 15. maddesinde “askıya alma”dan bahsedilmez. Bu maddedeki “*derogation*” ifadesi “yükümlülük azaltma”¹¹⁴, “sapma”¹¹⁵, “mükellefiyetlere aykırılık”¹¹⁶, “aykırı önlemler alabilme”¹¹⁷ biçiminde çevrilebilir. Dört çeviri içinde, en iyi karşılık “yükümlülük azaltma” gibidir. Çünkü bu ifade, devletlerin OHÂL koşullarında dahi hâlâ yükümlülüklerinin olduğunu imler.

6.13. “Limitation” ve “Restriction”

“*Limitation*” ve “*restriction*” sözcükleri, sadece dil bilgisi yönünden değil genel olarak hukuk literatürü yönünden de çok tartışmalı kavramlardır. Literatüre baktığımızda bunların Türkçeye kısıtlama veya sınırlama olarak geçebildiğini görürüz. Türkçede bu iki kavram, çoğu kez aynı anlama gelecek biçimde kullanılır. Bu kullanım, ilk bakışta sorunsuz görülebilir. Ne var ki konuya biraz daha yakından bakıldığında bir nüans vardır.

Bu nüans özellikle Alman literatüründe derinleştirilmiştir. Bir hakkın koruma alanının (*Schutzbereich*) nereye kadar uzandığını tartıştığımız bağlamlarda, ulaşılan son nokta o hakkın limiti sayılır. O limitin dışında kalan durumlar, hakkın getirdiği güvenceden yararlanmaz. Buna karşılık, bir hakkın getirdiği güvencelerin, farklı menfaat ve hakların korunması gereğince geriye çekilmesi gerektiği durumlar söz konusu olabilir. Bu durumda hakkın değil ama hak kullanımının bağlamsal olarak daralması söz konusu olur.

İşte bunlardan ilki “*limitation*” iken; ikincisi “*restriction*” dur. Şematize edersek hakkın neleri koruyup neleri korumadığını söylerken çizdiğimiz sınır şöyle görünmektedir:

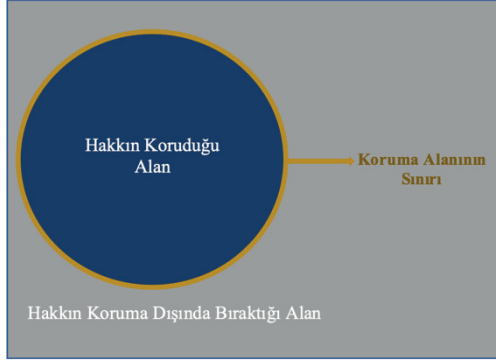
114 Doğru, s. 265; Tolga Şirin, “Askıya Alma Değil, Yükümlülük Azaltma; 3 Ay Değil 90 Gün”, *Bianet*, <https://bianet.org/bianet/siyaset/177267-askiya-alma-degil-yukumluluk-azaltma-3-ay-degil-90-gun>

115 Gemalmaz (n 19) 14

116 Akılhoğlu (n 21) 147

117 Gitili ve Güngör (n 15) 131

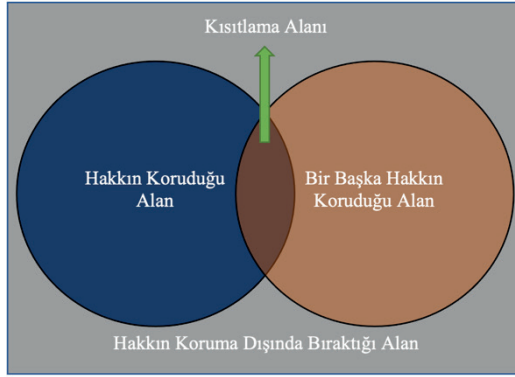
Tablo 1.



Burada yapılan etkinlik, hakkın sınırlarını çizmek anlamıyla sınır-la-maktır.

Buna karşılık hakkın, az önce ifade edilen güvencesinin bağlamsal olarak geriye çekilmesi gerekliliği o hakkın kullanımında bir kısma, bir kısıt getirme anlamına gelir. Bu uygulamada zühur eden “kısıtlama”yı (söz konusu şemada bir başka hak yerine bir değer de getirilebilir) şöyle şematize edebiliriz:

Tablo 2.



İşte “*limitation*” ve “*restriction*” arasındaki farkı da bu şemalara koşut olarak kavramak mümkündür. Buna göre Anayasa'nın 13'üncü maddesinde geçen hakkın “sınırlandırılması” ifadesi sorunludur. Bu mantığa göre maddede “kısıtlama” kavramı kullanılmalıydı.

Bu bakımdan Sözleşme metninde “*limitation*” için sınırlama, “*restriction*” için kısıtlama sözcüğünü kullanmak olanaklıdır. Buna karşılık, Türkiye'deki meri hukuku dikkate alarak “*restriction*” için “sınırlama” kavramını kullanmak da bir seçenektir.

6.14. “Security” ve “Safety”

Security ve *safety* sözcüklerinin her ikisi de Türkçeye kolaylıkla güvenlik olarak çevrilebilir. Bu iki kavram arasındaki geçişkenlik, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi hazırlanırken gündeme gelmiştir. Hukuksal ve Yönetimsel Sorunlar Komitesi, 29 Ağustos 1949’daki oturumunda “*safety of the person, as laid down in Articles 3, 5 and 8 of the Universal Declaration on Human Rights*” biçiminde bir ifade kabul etmiştir. Bu hükümdeki “*safety*” ifadesinin ihtilaf yaratmış, Fransızcadaki “*sûreté*” sözcüğünün tuhaf bir çevirisi olduğu gerekçesiyle “*security*” biçiminde yeniden kaleme alınmıştır.¹¹⁸

“*Safety*” sözcüğü, genel olarak kişilerin fiziksel veya diğer zararlardan korunmasına gönderme yapan bir sözcüktür. Buna karşılık “*security*”, hukuk sisteminin veya kolluk güçlerinin sağladığı düzenlilik ve güvencelerle ilgili bir kavramdır.¹¹⁹ Örneğin çalışanların kask takmak zorunda tutulması bir “*safety*” tedbiridir. Oysa belli bir yere silahla girilmesinin yasaklanması *security* tedbiri sayılabilir. Ayrımın bu mantığa göre yapılması gerekir. Sözleşme’nin 5’inci maddesi yönünden ise ayrı bir not düşülmelidir. Buradaki “güvenlik” sözcüğü çoğu kez, felsefi bağlamda çatışan iki değerden (özgürlük ve güvenlik) biri gibi görünmektedir. Bu bakımdan mesela gündelik dilde, bir kişinin güvenlik hakkı, daha çok Sözleşme’nin 8’inci maddesinde güvence altına alınan “huzur” ile ilişkili gibidir. Oysa maddede kastedilen şey, kişinin bazı güvencelere sahip olmasıdır. “*Secure*” sözcüğünün “güvence” veya “güvence altına almak” gibi anlamlar taşıdığı dikkate alındığında buradaki “*security*” sözcüğünün güvencelik gibi bir anlam taşıdığı düşünülebilir.

6.15. “Thought” ve “Opinion”

İngilizce metinlerde geçen “*opinion*” ve “*thought*” sözcüklerinin arasındaki ayrımı ifade etmek çok kolay değildir. Bu konuda öğretici bize yardımcı olabilir. Partsch’a kulak verecek olursak; her iki kavram da kişilerin iç dünyasıyla ilgili olan bu sözcüklerden “*thought*”, belki bir süreci anlatır. “*Opinion*” ise daha çok bir ürün gibidir. “*Thought*” dinsel alana değen bir anlam taşır, dolayısıyla “*faith*” ve “*creed*” ile ilişkilidir. “*Opinion*” ise politika alanıyla ilgili gibidir, dolayısıyla daha sekülerdir.¹²⁰ Thorgeirsdóttir’e göre de bu iki sözcük arasında bir aşama farkı vardır. “*Thought*” ilk adım sayılacaksa

118 Bu konuda ilgili kaynağa daha önce atf yapılmıştı.

119 Mart Susi, *Human Rights, Digital Society and the Law: A Research Companion* (Routledge 2019) 259

120 Karl Joseph Partsch, ‘Freedom of Conscience and Expression’ in L Henkin (ed), *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights* (CUP 1981) 21

“*opinion*” ikinci adım olabilir. “*Thought*” sözcüğünde bir rastgelelik vardır, açık uçluluk belirgindir. Oysa *opinion*'da kararlılık ve nihailik vardır. Bunun için de düşünme sürecinde mantıksal bir evrim gereklidir. Bir tepkinin ürünü veya tıpkı popüler bir ezgiye mırıldanmaya başlayıvermek gibi çevreden gelenlerin yansıması biçiminde olabilir. Bu nedenle değişime açıktır.¹²¹

Bu anlatıma bakılacak olursa “*thought*”, “düşünce” anlamına gelir. Çünkü gün içinde çok sayıda şey düşünürüz. Örneğin dağa tırmanmayı, yemek yapmayı, ülkenin nasıl yönetilmesi gerektiği gibi. Fakat bu konuda fikir sahibi olmak düşünmekten daha fazlasını gerektirir. Bu nedenle ikinci adıma denk düşen “fikir” ifadesi “*opinion*” sözcüğüne benziyor gibidir.

6.16. “Translator” ve “Interpreter”

Çevirmen ve tercüman aynı şey değildir. Çevirmen veya eski ifadeyle mütercim, çeviri işini yazılı bir kaynağı baz alarak yapar. Yani yazılı bir metni bir dilden başka bir dile çevirir. Örneğin bu makaledeki tartışma çevirmenlik etkinliğiyle ilgilidir. Buna karşılık tercüman, çeviri işini sözlü bir kaynağı baz alarak yapar. Bir konuşmayı veya diyalogu bir dilden başka bir dile anlık veya ardıl çeviri olarak yapar.¹²² İngilizcede birincisi için “*translator*”, ikincisi için “*interpreter*” kavramı kullanılır. Bu ayrımın Sözleşmenin md. 6(3) hükmüyle ilgili bir önemi vardır. Bu maddenin çevirilerinde “çevirmen” ifadesinin kullanıldığı görülüyor.¹²³ Oysa Mahkeme, anılan hüküm uyarınca sözlü dil desteğinin yeterli olabileceğini kabul etmiştir. Bunun dayanağı, “*translator*” değil “*interpreter*” kullanılmış olmasıdır.¹²⁴ Dolayısıyla bu maddedeki “*interpreter*” ifadesini “tercüman” diye Türkçeleştirmemiz gerekir.¹²⁵

7. Mahkemenin ve Sözleşme'nin Adı

Sözleşme'nin Resmî Gazetedeği Türkçe adı İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'dir. Mahkemenin adı ise Sözleşme'nin yayımlandığı Resmî Gazete

121 Herdis Thorgeirsdóttir, ‘The Contested Notion of Freedom of Opinion’, in J Grimheden and R Ring (eds.), *Human Rights Law - From Dissemination to Application: Essays in Honour of Göran Meland* (Brill 2006) 203-235

122 Tahsin Aktaş, *Çeviri İşlemine Genel Bir Bakış*, (Orsen 1996) 45 vd.

123 Doğru (n 18) 264; Gemalmaz (n 19) 11

124 H.K. v. Belgium App no 22738/08 (ECtHR, 12 January 2010). Diallo v. Sweden App no 13205/07 (ECtHR, 5 January 2010) § 23; Katritsch v. France Appno 22575/08 (ECtHR, 4 November 2010) § 41.; Protopapa v. Turkey App no 16084/90 (ECtHR, 24 February 2009) § 80; Husain v. Italy App no 18913/03 (ECtHR, 24 February 2005).

125 Akılhoğlu (n 21) 144

Ayrıca bkz Sibel İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı*, (CoE 2018) 365

sayısındaki metinde farklı şekillerde yansıtılmıştır. Sözleşme'nin bir maddesinde (md. 19) "Avrupa İnsan Hakları Divanı", diğer bir maddesinde (md. 38) ise "İnsan Hakları Avrupa Divanı" kavramı kullanılmaktadır. Buna karşılık, Mahkemenin adı hem resmî kurumların hem de gündelik basının dilinde "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi" biçiminde ifade edilmektedir. Bunun kısaltması ise AİHM olmaktadır. Oysa eğer Sözleşme'nin Resmî Gazete'deki hâlindeki "divan" sözcüğü "mahkeme" olarak güncellenebiliyorsa, 19'uncu maddeyi esas alarak kullanılan AİHM kısaltması gibi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) kısaltması da 38'inci madde esas alınarak kullanılabilir.

Türkçe hukuk literatüründe artan sayıda yazar, AİHM şeklinde kısaltmayı değil, İHAM biçimindeki kısaltmayı tercih etmektedir. Bu tercihe sadece genç hukukçuların arasında değil, Atilla Nalbant, Bakır Çağlar, Bertil Emrah Oder, Bülent Tanör, İbrahim Kaboğlu, Korkut Kanadoğlu, Mustafa Koçak, Naz Çavuşoğlu, Necmi Yüzbaşıoğlu, Osman Doğru, Sibel İnceoğlu, Sultan Tahmazoğlu-Üzeltürk gibi kıdemli yazarlar arasında da karşılaşılmaktadır.¹²⁶

Acaba bu kullanım yerine midir?

Malum, Türkçede sözcüklerin arasındaki ilişkiler eklerle kurulmaktadır. İki sözcük arasındaki ilişki ekle belirlenmişse bu durumda araya başka sözcükler girebilmektedir. Fakat bu ilişki herhangi bir ek olmadan kurulmuşsa, kural olarak, araya başka sözcük girmez. Böyle durumlarda eğer bir sıfat kullanılacaksa sıfatın, araya değil, başa konması gerekir. Özellikle belirtisiz nesne ve yüklem ilişkileri veya belirtisiz isim tamlamaları söz konusu olduğunda bu kural akılda tutulmalıdır. Örneğin bir isim tamlaması olan "kapı kolu"nun rengini nitelemek istediğimiz zaman, sıfatı başa koyarız. "Kapı beyaz kolu" demeyiz, "beyaz kapı kolu" deriz. "Kitap kapağı" konusunda bir niteleme yapacağımız zaman, örneğin "kitap güzel kapağı" demeyiz, "güzel kitap kapağı" deriz. Eğer tamlamadaki ilk sözcüğe dönük bir niteleme yapmak istiyorsak bu durumda söz konusu isim tamlamasını belirtili hâle getirmek bir seçenektir. Bu durumda "beyaz kapının kolu" veya "güzel kitabın kapağı" demek gerekir. Öte yandan, tamlamadaki ikinci sözcüğü nitelemek istiyorsak, özel bir şey yapmamıza gerek yoktur. Sıfat,

126 Örn bkz Bakır Çağlar ve Naz Çavuşoğlu, 'Parti Kapatma Davalarında Mermer-Mozaik İkilemi', (1999) 16 *Anayasa Yargısı* 143-187. Bertil Emrah Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri* (Beta 2010); Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (Beta 2018); Kaboğlu (n 108); Korkut Kanadoğlu, 'Laiklik ve Din Özgürlüğü', (2013) 109 *TBB Dergisi* 353-383; Mustafa Koçak 'Karşılaştırmalı Analiz, İHAM ve AB Ölçütleri' (2006) 22 *Anayasa Yargısı* 115-132; Osman Doğru ve Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi* (Legal 2013); Sibel İnceoğlu (ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa* (Beta 2013); Sultan Tahmazoğlu-Üzeltürk, *1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı* (Beta 2004)

belirtisiz isim tamlamasındaki ikinci sözcüğü niteler. Bunun yanı sıra, isim tamlamasını yine belirtili hâle getirmek ve nitelermeyi araya almak da olanaklıdır. Bu durumda “kapının beyaz kolu” ve “kitabın güzel kapağı” denebilir.

Yani kural, ilk bakışta açık gibidir. Gelgelelim bu formül her durumda geçerli değildir. Yerleşmiş ve benimsenmiş sapsmalar söz konusu olabilmektedir. Tıpkı “yüksek” sözcüğünün “hemşirelik okulu” veya “makine mühendisi” tamlamalarının arasına girdiği gibi.¹²⁷ Ayrıca kullanılacak sözcüklere ve bağlama göre bazı güçlüklerin gündeme geldiğine de tanıklık etmekteyiz. Örneğin yakın zaman önce İstanbul’da bir “Uluslararası Hukuk Kongresi” düzenlenmiştir.¹²⁸ Yüzlerce kişi bu kongrenin “uluslararası hukuk” konusunda olduğunu düşündü. Toplantının içeriğini incelendiğinde ise “uluslararası hukuk” ile ilgili bir kongre olmadığını fark edildi. Uluslararası olan “kongre” idi. “Hukuk” ise uluslararası katılımcılara açık bu kongrenin sadece konusuydu. Fakat herhâlde “uluslararası hukuk” tamlamasının yaygınlığından olsa gerek “uluslararası” nitelemesinin kongreye değil, hukuka yönelik olduğu düşüncesine kapılmışlardı. Bu karmaşıklığı gidermek için yukarıdaki çözümü deneyecek olsaydık, kongreyi “Hukukun Uluslararası Kongresi” diye adlandırmamız gerekirdi. Böyle bir kullanımın ise kulak tırmalaması bir yana, hukuk konusunda tek bir uluslararası kongre varmış gibi bir izlenim doğurduğu açıktı. Bu son sorun, belki Türkçede “tanımlık” (artikel) olmamasıyla ilgili de bir mesele sayılabilir. Fakat ilginçtir, kimileri “hukuk uluslararası kongresi” denmesini önerdi. Bu kurgu, daha az kulak tırmalıyordu. Ayrıca, söylenmek isteneni de yansıtır, en azından üzerinde bir defa daha düşündürüyordu.

Buna benzer bir sorun, az önce dile getirdiğimiz Mahkemenin adı yönünden de geçerlidir. Çünkü Mahkemenin adı “European Human Rights Court” değil, “European Court of Human Rights”. Türkçeye bire bir çevirirsek Mahkemenin adı “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi” değil, “İnsan Haklarının Avrupa Mahkemesi” veya “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi”dir. Sözleşmeyi kaleme alanlar yönünden bu tercih, insan haklarının bir değer olarak Avrupa ile sınırlı olmadığını, evrensel nitelik taşıdığını imlemek ve söz konusu Mahkemenin, evrensel insan haklarının Avrupa’daki korumasını sağladığını göstermek gibi bir anlamı barındırmaktadır. Nitekim Avrupa’nın dışında bir de “İnsan Haklarının Amerikalılararası Mahkemesi” (*Inter-American Court of Human Rights*) olduğu bilgisi, bunu daha iyi anlamamızı sağlamaktadır.¹²⁹

127 Bu konularda bkz Feyza Hepçilingirler, *Türkçe “Off”* (Everest 2006) 8 vd

128 Bkz <https://twitter.com/uakonferans2018>

129 Amerikalılararası Mahkemenin internet sitesi izleyen adresten incelenebilir: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/en>

İşte burada şu soru gündeme gelmektedir: Sözcüğün bu özel vurgusu ve yer sıralaması karşısında Türkçe dilinin, anılan nüansı silikleştiren kategorik sözcük sıralaması, acaba sadece dil bilgisi öğretisine ve genellemelerine atıfla tek seçenek olarak mı kabul edilmelidir? Başka bir deyişle, bu ayrımı hissettirecek türde terimler üzerine düşünmemiz, bağlama özgü ayrık türetmeler olanaksız mı sayılmalıdır?

Bu sorulara farklı yanıtlar verilebilir. Zira dil canlı bir varlık gibidir. Üstelik konu jargon olduğunda, alana dönük neolojik arayışlar, bazen keyfiliğin ötesine geçerek bir ödev veya bir sorumluluk meselesine dönüştürülebilir. Gerçi bu çabalar, kuşkusuz her zaman başarılı olmaz. Fakat toplumun kuracağı odaya yaşamaya bağlı olarak, en azından belli meslek çevrelerindeki söz dağarcığı yönünden, bazı sözcüklerin mayasının tutması mümkündür. Bu olanağın benzeri, kısaltmalar için haydi haydi geçerlidir.

Bu bakımdan yeri gelmişken burada Osman Doğru'nun böylesi bir kaygıyla, yani uluslararası insan hakları hukukunun başlıca belgelerinin kısaltmalarını kolay okunabilir hâle getirmek adına çıkarttığı listeyi anmak gerekir. Doğru, insan hakları hukuku öğretisinin gelişmeye başladığı yıllardaki o çalışmasında, bu alandaki başlıca uluslararası sözleşmelerin kısaltmalarını akılda kalır ve kolay söylenir hâle getirmeye çalışmıştır. Örneğin Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Sözleşme'nin KKHTATES olarak kısaltılmasının güçlüğünün bilincinde olarak "KAYT" biçiminde bir kısaltmayı önermişti. Keza "Convention on the Rights of Child" metni için "Çocuk Hakları Sözleşmesi" (ÇOHAS); "Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearances" metni için "Herkesin Zorla Kaybedilmesine Karşı Bildiri" (ZORKAB) önerisi getirmesi de benzer bir mantığın ürünüydü ve oldukça yaratıcıydı. Zaman harcanarak ve emek verilerek üretilen ve ders anlatımlarında da işlev gören bu listeye daha çok değer atfedilmelidir.¹³⁰

Doğru, o listede AİHM yerinde İHAM kısaltmasını tercih etmiştir. Bu yerinde tercih orijinal adı "European Court of Human Rights" olan Mahkemenin Türkçe ismini tam karşılıyor olmakla kalmamakta, aynı zamanda alanda yapılan sözlü teknik tartışmalardaki karmaşayı gidermek gibi de bir işlev taşımaktadır. Şöyle ki, Türkçe konuşma dilinde çoğu kez AİHM denmez. Genellikle duyulan şey AHİM veya AYİM olmaktadır. Yani aslında AİHM kısaltmasının sözlü dilde pek kullanışlı olduğu söylenemez. Bu bir yana, Türkiye'de Askerî Yüksek İdare Mahkemesi isimli ve 2017 yılına değin uzun yıllar faaliyet göstermiş bir mahkeme bulunmaktadır. Bu mahkememin adının kısaltılmış

130 Doğru (n 18) ix-xii

hâli AYİM'dir.¹³¹ Böyle olunca, AİHM'in yaygın söylenişi (AYİM) ile Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin kısaltması (AYİM) arasındaki fark neredeyse tamamen silikleşmektedir. Aynı bilim dalında sıklıkla kullanılan bu iki kısaltmanın sözlü dilde karışması az rastlanan bir durum değildir. Eğer dil, insan hayatını kolaylaştırmak için ise, yukarıdaki sözcük sıralamasını birebir uygulamanın böyle bir kolaylık sağlamadığı söylenebilir.

Sonuç olarak “*European Court of Human Rights*” veya “*Cour Européenne des Droits de L'homme*” diye ifade edilen Mahkemenin adının “İnsan Haklarının Avrupa Mahkemesi” veya “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi” diye çevrilmesi mümkündür. Bu kullanımla koşutluk sağlamak için ise Sözleşme'nin adı da “İnsan Haklarına İlişkin Avrupa Sözleşmesi” olabilir. Nitekim çeviri biliminin edatlar için tanıdığı esneklik buna olanak tanımaktadır.

Bu noktada çeşitli çevrelerin Mahkemenin kendini adlandırma biçiminin değiştirilemeyeceği yönündeki savına yanıt vermek gerekir. Bu sav, iki nedenle kabul edilemez.

Birincisi, Mahkemenin resmî dili Türkçe değildir. Mahkeme kendisini Türkçe adlandırmamaktadır. Bu kullanımlar, çeviri için Konsey tarafından açılan ihalelerde çevirmen olarak kabul edilen kişilerin tercihlerini yansıtmaktadır.

İkincisi, Mahkemenin resmî sitesinde yayımlanan metinlerdeki çeviri hataları Mahkemeyi bağlamaz. Eğer böyle olsaydı yukarıda ifade ettiğimiz çok sayıda hatayı aynen benimsememiz gerekirdi. Bu hatalar, “etkili” yerine “etkin” sözcüğünün kullanımına kadar uzanmaktadır. Öte yandan bu savı doğru kabul edecek olursak; Avrupa Konseyinin sitesinde yayımlanan ve yayınevi tarafından basılan farklı sözleşmelerde de aynı yaklaşımı benimsememiz gerekirdi. Bu “*Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence*” adındaki Sözleşme'nin de “Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi” olarak adlandırılmasını gerektirirdi. Oysa buradaki “*domestic*” ifadesi “aile içi” olmaktan çok “ev içi” anlamı taşır. Dolayısıyla kurum çevirmeninin hatalı kullanımı, uygulamacıları bağlamaz.

131 Eğer AİHM kısaltması kullanılacaksa bu durumda kısaltmaya getirilecek ek de ayrı bir tartışma konusudur. AİHM biçiminde bir okumanın güçlüğünden ötürü bu kısaltmanın A-İ-He-Me biçiminde olması, dolayısıyla da ekin bu okunuşa göre uyarlanması gerektiğini savunanlar vardır. Çok sayıda isim içinde özellikle Necmiye Alpay'ı örnek gösterebiliriz. Yazar, kısaltmalara getireceği eklerde kaynaştırma harfi (örn. AİHM'ye, AİHM'den veya AİHM'nin) kullanmaktadır. Alpay (n 70) s. 16. Bu konuda yaptığım bilgi edinme başvuruma verilen yanıtta TDK'nin, “AİHM'in” gibi bir kullanımı yeğlediğini öğrenmiş bulunuyorum.

Bu nedenlerle İnsan Haklarının Avrupa Mahkemesi ve İnsan Haklarına İlişkin Avrupa Sözleşmesi ifadelerinin ve de İHAM ve İHAS kısaltmalarının kullanılması doğru ve mümkündür.

8. Sonuç Yerine Sözleşme Çevirisi Önerisi

Tüm bu yazılanların bir sonucu olacaksa bu sonuç bir Sözleşme çevirisi önerisi olabilir. Başta da söylendiği üzere var olan Türkçe çevirileri eleştiren bu nedenle alternatif bir çeviri sunan ama kendisini de tartışmaya açan bu çalışmanın, özellikle Anayasa Mahkemesinin öncülüğünde yapılacak olası bir çalışmaya etüt metni olması umulmaktadır. Dolayısıyla önerinin ve çağrının muhatabı Anayasa Mahkemesidir.

İNSAN HAKLARININ VE TEMEL HAKLARIN KORUNMASI İÇİN SÖZLEŞME

Buradaki İMZACI¹³² HÜKÜMETLER, Avrupa Konseyinin üyesi olarak;

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948 tarihinde ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ni¹³³ dikkate alarak;

Bu Bildirge'nin¹³⁴, bildirdiği hakların evrensel ve etkili biçimde tanınmasını ve bunlara uyulmasını güvence altına almayı amaçladığını hesaba katarak;

Avrupa Konseyinin amacının, kendi üyeleri arasında daha güçlü bir birliğe erişmek olduğunu ve insan hakları ile temel özgürlüklerin korunmasının ve yaşama geçirilmesinin bu amaca ulaşmak için izlenecek yöntemlerden biri olduğunu göz önünde tutarak;

dünyadaki¹³⁵ barışın ve adaletin kurucusu olan ve en iyi biçimde, bir yandan etkili¹³⁶ bir siyasal demokrasiyle ve diğer yandan ortak bir anlayışla ve bunların dayandığı insan haklarının yerine getirilmesiyle korunan bu temel özgürlüklere derin inançlarını yeniden onaylayarak;

benzer düşünce içinde olan ve siyasal geleneklerin, ideallerin, özgürlüklerin ve hukukun egemenliğinin¹³⁷ ortak mirasına sahip bulunan Avrupa ülkelerinin hükümetleri olarak, Evrensel Bildirge'de ifade edilen bazı hakların toplu olarak uygulanması için ilk adımı atmaya kararlaştırarak; aşağıdaki düzenlemelerde¹³⁸ anlaşmıştır:

132 Bu sözcük, “imzacı”, “imza sahibi”, “imzalayan” biçiminde çevrilebilir.

133 “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi” biçimindeki kalıbı kullanan pek çok yazarın, bu belgeyle ilgili olarak sıralamayı değiştirerek “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi” ifadesini kullanması dikkat çeker. Bu yaygın kullanım da tercih edilebilir.

134 *Declaration* sözcüğü Türkçede “beyanname”, “bildiri” veya “bildirge” olarak çevrilebilmektedir. Bu konuda tekdüzelik sağlanmalıdır.

135 Türkçede noktalı virgülden sonra büyük harf olmaz. Bu nedenle orijinal metinlerde büyük harfle başlayan bu cümlelerin küçük harfle başlatılması gerekir.

136 Türkçe çevirilerde sık yapılan hata, “etkili” (*effective*) ve “etkin” (*efficient*) sözcüklerinin karıştırılmasıdır. Bu noktaya özel olarak vurgu yapmak gerekiyor.

137 “*Rule of law*” sözcüğü Türkçede sıklıkla “hukukun üstünlüğü” diye çevrilmektedir. “*Supremacy of law*” sözcüğünün karşılığı olan “hukukun üstünlüğü” ile “*rule of law*” arasındaki farkı ortaya koyacak bir çeviriye ihtiyaç bulunmaktadır. “Hukukun egemenliği” veya “hukukun yönetimi” çevirilerinden biri seçilebilir.

138 Burada “hüküm” sözcüğüne yer verilmemesinin nedeni, “hüküm” sözcüğünün “*judgment*” biçiminde söylenen kararların karşılığı olarak kullanılacak olmasıdır.

Madde 1 – İnsan Haklarına Saygı Yükümlülüğü¹³⁹

Yüksek Sözleşmeci taraflar¹⁴⁰, bu Sözleşme'nin I. bölümünde¹⁴¹ tanımlanan hak ve özgürlükleri, kendi egemenlik alanı içinde bulunan herkes için güvence altına alır.

BÖLÜM I

HAKLAR VE ÖZGÜRLÜKLER

Madde 2 – Yaşam Hakkı¹⁴²

1. Herkesin yaşam hakkı hukuk¹⁴³ tarafından korunur. Kimse, cezasını hukukun koyduğu bir suç uyarınca bir mahkemenin verdiği ölüm cezasının infazı dışında yaşam hakkından kasten yoksun bırakılamaz.

2. Yaşamdan yoksun bırakma, aşağıdaki durumlarda, mutlaka gerekli olanı aşmayan bir güç kullanımından doğmuşsa bu maddeye aykırı yapılmış sayılamaz:

(a) herhangi bir kişinin, hukuka aykırı şiddetten korunmasında;

(b) hukuka uygun olarak yakalamanın gerçekleşmesi veya hukuka uygun olarak tutulan bir kişinin kaçmasını önleme için;

(c) bir isyanı veya ayaklanmayı bastırma amacıyla hukuka uygun olarak gerçekleşen bir eylemde.

Madde 3 – İşkence Yasağı

Kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muameleye veya cezaya tabi tutulamaz.¹⁴⁴

139 Eski çevirilerde başlık yoktur. Bunun nedeni bu başlıkların 11 no.lu Protokol ile birlikte metne dâhil edilmiş olmasıdır.

140 Bu sözcüğün karşılığı da tartışılabilir. “Sözleşmeci” ifadesi, daha önce kullanılan “imzacı” ifadesine koşut bir ifade olduğu için yeğlenmiştir. Söz konusu kalıpta “yüksek” ve “taraf” sözcükleri İngilizcede büyük harfle yazılmalı da Türkçe kurallarına uymadığı için küçük harfle yazılmıştır.

141 Orijinal metinlerde büyük harf kullanılan her yerde Türkçede de büyük harf kullanılması gerekliliği tartışılabilir. Türkçenin dil bilgisi kuralları mı yoksa orijinal metinlerin mi esas alınması gerektiği sorunu dil bilimi yönünden ele alınmalıdır. Öte yandan buradaki cümle yapısı gereği kullanılan kalıptan ötürü “Section I” yazılan yerde “Bölüm I” değil “I. Bölüm” yazılması olanak dâhilindedir.

142 “Yaşama hakkı” biçiminde çeviriler olsa da burada “right to live” değil “right to life” ifadesinin geçtiği dikkate alınmalıdır. (Fra. *droit à la vie*) Evlenme hakkı (*right to marry*) kullanımı, yaşam hakkı ifadesinin kullanılmasını gerektirmektedir.

143 Buradaki “law” veya “loi” sözcüğü, çoğu kez “yasa” veya “kanun” olarak çevirmektedir. Oysa Strazburg organlarının bu sözcüğe biçimsel değil, maddi anlam verdikleri dikkate alındığında “hukuk” sözcüğünün kullanılması daha doğru görünmektedir.

144 Buradaki “shall” kullanımının fiile “-a/-e” eki getirdiği kabul edilmelidir. Daha önce değinildiği gibi bu yardımcı fiil “ebilir”/“-abilir” anlamı taşıyabileceği gibi cümlenin yapısına göre, bir ekleme yapmadan emrediciliği vurguluyor olabilir. Böyle durumlarda, “may” yardımcı fiili ile karışmamasına özen gösterilmelidir.

Madde 4 – Kölelik ve Zorla Çalıştırma Yasağı

1. Kimse köle veya kul olarak tutulamaz.
2. Kimse zorla veya zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz.
3. Aşağıdaki durumlar¹⁴⁵, bu madde bakımından “zorla veya zorunlu çalışma” teriminin içinde sayılamaz:
 - (a) Bu Sözleşme'nin madde 5 düzenlemelerine göre uygulanan tutmanın olağan akışı esnasında veya böyle bir tutmadan koşullu olarak salıverilme sürecinde yapılması gereken herhangi bir iş,
 - (b) askerî nitelikte bir hizmet veya vicdani reddin tanındığı ülkelerde bu kişilere zorunlu askerî hizmet yerine yüklenen başka bir hizmet,
 - (c) toplumun yaşamını veya esenliğini tehdit eden olağanüstü bir durumda¹⁴⁶ veya afet¹⁴⁷ hâlinde yüklenen bir hizmet,
 - (d) normal yurttaşlık¹⁴⁸ yükümlülüklerinin parçasını oluşturan bir iş veya hizmet.

Madde 5 – Özgürlük ve Güvenlik¹⁴⁹ Hakkı

1. Herkes kişi özgürlüğü ve güvenlik hakkına sahiptir. Hukukun öngördüğü bir usule uyulmadıkça ve aşağıdaki durumlar dışında kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:
 - (a) bir kişinin, yetkili bir mahkemenin verdiği mahkûmiyetten sonra hukuka uygun olarak hapsedilmesi¹⁵⁰;

145 Orijinal metinlerde yer almayan bu ifadenin dil bilgisi kuralları ve anlaşılabilirlik uyarınca eklendiği kaydedilmelidir.

146 Burada “hâl” değil “durum” ifadesinin geçmesi daha yerinde olur. Böyle yapılmaması durumunda ifadenin Sözleşme'nin 15'inci maddesinde geçen “olağanüstü hâl” ile karıştırılma olasılığı vardır. Oysa buradaki durum (tıpkı Anayasa'nın 18'inci maddesinde olduğu gibi) olağan dışılık benzeri bir anlam taşır.

147 *Calamity* sözcüğü için felaket ifadesi de kullanılabilir.

148 Anayasa'daki terminoloji ile uyum sağlanması isteniyorsa bu durumda “vatandaşlık” ifadesinin kullanılması olanaklıdır. Bu bakımdan “olağan vatandaşlık” ifadesini kullanmak mümkündür. Fakat orijinal metinlerde “ordinary” (Fra. *ordinaires*) veya değil “normal” (Fra. *normales*) ifadesine yer verildiği kaydedilmelidir.

149 Daha önce değinildiği gibi buradaki “güvenlik” sözcüğü çoğu kez, felsefi bağlamda çatışan iki değerden (özgürlük ve güvenlik) biri gibi görünmektedir. Bu bakımdan mesela gündelik dilde, bir kişinin güvenlik hakkı, daha çok Sözleşme'nin 8'inci maddesinde güvence altına alınan “huzur” ile ilişkili gibidir. Oysa maddede kastedilen şey, kişinin bazı güvenceye sahip olmasıdır. *Secure* sözcüğünün “güvence” veya “güvence altına almak” gibi anlamlar taşıdığı dikkate alındığında buradaki *security* sözcüğünün güvenceliklik gibi bir anlam taşıdığı düşünülebilir.

150 Buradaki tutmanın “hapsedilme” diye ifade edilmesi, tutmanın mahkeme kararına dayanmasıyla ilgilidir. Salt “tutma” demek de mümkündür.

(b) bir kişinin, bir mahkemenin hukuka uygun olarak verdiği bir emre uymadığı için veya hukukun öngördüğü bir yükümlülüğü yerine getirmesini sağlamak amacıyla hukuka uygun olarak yakalanması¹⁵¹ veya tutulması;

(c) bir kişinin suç işlediğinden makul kuşku¹⁵² duyulması üzerine veya suç işlemesini önlemenin ya da işledikten sonra kaçmasını engellemenin gerekli olduğunun makul sayılabileceği bir durumda, hukuken yetkili makamların önüne çıkarmak amacıyla hukuka uygun olarak yakalanması¹⁵³ veya tutuklanması¹⁵⁴;

(d) bir küçüğün eğitiminin izlenmesi amacıyla hukuksal bir emirle¹⁵⁵ tutulması veya hukuken yetkili makamların önüne çıkarmak amacıyla hukuka uygun olarak tutulması;

(e) bulaşıcı hastalıkların yayılmasını önlemek için kişilerin¹⁵⁶; akıl hastalarının, alkoliklerin ya da uyuşturucu bağımlılarının veya serserilerin hukuka uygun olarak tutulması;

(f) bir kişinin ülkeye izinsiz girişini engellemek için veya hakkında sınır dışı etme veya suçluların iadesi amacıyla işlem yapılan bir kişinin yakalanması veya tutulması.

2. Yakalanan herkes, yakalanma nedenleri ile kendisine yöneltilen suç hakkında, anlayabileceği bir dilde derhâl¹⁵⁷ bilgilendirilir.

3. Bu maddenin 1 (c) bendi düzenlemeleri uyarınca yakalanan veya tutuklanan herkes, derhâl bir hâkimin veya hukuken yargı erkini kullanmakla yetkilendirilmiş diğer bir görevlinin önüne çıkarılır ve makul bir sürede yargılanma veya yargılama sürerken salıverilme¹⁵⁸ hakkına sahiptir. Salıverme, bu kişinin duruşmada hazır bulunmasını güvence altına alan koşullara tabi kılınabilir.

151 Bağlamsal olarak “gözaltına alınması” ifadesi de kullanılabilir. Yakalama, göz altına almadan önceki aşama olduğu ve ceza hukukunun dışına taşan anlamları olduğu için yeğlenmiştir.

152 Buradaki kullanımın, Türk ceza hukukundaki “basit şüphe”, “makul şüphe”, “kuvvetli şüphe” sıralamasında yer alan basamaklardan birini tam olarak karşılamadığını vurgulamak gerekir. Bu nedenle “şüphe” yerine “kuşku” kavramına yer verilmesi ifadenin özerkliğinin anlaşılması için yerinde görünmektedir.

153 Göz altına alma ve yakalama ikilemi burada da geçerlidir.

154 Tutmanın ceza muhakemesine özgü bu biçiminin “tutuklama” olarak ifade edilmesi gerekir. Tutma biçimindeki saf kullanım da olanaklıdır.

155 Bu karşılığın geliştirilmesi olanaklıdır.

156 İçtihat bir yana, metindeki saf anlamın sadece bulaşıcı hastalık taşıyan kişilerle sınırlı olmadığına dikkat etmek gerekir.

157 Derhal ifadesi yaygın olarak kullanılmakla birlikte “çabucak” gibi özerk anlama işaret eden bir ifade de yeğlenebilir.

158 “Salıverme” ifadesinin kimi durumlardaki pejoratif tınısı uyarınca “serbest bırakma” ifadesinin kullanılması da olanaklıdır.

4. Yakalanma veya tutulma¹⁵⁹ nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılan herkes, tutulmasının hukuksallığı hakkında hızla karar verebilecek ve tutulması hukuki değilse salıverilmesine karar verecek bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

5. Bu madde düzenlemelerine aykırı olarak yakalanmaktan veya tutulmaktan mağdur olan herkes, icra olunabilir¹⁶⁰ bir tazminat hakkına sahiptir.

Madde 6 – Adil Yargılanma Hakkı

1. Herkes, kişisel¹⁶¹ hak ve yükümlülüklerine ilişkin uyuşmazlıkların veya hakkındaki bir suç isnadının karara bağlanmasında, kanunla¹⁶² kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri¹⁶³ tarafından, makul bir sürede, hakkaniyete uygun ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir. Hüküm aleni¹⁶⁴ olarak açıklanır fakat duruşmayı izleyenler ve basın mensupları, çocuk ve gençlerin menfaatlerini veya tarafların özel yaşamlarını korumanın gerektirmesi durumunda ve adaletin zarar göreceği özel durumlarda mahkemenin kesinlikle gerekli olduğuna kanaat getirdiği ölçüde, demokratik bir toplumdaki genel ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına duruşmanın tamamından veya bir bölümünden çıkarılabilir.

2. Kendisine suç yüklenen herkes, hukuken suçlu olduğu kanıtlanıncaya kadar masum¹⁶⁵ sayılır.

3. Kendisine suç yüklenen bir kişi, şu asgari haklara sahiptir:

(a) kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedenleri hakkında anlayabileceği dilde ve ayrıntılı olarak derhal bilgilendirilme;

(b) savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olma;

159 Bu fıkrada tanınan hak sadece ceza muhakemesiyle ilgili değildir. Farklı tutulma biçimlerine karşı tanınan bir güvence olduğu için gözaltı ve tutuklama gibi dar ifadelerinin kullanılmaması önemlidir.

160 Fransızca metinde bu kavram yoktur.

161 Orijinal metindeki “*civic*” ifadesi “medeni” biçiminde çevrilebilmektedir. Böylesi bir çeviri, kavramı medeni hukuk ile sınırlayan bir anlamı barındırmaktadır. Bu yanlış anlamının aşılması için “kişisel” ifadesinin kullanılması daha uygun görüldü.

162 Burada biçimsel kanun anlayışının olması önem taşır. Yasa yerine kanun ifadesinin kullanılma nedeni ise Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'tir.

163 Türkçede *court* sözcüğünün karşılığı olan “mahkeme” ifadesinden başka *tribunal* sözcüğünün karşılığı olan özel bir ifade yoktur. “Yargı yeri” kavramı önerilir.

164 Buradaki “aleni” ifadesi “herkese açık” vb. türden bir ifadeyle de karşılanabilir.

165 Burada “masum” yerine “suçsuz” da denilebilir. Fakat “masumiyet karinesi” ifadesinin yaygınlığı ve suçsuz sözcüğüne göre nüanslı anlamı uyarınca “masum” sözcüğü yeğlendi.

(c) kendisini bizzat veya kendi seçeceği bir müdafî¹⁶⁶ aracılığıyla savunma; müdafîye ödeme yapabilmek için yeterli olanağı yoksa ve adalet yararına bir gereklilik varsa ücretsiz hukuki yardım alma;

(d) aleyhine olan tanıklar sorguya çekme ve çektirme; lehine olan tanıkların, aleyhine olan tanıklarla aynı koşullarda hazır bulunmalarını ve sorguya çekilmelerini sağlama;

(e) mahkemede kullanılan dili anlamıyor veya konuşamıyorsa, bir tercümanın¹⁶⁷ yardımından ücretsiz olarak yararlanma.

Madde 7 – Kanunsuz¹⁶⁸ Ceza Olmaz İlkesi

1. Kimse işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre bir suç oluşturmayan bir eylemden veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Kimseye suçu işlediği zaman verilebilecek cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

2. Bu madde, herhangi bir kişinin, işlendiği sırada uygar uluslar tarafından tanınmış hukukun genel ilkelerine göre suç sayılan herhangi bir eylem veya ihmal nedeniyle yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir.

Madde 8 – Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı

1. Herkes özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına hukuka uygun olarak yapılan ve ulusal güvenlik, kamu emniyeti¹⁶⁹, ülkenin ekonomik esenliği, düzensizliğin veya suçun önlenmesi, genel sağlığın veya genel ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla¹⁷⁰ demokratik bir toplumda gerekli bulunan müdahalelerin dışında, bir kamu makamı tarafından hiçbir müdahalede bulunulamaz.

166 İngilizce orijinal metinde “*legal assistance*” ifadesi kullanılmaktadır. Fakat Fransızca metinde “*l’assistance d’un défenseur*” ifadesine yer verildiği de bilinmelidir. “Avukat” ifadesi ise ceza yargılamasındaki savunma makamının kendine özgü özelliklerle uyarınca yerinde görülmemektedir.

167 Burada “çevirmen” değil “tercüman” ifadesinin kullanılması önem taşır. Çünkü tercüman, çevirmenden farklı olarak bu işi sözlü olarak yapar.

168 Burada da “hukuk” sözcüğünün kullanılması mümkündür. Fakat “kanunsuz ceza olmaz” ifadesinin yaygın kullanımı karşısında belirsizlik yaratmamak için “hukuksuz” ifadesine yer vermek gerekli görülmemiştir.

169 Burada güvenlik ifadesinin kullanılmamasının nedeni “*national security*” ve “*public safety*” sözcükleri arasındaki farktan ileri gelmektedir. “*Security*” ve “*safety*” sözcüklerinin ikisi için de “güvenlik” ifadesine yer verilmesi farklı silikleştirmektedir. Bu nedenle ayrımı ortaya koyan bir sözcük kullanılmadığıdır. Bu bağlamda madde 5’te kullanılan “güvence” ifadesi de akılda tutulmalıdır.

170 Her virgülden önce ayrıca “for” bulunduğu için bu meşru amaçların ayrı ayrı olduğunu vurgulayacak bir kullanıma da gidilebilir.

Madde 9 – Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü

1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkına sahiptir; bu hak, din veya inancını değiştirme özgürlüğünü, tek başına veya başkalarıyla birlikte topluluk hâlinde, aleni veya özel olarak ibadet etme, öğretme, uygulama ve ayin yapma biçiminde din veya inancını açığa vurma özgürlüğünü de içerir.

2. Bir kişinin dinini veya inancını açığa vurma özgürlüğü ancak hukuken öngörülen ve kamu güvenliği, kamu düzeninin korunması, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla demokratik bir toplumda gerekli olan sınırlamalara tabi tutulabilir.

Madde 10 – İfade Özgürlüğü

1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir.¹⁷¹ Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ulusal sınırlara bakılmaksızın, bir fikre¹⁷² sahip olma, haber ve düşüncelere ulaşma ve bunları yayma özgürlüğünü de içerir. Bu madde devletin, radyo yayıncılığını, televizyon ve sinema işletmeciliğini izne bağlamasına engel değildir.

2. Bu özgürlükleri kullanırken hakkın kullanımı, ödev ve sorumluluk içinde hareket edilmesi gerektiğinden, hukuken öngörülen ve ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü¹⁷³ veya kamu emniyeti, düzensizliğin veya suçun önlenmesi, sağlığın ve ahlakın korunması, başkalarının saygınlığının ve haklarının korunması, gizli olarak elde edilen bilgilerin açığa vurulmasının önlenmesi, yargı organının otoritesinin ve tarafsızlığının korunması amacıyla demokratik bir toplumda gerekli bulunan formalitelere, koşullara, kısıtlamalara ve cezalara tabi tutulabilir.

Madde 11 – Toplanma¹⁷⁴ ve Örgütlenme Özgürlüğü

1. Herkes barışçıl biçimde toplanma özgürlüğü ile çıkarlarını korumak için sendika kurma ve sendikalara girme hakkı dâhil, başkalarıyla birlikte örgütlenme¹⁷⁵ özgürlüğü hakkına sahiptir.

171 “Anlatım özgürlüğü” veya “dışa vurum özgürlüğü” gibi kullanımlar tutarlı olmakla birlikte yerleşmiş kalıp karşısında talileşmektedir.

172 Burada “düşünce” değil “fikir” sözcüğüne yer verilmesinin nedeni “*thought*” ve “*opinion*” sözcükleri arasındaki farkı yansıtmaya amaçlıdır.

173 “Ülkesel bütünlük” biçiminde bir kullanım da doğrudur, hatta diğer maddelerdeki “ülkesel” kullanımlarıyla birlikte ele alındığında daha tutarlı olabilir. Fakat bir kalıp olarak “toprak bütünlüğü” ifadesinin yaygınlığı uyarınca bu ifade yeğlendi.

174 Toplantı biçimindeki çeviriye kuşkuyla yaklaşmak gerekir. Zira toplantı, toplanma biçimlerinden yalnızca biridir.

175 Buradaki “*association*” ifadesi kimilerince “dernek” diye çevriliyor. Sözcük, çeşitli örgütlenme biçimlerinden birine indirgenemez.

2. Bu hakların kullanılmasına, ulusal güvenlik veya kamu emniyeti yararına, suçun ve düzensizliğin önlenmesi, sağlığın ve ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla hukuken öngörülen ve demokratik bir toplumda gerekli olanlardan başka kısıtlamalar koyulamaz. Bu madde, bu hakların silahlı kuvvetler, polis örgütü ve devlet idaresi mensupları tarafından kullanılmasına hukuka uygun kısıtlamalar koyulmasını engellemez.

Madde 12 – Evlenme Hakkı

Evlenme çağına gelen erkekler ve kadınlar, evlenme hakkının kullanılmasını düzenleyen ulusal hukuka göre evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir.

Madde 13 – Etkili Bir Hukuk Yolu Hakkı

Bu Sözleşme’de düzenlenen hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlalin resmî bir sıfatla hareket eden kişilerce gerçekleşmiş olmasına bakılmaksızın, ulusal bir makam önünde etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkına sahiptir.

Madde 14 – Ayrımcılık¹⁷⁶ Yasağı

Bu Sözleşme’de beyan edilen hak ve özgürlüklerin kullanılması, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum veya diğer statüler gibi herhangi bir temelde¹⁷⁷ ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınır.

Madde 15 – Olağanüstü Hâl Zamanlarında Yükümlülük Azaltma¹⁷⁸

1. Bir yüksek Sözleşmeci taraf, savaş zamanında veya ulusun yaşamını tehdit eden başka bir kamusal olağanüstü hâlde, uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerine aykırı olmamak koşuluyla ve durumun zorunluluklarının kesin olarak gerektirdiği ölçüde, bu Sözleşme ile üstlendiği yükümlülüklerini azaltan tedbirler alabilir.

2. Bu düzenleme kapsamında; savaş sırasında hukuka uygun eylemler nedeniyle meydana gelen ölümler hariç olmak üzere madde 2’de; madde 3 ile 4’te (fıkra 1) ve madde 7’deki yükümlülüklerde azaltma yapılamaz.

176 Burada kullanılması gereken sözcük “ayrımcılık” biçimindedir fakat TDK Sözlüğü “ayrımcılık” diye bir kavrama yer vermemektedir. Buna karşılık Anayasa (md. 10) ve TCK (md. 122) “ayırım” ifadesine yer verir.

177 Buradaki “ground” sözcüğünün, “kuşku temel öğretisi” uyarınca kullanılması yerinde olur.

178 “Yükümlülük azaltma” yerine “sapma” ifadesine de yer verilebilir. Fakat her koşulda “askıya alma” ifadesi kullanılmamalıdır.

3. Yükümlülüklerini azaltma yetkisi kullanan bir yüksek Sözleşmeci taraf, aldığı önlemler ile bunların nedenleri hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreterini tamamen bilgilendirir. Yüksek Sözleşmeci taraf, bu tedbirlerin kullanılmasının ne zaman sona ereceği ve Sözleşme düzenlemelerinin ne zaman yeniden tamamıyla uygulanacağı konusunda da Avrupa Konseyi Genel Sekreterini bilgilendirir.

Madde 16 – Yabancıların Siyasal Faaliyetleri Hakkında Kısıtlamalar

Madde 10'da, 11'de ve 14'teki hiçbir şey, yüksek Sözleşmeci tarafların yabancıların siyasal faaliyetlerine kısıtlamalar getirmelerine engel sayılamaz.

Madde 17 – Hakları Kötüye Kullanma Yasağı

Bu Sözleşme'deki hiçbir şey, herhangi bir devlete, gruba veya kişiye, bu Sözleşme'de yer alan hakların ve özgürlüklerin tahrip edilmesini veya bu Sözleşme'de öngörülenden daha geniş ölçüde kısıtlanmasını amaçlayan herhangi bir faaliyette veya eylemde bulunma hakkını tanıyarak yorumlanamaz.

Madde 18 – Hakların Kısıtlanmasının Sınırı

Söz konusu haklara ve özgürlüklere bu Sözleşme uyarınca izin verilen kısıtlamalar¹⁷⁹, öngörüldükleri amaç dışında uygulanamaz.

BÖLÜM II

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ¹⁸⁰

Madde 19 – Mahkemenin Kurulması

Yüksek Sözleşmeci tarafların bu Sözleşme ile üstlendikleri taahhütleri yerine getirmelerini güvence altına almak için, bundan sonra “Mahkeme” diye anılacak bir İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kurulur. Mahkeme, süreklilik esasına göre çalışır.

Madde 20 – Hâkimlerin Sayısı

Mahkeme, yüksek Sözleşmeci tarafların sayısına eşit nicelikte hâkimden oluşur.

179 Burada “sınırlama” ve “kısıtlama” sözcüklerinin arasındaki küçük fark önem taşır. Sınırlama hakkın koruduğu kapsamın (*scope*) sınırlarıyla ilgilidir. Oysa “kısıtlama” bu kapsamın içindeki bir güvencenin meşru amaçlarla kayıtlanması anlamını daha iyi yansıtır. Bununla birlikte Anayasa'nın 13'üncü maddesindeki ifadeyle koşutluk sağlanması gerektiği düşünülüyorsa “sınırlama” kavramına yer verilmesi gerekir.

180 İnsan Haklarının Avrupa Mahkemesi veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kullanımları da doğrudur.

Madde 21 – Görev Ölçütleri

1. Hâkimler, yüksek ahlaki niteliklere sahip kişilerdir ve yüksek yargısal bir göreve atanabilmek için gerekli niteliklere sahip veya uzmanlıklarıyla tanınan hukukçulardır.
2. Hâkimler, Mahkemede kişisel sıfatlarıyla görev yapar.
3. Hâkimler, görevleri süresince bağımsızlığın, tarafsızlığın ve sürekli çalışma esasının gerekleriyle bağdaşmayan bir işle meşgul olamaz; bu fıkranın uygulanmasından kaynaklanan tüm¹⁸¹ sorunlar Mahkeme tarafından karara bağlanır.

Madde 22 – Hâkimlerin Seçilmeleri¹⁸²

Hâkimler, her bir yüksek Sözleşmecî tarafın gösterdiği üçer adaylı bir listeden, Parlamenterler Meclisi tarafından oy çokluğu ile seçilir.

Madde 23 – Görev Süreleri ve Görevden Alınma

1. Hâkimler, dokuz yıllık bir dönem için seçilir. Yeniden seçilemezler.
2. Hâkimlerin görev süreleri, 70 yaşına geldiklerinde sona erer.
3. Hâkimler, yerlerine başkası gelinceye kadar görevlerini sürdürür. Buna karşılık, hâlihazırda incelemekte oldukları davalara, görevleri sona erdikten sonra da bakmaya devam ederler.
4. Bir hâkim, diğer hâkimlerce üçte iki çoğunlukla alınmış olan ve hâkimlik için gerekli koşulları artık taşımadığına dair bir karar olmadıkça görevden alınamaz.

Madde 24 – Yazı İşleri ve Raportörler

1. Mahkemede, görevleri ve örgütlenmesi Mahkeme İç Tüzüğü'nde¹⁸³ belirlenen bir Yazı İşleri Müdürlüğü bulunur.
2. Mahkemeye, tek hâkimli düzende çalışırken, Mahkeme Başkanı'na bağlı olarak görev yapan raportörlerce yardım edilir. Raportörler, Mahkeme Yazı İşleri Müdürlüğü'nün üyesidir.

181 Türkçede “bütün” ve “tüm” sözcükleri arasındaki farka dikkate etmek gerekir.

182 “Hâkimlerin seçimi” gibi anlam farklılaşmasına yol açacak kullanımlardan sakınmak gerekir.

183 İç tüzük ifadesi çoğu kez “içtüzük” diye yazılmaktadır fakat TDK bu ifadenin “iç tüzük” biçiminde ayrı yazılması gerektiği görüşündedir.

Madde 25 – Mahkeme Genel Kurulu

Mahkeme Genel Kurulu;¹⁸⁴

- (a) üç yıllık bir süre için başkanını ve bir veya iki başkan yardımcısını seçer, bu kişiler yeniden seçilebilir;
- (b) belirli süreler için daireler oluşturur;
- (c) dair başkanlarını seçer, bu kişiler yeniden seçilebilir;
- (d) Mahkeme İç Tüzüğü'nü kabul eder;
- (e) Yazı İşleri Müdürü'nü ve bir veya birden fazla yardımcısını seçer;
- (f) 26. maddenin 2. fıkrası uyarınca talepte bulunur.

Madde 26 – Tek Hâkim Oluşumu, Komiteler, Daireler ve Büyük Daire

1. Mahkeme, önüne gelen davaları görmek üzere tek hâkimli oluşumlar, üç hâkimli komiteler, yedi hâkimli daireler ve on yedi hâkimli Büyük Daire halinde çalışır. Komiteler, daireler tarafından belirli bir süre için kurulur. Mahkeme daireleri, belli bir süre için komiteler kurar.
2. Bakanlar Komitesi, Mahkeme Genel Kurulunun talebi üzerine, Daire Hâkimlerinin sayısını, oy birliğiyle alacağı bir kararla ve belirli bir süre için beşe düşürebilir.
3. Tek hâkim oluşumunda görev alan hâkim, adına seçilmiş bulunduğu yüksek Sözleşmeci tarafa karşı yapılan hiçbir başvuruyu inceleyemez.
4. İlgili yüksek Sözleşmeci taraf adına seçilen hâkim, Daire ve Büyük Dairenin oturumuna resen katılır. Bu hâkimin yokluğunda veya oturuma katılmadığı bir durumda, ilgili tarafın önceden sunacağı listeden Mahkeme Başkanı tarafından seçilen bir kişi, hâkim sıfatıyla oturuma katılır.
5. Büyük Dairede Mahkeme Başkanı, başkan yardımcıları, daire başkanları ve Mahkeme İç Tüzüğü'ne göre belirlenecek diğer hâkimler yer alır. Bir dava, madde 43 uyarınca Büyük Daireye gönderildiğinde, kararı veren Dairenin Başkanı ile ilgili yüksek Sözleşmeci taraf adına yer almış hâkim dışında hiçbir daire hâkimi Büyük Dairede yer alamaz.

184 Örneğin buradaki -orijinal metinlerde olmayan- noktalama işareti, Türkçe dilinin kendine özgü özelliklerinin bir gereğidir.

Madde 27 – Tek Hâkimlerin Yetkisi

1. Tek hâkim, madde 34 uyarınca Mahkemeye yapılan bir başvurunun kabul edilemez olduğuna veya işlemden kaldırılmasına, böyle bir karar daha fazla inceleme gerekmeksizin alınabilecek ise, karar verebilir.

2. Bu karar kesindir.

3. Tek hâkim, bir başvurunun kabul edilmez olduğuna veya işlemden kaldırılmasına karar vermez ise, ek inceleme için bunu bir komiteye ya da Daireye gönderir.

Madde 28- Komitelerin Yetkisi

Bir komite, oy birliğiyle, madde 34 uyarınca sunulan bir başvurunun;

(a) kabul edilemez olduğuna veya kayıttan düşürülmesine, böyle bir karar daha fazla inceleme gerekmeksizin alınabilecek ise karar verebilir veya

(b) davadaki temel sorun, Sözleşme'nin ve protokollerinin uygulanması veya yorumlanması ile ilgili olup zaten Mahkemenin yerleşik içtihadının konusu ise, davayı kabul edilebilir bulabilir ve aynı zamanda davanın esasına ilişkin karar verebilir.

2. Fıkra 1 uyarınca verilen kararlar ve hükümler kesindir.

3. İlgili yüksek Sözleşmecî taraf yönünden seçilen hâkim, o komitenin üyesi değilse komite, ilgili tarafın 1.(b) bendindeki usulün uygulanmasına itiraz etmesi de dâhil olmak üzere ilgili tüm etmenleri göz önünde tutmak suretiyle bu hâkimi yargılamanın her aşamasında komite üyelerinden birinin yerini alması için davet edebilir.

Madde 29 – Dairelerin Kabule Edilebilirliğe ve Esasa Dair Kararları

1. Madde 27'ye ve 28'e göre bir karar veya madde 28'e göre bir hüküm verilmemişse bir Daire, madde 34 uyarınca sunulan bireysel başvuruların kabul edilebilirliği ve esası hakkında karar verir. Kabul edilebilirlik kararı ayrı olarak verilebilir.

2. Bir daire, madde 33 uyarınca sunulan devletlerarası başvuruların kabul edilebilirliği ve esası hakkında karar verir. Mahkeme ayrıkçı durumlarda aksini kararlaştırmadıkça kabul edilebilirlik kararı ayrı olarak verilir.

Madde 30 – Yargılama Yetkisini Büyük Daireye Bırakma

Daire önünde görülmekte olan bir dava, Sözleşme'nin ve protokollerinin yorumuna etki eden ciddi bir soruna neden olursa veya sorunun çözümü Mahkeme tarafından daha önceden verilmiş bir karar ile uyumsuzluk sonucu yaratabilecekse Daire, davanın

tarafardan biri buna itiraz etmedikçe, hüküm vermeden önceki herhangi bir zamanda yargılama yetkisini Büyük Daire lehine bırakabilir.

Madde 31 – Büyük Dairenin Yetkileri

Büyük Daire,

(a) madde 33 veya madde 34'e göre sunulan başvuruları; bir Daire, yargılama yetkisini madde 30 uyarınca kendisine bıraktığında veya bir dava madde 43 çerçevesinde kendisine havale edildiğinde karara bağlar.

(b) madde 46, fıkra 4'e göre Bakanlar Komitesi tarafından Mahkemenin önüne getirilen konular hakkında karar verir ve

(c) madde 47 çerçevesinde sunulan tavsiye görüşü istemlerini inceler.

Madde 32 – Mahkemenin Yargılama Yetkisi¹⁸⁵

1. Mahkemenin yargılama yetkisi, 33, 34 ve 47. maddelerde öngörüldüğü biçimde kendisine havale edilip Sözleşme'nin ve protokollerinin yorumlanmasına ve uygulanmasına dair tüm konuları kapsar.

2. Mahkemenin yargı yetkisine ilişkin bir uyuşmazlığa dair kararı Mahkeme verir.

Madde 33 – Devletlerarası Davalar

Herhangi bir yüksek Sözleşmeci taraf, Sözleşme'nin ve protokollerinin düzenlemelerinin başka bir yüksek Sözleşmeci tarafça ihlal edildiği iddiasını Mahkemeye gönderebilir.

Madde 34 – Bireysel Başvurular

Mahkeme, bu Sözleşme'de ve protokollerinde ortaya konan haklarının, yüksek Sözleşmeci taraflardan birinin ihlalinden dolayı mağdur olduğunu iddia eden herhangi bir bireyin, hükümet dışı örgütün ve birey topluluklarının yaptıkları başvuruları alabilir. Yüksek Sözleşmeci taraflar, bu hakkın etkili biçimde kullanılmasını engellememeyi taahhüt eder.

Madde 35 – Kabul Edilebilirlik Kriterleri

1. Mahkeme bir sorunu ancak, uluslararası hukukun genel olarak tanınan kuralları uyarınca tüm iç hukuk yolları tüketildikten sonra ve kesin kararın alındığı tarihten itibaren altı ay içinde başvuru yapılmış olduğunda ele alabilir.

185 Buradaki "jurisdiction" yargıya özgü olduğu için egemenlik yerine yargılama ifadesine yer verilmesi anlamlıdır.

2. Mahkeme, madde 34 çerçevesinde sunulan herhangi bir bireysel başvuruyu aşağıdaki durumlarda ele almaz:

(a) başvurunun anonim olması veya

(b) başvurunun Mahkeme tarafından daha önce incelenmiş olan bir konuyla esas bakımından aynı olması veya daha önce başka bir uluslararası soruşturma ya da çözüme kavuşturma makamına sunulmuş olup konuyla ilgili hiçbir yeni bilgi içermemesi.

3. Mahkeme, 34. maddeye göre sunulan bir bireysel başvuruyu aşağıdaki durumlarda kabul edilemez bulur:

(a) Sözleşme'nin veya protokollerinin düzenlemeleriyle bağdaşmayan, açıkça dayanaktan yoksun ya da bireysel başvuru hakkını kötüye kullanması; veya

(b) Sözleşme'de ve protokollerinde belirtilen insan haklarına saygı ilkesi gereğince başvurunun esas hakkında incelemeye gerek bulunması ve başvuruya konu olayın ulusal bir yargı yeri tarafından gereğince incelenmemiş olması durumları hariç, başvuruğunun önemli bir dezavantajdan mustarip olmaması

4. Mahkeme, bu madde çerçevesinde kabul edilemez olarak değerlendirdiği herhangi bir başvuruyu reddeder. Mahkeme başvurunun reddine, yargılamanın herhangi bir aşamasında karar verebilir.

Madde 36 – Üçüncü Taraf Müdahalesi

1. Bir yurttaşı başvuru durumunda bulunan bir yüksek Sözleşmeci taraf, bir dairenin ya da Büyük Daire'nin önündeki tüm davalarda yazılı olarak görüşlerini sunma ve duruşmalara katılma hakkına sahiptir.

2. Mahkeme Başkanı, adaletin gereği gibi yerine getirilmesi amacıyla, davada taraf olmayan bir yüksek Sözleşmeci tarafı veya başvuru dışında ilgili herhangi bir kişiyi, yazılı olarak görüşlerini sunmaya ve duruşmalara katılmaya davet edebilir.

3. Bir dairenin veya Büyük Dairenin önündeki tüm davalarda Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri yazılı görüş sunabilir ve duruşmalara katılabilir.

Madde 37 – Başvuruların Kayıttan Düşürülmesi

1. Mahkeme yargılamanın herhangi bir aşamasında, aşağıdaki sonuçları doğuran koşulların varlığı durumunda, bir başvurunun kayıttan düşürülmesine karar verebilir:

(a) başvuruğunun kendi başvurusunu takip etmek niyetinde olmaması veya

(b) sorunun çözülmüş olması veya

(c) Mahkeme tarafından saptanan herhangi bir başka nedenden ötürü başvurunun incelenmesini sürdürmenin artık haklı kılınmaması.

Gelgelelim, Sözleşme'de ve protokollerinde tanımlandığı üzere insan haklarına saygı gösterilmesi ilkesinin bunu gerekli kılması durumunda Mahkeme başvuruyu incelemeye devam eder.

2. Mahkeme, koşulların böyle bir işlemi haklı kıldığı görüşüne varırsa, başvurunun canlandırılmasına karar verebilir.

Madde 38 – Davanın İncelenmesi

Mahkeme davayı, tarafların temsilcileriyle birlikte inceler ve gerekirse, davanın etkili biçimde yürütülmesi için gerekli tüm olanakları yüksek Sözleşmeciler tarafın sağlayacağı bir soruşturma yapar.

Madde 39 – Dostane Çözümler

1. Mahkeme yargılamanın her aşamasında, sorunun Sözleşme'de ve protokollerinde tanımlanan insan haklarına saygı ilkesine dayanan bir dostane çözüme ulaşılabilmesi için, ilgili taraflara hizmet verir.

2. 1. fıkraya göre yapılan işlemler gizlidir.

3. Bir dostane çözüme ulaşılması durumunda Mahkeme, olayların kısa bir özeti ile ulaşılan sonucu kapsayan bir kararla davayı düşürür.

4. Bu karar, dostane çözüm koşullarının yerine getirilmesini gözeterek olan Bakanlar Komitesine iletilir.

Madde 40 – Aleni Duruşmalar ve Belgelere Ulaşma

1. Mahkeme ayrık durumlarda aksine karar vermedikçe, duruşmalar herkese açıktır.

2. Yazı İşleri Müdürüne teslim edilen belgeler, Mahkeme Başkanı tersine karar vermedikçe, kamusal olarak erişime açıktır.

Madde 41 – Adil Giderim

Mahkeme Sözleşme'nin veya protokollerinin ihlal edildiğini belirlerse ve yüksek Sözleşmeciler tarafın iç hukuku, bu ihlali ancak kısmen gidermeye olanak tanıyorsa Mahkeme, gerektiğinde, zarara uğrayan tarafa adil bir giderim verilmesine hükmeder.

Madde 42 – Dairenin Kararları

Dairelerin hükümleri, madde 44, fıkra 2 hükümlerine göre kesinleşir.

Madde 43 – Büyük Daireye Gönderme

1. Davanın taraflarından herhangi biri, Daire kararının verilmesi tarihinden itibaren üç ay içinde, ayrıksı olarak, davanın Büyük Daire önüne götürülmesini talep edebilir.
2. Büyük Dairenin beş yargıcından oluşan bir kurulu; bu talebi davada Sözleşme'nin veya protokollerinin yorumlanmasını veya uygulanmasını etkileyen ciddi bir sorun veya genel nitelikte önemli bir mesele varsa kabul eder.
3. Bu kurul, söz konusu talebi kabul ederse Büyük Daire, vereceği bir hükümlerle bu davayı karara bağlar.

Madde 44 – Kesin Hükümler

1. Büyük Dairenin hükmü kesindir.
2. Bir Dairenin hükmü aşağıdaki durumlarda kesindir:
 - (a) taraflar, davanın Büyük Daireye gönderilmesi talebinde bulunmayacaklarını açıkladıklarında veya
 - (b) hüküm tarihinden sonra davanın Büyük Daireye gönderilmesi talebinde bulunulmamış ise hükümlerden üç ay sonra veya
 - (c) Büyük Daire Kurulu, madde 43 çerçevesinde sunulan bir talebi reddettiğinde.
3. Kesin hüküm yayımlanır.

Madde 45 – Hükümlerin ve Kararların Gerekçeleri

1. Başvuruların kabul edilebilir ya da kabul edilemez olduğunu açıklayan kararlar ile hükümler gerekçeli olarak verilir.
2. Bir hüküm, tamamen veya kısmen hâkimlerin oy birliği ile benimsedikleri görüşü yansıtmıyorsa her hâkim kendi ayrık görüşünü belirtme yetkisine sahiptir.

Madde 46 – Hükümlerin Bağlayıcılığı ve Uygulanması

1. Yüksek Sözleşmesi taraflar, tarafı buldukları herhangi bir davada Mahkemenin kesin hükmüne uymayı taahhüt eder.
2. Mahkemenin kesin hükmü, bunun uygulanmasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesine iletilir.

3. Bakanlar Komitesi, kesinleşmiş bir hükmün yerine getirilmesinin gözetim sürecinin, hükmün yorumlanması problemi nedeniyle engellendiğini kanaatine ulaşırsa, yorum sorunu üzerinde karar vermesi için meseleyi Mahkemeye gönderebilir. Gönderme kararı, Komitede yer alma hakkı bulunan temsilcilerin üçte iki oy çokluğuyla verilir.

4. Bakanlar Komitesi, bir yüksek Sözleşmeci tarafın, taraf olduğu bir davada kesinleşmiş bir hükme uymadığını düşünecek olursa, o yüksek Sözleşmeci Tarafa resmen bildirdikten sonra, Komitede yer alma hakkı bulunan temsilcilerin üçte iki oy çokluğuyla verdiği bir kararla, o tarafın 1. fıkradaki yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği sorununu Mahkemenin önüne getirebilir.

5. Mahkeme 1. fıkranın ihlal edildiğini tespit edecek olursa, alınacak tedbirleri kararlaştırması için, olayı Bakanlar Komitesine gönderir. Mahkeme 1. fıkranın ihlal edilmediğini tespit edecek olursa, davayı yine Bakanlar Komitesine gönderir ve Komite, davayı incelemeyi sona erdirir.

Madde 47 – Tavsiye Görüşleri

1. Mahkeme, Bakanlar Komitesinin talebi üzerine, Sözleşme'nin ve protokollerinin yorumlanmasına dair hukuksal sorunlar hakkında tavsiye görüşü verebilir.

2. Bu tür görüşler, Sözleşme'nin I. Bölümü'nde ve protokollerinde tanımlanan hakların veya özgürlüklerin içeriğine ya da kapsamına dair herhangi bir soruna ya da Sözleşme uyarınca başlatılmış herhangi bir yargılama işleminin sonucunda Mahkemenin veya Bakanlar Komitesinin incelemek durumunda kalabileceği başka herhangi bir soruna ilişkin olamaz.

3. Bakanlar Komitesinin, Mahkemedan tavsiye görüşü isteme kararı alabilmesi için, Komite toplantılarına katılma hakkı bulunan temsilcilerin çoğunluğunun oyu gereklidir.

Madde 48 – Mahkemenin Tavsiye Görüşü Verme Yetkisi

Mahkeme, Bakanlar Komitesi tarafından sunulan bir tavsiye görüşü talebinin, madde 47'de tanımlanan yetkisinin içinde olup olmadığına karar verir.

Madde 49 – Tavsiye Görüşlerinin Gerekçesi

1. Mahkemenin tavsiye görüşleri gerekçeli olarak verilir.

2. Bir tavsiye görüşü tamamen veya kısmen hâkimlerin oy birliği ile benimsedikleri görüşü yansıtmıyorsa her hâkim kendi ayrı görüşünü belirtme yetkisine sahiptir.

3. Mahkemenin verdiği tavsiye görüşleri Bakanlar Komitesine iletilir.

Madde 50 – Mahkemenin Giderleri

Mahkemenin giderleri Avrupa Konseyi tarafından karşılanır.

Madde 51 – Hâkimlerin Ayrıcalıkları ve Muafiyetleri

Hâkimler görevlerini yerine getirdikleri süresince, Avrupa Konseyi Statüsü madde 40'ta ve buna bağlı olarak yapılan sözleşmelerde düzenlenen ayrıcalık ve bağıışıklıklardan yararlanma hakkına sahiptir.

BÖLÜM III

ÇEŞİTLİ DÜZENLEMELER

Madde 52 – Genel Sekreterin İncelemeleri

Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'nin talebi üzerine her yüksek Sözleşmeci taraf, Sözleşme'nin düzenlemelerinden herhangi birinin kendi iç hukukunda etkili uygulanmasına dair gerekli bir açıklama sunar.

Madde 53 – Mevcut İnsan Haklarının Korunması

Bu Sözleşme'deki hiçbir düzenleme, yüksek Sözleşmeci tarafların hukuk düzeninde veya tarafı oldukları herhangi bir sözleşmede güvence altına alınan insan haklarını ve temel özgürlükleri kısıtlıyor veya bunlara ilişkin yükümlülüklerini azaltıyor biçiminde yorumlanamaz.

Madde 54 – Bakanlar Komitesinin Yetkileri

Bu Sözleşme'nin hiçbir düzenlemesi, Avrupa Konseyi Statüsü'nün Bakanlar Komitesine tanıdığı yetkileri zayıflatmaz.

Madde 55 – Diğer Uyuşmazlık Çözüm Yollarını Dışarıda Bırakma

Yüksek Sözleşmesi taraflar, özel bir anlaşma yapılması hariç olmak üzere, bu Sözleşme'nin yorumlanmasından veya uygulanmasından doğan bir uyuşmazlığı, dilekçe vermek suretiyle bu Sözleşme'de öngörülenden başka bir çözüm yoluna sunmak üzere kendi aralarında yürürlükte bulunan antlaşmalardan, sözleşmelerden veya bildirelerden yararlanmamak konusunda anlaşmıştır.

Madde 56 – Ülkesel Uygulama

1. Herhangi bir devlet, işbu Sözleşme'yi onaylanması zamanında ya da bundan sonraki herhangi bir zamanda Avrupa Konseyi Genel Sekreterine ulaştıracağı bir bildirimle,

bu madenin fıkrası 4 hükmüne tabi olarak, uluslararası ilişkilerinden sorumlu bulunduğu ülkelerinin hepsinin ya da bazılarının, bu Sözleşme'nin kapsamına girdiğini beyan edebilir.

2. Sözleşme, bildirimde adı geçen ülke ya da ülkelerde, Avrupa Konseyi Genel Sekreterinin bu bildirim almasından sonraki otuzuncu günde yürürlüğe girer.

3. Bu Sözleşme'nin düzenlemeleri, bu tür ülkelerde, yerel gerekler göz önünde bulundurularak uygulanır.

4. Bu maddenin 1. fıkrası uyarınca bir beyanda bulunmuş olan herhangi bir devlet, bunun ardından herhangi bir zamanda, bu beyanın ilgili bulunduğu bir veya daha çok ülke bakımından, Sözleşme madde 34'te öngörüldüğü üzere, Mahkemenin bireylerden, hükümet dışı örgütlerden veya birey gruplarından gelen başvuruları alma yetkisini kabul ettiğini beyan edebilir.

Madde 57 – Çekinceler

1. Herhangi bir devlet, bu Sözleşme'yi imzalarken ya da onaylama belgesini teslim ederken, Sözleşme'nin belirli bir düzenlemesine, ülkesinde o zaman için yürürlükte olan herhangi bir hukukun bu hükme uygun bulunmaması ölçüsünde bir çekince koyabilir. Bu madde çerçevesinde genel nitelikli çekinceler konulmasına izin verilmez.

2. Bu madde kapsamında konulan herhangi bir çekince, ilgili yasanın özet açıklamasını içerir.

Madde 58 – Çekilme¹⁸⁶

1. Bir yüksek Sözleşmeci taraf bu Sözleşme'den ancak, Sözleşme'ye taraf olduğu tarihten itibaren geçecek beş yıllık bir sürenin sona ermesinin ardından ve diğer yüksek Sözleşmeci tarafları bu konuda bilgilendirecek olan Avrupa Konseyi Genel Sekreterine gönderilen bir bildirimde yer alan altı aylık feshi ihbar süresinin tamamlanmasından sonra çekilebilir.

2. Böyle bir çekilme, ilgili yüksek Sözleşmeci tarafça çekilmenin yürürlüğe girdiği tarihten önce gerçekleştirilen ve Sözleşme'den doğan yükümlülükleri ihlal edecek herhangi bir eylemi yönünden; bu yüksek Sözleşmeci tarafın, Sözleşme ile üstlendiği yükümlülüklerinden kurtulmasına yol açacak bir etki doğurmaz.

¹⁸⁶ Burada “fesih” ifadesine yer vermek “iradenin feshi” anlamında doğru sayılabilir fakat bir taraf devletin irade değiştirmesi, Sözleşme'yi ortadan kaldırmayacağı için “çekilme” ifadesinin kullanılması daha yerinde görünmektedir.

3. Avrupa Konseyi üyeliği sona erecek olan herhangi bir yüksek Sözleşmeci tarafın, bu Sözleşme'ye taraf olma sıfatı da aynı koşullar altında sona erer.

4. Madde 56 düzenlemeleri çerçevesinde Sözleşme'nin uygulanmasına tabi kılındığı bildirilen herhangi bir ülke bakımından, yukarıdaki fıkra düzenlemeleri uyarınca bu Sözleşme'den çekilmek mümkündür.

Madde 59 – İmza ve Onay

1. Bu Sözleşme, Avrupa Konseyi üyelerinin imzasına açıktır. Sözleşme onaylanır. Onay belgeleri, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine teslim edilir.

2. Avrupa Birliği bu Sözleşme'ye katılabilir.

3. İşbu Sözleşme, on onaylama belgesinin teslim edilmesinden sonra yürürlüğe girer.

4. Bu Sözleşme, sonradan onaylayan herhangi bir imzacı için, kendi onaylama belgesinin teslim etmesinden itibaren yürürlüğe girer.

5. Avrupa Konseyi Genel Sekreteri, Sözleşme'nin yürürlüğe girdiğini, Sözleşme'yi onaylayan yüksek Sözleşmeci tarafların adlarını ve daha sonra gelecek olan onaylama belgelerinin teslim edilmesini tüm Avrupa Konseyi üyelerine bildirir.

Bu Sözleşme, Avrupa Konseyi arşivlerinde saklanacak olup her iki metin de eşit derecede geçerli olmak üzere Fransızca ve İngilizce tek bir kopya hâlinde KASIM 1950'NİN 4. GÜNÜNDE ROMA'DA düzenlenmiştir. Genel Sekreter, bunun onaylı kopyalarını imzacıların her birine iletir.

Teşekkür: Ar. Gör. Necdet Umut Orcan'a, Ar. Gör. Seda Özkan'a ve Ar. Gör. Hatice Çoban'a katkıları için teşekkür ederim.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

References/Kaynakça

Kitaplar

- Akbeş E, *Etkin Soruşturmaya İlişkin Usul ve Esaslar* (Adalet 2019).
- Akıllıoğlu T, *Türkçe ve İngilizce Metinleri ile Birlikte Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi* (AÜSBF 1996).
- Aktaş T, *Çeviri İşlemine Genel Bir Bakış* (Orsen 1996).
- Alpay N, *Türkçe Sorunları Kılavuzu* (Metis 2018).
- Başlar K, *Anayasa Yargısında 'Mahkeme' Kavramı* (Roma 2005).
- Bates E, *The Evolution of the European Convention on Human Rights From Its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights* (OUP 2011).
- Batum S ve Yüzbaşıoğlu N, *Anayasa Hukukunun Temel Metinleri* (Beta 1993).
- Council of Europe, *Department for the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights, 'Constitutional Matters'* (CoE 2020).
- Çopan Y, *Ataç'ın Sözcükleri* (AÜ 1967).
- Doğru O ve Nalbant A, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi* (Legal 2013).
- Doğru O, *İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı* (Beta 1998).
- Erođlu C, *Demokrat Parti: Tarihi ve İdeolojisi* (Yordam 2019).
- Gemalmaz M S, *Ulusüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri*, 1. Cilt (Legal 2011).
- Giritli İ ve Güngör A, *Günümüzde İnsan Hakları* (Der 2002).
- Gölcüklü F ve Gözübüyük Ş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması* (Turhan 2007).
- Heçilingirler F, *Türkçe "Off"* (Everest 2006).
- Hoşgöl B, *Etkin Soruşturma Yükümlülüğü* (Seçkin 2019).
- İmer K, *Dilde Değişme ve Gelişme Açısından Türk Dil Devrimi* (TDK 1976).
- İnceoğlu S (ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa* (Beta 2013).
- İnceoğlu S, *Adil Yargılanma Hakkı* (CoE, 2018).
- Kaboğlu İ Ö, *Özgürlükler Hukuku-1: İnsan Haklarının Genel Kuramına Giriş* (İmge 2013).
- Kjer A. L., 'Translation of Judgments of the European Court of Human Rights into Non-official Languages: The Politics and Practice of European Multilingualism' in Anne Lise Kjer and Joanna Lam (eds), *Language and Legal Interpretation in International Law* (OUP 2020).
- Korkmaz Z, *Türk Dilinin Tarihî Akışı İçinde Atatürk ve Dil Devrimi* (AÜ 1963).
- Levend A S, *Türk Dilinde Gelişme ve Sadeleşme Evreleri* (TTK 1960).
- Loukis G. *Loucaides, The European Convention on Human Rights: Collected Essays* (Nijhoff Law Specials 2007).

- Nişanyan S, *Sözlerin Soyağacı: Çağdaş Türkçenin Etimoloji Sözlüğü* (6. Baskı, Everest 2019).
- Oder B E, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri* (Beta 2010).
- Özel S, *Türkiye Türkçesi Temel Dilbilgisi* (Dil Derneği 2018).
- Özman A, *İnsan Hakları ile İlgili Temel Metinler* (Beşnur 1967).
- Püsküllüoğlu A, *Öz Türkçe Sözlük: Dil Hazinesi Dizisi* (Arkadaş 2012).
- Sencer M, *Belgelerle İnsan Hakları* (Beta 1988).
- Strazburg Çevirisi, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi* (CoE 2010).
- Susi M, *Human Rights, Digital Society and the Law: A Research Companion* (Routledge 2019).
- Şenol C, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü (On İki Levha 2013)*.
- Şirin T, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı* (On İki Levha 2019).
- Tahmazoğlu-Üzeltürk S, *1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı* (Beta 2004).
- Tanör B ve Yüzbaşıoğlu N, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (Beta 2018).
- Türkay K, *Yeni Özetleme Kılavuzu* (Kırmızı Kedi ve Dil Derneği 2016).
- The Conscience of Europe: 50 Years of the European Court of Human Rights* (CoE 2010).
- Tuğlacı P, *Ekonomi ve Hukuk Terimleri Sözlüğü* (Remzi 2002).
- Ünal C, *İş Hukukunda Yaş Ayırmacılığı* (On İki Levha 2018).
- Ünal Ş, *Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku* (Yetkin 1997).
- Velidedeoğlu H V, *1961 Anayasasının Dili* (TDK 1972).

Dergiler

- Aksoy Ö A, 'Anayasanın Dili' (1963) 11 Belleten 39-62.
- Alpkaya G, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Uygulamasında Toplanma Özgürlüğüne Hak' (2001) 56(3) AÜSBFD 1-18.
- Cohen M, "On the Linguistic Design of Multinational Courts: The French Capture" (2016) 4 ICON 498-517.
- Çağlar B ve Çavuşoğlu N 'Parti Kapatma Davalarında Mermer-Mozaiik İnkilemi', (1999) 16 Anayasa Yargısı, 143-187.
- Eyüboğlu İ Z, *Türk Dilinin Etimoloji Sözlüğü* (2. Baskı, Say, 2007) 542 Söz Derleme Dergisi.
- Kanadoğlu K, 'Laiklik ve Din Özgürlüğü', (2013) 109 TBB Dergisi 353-383.
- Keskinoğlu O, 'Fatih Devrine Ait İki Kuran Tercümesi', 4 Vakıflar Dergisi 95-100.
- Koçak M, 'Karşılaştırmalı Analiz, İHAM ve AB Ölçütleri' (2006) 22 Anayasa Yargısı 115-132.
- Partsch K J, 'Freedom of Conscience and Expression' in L Henkin (ed), *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights* (CUP 1981).
- Thorgeirsdóttir H, 'The Contested Notion of Freedom of Opinion', in J Grimheden ve R Ring (eds.), *Human Rights Law - From Dissemination to Application: Essays in Honour of Göran Meland* (Brill, 2006) 203-235.
- Yıldırım M C, '1948-1960 Döneminde Türkiye'de Avrupalılık: Avrupa Birliği Arşiv Belgelerine Göre Bir Değerlendirme' (2014) 11(41) Uluslararası İlişkiler Dergisi 109.

Kararlar

- Alaverdyan v. Armenia (dec.) App no 4523/04 (ECtHR, 24 August 2010).
- Brogan and Others v. the United Kingdom App nos 11209/84 (ECtHR, 29 November 1988).

- Can v. Austria, App no 9300/81 (Commission report of 12 July 1984).
- Cisse v. France App no 51346/99 (ECtHR, 9 April 2002).
- Coëme and Others v. Belgium App nos 32492/96 and 4 others, (ECtHR, 22 June 2000).
- De Souza Ribeiro v. Franca, App no 22689/07, (ECtHR [GC], 13 December 2012).
- Denmark, Norway, Sweden, and the Netherlands v. Greece, App no 3321/67, 3322/67, 3323/67 and 3344/67 (Commission report of 5 November 1969).
- Diallo v. Sweden App no 13205/07 (ECtHR, 5 January 2010).
- Eusko Abertzale Ekintza-Accion Nacionalista Vasca v. İspanya, App nos 51762/07 and 51882/07 (ECtHR, 07 December 2010).
- H.K. v. Belgium App no 22738/08 (ECtHR, 12 January 2010).
- Hirst v. the United Kingdom (no. 2) [GC] Appno 74025/01 (ECtHR, 27 April 2005).
- Husain v. Italy App no 18913/03 (ECtHR, 24 February 2005).
- Katrtsch v. France Appno 22575/08 (ECtHR, 4 November 2010).
- Krombach v. France App no. 29731/96 (ECtHR, 13 February 2001).
- Lala v. the Netherlands, App no 14861/89 (ECtHR, 22 September 1994).
- Lautsi and Others v. Italy [GC] App no 30814/06 (ECtHR, 18 March 2011).
- Le Calvez v. Franca App no 25554/94 (ECtHR, 29 July 1998).
- Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium App nos 6878/75 and 7238/75 (ECtHR, 23 June 1981).
- Luedicke, Belkacem and Koç v. Germany, App nos 6210/73; 6877/75 and 7132/75, (ECtHR, 28 November 1978).
- National Union of Belgian Police v. Belgium App no 4464/70 (ECtHR, 27 October 1975).
- Protopapa v. Turkey App no 16084/90 (ECtHR, 24 February 2009).
- Schiesser v. Switzerland App no 7710/76 (ECtHR, 4 December 1979).
- Scoppola v. Italy (no. 3) [GC] App no 126/05 (ECtHR, 22 May 2012).
- Silver and Others v. the United Kingdom, App nos 5947/72 and 6 others (ECtHR, 25 March 1983).
- Soering v. the United Kingdom, App no 14038/88 (ECtHR, 7 July 1989).
- Stoll v. Switzerland [GC] App no. 69698/01, (ECtHR, 10 December 2007).
- Stroll v. Switzerland [GC], App no 69698/01 (ECtHR, 10 December 2007).
- The Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1) App no 6538/74 ((ECtHR, 26 April 1979).
- Weeks v. the United Kingdom App no 9787/82 (ECtHR, 2 March 1987).
- Wemhoff v. Germany App no 2122/64 (ECtHR, 27 June 1968).

İnternet Kaynakları

- Amerikalılararası Mahkeme, <http://www.corteidh.or.cr/index.php/en>
- Council of Europe, Strasbourg, 22nd May, 1956, [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART3-DH\(56\)5-EN1674940.pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART3-DH(56)5-EN1674940.pdf)
- Dil Derneği, <http://www.dildernegi.org.tr/TR,11/yayinlar.html>
- Dil Derneği, TDK'nin 1985-2005 Arasındaki Uygulamaları 2. Bölüm, <http://www.dildernegi.org.tr/TR,612/ii-bolum.html>
- Dil Derneği, TDK'nin Türkçe Sözlük'ü (Eylül 2005): 3. Bölüm, <http://www.dildernegi.org.tr/TR,613/iii-bolum.html>
- İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Orijinal Metni, https://www.echr.coe.int/Documents/Archives_1950_Convention_ENG.pdf

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin Almanca Çevirisi, https://www.echr.coe.int/documents/convention_deu.pdf

Kemal Gözler, “YSK Kararlarının Kesinliği Üzerine”, www.anayasa.gen.tr/ysk-baglayicilik.html, 21 Nisan 2017.

Tolga Şirin, “Askıya Alma Değil, Yükümlülük Azaltma; 3 Ay Değil 90 Gün”, Bianet, <https://bianet.org/bianet/siyaset/177267-askiya-alma-degil-yukumluluk-azaltma-3-ay-degil-90-gun>

UAkonferans2018, Twitter Hesabı, <https://twitter.com/uakonferans2018>



The Notion of ‘a Considerable Quantity’ of Narcotics in the Case Law of Polish Courts

Polonya Mahkemelerinin İçtihatlarında “Önemli Miktarda” Uyuşturucu Kavramı

Katarzyna BANASIK¹

¹Associate Professor, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University, Faculty of Law, Administration and International Relations, Chair of Criminal Law and Criminal Procedure, Krakow, Poland

ORCID: K.B. 0000-0003-3693-0480

ABSTRACT

The subject matter of this paper is the notion of a considerable quantity of narcotics. ‘A considerable quantity’ of narcotics is a determining factor in many criminal narcotics offences. The term ‘a considerable quantity’ does not have a statutory definition. It is an evaluative term, and its interpretation creates many problems in the practice of the justice system. In this paper, the author attempts to illustrate the notion of ‘a considerable quantity’ as applied in case law in Poland by examining numerous court decisions. The author presents a variety of criteria used to determine whether a given quantity of narcotics is a considerable quantity and also presents sample court decisions in which these criteria were applied. This is used to demonstrate the disparity of interpretation between different courts. Drawing on the results of the analysis undertaken, the author identifies the notion of this quantity, which is currently dominant in Polish court case law. This notion conceives of ‘a considerable quantity’ of narcotics as an amount which can satisfy the needs of at least several dozen users on a single occasion, thus a quantity from which at least several dozen consumption portions can be made.

Keywords: Narcotics, illicit drugs, psychotropic substances, considerable quantity of narcotics, case law of Polish courts, Polish criminal law

Submitted: 20.12.2020 • **Accepted:** 07.05.2021 • **Published Online:** 23.06.2021

Corresponding author: Katarzyna Banasik, E-mail: kbanasik@afm.edu.pl

Citation: Banasik, K, ‘The Notion of ‘a Considerable Quantity’ of Narcotics in the Case Law of Polish Courts’ (2021) 9(1) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 65.
<https://doi.org/10.26650/JPLC2020-844071>



1. Introduction

To begin with, it is important to clarify that Polish legislation does not define the term ‘narcotics’. However, this term appears in various acts on counteracting drug addiction and is commonly used in discussions among lawyers and in the legal literature, as well as in mass media. The Act on Counteracting Drug Addiction, when specifying criminal offences involving narcotics, makes use of the terms ‘illicit drugs’, ‘psychotropic substances’, and ‘new psychoactive substances’, defining these in Article 4. ‘Narcotics’ is a collective category, including illicit drugs, psychotropic substances, and new psychoactive substances. It is in this meaning that the term ‘narcotics’ will be used in this paper.

The notion of ‘a considerable quantity’ of narcotics appeared in Polish law in an act addressing the issue of counteracting drug addiction in a comprehensive way for the first time.¹ In the current act dealing with this issue, Act 2005 on Counteracting Drug Addiction², the notion of ‘a considerable quantity’ of narcotics appears in the definition of criminal offences in article 53.2 (manufacturing, processing, or transforming narcotics), article 55.3 (transport into, out of, or within the European Union, purchase or supply of narcotics within the EU), article 56.3 (distribution of narcotics for sale), article 58.2 (provision of narcotics), article 62.2 (possession of illicit drugs or psychotropic substances), article 62b.2 (possession of new psychoactive substances), and article 64.2 (theft of narcotics). ‘A considerable quantity’ of narcotics is a qualifying factor for the above mentioned types of crimes. A qualified type of criminal offence entails a more severe punishment than the basic form of criminal offence. For instance, whoever contrary to the provisions of the act possesses illicit drugs or psychotropic substances may be subject to imprisonment for up to 3 years (article 62.1), and whoever contrary to the provisions of the law possesses a considerable quantity of illicit drugs or psychotropic substances may be subject to imprisonment for a period of from 1 to 10 years (article 62.2). Thus, the determination whether a suspect possesses a considerable quantity (not an ordinary quantity) of narcotics is relevant to the criminal liability which the individual may face.

1 Act dated 31 January 1985 on the Prevention of Drug Addiction, Journal of Laws 1985 no. 4 item 15 as amended.

2 Act dated 29 July 2005 on Counteracting Drug Addiction, unified text, Journal of Laws 2019 item 852 as amended.

The term 'a considerable quantity' of narcotics does not have a legally binding definition. Lawmakers have left the interpretation of this notion up to doctrine and to the courts in question. The term is evaluative and its interpretation creates numerous problems in practice. Various approaches to the interpretation of the notion appear both in the literature and in jurisprudence. This disparity is obviously particularly important in the practice of the criminal justice system. The aim of this paper is to explore what is to be understood by the notion of 'a considerable quantity' of narcotics. In this work, the notion of 'a considerable quantity' of narcotics will be presented as reflected in the case law of Polish courts. First, various criteria for recognising a given quantity of narcotics as a considerable quantity will be presented, followed by example judgements in which these criteria were applied. The disparity in interpretation between particular courts will be shown, demonstrating the gravity of the analysed issue. Next, an attempt will be made to identify the currently dominant view in Polish case law. Finally, the author will offer her own analysis of the issue.

The author believes that explaining how the notion of a considerable quantity of narcotics is interpreted in Polish law may be helpful in the practice of the criminal justice system of other countries, including non-European countries. Drug-related crime is global. All states-parties to the UN Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances shall adopt such measures as may be necessary to establish acts related to narcotic drugs or psychotropic substances and listed in article 3 paragraph 1 of this convention as criminal offences under their domestic law, when committed intentionally. Each state-party shall make the commission of the relevant offences liable to sanctions which take into account the grave nature of these offences (article 3 paragraph 4a of the convention). Undoubtedly, the nature of an offence involving a considerable quantity of narcotics is heavier than the nature of an offence involving only an ordinary quantity of narcotics. In criminal law in many countries, drug-related offenses are not only of the basic type but also of the qualified type and an amount of narcotics is often a qualifying factor. Therefore, the author hopes that this paper will be of interest to a wide group of readers.

2. Analysis of case law

The interpretation of the notion 'a considerable quantity' has created problems in the practice of the criminal justice system for years. This notion has been interpreted in many different ways, as can be seen in the justifications of many sentences. For instance, in 2003 the Court of Appeals in Katowice stated that "case law practice in this area is not uniform

and has not generated well-defined precedents. (...) The determination of whether a given quantity of illicit drugs is to be considered a considerable quantity or an ordinary quantity is left to the courts, and these have assessed this issue in such divergent manners that it is impossible based on case law practice to draw any general conclusions”.³ Both in the literature and in case law itself, it is stated that in terms of determining a quantity to be ‘a considerable quantity’ of narcotics, three conceptions are applied in case law: a quantitative conception, a quantitative-qualitative conception, and a quantitative-qualitative conception which takes into account the intended use of the narcotics.⁴

The quantitative conception assumes that only quantitative criteria should be taken into consideration. This criterion in practice leads to an assessment of the quantity of a given narcotic expressed in grams and other comparable units (kilograms, tonnes, etc.). It is unimportant what kind of narcotic is under consideration or its concentration. The Supreme Court of Poland, in a verdict dated 17 June 1999, stated that “the type of criminal offence qualified by the factor ‘a considerable quantity’ was created, however, with application solely of the quantitative criterion, with no possibility of taking into consideration the type of substance intended for sale (...) the application of the qualitative criterion with regard to determination of ‘a considerable quantity’ would be a *contra legem* interpretation”.⁵ The Court of Appeals in Kraków, in a verdict dated 08 November 2013, stated that “the Court of Appeals has for many years assumed that a considerable quantity of illicit drugs is one which is sufficient for the intoxication at one time of tens of thousands of users. The determination of a considerable quantity of illicit drugs results strictly from the application of a quantitative criterion”⁶, and in a verdict dated 06 June 2017 also emphasised that “The criterion for the determination of a considerable quantity of narcotics is exclusively the amount of such narcotics, and not the type of narcotic nor whether it is intended for personal use or for sale”.⁷

3 Verdict of the Court of Appeals in Katowice dated 06 November 2003, II AKa 56/03, LEX no. 183333.

4 See, for example, A. Muszyńska, K. Łuczczak, *Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz* [The Act on Counteracting Drug Addiction: Commentary], Warsaw 2008, Commentary to Art. 53, thesis VI.2; M. Kulik [in:] M. Mozgawa (ed.), *Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zdrowiu. Komentarz* [Non-code crimes against health: Commentary], Warsaw 2017, Commentary to Art. 53, thesis 32; A. Malasińska-Nagórny, *Pojęcie „znacznej ilości” środków odurzających* [The notion of ‘a considerable quantity’ of illicit drugs], “Prokuratura i Prawo” 2013, no. 11, p 160; Decision of the Supreme Court dated 23 September 2009, I KZP 10/09, Legalis no. 169905.

5 Verdict of the Supreme Court dated 17 June 1999, IV KKN 813/98, LEX no. 38935.

6 Verdict of the Court of Appeals in Kraków dated 8 November 2013, II AKa 220/13, LEX no. 1466287.

7 Verdict of the Court of Appeals in Kraków dated 06 June 2017, II AKa 71/17, Legalis no. 1807187. See also the Decision of the Court of Appeals in Kraków dated 08 October 2014, II AKz 373/14, LEX no. 1616028.

The quantitative-qualitative conception for determination of whether an amount constitutes a considerable quantity takes into account not only the quantity but also the quality of the narcotic (whether it is a soft or hard drug). The Supreme Court, in a verdict dated 01 March 2006, stated that the criteria determining whether an amount is a considerable quantity are first of all the type of narcotics (soft or hard) and secondly quantity. The court stated that the term "considerable", as understood by the Act on Counteracting Drug Addiction, may also mean the amount of a given illicit drug in relation to the needs of a single addicted user. "Therefore, if the object of the criminal offence is such an amount of these substances which can satisfy the needs of at least several dozen addicted users, then it should be understood that this is a considerable quantity".⁸ The Court of Appeals in Poznań, in a verdict dated 03 November 2015, clearly stated that "the notion of 'a considerable quantity' of a narcotic is based on a quantitative-qualitative criterion, meaning the amount of an illicit drug or psychotropic substance which can on a single occasion intoxicate at least several dozen persons".⁹ The Court of Appeals in Gdańsk, in a verdict dated 19 December 2012, emphasised that the correct interpretation of the notion of 'a considerable quantity' should take into account quantitative aspects (weight) as well as the quality of the narcotic (level of toxicity).¹⁰ A similar quantitative-qualitative approach was taken by the Court of Appeals in Lublin in a verdict dated 14 February 2006, in which the court stated that "when determining whether a given amount of illicit drugs or psychotropic substances is considerable, not only the weight (milligrams, grams, kilograms) should be taken into account, but also the type of narcotic (hard or soft) and its degree of harmfulness to the human body, as well as the number of doses which can be portioned out from this quantity, and thus the number of persons which can on a single occasion become intoxicated from this amount. Assuming that the minimum dose of amphetamines is 10 mg, the contested amount of 89.84 grams of amphetamines found in the possession of the defendant, from which 8984 doses can be prepared and from which the same number of persons can become intoxicated, should be classed as 'a considerable quantity' of a psychotropic substance as understood by the provisions of the Act on Counteracting Drug Addiction".¹¹ A quantitative-qualitative position was also taken by the Court of

8 Verdict of the Supreme Court dated 01 March 2006, II KK 47/05, LEX no. 182794. See also the Decision of the Supreme Court dated 01 February 2007, III KK 257/06, LEX no. 323801.

9 Verdict of the Court of Appeals in Poznań dated 3 November 2015, II AKa 115/15, LEX no. 2122468.

10 Verdict of the Court of Appeals in Gdańsk dated 19 December 2012, II AKa 430/12, LEX no. 1271815.

11 Verdict of the Court of Appeals in Lublin dated 14 February 2006, II AKa 14/06, LEX no. 179040.

Appeals in Wrocław in a verdict dated 30 May 2003, in which the court stated that “Among the evaluative characteristics of offences which violate the provisions of the Act on Counteracting Drug Addiction which determine the basis for criminal liability as either basic or a privileged offence are the criterion of quantity and the criterion of quality, that is the type of narcotic substance intended for sale”.¹²

The quantitative-qualitative conception, taking into account the intended use of the narcotics, is based not only on the criteria of quantity and quality, but also includes the intended use of the narcotics (whether for commercial purposes or personal use). This conception is reflected for instance in a verdict of the Court of Appeals in Warsaw dated 18 April 2000 in which the court stated that “The decisive criteria for whether an amount of illicit drugs is a considerable quantity, a not considerable quantity, or an ordinary amount are weight (grams, kilograms, tonnes, number of portions), type of illicit drug (with a division into soft and hard drugs), and the intended use of the illicit drugs (commercial purposes or personal use)”.¹³ This approach was cited and shared by the Court of Appeals in Katowice in a verdict dated 6 November 2003 in which the court stated that “a considerable quantity is one which is above the ordinary or exceptional, both in terms of the weight of the illicit drugs, and also their type and intended use”.¹⁴ A similar opinion was shared by the Court of Appeals in Białystok in a verdict dated 09 August 2012, in which the court stated that “A decisive criterion for determining whether an amount of illicit drugs is ‘considerable’, apart from its weight and type, is also its intended use.” The court indicated that “cases involving narcotics which are intended for further sale should be treated differently than cases where the narcotics are intended for personal consumption”.¹⁵ In a similar decision, the Court of Appeals in Łódź, in a verdict dated 21 January 2014, argued that “when determining in a specific case whether we are dealing with an ordinary amount of illicit drugs or psychotropic substances or a considerable quantity, the following should be taken into consideration: a) the type of illicit drug (with a decisive distinction between soft and hard illicit drugs), b) the weight of the illicit drugs, and c) their intended use (for personal use or for distribution)”.¹⁶

12 Verdict of the Court of Appeals in Wrocław dated 30 May 2003, II AKa 167/03, Legalis no. 59050.

13 Verdict of the Court of Appeals in Warsaw dated 18 April 2000, II AKa 22/00, LEX no. 45325.

14 Verdict of the Court of Appeals in Katowice dated 06 November 2003, II AKa 56/03, LEX no. 183333.

15 Verdict of the Court of Appeals in Białystok dated 09 August 2012, II AKa 140/12, LEX no. 1220420.

16 Verdict of the Court of Appeals in Łódź dated 21 January 2014, II AKa 255/13, Legalis no. 1024093.

When analysing the decisions of courts addressing cases in which the issue of a considerable quantity of narcotics is involved, it can be seen that these courts, deciding *in concreto* whether the amount in question is a considerable quantity or not, very often refer to the number of portions that may be made from a given amount of narcotics, and thus to the number of persons who can be intoxicated by the quantity of narcotics seized in a given case. These courts do so regardless of which conception of the assessment of 'a considerable quantity' is applied. Incidentally, it should be stressed that these courts of course are not required to indicate in the justification for their decisions which conception of 'a considerable amount' was applied in the case being deliberated, and they often do not do so. Therefore, in the literature there are various views on the assessment of the criterion for the number of portions which can be made from a given amount of narcotics (the number of persons who can be intoxicated by a given amount of narcotics). Some claim that the conception of the number of portions which can be made from a given amount of narcotics is a variation of the quantitative-qualitative conception.¹⁷ Others claim that in line with the quantitative conception, the measure of whether an amount is 'considerable' may also involve the relation of the given amount narcotics to the needs of a single person.¹⁸ The disparities in viewpoints presented above lead to the conclusion that neither the name of the conception nor the association of a given court decision with one of these conceptions is important. It is far more important to assess the case law of courts in terms of the criteria assumed in a given case in determining whether an amount is a considerable quantity and to provide examples of amounts of narcotics which have been assessed as considerable.

As mentioned above, courts very frequently refer to how many portions may be made from a given amount of narcotics, and thus how many persons may be intoxicated by the amount seized in a given case. The Court of Appeals in Warsaw, in a verdict dated 04 August 2017, stated that "a considerable quantity constitutes an objective criterion and is measured by the number of portions for consumption (of differing weights depending on the type of narcotic and its specific intoxicating power), regardless of whether the illicit drug or psychotropic substance is intended for the personal needs

17 See also M. Kulik, *op. cit.*, Commentary to Art. 53, thesis 34.

18 See also E. Stępień, "Znaczna ilość" środków odurzających, substancji psychotropowej i słomy makowej. Uwagi na tle ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego i sądów powszechnych ["A considerable quantity" of illicit drugs or psychotropic substance and poppy straw. Comments in relation to the Act on Counteracting Drug Addiction in view of the case law of the Supreme Court and common courts], "Kwartalnik Sądowy Apelacji Gdańskiej" 2015, no. III, p. 60-61. See also T. Kozioł, *Znaczna ilość środka odurzającego* [A considerable quantity of illicit drugs], "Prokuratura i Prawo" 2010, no. 11, p. 68.

of the defendant or whether the defendant has different intentions regarding the substances”.¹⁹ Moreover, the Supreme Court, in a decision dated 23 February 2017, clearly stated that the decisive criterion for determining whether a given amount is a considerable quantity is the number of consumption portions which can be made from this amount.²⁰ However, an analysis of case law from recent years indicates that even with universal acceptance of the criterion of the number of portions, there exist between courts substantial disparities regarding how many consumption portions should be understood as a considerable quantity of narcotics. Taking into account the case law of courts of appeals, the most isolated position was held by the Court of Appeals in Kraków, a position which has been expressed in numerous verdicts. In one such verdict, dated 31 August 2005, maintaining its interpretation, the court once again stated that a considerable quantity of narcotics is one which is sufficient to intoxicate on a single occasion tens of thousands of persons.²¹ In a verdict dated 30 May 2007, the Court stated that “when defining the notion of a considerable quantity of narcotics, the primary criterion is the number of portions which can be made with reference to the pure active substance, and not to an amount which can be freely diluted by the dealer. A considerable quantity is one which is sufficient to intoxicate tens of thousands of persons, and this is certainly not the case when the amount is sufficient for several dozen persons (...). The differentiation of criminal liability as intended by the provisions of the Act on Counteracting Drug Addiction indicates a distinction between behaviours which concern a relatively small amount of narcotics and behaviours on a mass scale which involve wholesale distribution. The extension of the notion of a considerable quantity into behaviours concerning relatively small amounts would be in contradiction with the idea of just punishment”.²² In a verdict dated 08 July 2009, the Court of Appeals in Kraków clearly indicated that “a considerable quantity of narcotics is no less than 2 kg of active substance, as from such an amount at least tens of thousands (20) of portions can be made”.²³ In a verdict dated 01 February 2011, this same court emphasised that it was reaffirming its earlier view that “a considerable quantity of illicit drugs is an amount which is sufficient on a single occasion to intoxicate tens of thousands of persons, as this is suggested by the linguistic interpretation of the notion

19 Verdict of the Court of Appeals in Warsaw dated 04 August 2017, II AKa 168/17, Legalis no. 1658268.

20 Decision of the Supreme Court dated 23 February 2017, IV KK 19/17, LEX no. 2254800.

21 Verdict of the Court of Appeals in Kraków dated 31 August 2005, II AKa 167/05, LEX no. 163451.

22 Verdict of the Court of Appeals in Kraków dated 30 May 2007, II AKa 85/07, Legalis no. 89157.

23 Verdict of the Court of Appeals in Kraków dated 08 July 2009, I AKa 132/00, Legalis no. 218293.

'a considerable quantity' which excludes the possibility that it could regard smaller quantities, as well as by the consideration that a qualified type of criminal offence should not include the majority of possible cases of commission of the offence, as this majority should represent the basic form of the offence, and the qualified offence should concern extraordinary, exceptional situations involving wholesale distribution".²⁴ The Court of Appeals in Kraków consistently maintained this position in 2013, stating in a verdict dated 05 April 2013 that "the Court of Appeals as currently composed also expresses the view that a considerable quantity of narcotics is one which is sufficient to intoxicate on a single occasion tens of thousands of persons, and refers back to the position of this court which has been expressed and justified repeatedly in past cases. This quantity should concern wholesale amounts, extraordinary in the context of the regular trade in illicit drugs. Only then does this qualifying notion make sense in legal and penal terms. Such an interpretation of the notion in question is in accordance with the division of types of narcotics offences into privileged, basic, and qualified offences. The boundaries between these (based on the amount of illicit drugs) should be clearly defined, not giving the possibility of free interpretation, and the scope of these notions is appropriately broad. Moreover, from this perspective a quantity of illicit drugs sufficient to intoxicate on a single occasion several, several dozen, hundreds, or even several thousands of persons does not meet the criterion for a considerable quantity as a characteristic of a qualified offence".²⁵

At the same time that the Court of Appeals in Kraków took the position presented above, the Court of Appeals in Gdańsk expressed the opinion that a considerable quantity of narcotics is one which is sufficient to intoxicate on a single occasion at least several dozen persons.²⁶ Similarly, the Court of Appeals in Wrocław expressed the opinion that a considerable quantity of narcotics should be understood as an amount which is sufficient to satisfy the needs on a single occasion of at least several dozen addicted users.²⁷ Also during the same period, the Supreme Court consistently stated that 'a considerable quantity' as understood by the Act on Counteracting Drug Addiction

24 Verdict of the Court of Appeals in Kraków dated 01 February 2011, II AKa 142/10, Legalis no. 589101.

25 Verdict of the Court of Appeals in Kraków dated 05 April 2013, II AKa 47/13, Legalis no. 732951.

26 Verdict of the Court of Appeals in Gdańsk dated 19 December 2012, II AKa 430/12, LEX no. 1271815.

27 Verdict of the Court of Appeals in Wrocław dated 02 February 2012, II AKa 413/11, Legalis no. 589102; Verdict of the Court of Appeals in Wrocław dated 08 March 2012, II AKa 45/12, Legalis no. 589103; Verdict of the Court of Appeals in Wrocław dated 15 October 2012, II AKa 220/12, LEX no. 1238635; Verdict of the Court of Appeals in Wrocław dated 13 November 2013, II AKa 329/13, LEX no. 1400521; Verdict of the Court of Appeals in Wrocław dated 30 April 2015, II AKa 79/15, LEX no. 1711601; Verdict of the Court of Appeals in Wrocław dated 23 July 2015, II AKa 187/15, Legalis no. 1337321.

is an amount of illicit drugs or psychotropic substances which can on a single occasion satisfy the needs of at least several dozen addicted users (an amount which can intoxicate on a single occasion at least several dozen persons).²⁸ A significant change in the case law of the Court of Appeals in Kraków took place only a few years ago. In a verdict dated 06 June 2017, this court stated that “The criterion for the determination of a considerable quantity of narcotics is exclusively the amount, and not the type nor the intended purpose whether for personal use or for sale. This Court of Appeals currently understands as a considerable quantity such an amount as is sufficient to satisfy the needs of several dozen users, as was previously established by the Supreme Court. The Court of Appeals has rejected its previously accepted criterion of 2 kg as an amount sufficient to satisfy on a single occasion the needs of tens of thousands of users, in the interest of maintaining uniformity in the case law of common courts”.²⁹ The Court of Appeals in Kraków made a similar statement in a verdict dated 12 December 2017, emphasising that “the disparities in the case law of common courts which previously occurred in connection with the interpretation of the notion of a considerable quantity no longer occur as a result of unification of case law practice by the Supreme Court”.³⁰

It is worthwhile to provide examples of what amounts of narcotics have in specific cases been understood as considerable quantities or otherwise. Some years ago, the Court of Appeals in Katowice determined that the 144 g of marijuana, 0.8 g of amphetamines, and ½ tablet of XTC, which a defendant attempted to transport from the Netherlands to Poland, was not ‘a considerable quantity’. In the justification for this decision, the court argued, among other things, that “since in practice, smuggling of narcotics takes place in dozens of kilograms, or even tonnes (on ships) and such amounts should undoubtedly be understood as considerable quantities, it is impossible to accept that amounts defined in grams (144g) are the ‘considerable’ quantity which is mentioned in the Act, in particular since in the case of the defendant we are dealing with marijuana, a soft drug, one with weaker effects, a larger quantity of which needs to be used in order to affect a larger number of persons”.³¹ In a case in which the

28 See also Decision of the Supreme Court dated 01 February 2007, III KK 257/06, LEX no. 323801; Verdict of the Supreme Court dated 10 June 2008, III KK 30/08, LEX no. 418629; Decision of the Supreme Court dated 23 September 2009, I KZP 10/09, Legalis no. 169905; Verdict of the Supreme Court dated 04 July 2011, IV KK 127/11, LEX no. 897769; Decision of the Supreme Court dated 23 February 2017, IV KK 19/17, Legalis no. 1580554.

29 Verdict of the Court of Appeals in Kraków dated 06 June 2017, II AKA 71/17, Legalis no. 1807187.

30 Verdict of the Court of Appeals in Kraków dated 12 December 2017, II AKA 242/17, Legalis no. 1843591.

31 Verdict of the Court of Appeals in Katowice dated 06 November 2003, II AKA 56/03, LEX no. 183333.

defendant attempted to transport into Poland illicit drugs in the form of 77.3 g of marijuana, from which 77 portions could be made, as well as 6.2 g and 33.6 g of dried and fresh hallucinogenic mushrooms respectively, from which roughly 20 portions could be made, and 90 milligrams of amphetamines, from which 9 portions could be made (in total about 100 portions of three different illicit drugs), the Court of Appeals in Warsaw determined that this was not 'a considerable quantity' of narcotics.³² The Court of Appeals in Kraków stated that an amount between 139 and 2,216 portions of narcotics was not a considerable quantity, an amount that could have been made from the seized 3 kg of poppy straw.³³

The Court of Appeals in Lublin stated that "Nearly 100 grams of heroin is a considerable quantity in such an obvious way that it does not require further proof. It is enough to recall that the measure of whether an amount is 'a considerable quantity' may be the relation of the particular illicit drug to the needs of a single user addicted to this drug. It is commonly accepted in case law that roughly 50 g of amphetamines, in accordance with the aforementioned principle, constitutes a considerable quantity. Since heroin is an incomparably stronger narcotic, it remains beyond the shadow of a doubt that an amount of approximately 100 grams constitutes a considerable quantity".³⁴ In another verdict, the Court of Appeals in Lublin determined that 89.84 g of amphetamines was 'a considerable quantity'.³⁵ The Court of Appeals in Kraków determined as a considerable quantity the amount of 200 g of amphetamines, arguing that since a single portion of this illicit drug is generally 0.1 g, then the amount in question was sufficient to make 2000 portions, thus sufficient to satisfy the needs on a single occasion of a large number of persons.³⁶ The Court of Appeals in Wrocław determined roughly 5 grams of methamphetamines to be a considerable quantity.³⁷

From the most recent case law, three extracts from the verdicts of three different courts of appeals will be cited. The Court of Appeals in Warsaw determined that "The cultivation of 24 plants of cannabis of any type other than hemp, from which an amount of plant matter may be obtained allowing for the production of at least 1661 portions of an illicit drug and

32 Verdict of the Court of Appeals in Warsaw dated 18 April 2000, II AKa 22/00, LEX no. 45325.

33 Verdict of the Court of Appeals in Kraków dated 15 May 2008, II AKa 70/08, LEX no. 466560.

34 Verdict of the Court of Appeals in Lublin dated 17 December 2002, II AKa 282/02, LEX no. 80602. Also: Verdict of the District Court in Warsaw dated 18 July 2017, VI Ka 1530/16, LEX no. 2361875.

35 Verdict of the Court of Appeals in Lublin dated 14 February 2006, II AKa 14/06, LEX no. 179040.

36 Verdict of the Court of Appeals in Kraków dated 19 October 2000, II AKa 124/00, LEX no. 44955.

37 Verdict of the Court of Appeals in Wrocław dated 02 February 2012, II AKa 413/11, Legalis no. 589102.

for the production of an illicit substance in the form of marijuana in a total amount of 136.64 grams, sufficient to make at least 136 individual portions, undoubtedly constitutes a considerable quantity as understood by article 53.2 and article 63.3 of the Act 2005 on Counteracting Drug Addiction”.³⁸ In the opinion of the Court of Appeals in Kraków (expressed after the change of position of this court regarding what constitutes a considerable quantity), “The cultivation by the defendant of three plants of cannabis other than hemp, and the ultimate obtaining from one of these plants of 53.318 grams of plant matter would be sufficient to obtain from 42 to 145 portions for sale, thus constitutes a considerable quantity sufficient for the intoxication of several dozen persons”.³⁹ The Court of Appeals in Lublin argued thus: “Assuming that a portion sufficient for the intoxication of a single person is 0.1-0.5 g, the determination that 100 grams of marijuana constitutes a considerable quantity raises no doubts”.⁴⁰ A slightly different opinion was expressed by the Court of Appeals in Wrocław, which stated that “it is difficult to accept that a single portion of marijuana weighing roughly 0.2 g can satisfy the needs for intoxication of a single person addicted to marihuana. For this satisfaction of the needs of a single person to be possible (and thus for intoxication to occur), an amount of at least 1 gram is necessary, allowing for the preparation of 2 or 3 portions, and only the use of such an amount creates the conditions for the satisfaction of a single addicted user”. This court also shared the opinion of the District Court in Świdnica, which determined that 28.86 grams of marijuana was not a considerable quantity. Interestingly, the public prosecutor (in this case the accusing party) appealed the decision of the District Court in Świdnica, claiming that the defendant possessed a considerable quantity of narcotics and requesting that the offence be recognised as a qualified offence of possession of narcotics.⁴¹

Of course, of particular importance are the decisions of the Supreme Court. This court, by virtue of its authority, affects all the decisions of courts of lower rank. Strictly speaking, the case law and decisions of the Supreme Court in Poland are not a source of law, yet the views expressed by the Supreme Court influence the decisions of lower courts in particular cases. On the other hand, the Supreme Court has on more than one occasion indicated that the views expressed in its case law, apart from cases explicitly addressed in legislation, are not binding on courts handing down decisions in other cases, as a criminal court independently decides all manner of issues, but that the

38 Verdict of the Court of Appeals in Warsaw dated 04 August 2017, II AKa 168/17, Legalis no. 1658268.

39 Verdict of the Court of Appeals in Kraków dated 12 December 2017, II AKa 242/17, Legalis no. 1843591.

40 Verdict of the Court of Appeals in Lublin dated 02 March 2017, II AKa 279/16, LEX no. 2284893.

41 Verdict of the Court of Appeals in Wrocław dated 23 March 2016, II AKa 63/16, LEX no. 2047161.

condition for the acceptance of a decision of a common court which is at variance with a decision of the Supreme Court is an exhaustive and logical justification of the legal opinions expressed therein.⁴² The Supreme Court also stated that in a situation where significant disparities in possible legal assessments exist, a court handing down a decision is obliged to consider all judicial arguments associated with the incident in question and to assess the significance of these arguments.⁴³

Moreover, the Supreme Court, when considering cassation, may for example reverse a verdict already handed down and refer the case back to the court of first instance for further examination if the Supreme Court determines that the court (that is, the court of second instance, which upheld the verdict of the court of first instance) committed a serious violation of the provisions of substantive law. The Supreme Court did precisely this, for example, in a case in which the defendant was in possession of 200 grams of marijuana and 39 grams of hashish, and in which the courts of lower instances did not determine this amount to be a considerable quantity of narcotics.⁴⁴ In the opinion of the Supreme Court, the defendant possessed a considerable quantity of narcotics, and the classification of the crime as a basic offence (instead of a qualified offence due to the considerable quantity of narcotics) constituted a violation of substantive law. In another case, the Supreme Court determined that the amount of 9.86 g of marijuana and 4.64 g of amphetamines recovered during a search constituted an amount of narcotics sufficient for the intoxication on a single occasion of 55-60 persons, thus making it 'a considerable quantity'.⁴⁵

3. Discussion

The notion of 'a considerable quantity' of narcotics has for years been a source of controversy both in criminal law doctrine and in case law. There have been repeated calls for lawmakers to define this notion in the Act on Counteracting Drug Addiction.⁴⁶

42 Verdict of the Supreme Court dated 27 May 2002, V KKN 188/00, <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia1/V%20KKN%20188-00.pdf>; Decision of the Supreme Court dated 13 November 2007, V KK 287/07, LEX no. 332943.

43 Decision of the Supreme Court dated 25.02.2009, I KZP 31/08, LEX no. 486168.

44 Verdict of the Supreme Court dated 07 May 2013, II KK 25/13, <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia3/II%20KK%2025-13.pdf>.

45 Decision of the Supreme Court dated 01 February 2007, III KK 257/06, LEX no. 323801.

46 See, for example, B. Kurzępa [in:] A. Ważny (ed.), *Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz* [The Act on Counteracting Drug Addiction: Commentary], Warsaw 2019, LEX, Commentary to Art. 53, thesis 18; J. Kanarek, *Ocenny charakter znamienia "znaczej ilości" środków odurzających. Próba reinterpretacji przyjmowanych w doktrynie i orzecznictwie poglądów* [The evaluative character of the factor 'a considerable quantity' of illicit drugs. An attempt at reinterpretation of views accepted in doctrine and case law], "Przegląd Sądowy" 2019, no. 1, p. 61.

One court handing down decisions in such matters even turned to the Constitutional Tribunal with a request for examination of the constitutionality of laws in which this notion appears as a determining factor of a criminal offence. The Constitutional Tribunal ruled that such laws are in fact constitutional.⁴⁷ The author of this paper is of the opinion that the factor ‘a considerable quantity’ meets the standards of constitutionality.⁴⁸ It is worth noting that in the opinion of the Supreme Court, there is no need to introduce a statutory definition of what constitutes ‘a considerable quantity’ as “the considerations of the courts of appeals and of the Supreme Court are in this matter completely sufficient”.⁴⁹

As has been pointed out above, there are three conceptions of interpretation of the notion ‘a considerable quantity’ of narcotics in Polish jurisprudence. Although the subject of this paper is the issue of what constitutes a considerable quantity of narcotics in terms of case law, it is worthwhile to briefly mention the views on this issue which prevail in criminal law doctrine, as judges frequently refer in their decisions to views expressed in the literature. In this way, the views of academics help shape the views of courts as expressed in case law. Thus, regarding the notion of ‘a considerable quantity’, there are also three conceptions in the literature, although in the latest criminal law literature it appears that the quantitative-qualitative conception dominates.⁵⁰ The author of this paper also supports this conception. In assessing ‘a considerable quantity’ of narcotics, the criterion of intended use is not relevant. This element, the intended use of the narcotics (whether for personal use or for sale), should become relevant in the assessment of the degree of social harm inflicted by the offence, and thus in determining the punishment.⁵¹

The analysis conducted in this paper leads to the conclusion that in case law involving the determination of ‘a considerable quantity’ of narcotics, the criterion of the number of consumption portions which can be made from a given amount of narcotics dominates. Within the last dozen years or so, there have been enormous disparities between courts

47 Verdict of the Constitutional Tribunal dated 14 February 2012, P 20/10, LEX no. 1110344.

48 See also M. Kulik, *op. cit.*, Commentary to Art. 53, thesis 31.

49 Decision of the Supreme Court dated 23 September 2009, I KZP 10/09, LEX no. 518123.

50 See, for example, M. Kulik, *op. cit.*, Commentary to Art. 53, thesis 34; B. Kurzępa, *op. cit.*, Commentary to Art. 53, thesis 18; T. Srogosz, *Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz*, Warsaw 2008, Commentary to Art. 53, thesis 7.A. Expressed differently (in favour of the quantitative-qualitative conception with consideration of the intended use of the narcotics) among others in E. Stępień, *op. cit.*, pp. 68-69.

51 See also: the Supreme Court in a verdict dated 07 May 2013, II KK 25/13, <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia3/III%20KK%2025-13.pdf>; Verdict of the Court of Appeals in Warsaw dated 04 August 2017, II AKa 168/17, Legalis no. 1658268.

in assessing how many consumption portions are sufficient to establish that the offence involves a considerable quantity of narcotics. The number of portions accepted as a minimum for the establishment of a considerable quantity has varied from several dozen portions to tens of thousands of portions. The Supreme Court, however, has consistently stated that the lower figure of several dozen portions is sufficient to establish a considerable quantity. After the change in position of the Court of Appeals in Kraków, the most recent case law of courts of appeals and lower courts regarding this issue have been relatively uniform and in accordance with the position of the Supreme Court.⁵² This can be illustrated by a recent verdict, the verdict of the District Court in Sieradz dated 21 October 2019.⁵³ It should, however, be stressed that the change in position of the Court of Appeals in Kraków was dictated by the desire to maintain uniformity of case law in common courts (as the Court itself indicated in explaining its change of position), and not by a conviction of the validity of the divergent view. It is also worth noting that the original view of the Court of Appeals in Kraków was shared by many judges of lower instances, not only within the Kraków Appellate.⁵⁴ With regard to the number of portions, intermediary positions in case law can also be seen. Namely, the District Court in Kielce stated that a considerable quantity of narcotics is one which is sufficient for the intoxication of several thousands of persons.⁵⁵

It is also worthwhile to note that in the latest literature, the view has been expressed that “a considerable quantity is several hundred, several thousand, or more portions”, which was understood to be indicative of a large-scale criminal procedure.⁵⁶ This view is in and of itself not a novelty, as it had previously been expressed in case law. For example, the Court of Appeals in Wrocław stated that ‘a considerable quantity’ of narcotics is one which allows for the preparation of at least several hundred individual

52 See also Verdict of the Court of Appeals in Wrocław dated 14 November 2018, II AKa 251/18, LEX no. 2609639; Verdict of the Court of Appeals in Wrocław dated 21 November 2018, II AKa 376/17, LEX no. 2613655.

53 Verdict of the District Court in Sieradz dated 21.10.2019, II Ka 145/19, LEX no. 2761534.

54 See also the verdict of one of the district courts in the Wrocław Appellate whose verdict was considered by the Court of Appeals in Wrocław (verdict of the Court of Appeals in Wrocław dated 20.02.2008, II AKa 10/08, LEX no. 357147); J. Marciniak (judge in the regional court), M. Marciniak, „Znaczna ilość środków odurzających” a wymóg określoności prawa karnego [A considerable quantity of illicit drugs and requirement to define in criminal law], „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2011, no. 1, p. 82.

55 Verdict of the District Court in Kielce dated 24.09.2013, IX Ka 742/13, LEX no. 1717751.

56 Also V. Konarska-Wrzosek [in:] M. Bojarski (ed.), *System Prawa Karnego. Tom XI. Szczególne dziedziny prawa karnego. Prawo karne wojskowe, skarbowe i pozakodeksowe* [The criminal law system. Volume 11. Particular areas of criminal law. Military criminal law, tax criminal law and non-code criminal law], Warsaw 2014, p. 443.

portions capable of intoxicating at least several hundred persons, ruling that the amount of 30.96 grams of marijuana allowing for the obtaining of roughly 62 individual portions was not a considerable quantity.⁵⁷ In the opinion of the author of this paper, this view deserves approbation. It is unwise to excessively expand the notion of ‘a considerable quantity’, and thus set an excessively low minimum threshold for determining what constitutes ‘a considerable quantity’. Bearing in mind the Latin maxim *nullum crimen sine lege stricta*, factors characterising qualified criminal offences should not be interpreted expansively. Moreover, the majority of cases of a given criminal offence, such as the offence of possession of narcotics, should be classified as the basic type of offence (and not the qualified type or the privileged type of offence). It should be remembered that the provisions regarding types of qualified narcotics offences are intended to severely punish dealers, and not single individuals in possession of narcotics. The assumption that a considerable quantity of narcotics is an amount of at least several dozen consumption portions, i.e. about 30, leads in practice to a situation in which many low-level possessors of narcotics (consumers) are sentenced for qualified offences. It should however be mentioned that in the Polish literature, the view that several dozen portions is sufficient to establish ‘a considerable quantity’ is still dominant.⁵⁸

4. Final conclusion

Summing up, it should be clearly stated that in accordance with current Polish case law, ‘a considerable quantity’ of narcotics is one which can satisfy the needs on a single occasion of at least several dozen persons, thus representing an amount from which at least several dozen portions can be made. At the same time, it should be noted that the current line of reasoning in case law may be subject to change in the near future. This eventuality is suggested by one of the most recent verdicts of the Supreme Court regarding ‘a considerable quantity’ of narcotics, a verdict handed down on 11 October 2017.⁵⁹ The Supreme Court, overturning the verdict of the district court which had maintained the decision of the regional court, reversed the verdict and referred the case back to the district court for further examination in appeals proceedings. In this particular case, the defendant was in possession of illicit drugs

57 See also the verdict of the Court of Appeals in Wrocław dated 20 February 2008, II AKa 10/08, LEX no. 357147.

58 See also T. Srogosz, *op. cit.*, Commentary to Art. 53, thesis 7.A; A. Muszyńska, K. Łuczarski, *op. cit.*, Commentary to Art. 53, thesis VI.2; B. Kurzępa, *op. cit.*, Commentary to Art. 53, thesis 18.

59 Verdict of the Supreme Court dated 11 October 2017, III KK 73/17, LEX no. 2389557.

in the amount of 18.627 grams of marijuana and a psychotropic substance in the form of 0.93 grams of Pentedrone and was convicted of possession of a considerable quantity of narcotics, thus of a qualified offence. The courts of lower instance determined that the defendant possessed no fewer than 37 portions of marijuana, i.e. several dozen portions, constituting 'a considerable quantity'. The Supreme Court alleged that both lower instance courts had incorrectly interpreted the factor 'a considerable quantity'. The Supreme Court argued that the claim made in many decisions of the Court that "a considerable quantity of illicit drugs or psychotropic substances is one which can on a single occasion satisfy the needs of at least several dozen addicted users" does not mean that in every case the amount of narcotics capable of satisfying these needs on a single occasion must by definition be regarded as 'a considerable quantity' as understood by the Act on Counteracting Drug Addiction. The Supreme Court stressed that "The clear conclusion that can be drawn from statements included in case law must be understood in negative terms. It should lead to the idea that an amount of narcotics which is not capable of satisfying the needs of several dozen addicted users on a single occasion may not be classified as a considerable quantity". Later in this same verdict, the Supreme Court argued that in determining the occurrence of 'a considerable quantity' of narcotics, apart from the quantitative-qualitative criterion, the deliberating body should also take into account for what purpose the defendant possessed the illicit drugs or psychotropic substances and also whether this individual is addicted to these substances. The Supreme Court emphasised that "only such a procedure is capable of minimising the risk that an instrument such as a qualified offence, by definition intended to suppress dealers and not consumers of their products, will not completely incidentally be applied against persons towards whom it was not intended". The Court also stated that the basic type of offence should *ex definitione* serve in the majority of cases as the basis for criminal liability and that the approaches represented by both lower instance courts may mean that nearly all cases of behaviours involving possession of illicit drugs or psychotropic substances in violation of the law will be assessed as qualified offences based on the amount of narcotics. In justification of its position, the Supreme Court also made reference to relevant regulations in other European countries, giving examples regarding marijuana. It stated that "Although it is obvious that these regulations are in no way binding on Polish courts, nonetheless when making interpretations of national regulations it is sometimes well-justified to reflect on assessments accepted in other systems of jurisprudence of the same cultural background".

It is the opinion of the author of this paper that the Supreme Court in the verdict presented above has essentially retreated from the until now consistently maintained line of reasoning in case law regarding what constitutes ‘a considerable quantity’ of narcotics. This new view, expressed in the verdict cited, is correct and deserves general approbation. It should certainly be assessed positively in terms of abandonment of the criterion of several dozen portions. It should, however, be assessed negatively inasmuch as it makes reference in the determination of ‘a considerable quantity’ to the intended purpose of the narcotics. It must be stated that this verdict was delivered by a three-person composition of the Supreme Court, and thus it represents the views of three judges. Time will tell if this verdict will be an isolated divergence from the current line of case law reasoning, or whether other judges of the Supreme Court will accept the view expressed in it. It is to be hoped that this verdict will become the germ of a new line of case law of the Supreme Court regarding the interpretation of the notion of ‘a considerable quantity’ of narcotics, and that the view expressed in this verdict abandoning the criterion of several dozen portions will be universally accepted in the case law of Polish courts.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

Grant Support: The research was co-financed with funds earmarked for financing of the statutory activities of the Faculty of Law, Administration and International Relations at Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University (research task no.: WPAiSM/DS/19/2019-KON).

References

- Act dated 31 January 1985 on the Prevention of Drug Addiction, Journal of Laws 1985 no. 4 item 15 as amended.
- Act dated 29 July 2005 on Counteracting Drug Addiction, unified text, Journal of Laws 2019 item 852 as amended.
- Kanarek, J. (2019). Ocenny charakter znamienia „znacznej ilości” środków odurzających. Próba reinterpretacji przyjmowanych w doktrynie i orzecznictwie poglądów [The evaluative character of the factor ‘a considerable quantity’ of illicit drugs. An attempt at reinterpretation of views accepted in doctrine and case law]. *Przegląd Sądowy*, 1, 55-63.
- Konarska-Wrzošek, V. (2014). Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zdrowiu [Non-code crimes against health]. In M. Bojarski (Ed.), *System Prawa Karnego. Tom XI. Szczególne dziedziny prawa karnego. Prawo karne wojskowe, skarbowe i pozakodeksowe* [The criminal law system. Volume 11. Particular areas of criminal law. Military criminal law, tax criminal law and non-code criminal law]. Warsaw: C.H. Beck.
- Kozioł, T. (2010). Znaczna ilość środka odurzającego [A considerable quantity of illicit drugs]. *Prokuratura i Prawo*, 11, 62-77.
- Kulik, M. (2017). Komentarz do niektórych przepisów ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii [Commentary on some provisions of the Act on Counteracting Drug Addiction]. In M. Mozgawa (Ed.), *Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zdrowiu. Komentarz* [Non-code crimes against health: Commentary]. Warsaw: Wolters Kluwer Polska.

- Kurzępa, B. (2019). Komentarz do art. 53 [Commentary to Art. 53]. In A. Ważny (Ed.), *Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz [The Act on Counteracting Drug Addiction: Commentary]*. (2nd ed.). Warsaw: Wolters Kluwer.
- Malasińska-Nagórny, A. (2013). Pojęcie „znacznej ilości” środków odurzających [The notion of 'a considerable quantity' of illicit drugs]. *Prokuratura i Prawo, II*, 159-167.
- Marciniak, J., & Marciniak, M. (2011). „Znaczna ilość środków odurzających” a wymóg określoności prawa karnego [A considerable quantity of illicit drugs and requirement to define in criminal law]. *Wojskowy Przegląd Prawniczy, I*, 67-82.
- Muszyńska, A., & Łucarz, K. (2008). *Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz [The Act on Counteracting Drug Addiction: Commentary]*. (1st ed.). Warsaw: Wolters Kluwer Polska.
- Srogosz, T. (2008). *Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz [The Act on Counteracting Drug Addiction: Commentary]*. (2nd ed.). Warsaw: C.H. Beck.
- Stępień, E. (2015). „Znaczna ilość” środków odurzających, substancji psychotropowej i słomy makowej. Uwagi na tle ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego i sądów powszechnych [“A considerable quantity” of illicit drugs or psychotropic substance and poppy straw. Comments in relation to the Act on Counteracting Drug Addiction in view of the case law of the Supreme Court and common courts]. *Kwartalnik Sądowy Apelacji Gdańskiej, III*, 57-71.
- United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances drawn up in Vienna on 20 December 1988, https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_en.pdf.

Cited court rulings

- Verdict of the Supreme Court dated 17 June 1999, IV KKN 813/98, LEX no. 38935.
- Verdict of the Court of Appeals in Warsaw dated 18 April 2000, II AKa 22/00, LEX no. 45325.
- Verdict of the Court of Appeals in Kraków dated 19 October 2000, II AKa 124/00, LEX no. 44955.
- Verdict of the Supreme Court dated 27 May 2002, V KKN 188/00, <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia1/V%20KKN%20188-00.pdf>.
- Verdict of the Court of Appeals in Lublin dated 17 December 2002, II AKa 282/02, LEX no. 80602.
- Verdict of the Court of Appeals in Wrocław dated 30 May 2003, II AKa 167/03, Legalis no. 59050.
- Verdict of the Court of Appeals in Katowice dated 06 November 2003, II AKa 56/03, LEX no. 183333.
- Verdict of the Court of Appeals in Kraków dated 31 August 2005, II AKa 167/05, LEX no. 163451.
- Verdict of the Court of Appeals in Lublin dated 14 February 2006, II AKa 14/06, LEX no. 179040.
- Verdict of the Supreme Court dated 01 March 2006, II KK 47/05, LEX no. 182794.
- Decision of the Supreme Court dated 01 February 2007, III KK 257/06, LEX no. 323801.
- Verdict of Court of Appeals in Kraków dated 30 May 2007, II AKa 85/07, Legalis no. 89157.
- Decision of the Supreme Court dated 13 November 2007, V KK 287/07, LEX no. 332943.
- Verdict of the Court of Appeals in Wrocław dated 20 February 2008, II AKa 10/08, LEX no. 357147.
- Verdict of the Court of Appeals in Kraków dated 15 May 2008, II AKa 70/08, LEX no. 466560.
- Verdict of the Supreme Court dated 10 June 2008, III KK 30/08, LEX no. 418629.
- Decision of the Supreme Court dated 25 February 2009, I KZP 31/08, LEX no. 486168.
- Verdict of Court of Appeals in Kraków dated 08 July 2009, II AKa 132/00, Legalis no. 218293.
- Decision of the Supreme Court dated 23 September 2009, I KZP 10/09, LEX no. 518123.
- Verdict of Court of Appeals in Kraków dated 01 February 2011, II AKa 142/10, Legalis no. 589101.
- Verdict of the Supreme Court dated 04 July 2011, IV KK 127/11, LEX no. 897769.

- Verdict of the Court of Appeals in Wrocław dated 02 February 2012, II AKa 413/11, Legalis no. 589102.
- Verdict of the Constitutional Tribunal dated 14 February 2012, P 20/10, LEX no. 1110344.
- Verdict of the Court of Appeals in Wrocław dated 08 March 2012, II AKa 45/12, Legalis no. 589103.
- Verdict of the Court of Appeals in Białystok dated 09 August 2012, II AKa 140/12, LEX no. 1220420.
- Verdict of the Court of Appeals in Wrocław dated 15 October 2012, II AKa 220/12, LEX no. 1238635.
- Verdict of the Court of Appeals in Gdańsk dated 19 December 2012, II AKa 430/12, LEX no. 1271815.
- Verdict of Court of Appeals in Kraków dated 05 April 2013, II AKa 47/13, Legalis no. 732951.
- Verdict of the Supreme Court dated 07 May 2013, II KK 25/13, <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia3/III%20KK%2025-13.pdf>.
- Verdict of the District Court in Kielce dated 24 September 2013, IX Ka 742/13, LEX no. 1717751.
- Verdict of the Court of Appeals in Kraków dated 08 November 2013, II AKa 220/13, LEX no. 1466287.
- Verdict of the Court of Appeals in Wrocław dated 13 November 2013, II AKa 329/13, LEX no. 1400521.
- Verdict of the Court of Appeals in Łódź dated 21 January 2014, II AKa 255/13, Legalis no. 1024093.
- Decision of the Court of Appeals in Kraków dated 08 October 2014, II AKz 373/14, LEX no. 1616028.
- Verdict of the Court of Appeals in Wrocław dated 30 April 2015, II AKa 79/15, LEX no. 1711601.
- Verdict of the Court of Appeals in Wrocław dated 23 July 2015, II AKa 187/15, Legalis no. 1337321.
- Verdict of the Court of Appeals in Poznań dated 03 November 2015, II AKa 115/15, LEX no. 2122468.
- Verdict of the Court of Appeals in Wrocław dated 23 March 2016, II AKa 63/16, LEX no. 2047161.
- Decision of the Supreme Court dated 23 February 2017, IV KK 19/17, LEX no. 2254800.
- Verdict of the Court of Appeals in Lublin dated 02 March 2017, II AKa 279/16, LEX no. 2284893.
- Verdict of the Court of Appeals in Kraków dated 06 June 2017, II AKa 71/17, Legalis no. 1807187.
- Verdict of the District Court in Warsaw dated 18 July 2017, VI Ka 1530/16, LEX no. 2361875.
- Verdict of the Court of Appeals in Warsaw dated 04 August 2017, II AKa 168/17, Legalis no. 1658268.
- Verdict of the Supreme Court dated 11 October 2017, III KK 73/17, LEX no. 2389557.
- Verdict of the Court of Appeals in Kraków dated 12 December 2017, II AKa 242/17, Legalis no. 1843591.
- Verdict of the Court of Appeals in Wrocław dated 14 November 2018, II AKa 251/18, LEX no. 2609639.
- Verdict of the Court of Appeals in Wrocław dated 21 November 2018, II AKa 376/17, LEX no. 2613655.
- Verdict of the District Court in Sieradz dated 21 October 2019, II Ka 145/19, LEX no. 2761534.



Türkiye – Çin Halk Cumhuriyeti Suçluların İadesi Andlaşmasına Dair Hukuki Bir Değerlendirme

Legal Assessment of the Extradition Treaty between Turkey and the People's Republic of China

Timuçin KÖPRÜLÜ¹

¹Dr. Öğretim Görevlisi, Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye

ORCID: T.K. 0000-0002-6580-091X

Öz

Türkiye ile Çin Halk Cumhuriyeti arasında imzalanan iade andlaşması gerek iç kamuoyunda gerek dış kamuoyunda özellikle Uygur Türkleri meselesi nedeniyle büyük tartışmalar yaratmıştır. Bu tartışmalar genelde Andlaşma'nın hukuki yönünden ziyade siyasi boyutlarına ve sonuçlarına yöneliktir. Andlaşma'nın siyasi boyutları ve sonuçları elbette önemli olmakla birlikte çalışmamızda pek de gündeme gelmeyen hukuki yapısı incelenecektir. Henüz Türkiye tarafından onaylanması bir kanunla uygun bulunmayan Andlaşma, Türkiye'nin diğer devletlerle yaptığı iade andlaşmalarına hem şekil hem de içerik olarak benzemektedir. Bahis konusu Andlaşma iadenin kabulüne ve reddine dair şartları bakımından değerlendirilirken, iki devletin iç hukuk düzenlemeleri, iadeyle ilgili Birleşmiş Milletler belgeleri, AİHS ve özellikle Uygur Türkleri meselesiyle ilgili Anayasa Mahkemesi ve ALHM içtihatları dikkate alınacaktır. Bunun yanında yargı kararlarına da yansıyan çeşitli uluslararası insan hakları örgütlerinin ve devletlerin ÇHC'deki insan hakları ihlallerine dair raporlarına ve ÇHC'nin diğer devletlerle yaşadığı bazı iade sorunlarına uygulayıcılara yol göstermek amacıyla kısaca değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: Adli işbirliği, İade, Uygur Türkleri

ABSTRACT

The Extradition Treaty between the Turkish Republic and the People's Republic of China stirred up lively debates both domestically and internationally, particularly with regards to the Uighur Turks. These debates mainly revolved around political aspects and the consequences of ratifying the Treaty rather than its legal implications. Although the political aspects and consequences of the Treaty are also significant, this study will focus on the legal aspects, which have not been extensively explored. The Extradition Treaty, which has not been ratified by Turkey yet, is similar to treaties that Turkey has signed with other countries both in its form and content. The national legislation of both countries, the United Nations documents on extradition, the European Convention on Human Rights and the case law related to the European Convention on Human Rights (ECHR) and the Turkish Constitutional Court, particularly on the case of Uighur Turks, will be analyzed in an attempt to elaborate the ratification process and the rejection of the Extradition Treaty. In addition, reports from international human rights organizations and states on human rights violations in China, which were also referred to in court decisions, and the extradition challenges that China has experienced with other states in the past will also be examined to provide some guidance to legal practitioners regarding relevant extradition requests.

Keywords: Legal Cooperation, Extradition Treaty, Uighur Turks

Submitted: 20.05.2021 • **Revision Requested:** 14.06.2021 • **Last Revision Received:** 14.06.2021 • **Accepted:** 17.06.2021 • **Published Online:** 00.00.0000

Corresponding author: Timuçin Köprülü, E-mail: timucin.koprulu@parttime.atilim.edu.tr

Citation: Köprülü, K, 'Türkiye – Çin Halk Cumhuriyeti Suçluların İadesi Andlaşmasına Dair Hukuki Bir Değerlendirme' (2020) 8(1) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 85.
<https://doi.org/10.26650/JPLC2021-940081>



EXTENDED ABSTRACT

The Extradition Treaty between Turkey and the People's Republic of China was signed at Beijing on the 13th May 2017. Chinese National People's Congress ratified the Treaty on the 26th December 2020. However, Turkey has not ratified the Treaty, but it is expected to do so soon.

The Extradition Treaty consists of 22 articles that specify the obligation to extradite, extraditable offenses, mandatory and discretionary grounds for refusal, provisional arrest, expedited extradition, surrender of the person and property, transit, and rule of specialty.

In form, the Treaty is based on the Model Treaty on Extradition that was drafted by the United Nations General Assembly.

The terms and conditions for extradition are specified under provisions on extraditable offenses and the mandatory and discretionary grounds for refusal in the Treaty. In this regard, if a request is made for the extradition of a suspect or defendant during an investigation process or prosecution phase, the maximum sentence that can be implemented is at least one year or a more severe sentence that is provided for under the laws of both Parties. For the extradition of convicts—that is, people with final verdicts of conviction—the sentence limitation provided for in Article 2(2)(b) of the Treaty is a minimum six months.

Political offenses and granting asylum are stipulated as mandatory bars to extradition. However, taking or attempted taking of the life of a Head of State, Head of Government, or a member of his/her family are not considered as political offenses under any international convention to which both Parties are parties. Extradition is also not allowed if the party being requested to effect it has substantial grounds for believing that the request for extradition has been made for the sole purpose of prosecuting or punishing the person sought on an account of that person's race, sex, religion, nationality, or political opinion, or that person's position in judicial proceedings may be prejudiced for any of these reasons. Like political offenses, extradition requests on military offenses are also not allowed. Nationality, lapse of time, pardon or amnesty, and judgment in absentia (if the requesting party does not guarantee that the person sought has an opportunity to have the case retried in their presence after extradition) are also bars to extradition. Finally, extradition requests cannot be granted if the penalty that may be imposed or executed by the requesting party for the offense for which the extradition

is sought is in conflict with the fundamental principles of the laws of the requested party, unless the requesting party provides such assurances as the requested party may consider sufficient that these principles shall not be violated. Therefore, torture, punishments that amount to ill and humiliating treatment, and the death sentence are bars to extradition under the Turkish law.

The discretionary grounds for refusal of a request for extradition include: the requested party's jurisdiction over the offense; the requested party's decision either not to institute prosecution or to terminate proceedings in respect to the same offense; and humanitarian considerations such as age, health, or other personal circumstances of the person sought.

The Supreme Court and Constitutional Court decisions reveal that although the treaty between Turkey and China is not in force yet, an extradition relation has already been established. Therefore, the Treaty will provide a legal or conventional basis for this relation. However, it is anticipated that there will be challenges in the assessment of requests for extradition between the two countries, particularly from Turkey. The Treaty raises concerns among Uighur Turks, who are settled in Turkey and are considered terrorists by China. The Uighur Turks fear that they will be extradited to China. The widespread human rights violations of China in Xinjiang-Uighur Autonomous Region, which have been covered in human rights organizations reports and ECHR decisions, indicate that such concerns are not unfounded. Moreover, concerns over the impartiality of Chinese criminal courts, the torture and ill-treatment allegations, and the implementation of the death sentence are likely to pose a challenge in the extradition of persons from Turkey to China. Turkey is a party to the ECHR and its Additional Protocols and it accepts the jurisdiction of ECHR. Majority of the ECHR decisions regarding the cases of deportation and extradition to China show that the rights of those extradited were violated due to the oppressive policies of China in the Xinjiang-Uighur Autonomous Region. Therefore, despite the potential political pressure, the Turkish judicial authorities must consider the ECHR case law, as well as human rights law, before making a decision to extradite persons of interest to China.

1. Giriş

Türkiye ile Çin Halk Cumhuriyeti (ÇHC) arasında 13 Mayıs 2017 tarihinde Pekin’de imzalanan ve daha sonra ÇHC Ulusal Konseyi tarafından 26 Aralık 2020 tarihinde onaylanan iade andlaşması gerek iç kamuoyunda gerek dış kamuoyunda özellikle Uygur Türkleri meselesi nedeniyle büyük tartışmalar yaratmıştır. Bu tartışmalar genelde Andlaşma’nın hukuki yönünden ziyade siyasi boyutlarına ve sonuçlarına yöneliktir. Andlaşma’nın siyasi boyutları ve sonuçları elbette önemli olmakla birlikte çalışmamızda pek de gündeme gelmeyen hukuki yapısı incelenecektir. Bahis konusu Andlaşma iadenin kabulüne ve reddine dair şartları bakımından değerlendirilirken, iki devletin iç hukuk düzenlemeleri, iadeyle ilgili Birleşmiş Milletler belgeleri, AİHS ve özellikle Uygur Türkleri meselesiyle ilgili AİHM içtihatları dikkate alınacaktır. Bunun yanında yargı kararlarına da yansıyan çeşitli insan hakları örgütlerinin ve devletlerin ÇHC’deki insan hakları ihlalleri raporlarına ve ÇHC’nin diğer devletlerle yaşadığı bazı iade sorunlarına da değinilecektir.

2. Türkiye ile Çin Halk Cumhuriyeti Arasında Adli Yardımlaşma Andlaşması

Yabancı bir ülkede yapılan muhakeme çerçevesinde yapılmakta olan muhakeme çerçevesinde, o ülkenin istemi üzerine gerçekleştirilen her türlü destek ve katkı adli yardımlaşma olarak tanımlanabilir¹. Adli yardımlaşmanın kapsamı bir ülkede verilen mahkeme kararının diğerinde tanınması ve tenfizinden, ülkenin resmi makamlarının verdikleri belgelerin diğer ülkede de geçerli olmasına, tanık, sanık ya da bilirkişinin diğer ülkede dinlenilmesinden delil toplanmasına, şüpheli, sanık ya da hükümlünün iadesinden davanın nakline kadar hukuki, ticari ve cezai konularda geniş bir alana yayılmaktadır.

Türkiye ile ÇHC arasında adli alanda iş birliğini geliştirmek için ilk anlaşma 28.09.1992 tarihinde Pekin’de imzalanmıştır. 27.09.1994 tarihinde 4034 sayılı Kanunla onaylanan Andlaşma Bakanlar Kurulu’nun 94/6161 sayılı kararıyla 12.11.1994 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. Bu Andlaşmanın 12. maddesinde adli yardımın kapsamı hukuki, ticari ve cezai konularda iki devlet arasındaki adli belgelerin gönderilmesi ve tebliğ edilmesi, istinabe suretiyle delil sağlanması, mahkeme ve hakem kararlarının tanınması ve tenfizi ile diğer konulardaki yardım talepleri olarak belirtilmiştir. Andlaşma

1 Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Murat Önok, Uluslararası Ceza Hukuku, (Ankara, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019), s. 157.

metni incelendiğinde taraf devletlerden birinde bulunan ve diğer tarafın soruşturmanın ve kovuşturmanın yürütülmesi ya da verilen mahkumiyet kararının infazı maksadıyla kişi ya da kişilerin iadesini talep etmesine dair bir düzenleme bulunmamaktadır.

3. Türkiye ile Çin Halk Cumhuriyeti Arasındaki İade Andlaşması'na Genel Bir Bakış

Türkiye ile ÇHC arasındaki iade andlaşması 13 Mayıs 2017 tarihinde Pekin'de imzalanmıştır. ÇHC Ulusal Halk Kongresi Andlaşma'yı 26 Aralık 2020'de onaylamıştır. Türkiye tarafında ise Cumhurbaşkanlığının 12 Nisan 2019 tarihli, Andlaşma'nın Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uygun bulunmasına dair TBMM'ye bildirimini üzerine, onaylanmasının uygun bulunduğu dair kanun teklifi 26 Nisan 2019'da TBMM'ye sunulmuş fakat henüz onaylanmamıştır².

İade yükümlülüğü, iadesi mümkün olan suçlar, zorunlu ve takdiri ret nedenleri, geçici tutuklama, hızlandırılmış iade, kişinin ve eşyanın teslimi ile transit geçiş, iadede hususilik kuralı gibi konularda hükümler içeren Andlaşma 22 maddeden oluşmaktadır.

Andlaşma biçimsel olarak incelendiğinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 14 Aralık 1990 tarih ve 45/116 sayılı kararıyla kabul edilip 12 Aralık 1997 tarihinde 52/88 sayılı kararlar değişiklikler yapılan ve üye devletlerin aralarında yapacakları iade andlaşmalarıyla ilgili örnek olması amacıyla hazırlanan *İadeye Dair Model Andlaşma* metni esas alınarak hazırlanmıştır³. Türkiye'nin Özbekistan'la⁴, Çin Halk Cumhuriyeti'nin de Güney Afrika Cumhuriyeti, Fransa, Meksika ve Portekiz ile imzaladığı iade andlaşmaları da gerek madde başlıkları ve gerek madde metni bakımından bazı farklılıklar haricinde aynı formattadır.

Andlaşmanın Türkçe resmi ismi ““Türkiye ile Çin Halk Cumhuriyeti Arasında Suçluların İadesi Andlaşması”dır. Ancak bu isimlendirme iade kurumunun bir yönünü göstermesi yönünden eksik olmanın yanında uygulamada ve iade andlaşmalarının Türkçe versiyonlarında yaygın şekilde yapılan bir hatayı göstermektedir. Zira sadece suçluların / hükümlülerin iadesi talep edilmemekte; hakkında suç şüphesi nedeniyle soruşturma yürütülen şüpheli veya yine hakkında kamu davası açılmış olan sanıklar da iadeye konu olabilmektedir. Andlaşmanın isminde bu kavram kullanılmakla birlikte

2 Andlaşmanın metni için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-1798.pdf>

3 Model Treaty on Extradition (Adopted by General Assembly Resolution 45/116, subsequently amended by General Assembly Resolution 52/88), https://www.unodc.org/pdf/model_treaty_extradition.pdf Erişim Tarihi: 05.02.2021

4 Andlaşma metni için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-1189.pdf>

çalışmamızda suçluların iadesi kavramı yerine iade kavramını kullanmanın daha doğru olduğu kanaatindeyiz. Nitekim 6706 sayılı Cezai Konularda Adli İş Birliği Kanunu bu hususu gözönünde bulundurarak “suçluların iadesi” ifadesi yerine daha doğru bir kullanım olan “iade”yi tercih etmiştir. İade yükümlülüğünü düzenleyen Andlaşmanın 1. maddesine de bakıldığında iadeye konu kişilerin sadece suçlular / hükümlüler olmadığı haklarında ceza soruşturması ya da kovuşturması yürütülen şüphelilerin ve sanıkların da bu kapsamda olduğu anlaşılmaktadır. Özgenç’in de belirttiği gibi *suçluların iadesi* biçimde bir isimlendirme kurumu eksik olarak ifade etmektedir⁵.

Andlaşmanın genel hükmü olarak nitelendirilebilecek 1. maddesi iade yükümlülüğünü düzenlemektedir. Uluslararası hukukta devletlerin kendi ülkelerinde bulunan şüpheli, sanık ya da hükümlüyü diğer bir devlete iade etme konusunda yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı konusu kurumun tarihi boyunca tartışılmıştır. Bu konuda öğretide ve uygulamada farklı görüşler ortaya çıkmaktadır⁶.

Grotius, ülkesinde suçlu bir kimse bulunan devletin iki şeyden birini yapması gerektiğini söyler: “Ya ülkesinde suçluyu bulan devletin, öteki devletin başvurması üzerine, suçluyu cezalandırması; ya da, isteyen devlete, dilediği gibi cezalandırması için vermesi”⁷. *Gilbert* ise *geri ver ya da yargıla* ilkesinin belirli bir andlaşmada yer almasıyla ilgili suç açısından uluslararası örf adet hukukunda izhari bir nitelik taşıyacağını ancak uluslararası hukukta şimdilik bu ilkeye dair bir genel yükümlülüğün olmadığı düşüncesindedir⁸. Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin *Factor v. Laumbenheimer*, *Ivanevic v. Artukovic*, *Valentine v. Neidecker* kararlarında da andlaşma ile belirtilmeden böyle bir yükümlülüğün bulunmadığına vurgu yapılmıştır. İngiliz mahkemeleri de benzer içtihatlar geliştirmiştir⁹.

Devletler arasında yapılan iade andlaşmalarında taraflar, gerek andlaşma gerek iç hukuklarındaki konuyu düzenleyen kurallar çerçevesinde ülkesinde bulunan ve iadesi talep edilen kişinin teslimini taahhüt ederler. İki devlet ya da ikiden çok devletin katılımıyla yapılan iade anlaşmalarında, iadenin uluslararası hukuk bakımından

5 İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Ankara, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020), s. 1054.

6 Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, (Ankara, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019), s. 118.

7 Hugo Grotius, Savaş ve Barış Hukuku, (çev. Seha Meray), (Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1967), s.152.

8 Geoff Gilbert, Responding to International Crime, (Second Edition, Martinus Nijhoff Publishers, 2006) s. 294.

9 Ivan Shearer, Extradition in International Law, (Manchester University Press, 1971), s. 24-25.

dayanağını teşkil eden bu tip düzenlemelerdir. Çoğu devletin, geri verme işlemlerine dayanak teşkil edecek bir andlaşma bulunmaması durumunda bu talebi yerine getirmediğine vurgu yapan *Lowe* ise talep edilen devletin hukuk sisteminin ya da siyasetinin gereği olarak karşılıklı bir andlaşmanın varlığını aramasının bazı nedenleri olduğunu ifade etmektedir. Buna göre hiç kimse yargılanacağı ya da mahkum olacağı başka bir ülkeye bir sebep olmadan ve iade işlemine yönelik bir mahkemeye başvurma imkanı tanınmadan gönderilmemelidir¹⁰. Öte yandan iki devlet arasında iade andlaşmasının olmaması durumunda, karşılıklılık ilkesi¹¹ gözetilerek suç ve suçlulukla mücadele maksadıyla iade taleplerinin de kabul edilmesi mümkündür.

Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 2005 yılında başlayıp 2014 yılında sona eren *İade Etme veya Yargılama Yükümlülüğü* ismini taşıyan raporunda, iadeye dair birçok bölgesel andlaşmada ve düzenlemede iade ve yargılama imkanlarının kombine edilmiş olmasına karşın, bu araçların genel olarak iade yükümlülüğüne vurgu yapmakta olduğu ve yargılamaya sevk etmeyi sadece işbirliği çerçevesinde cezasızlığı önlemek için bir alternatif olarak tasarlandığı ifade edilmiştir. Yine rapora göre, bu tür andlaşmalarda iade talebinin reddi zorunlu veya takdiri nedenleri içeren şart veya istisnalardan kaynaklanmıyorsa taraf devletlerin iade yükümlülüğü bulunmaktadır¹². Turhan'a göre, uluslararası hukuktaki bütün çabalara rağmen iadeye ilişkin andlaşma olmadan bir devleti iadeye mecbur tutan bir uluslararası hukuk veya teamül kuralı meydana getirilememiştir. Yine uluslararası hukukta iadesi istenen kişinin iade andlaşması olmadan iade edilmeme hakkı diye bir hak bulunmamaktadır. Doktrin ve uygulamada iade andlaşması olmadan bir devletin kendisine yapılan iade taleplerini yerine getirmek zorunda olmadığı kabul edilmektedir¹³.

Meseleye 6706 sayılı Kanun çerçevesinde bakıldığında ise Türkiye'nin iade talep eden ya da talep edilen ülke olması durumunda diğer devletle arasında bir iade andlaşmasının

10 Vaughan Lowe, *International Law*, (Oxford University Press, 2011), s. 181.

11 “Karşılıklılık ilkesi, sözleşmeye dayanmayan adli yardımlaşma açısından önem taşımaktadır. Buna göre adli yardımlaşma isteminde bulunulan devlet, eğer gelecekte istemde bulunan devlet de aynı ölçüde yardımlaşma sağlayacaksa, bu takdirde istemi yerine getirir”. Bkz. Tezcan / Erdem / Önok: s. 172

12 Bkz. “The obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare)”, Final Report of the International Law Commission 2014, s. 4, par. 8, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/reports/7_6_2014.pdf, Erişim Tarihi: 05.02.2021.

13 Faruk Turhan, “6706 sayılı Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu'nun Kapsamı ve Genel Hükümleri Hakkında Bir Değerlendirme”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, 2019, c. 21, s. 3082.

bulunması gerekmemektedir¹⁴. Kanun'un 3/2. Maddesinde yer alan düzenlemeye göre yabancı bir devlet ile Türkiye arasında hukuki ve fiili mütakabiliyet bulunmaması halinde, adli iş birliği talebinin yerine getirilmesi, talep eden devletin, Türkiye'nin aynı konuya ilişkin adli iş birliği taleplerini karşılamayı garanti etmesi şartına bağlanabilir. Bu noktada 6706 sayılı Kanun çerçevesinde hukuki ve fiili mütakabiliyet kavramlarına değinmek gerekmektedir. Yabancı devlet ile Türkiye arasında hukuki mütakabiliyetin bulunması, yani iş birliğinin bir andlaşmaya dayanması halinde, mütakabiliyet ilkesinin güvence altında olduğu kabul edilerek, yabancı devletin Türkiye'nin benzer taleplerini yerine getirmeyi garanti etmesi aranmayacaktır. Fiili mütakabiliyetten kastedilen ise, adli iş birliğinin andlaşmaya dayanmadığı hallerde veya andlaşmanın bulunmasına rağmen iş birliğinin andlaşma kapsamında yer almayan bir konuya ilişkin olduğu hallerde, Türkiye ile yabancı devlet arasındaki uygulama ile ortaya çıkan mütakabiliyet kastedilmektedir. Bu durumda, Türkiye ile yabancı devlet arasında adli iş birliği taleplerinin karşılıklı olarak yerine getirilmesinde yerleşmiş bir uygulama bulunmaktadır. Bunun sonucu olarak da yabancı adli iş birliği taleplerinin yerine getirilmesinde mütakabiliyet ilkesinin garanti edilmesi aranmayacaktır. Ancak Türkiye ile yabancı devlet arasında, ne andlaşma ne de yerleşmiş uygulama bulunmuyorsa, yabancı adli iş birliği taleplerinin yerine getirilmesinde yabancı devletin Türkiye'nin benzer taleplerini yerine getirmesi konusunda güvence vermesi istenebilecektir¹⁵.

Bu durumda çalışmamızla ilişkili olarak Türkiye ile ÇHC arasında imzalanan andlaşma yukarıda da ifade edildiği gibi henüz Türkiye tarafından henüz onaylanmadığından hukuki mütakabiliyet bulunmamakta ancak fiili bir mütakabiliyetin bahis konusu olduğu da yargı kararlarından anlaşılmaktadır¹⁶. 6706 sayılı Kanun'un 3/2. Maddesi

14 Faruk Turhan, "Cezai Konularda Uluslararası Adli İşbirliği Kanununa Göre İadenin Kabul Edilebilirlik Koşulları: Doktrin ve Uluslararası Gelişmeler Işığında Bir Değerlendirme", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018(2), s.13.

15 Turhan, "6706 sayılı", s. 3083-3084.

16 Anayasa Mahkemesi'nin *Abdülkadir Yapıkuhan* kararı incelendiğinde, Türkiye ile Çin arasında iade andlaşması henüz imzalanmamış iken bile iade ilişkisi kurulduğu görülmektedir. Başvuruya konu olayda iadesi talep edilen Yapıkuhan hakkında Bakırköy 2. Ağır Ceza Mahkemesi, iade talebini sahtecilik suçunun zamanlaşımına uğradığı, terör örgütü kurma veya yönetme suçunun ise siyasi suç niteliğinde olduğu gerekçesiyle reddetmiştir. Başvurucunun Çin'e iade edilmesi tehlikesine karşı Anayasa Mahkemesinden tedbir talebinde bulunması üzerine 15.11.2016 tarih ve 2016/24656 sayılı kararlar Çin ve Kazakistan'a iade edilmemesine karar verilmiştir. Bkz. Abdülkadir Yapıkuhan Başvurusu, Genel Kurul, 2016/35009, 2.5.2019, par. 19-20, 26. Türkiye ile ÇHC arasında iade ilişkisi kurulduğuna ve iadeyi sağlayabilecek üçüncü ülkelere sınır dışı işlemleri gerçekleştirilmesine dair yabancı basında çıkan haberler için bkz. "Exclusive: Documents Show China's secret extradition request for Uighur in Turkey", Axios, 20 May 2020, <https://www.axios.com/documents-chinas-secret-extradition-request-uighur-turkey-6d5ba886-c22c-47e8-b970-804fae274e2d.html> ; "How Turkey is sending Muslim Uighurs back to China without breaking its promise", The Telegraph, 26 July 2020, <https://www.telegraph.co.uk/news/2020/07/26/turkey-sending-muslim-uighurs-back-china-without-breaking-promise/>

uyarınca Merkezi Makam'ın garanti talep etmesi de takdiri olduğu için bu yönde bir talep gerçekleştirilmeden de adli iş birliğine gidilmesi mümkündür.

Türkiye ile ÇHC arasındaki İade Andlaşma'nın 1. maddesine göre imzacı Devletler “diğer Tarafın talebi üzerine, kendi ülkesinde bulunan kişileri, haklarında ceza soruşturması veya kovuşturması yürütmek ya da bir cezanın infazı amacıyla birbirlerine iade etmeyi taahhüt etmektedir”. Ancak bahsi geçen bu yükümlülük Andlaşma'da belirtilen şartlar ve iki ülkenin de iadeyi düzenleyen diğer hukuk kuralları çerçevesinde gerçekleşebilecektir.

4. Türkiye İle Çin Halk Cumhuriyeti Arasındaki İade Andlaşması'nda İadenin Şartları

Bir bütün olarak Andlaşma incelendiğinde ilk önce imzacı Tarafların iade yükümlülüğü, iadesi mümkün olan suçlar, zorunlu ve takdiri ret nedenlerinin düzenlendiği görülmektedir. Devamında ise iadeye dair usul işlemleri, geçici tutuklama, hızlandırılmış iade ve nihayetinde teslim konularında hükümler yer almaktadır.

Andlaşma Türkiye ile ÇHC arasındaki iade işlemlerine dayanak teşkil etmekle birlikte her iki devletin kendi iç hukukunda konuyla ilgili hukuki düzenlemeleri de göz ardı edilemez. Bu noktada iki devlet bakımından iadenin şartları incelenirken Türkiye bakımından 6706 sayılı Cezai Konularda Adli İş Birliği Kanunu ile ÇHC bakımından 42 Sayılı İade Kanunu dikkate alınmalıdır. Çalışmamızda Andlaşma metniyle 6706 sayılı Kanun birlikte değerlendirilip Türkiye'ye yapılacak bir iade talebinin şartları ve sonuçları bu çerçevede değerlendirilecektir.

4.1. İadesi Mümkün Suçlar

Andlaşmanın 2. maddesinde iki devlet arasında iadesi mümkün olan suçlara ilişkin olarak ön şart niteliğinde bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre iade talebine konu fiilin her iki Tarafın kanunlarına göre suç teşkil etmesi, iade talebine konu fiilin ceza muhakemesindeki aşamasına göre de aynı maddenin (a) ve (b) bentlerindeki şartlardan birinin gerçekleşmesi gerekmektedir.

İadenin hukuki dayanağından farklı olarak iade talebine konu olan suç tipinin bir andlaşmada ya da iç hukukta iadeye konu bir fiil olarak düzenlenmesi gerekir¹⁷. Devletlerin aralarında yaptıkları iade anlaşmalarında hangi suçların iadeye tabi

17 Cherif Bassiouni, *International Extradition United States Law and Practice*, (Sixth Edition, Oxford University Press, 2014), s. 507.

olacağıın belirlenmesi konusunda iki yöntem mevcuttur. Bunlardan ilki iadeye konu olan suç tiplerinin açıkça andlaşmada sayılmasıdır. Türkiye ile ABD arasındaki iade andlaşması bu biçimdedir. Daha yaygın olarak kullanılanı ise *asgari ceza haddi* olarak isimlendirilenidir. Bu yöntemde iadeye konu suç tipleri tek tek sayılmak yerine belirli bir ceza sınırı belirtilir ve iade ancak bu sınırın üzerindeki suçlar ve mahkumiyet hükümleri bakımından gerçekleşebilir¹⁸.

Çifte cezalandırılabilirlik olarak da isimlendirilen, tarihsel açıdan bakıldığında karşılıklılık ilkesinin de bir yansıması¹⁹ olan ilke, uluslararası hukukunun temel ilkelerinden²⁰ biridir. Nihayetinde iade talep edilen devlet, iadeye konu fiille ilgili olarak iç hukukuna göre bir duruşma açabilmekte, talep edilen hakkında hürriyeti bağlayıcı çeşitli koruma tedbirleri uygulayabilmektedir²¹. Çifte cezalandırılabilirlik bakımından, fiil sanki istemde bulunulan devlette işlenmiş gibi olay ele alınır ve bu yapılırken hukuk sistemi bir bütün olarak göz önünde bulundurulmak suretiyle işlenen fiilin hukuka aykırılığı belirlenir²². Bu durumda gerek hürriyeti bağlayıcı tedbirlerin uygulanmasında gerek de iade talebine dayanak teşkil etmesi hususunda iadeye konu fiilin her iki devlette de suç olması gerekmektedir²³. 6706 sayılı Kanun'un 10(2). maddesinde ve ÇHC İade Kanunu'nun 7(1). Maddesinde²⁴ de çifte cezalandırılabilirlik düzenlenmesi yer almaktadır.

Andlaşma iadeye konu fiilin suç olması gerektiğini ifade ettiğine göre idari yaptırıma bağlı olan kabahat²⁵ teşkil eden haksızlıklara dair talepler reddedilir. Bunun yanında iade ancak hürriyeti bağlayıcı cezaya ilişkin olabileceği için, güvenlik tedbirlerinin uygulanması maksadıyla iade mümkün olmayacaktır²⁶.

Devletlerin hukuk sistemlerinin birbirinden farklı olması doğaldır. Maddi ceza hukuku

18 Ayrıntılı bilgi için bkz. Bassiouni, s. 509-513.

19 Tezcan / Erdem / Önok: s. 172.

20 Turhan, "Cezai Konularda ...", s. 15.

21 Turhan, hiçbir devletin kendi hukuk düzeninin haklı bulmadığı yabancı bir devletin cezalandırma talebine yardımcı olmak durumunda olmamasını da çifte suçluluk ilkesinin gerekçesi olarak ortaya koymaktadır. Bkz. Turhan, "Cezai Konularda ...", s. 15.

22 Tezcan /Erdem / Önok: s. 173.

23 Aynı görüş için bkz. Ahmet Ulutaş, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Suçluların Geri Verilmesi, (Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2012), s. 91.

24 42 sayılı Çin Halk Cumhuriyeti İade Kanunu için bkz. <https://www.oecd.org/site/adboecdanti-corruptioninitiative/39776447.pdf>

25 Mahmut Koca / İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Ankara, Seçkin Yayınevi, 2020), s. 853.

26 Turhan, "Cezai Konularda ...", s. 12.

alanında özellikle suç tiplerinin isimlendirilmesi, unsurları ve düzenledikleri bölümler bakımından farklılıklar iade hukuku anlamında sorunlar çıkarabilmektedir. Örneğin Türkiye ile Amerika Birleşik Devletleri arasındaki iade andlaşmasında iadeye konu olabilecek suç tipleri arasında yer alan *burglary* suçu andlaşmanın Türkçe metninde *bina içinde hırsızlık* olarak tercüme edilmiştir²⁷. Halbuki ABD hukuk uygulamasında bu suç tipi sadece bina içerisinde hırsızlığı değil herhangi bir suç işlemek için taşınmaz ya da taşınır başka bir yere girmeyi de kapsamaktadır.

Andlaşmada bu tür farklılıkların bir sorun oluşturmaması için 2(2). Maddede getirilen düzenlemeyle her iki Tarafın iadeye konu suça aynı kategori altında yer verip vermemesinin ya da suçu aynı terimlerle tanımlanmış olup olmamasının önem arz etmediği belirtilmiştir. Bu durumda örneğin Türk kanunlarına göre kişilere karşı işlenen bir suçun ÇHC kanunlarında topluma karşı işlenen bir suç olarak düzenlenmesi bir iade engeli teşkil etmeyecektir²⁸. Burada iadeye dair kararı verecek makamın suçun temel unsurlarına dair bütüncül bir değerlendirme yapması yeterlidir. Benzer bir düzenleme BM'nin Model İade Andlaşmasının 2(2)(a)/(b) maddesinde de yer almaktadır. Öğretide de iade talebinin sebebini oluşturan fiilin her iki devlet kanununda aynı isim altında suç olarak tanımlanmasının gerekmediği düşüncesi hakimdir²⁹.

Çifte cezalandırılabilirlik şartıyla birlikte kümülatif olarak bulunması gereken şartlar ise ceza muhakemesinin evrelerine göre farklılık göstermektedir. Buna göre soruşturma ve kovuşturma evresinde şüpheli ya da sanığın iadesi talebinde bulunulmasında halinde iadeye konu suçun her iki Tarafın kanunları uyarınca üst sınırı en az bir yıl süreli hapis cezası veya daha ağır ceza ile cezalandırılabilir olması gerekmektedir³⁰. Asgari cezalandırılabilirlik sınırı olarak isimlendirilen bu hüküm 6706 sayılı Kanun'un 10(2). Maddesinde ve ÇHC İade Kanunu'nun 7(2). Maddesinde de yer almaktadır.

Hükümlülerin yani haklarında verilen mahkumiyet kararları kesinleşmiş olan kişilerin iadesinde ise Andlaşmanın 2(2)(b) maddesinde öngörülen ceza sınırı en az altı aydır.

27 Türkiye ile ABD Arasında Suçluların Geri Verilmesi ve Ceza İşlerinde Karşılıklı Yardım Anlaşması Ek Liste md. 11. Andlaşmanın 2(1)(b) maddesine göre sözleşen Tarafların, suça aynı suçlar kategorisinde yer verip vermemesi veya bir suçu aynı deyimlerle niteleyip nitelenmemesi önemli olmayacaktır. Andlaşma için bkz. https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/adli_yardimlasma/adli_isbirligi_ceza/suclularin_iadesi_ek/Turkiye-ABD%20Adli%20yardim%20Andlasmasi,%20Türkçe%20-İngilizce.pdf

28 Turhan'a göre iade talebine esas teşkil eden fiili, talep edilen devlet olarak Türk hukukunda herhangi bir şekilde cezalandırılan bir ceza normunun bulunması yeterlidir. Bkz. Turhan, "Cezai Konularda ...", s. 16.

29 Özgenç, s. 1082.

30 Turhan, bu koşulu 6706 sayılı Kanun'un 3/6. Maddesinde yer alan orantılılık ilkesinin iade talepleri açısından somutlaştırılması olarak nitelendirmektedir. Bkz. Turhan, "Cezai Konularda ...", s. 25.

Buna göre iadesi talep edilen hükümlünün kesinleşmiş hapis cezasının altı ayın altında olması durumunda iade talebi reddedilir. Ancak Andlaşmada yer alan hükümlülere dair ceza sınırı ÇHC İade Kanunu'nun 7(2). Maddesinde de altı ay olarak belirtilmiş olmasına rağmen 6706 sayılı Kanun'da bu sınır 10(2) maddesinde en az dört ay hürriyeti bağlayıcı ceza olarak düzenlenmiştir. Bu durumda örneğin beş ay kesinleşmiş hapis cezasına mahkum olan bir hükümlünün iadesi, 6706 sayılı Kanun'a göre mümkünken Andlaşma'ya göre mümkün olamayacaktır. Özgenç, 6706 sayılı Kanun'da gerek şüpheli, sanık gerek hükümlüler için getirilen süre düzenlemesinin, Türkiye'nin taraf olduğu pek çok andlaşmada farklı ölçütler kabul edildiği için uygulanamaz olması nedeniyle gereksiz olduğu düşüncesindedir³¹.

İade taleplerinde karşılaşılan başka bir olasılık da birden fazla suç ya da mahkumiyet halinde iadeye konu suçlardan ya da mahkumiyet kararlarından birinin yukarıda belirtilen süre şartını sağlamamasıdır. Örneğin talep edilen hükümlünün biri üç yıl diğeri de üç ay kesinleşmiş hürriyeti bağlayıcı cezasının olması durumunda, ilk hükümlülüğe dair iade mümkünken ikincisi açısından mümkün olmamaktadır. Ancak bu durumla ilgili birçok iade andlaşmasında, fer'i ya da ek iade³² olarak nitelendirilebilecek, sınırın altında kalan suçun cezası ya da mahkumiyet süresine dair özel bir hüküm yer almakta ve iade mümkün hale gelebilmektedir. Andlaşma'nın 2(3). Maddesinde bu türden bir düzenleme yer almakta ve birden fazla suç ya da mahkumiyet hükmü nedeniyle iade taleplerinde, bunlardan birinin kabulü halinde sınırın altında kalan diğeriyle ilgili de talep edilen devletin iade konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu düzenleme 6706 sayılı Kanun'un 10(2). Maddesinde ve Çin Halk Cumhuriyeti İade Kanunu'nun 7(3). Maddesinde de yer almaktadır.

4.2. Zorunlu Ret Nedenleri

4.2.1. Siyasi Suç

Siyasi suçlunun iade edilmemesi tüm ülkelerde kabul edilmiş, genel bir ilke niteliği gösteren milletlerarası bir kural halini almış bulunmaktadır³³. İadeye ilişkin iki devlet arasında veya daha geniş katılımlı devletlerarası anlaşmalarda iadeyi engelleyen

31 Özgenç, s. 1077, 1079, Kanaatimizce bu düzenleme Turhan'ın da ifade ettiği gibi basit suçların iade kapsamı dışında bırakılması sadece Türk kanununa özgü ve gereksiz düzenleme olmayıp, hem Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nde hem de yabancı ülke kanunlarında yer verilen genel bir ilkedir. Bkz. Turhan, "Cezai Konularda ...", s. 26.

32 Turhan, "Cezai Konularda ...", s. 28.

33 Köksal Bayraktar, Siyasal Suç, (İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982), s. 194, Öztürk / Erdem, s. 121, Özgenç, s. 1089.

hususlardan belki de en önemlisi siyasi suç istisnasıdır. Bu istisnanın sebebi, diğer devletlerin iç işlerine karışmamak için, taşıdıkları özelliklere göre yabancı ülkenin siyasi düzen ve faaliyetini, hükümet biçimlerini, siyasi hakları ilgilendiren suçlar konusunda³⁴ bir karar vermeme yönündeki düşüncedir. Andlaşmanın 3/a maddesinde de *talep edilen Tarafın, iade talebine konu suçun siyasi bir suç olduğunu değerlendirmesi* zorunlu bir ret nedeni olarak öngörülmüştür. 6706 sayılı Kanun'un 11/1/c/1 maddesine göre de *iade talebine esas teşkil eden fiilin düşünce suçu, siyasi suç veya siyasi suçla bağlantılı bir suç niteliğinde olması* iadeye engeldir.

6706 sayılı Kanun'a göre düşünce suçu bir iade engeli teşkil etmektedir. Ancak düşünce suçunun ne olduğuna dair TCK'da bir tanım yoktur³⁵. Ceza hukuku kişinin dış dünyaya yansıyan ve bir normu ihlal eden icrai ya da ihmali bir davranışıyla ilgilendiği için düşünmek bizzatı bir suç teşkil etmez. Dahası TCK'da da bu isimde bir suç kategorisi bulunmamaktadır. Öğretide belirsiz bir kavram olan düşünce suçunun hukuksal bir kavram haline getirilmesinin isabetsiz olduğu ve düşünce suçu kapsamında ele alınan birçok suçun zaten siyasi suç kapsamında değerlendirileceği ifade edilmektedir³⁶.

Siyasi suçun iadeye engel teşkil etmesinde karşılaşılan en büyük sorun neyin siyasi suç ya da bağlantılı siyasi suç olduğu ve bunu tespit ederken ölçüt olarak nelerin esas alınacağıdır.

Uygulamada ve doktrinde siyasi suçun, iade bakımından tam ve bağlantılı / nispi siyasi suç olarak ikiye ayrıldığına şahit olmaktayız. İadenin mümkün olmadığı tam siyasi suçu, ihlal edilen hukuki menfaatten failin saikine, hükmedilen cezadan yargılama yapan makama kadar farklı hareket noktalarından tanımlama çabaları yapılmıştır. Ancak kanaatimizce tam siyasi suç öğretide de ifade edildiği gibi devletin varlığına, benimsediği siyasal düzenin işleyişine karşı işlenen suçlardır³⁷. Bu durumda ilk bakışta, TCK'nın Dördüncü Kısmının Üçüncü Bölümünde yer alan Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar, Dördüncü Bölümde yer alan Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar, Beşinci Bölümde yer alan Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar, Altıncı Bölümde yer alan Milli Savunmaya Karşı

34 Tezcan / Erdem / Önok, s. 212.

35 Koca / Üzülmöz'e göre henüz siyasi suçun ne olduğu üzerinde tam bir ittifak sağlanmamışken, neyin kastedildiği ne madde metninde ne de gerekçede açıklanmış olan bu kavramın kullanılması yerinde olmamıştır. Bkz. Koca / Üzülmöz, s. 858-859.

36 Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Ankara, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020), s. 165, Öztürk / Erdem, s. 123, Özgenç, s. 1090; Tezcan / Erdem / Önok, s. 216.

37 Özgenç, s. 1089. Siyasi suç konusundaki teorilerle ilgili bkz. Koca / Üzülmöz, s. 860.

Suçlar, Yedinci Bölümde yer alan Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk suçlarının tam siyasi suç olduğu söylenebilir.

Uygulamada asıl sorun bağlantılı siyasi suçun ne olduğu ve bunu tespitine dair ölçütün ne olacağıdır. Zira bağlantılı siyasi suçlarda işlenmek istenen, amaçlanan ya da gerçekleştirilen siyasi suça bağlantılı bir veya birden fazla adi suç bulunmaktadır³⁸. Yani bu suçlar, objektif açıdan özel bir hakkı ihlale yönelik, ancak subjektif açıdan faillerinin amacı siyasi olan suçlardır³⁹. Örneğin devletin anayasal düzenini değiştirme düşüncesinde olan bir organizasyonun mensuplarının hareketlerine finansal kaynak sağlamak için banka soyması ya da yağma suçu işleminde amaçlanan anayasal düzeni değiştirme tam siyasi suç kapsamındayken hırsızlık ve yağma suçları adi suçtur. Bu adi suç ya da suçlar siyasi suçla bağlantılandırılarak bağlantılı siyasi suç olarak kabul edilir ve iade kapsamı dışında bırakılır. İşte bu noktada amaçlanan suçla bağlantılı olarak işlenen adi suçun siyasi bir vasıf kazanması için ölçütün ne olması gerektiği tartışmalıdır ve doktrinde pek çok görüş bulunmaktadır.

Çalışmamızın kapsamını genişleteceği için bu tartışmalara girmeden 6706 sayılı Kanun'un benimsediği sistemi açıklamak yerinde olacaktır. Kanunun 11/2. Maddesinde neyin siyasi suç veya bağlantılı siyasi suç sayılacağı hususunda bir ölçüt getirilmiştir. Buna göre, iade talebinin dayanağını teşkil eden fiilin bütün unsurları, özellikle işleniş şekli, suçun işlenişinde kullanılan araçların veya ortaya çıkan sonuçların ağırlığı dikkate alınarak fiil siyasi suç olarak kabul edilmeyebilir.

6706 sayılı Kanun'daki sistem, doktrinde üstünlük⁴⁰ veya İsviçre sistemi olarak da isimlendirilen ve özellikle bağlantılı suçun siyasi olarak nitelenip nitelenmeyeceği konusunda ortaya atılan görüşlerden en gelişmiş ve en çok kabul görendir⁴¹. Bu sistemde, ihlal edilen hukuki menfaatin yanında, failin siyasi görüşleri ve amaçlarıyla, işlediği suçların etkileri arasındaki orana önem verilmektedir⁴². Bir başka deyişle bağlantılı siyasi suçlarda siyasi suçun ihlal ettiği hukuki menfaat ve adi suçun ihlal ettiği hukuki menfaat karşılaştırıldığında üstün olan menfaati ihlal eden suçta önem

38 Bayraktar, s. 113.

39 Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 166.

40 Özgeç, s. 1090; Düzenlemenin Avusturya Kanunu'yla benzerliği için bkz. Turhan, "Cezai Konularda ...", s. 66.

41 Geoff Gilbert, "Terrorism and the Political Offence Exemption Reappraised", *International & Comparative Law Quarterly*, C. 34(4), (1985), s. 701.

42 Bassiouni, s. 712-713.

verilmektedir⁴³. Ancak Kanunun 11/2. Maddesindeki ölçütler sadece adi suçtu siyasi suçta bağlantılandırmada değil ayrıca siyasi saikle veya devlete karşı işlenen suçların da siyasiliğini tespit için kullanılabilir. Burada fiilin siyasiliğinin tespitinde işleniş şekli, kullanılan araçlar ve ortaya çıkan sonuçlar bir bütün olarak ele alınmalıdır. Bu noktada fiilin siyasiliğini tespit edecek makamın, terazinin bir kefesine failin siyasi maksadını diğer tarafına ise maddede belirtilen halleri koyması gerekmektedir. Yapılan değerlendirme sonucunda suçun adi vasfının ön plana çıkması halinde, fiil siyasi suç ya da bağlantılı siyasi suç olarak değerlendirilmeyecektir. Örneğin devletin anayasal düzeninin değiştirmeye yönelik hareket eden bir terör örgütünün sivil halkın bulunduğu yere bombalı saldırı düzenleyip onlarca sivilin yaşamını yitirmesine neden olması halinde Kanun'daki ölçüt çerçevesinde fiilin siyasi olarak nitelendirilemeyeceği ortadadır. Bu durumda meseleyi çözmek için hukuk ve uluslararası hukukun genel kabul gören kuralları göz önüne alınarak somut olayın tüm özelliklerinden hareketle bir sonuca ulaşılmalıdır⁴⁴.

Bu noktada iade talebine konu olan fiilin siyasi suç olarak nitelenip nitelenmeyeceğine talep edilen devlet kendi mevzuatına, uygulamasına ve eğer varsa iade andlaşmasına göre karar verir. 6706 sayılı Kanun'un 18. Maddesi de bu görüşü destekler niteliktedir. Buna göre, iade duruşmasını yapan ağır ceza mahkemesi iade şartlarını bu Kanun ve Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası andlaşma hükümlerine göre inceleyerek iade talebinin kabul edilebilir olup olmadığına karar verir.

Konumuzla bağlantılı olarak Anayasa Mahkemesi'nin bir kararına konu olayda, Uygur Türkü olan ve ÇHC tarafından iadesi talep edilen Abdülkadir Yapuquan'ın terör örgütü kurma veya yönetme eylemi Bakırköy 2. Ağır Ceza Mahkemesi⁴⁵ tarafından siyasi suç olarak nitelendirilmiştir. Yargıtay 16. Ceza Dairesi 23/1/2017 tarihli bozma kararında, sanığın iadesine konu silahlı terör örgütü olduğu iddia edilen örgütün kuruluşu, yapısı, amacı, faaliyetleri ile eylemleri hakkında somut bilgi ve belgeler temin edilmeden; iade dosyasındaki tanık beyanlarının aslı veya onaylı örnekleri getirtilmeden; fotoğraflardaki patlayıcı oldukları belirtilen maddelerin ne surette ele geçirildiği, niteliği ve patlayıcı madde olup olmadığına dair uzman kişilerce hazırlanan inceleme raporları bulunup bulunmadığı tespit edilmeden; ayrıca iade talebine dayanak beyan sahiplerinden bir kısmının iadeyi talep eden Çin Halk Cumhuriyeti tarafından idam

43 Bayraktar, s. 121.

44 Bkz. Öztürk / Erdem, s. 121.

45 Bakırköy 2. Ağır Ceza Mahkemesi, E. 2016/293, K. 2016/228, 18.10.2016.

edildiğine dair savcılıktaki savunmasının doğru olup olmadığı usulünce araştırılmadan eksik inceleme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi kanuna aykırı görülmüştür⁴⁶.

Andlaşmanın 3. Maddesinde iki devlet arasındaki iade ilişkisinde siyasi suç sayılmayacak haller de belirtilmiştir. Bunlardan ilki *bir Devlet Başkanını, bir Hükümet Başkanını veya bunların aile üyelerinden birini öldürmek veya öldürmeye teşebbüs etmektir*. Devlet başkanı aleyhine işlenen suçların siyasi suç olarak kabul edilmesine rağmen, iade hukuku bakımından devlet başkanları ve ailelerine karşı işlenen suçların siyasi suç sayılmamaları yolunda bir gelişme belirmiştir⁴⁷. Uygulamada Belçika Kaidesi olarak da isimlendirilen bu iade engeli 1854 yılında iki Fransız vatandaşının III. Napolyon'un seyahat ettiği treni havaya uçurma teşebbüsünden sonra Belçika'ya kaçmaları üzerine iadelerinin talebiyle ortaya çıkmış bir ilkedir. Belçika'ya kaçan suikatçıların Fransa'ya iade talebi iki devlet arasındaki siyasi suç istisnası engelini takılınca meydana gelen diplomatik krizin aşılması amacıyla 22 Mart 1856 tarihinde çıkarılan bir kanun ile *yabancı bir devlet başkanına veya ailesi efradına karşı gerçekleştirilen suikast, öldürme ya da zehirlenme eylemleri ne siyasi suç ne de siyasi suça bağlantılı suç sayılacaktır* hükmü getirilmiştir⁴⁸. Özellikle 1800'lü yılların ikinci yarısında devlet başkanlarına karşı gerçekleştirilen suikastlerin artmasıyla pek çok devletin yaptığı iade andlaşmalarında hükme yer verilmiştir⁴⁹.

Andlaşma hükmünün yorumlanmasında dikkat edilmesi gereken husus siyasi suç kapsamında sayılmayacak suçların kasten öldürme ve kasten öldürme suçuna teşebbüs olduğudur. Bunların dışında devlet ya da hükümet başkanına ya da aile fertlerine

46 Abdülkadir Yapıquan Başvurusu, Genel Kurul, 2016/35009, 2.5.2019, par. 21. Başvurucunun, Kırklareli Valiliğinin sınır dışı etme kararına karşı açtığı iptal davasında Edirne İdare Mahkemesi, her ne kadar iade talebinin siyasi suç nedeniyle reddedilmesine rağmen, Kırmızı Bülten ile uluslararası seviyede aranan kişilerden olduğu, işlendiği iddia edilen suçların mahiyeti ve dava dilekçesi ile cevap dilekçesindeki açıklamalar dikkate alındığında, davacının geçmiş yıllardaki faaliyetleri ve belli topluluklar üzerindeki etkisi itibarıyla Türkiye'de kamu düzeni ve kamu güvenliği açısından tehdit oluşturduğu iddiasının somut ve yeterli delillere dayandırıldığı ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 54'üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde tanımlanan şartın davacı yönünden gerçekleştiği sonuç ve kanaatine varmıştır. Bkz. Abdülkadir Yapıquan Başvurusu, par. 25.

47 Özgenç, s. 1096.

48 Fahir Armaoğlu, "Belçika Kaidesi ve Siyasi Suçluların İadesi Meselesi" Adayet Dergisi, Y. 42(10) (1951), s. 1604-1606, Isidoro Zanotti, Extradition in Multilateral Treaties and Conventions, (Leiden -Boston, First Edition, Martinus Nijhoff Publishers, 2006), s. 57.

49 Eralp Özgen, Suçluların Geri Verilmesi, (Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, 1962), s. 91; Tezcan / Erdem / Önok, s. 213. Türkiye'nin Çekoslovakya (1930), Almanya (1931), Belçika (1938), İran (1937), Ürdün (1975), ABD (1980), Fas (1982), Suriye (1982), Pakistan (1983), KKTC (1987), Mısır (1990), Avustralya (1994), Hindistan (2001), Sırbistan (2013) devletleriyle yaptığı iade veya adli yardımlaşma anlaşmalarında ve Türkiye'nin tarafı olduğu Avrupa İade Sözleşmesi'nin 3. Maddesinde de Belçika Kaidesi yer almaktadır.

karşı işlenen diğer suçlar siyasilik vasfı taşıması şartıyla siyasi suç olarak değerlendirilebilecektir.

BM Model İade Anlaşması'nda ise Belçika Kaidesi'ne yer verilmemekle birlikte 3/a maddesine eklenen dipnota göre taraf devletler, şiddet eylemlerini, kişinin hayatına, vücut bütünlüğüne veya hürriyetine karşı işlenen suçlar gibi ciddi bazı fiilleri siyasi suç kapsamı dışında tutabilirler⁵⁰.

Andlaşma'ya göre siyasi suç sayılmayacak ikinci hal ise, *her iki Tarafın da taraf olduğu uluslararası anlaşmalarda siyasi suç olarak sayılmayan suçlardır*. Özellikle evrensel anlamda uluslararası değerleri ihlal ettiği düşünülen bazı suç tiplerine dair yapılan uluslararası anlaşmalarda, andlaşmaya konu suçun iade bakımından siyasi suç olarak nitelendirilemeyeceğine dair düzenlemelere rastlanmaktadır. Bu düzenlemelerin amacı andlaşmalara konu suç tiplerinde fail ya da şerik olarak yer almış kişilerin siyasi suç istisnasından faydalanıp iade edilememesinin ve cezalandırılmamasının önüne geçmektir.

Bu tip anlaşmalara örnek vermek gerekirse: 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair BM Sözleşmesi'nin 7. Maddesine göre Sözleşme'de yer alan ve soykırım teşkil eden fiiller iade anlamında siyasi suç sayılmamaktadır. Bu tip taleplerde devletler, Sözleşmeyi imzalamakla, yürürlükteki iade anlaşmaları ve iç hukukları uyarınca soykırım suçuyla bağlantılı kişileri iadeyi taahhüt etmektedirler. Aynı şekilde 1975 tarihli Avrupa İade Sözleşmesi'nin Ek Protokolü'nün 1. Maddesine göre, 1949 tarihli 1 Numaralı Cenevre Konvansiyonu'nun 50. Maddesinde, 2 Numaralı Cenevre Konvansiyonu'nun 51. Maddesinde, 3 Numaralı Cenevre Konvansiyonu'nun 130. Maddesinde ve 4 Numaralı Cenevre Konvansiyonu'nun 147. Maddesinde yer alan ihlaller de hangi siyasi maksatla gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin iade bakımından siyasi suç olarak kabul edilemez. 2006 tarihli Zorla Kaybedilmeye Dair BM Sözleşmesi'nin 13. Maddesi de yine iade bakımından bu tip fiillerin siyasi suç ya da siyasi suçla bağlantılı suç olmayacağını belirtmektedir. Son olarak Türkiye ve Çin Halk Cumhuriyeti'nin de taraf olduğu BM Terörist Bombalamaların Önlenmesi Sözleşmesi'nin 11. Maddesine göre 2. Maddede sayılan ve suç teşkil eden eylemler iade ve adli yardımlaşma bakımından siyasi suç ya da siyasi suçla bağlantılı suç kabul edilmeyecektir. Aynı maddeye göre taraf devletlerden birinin iade ya da adli yardımlaşma

50 Revised Manuals on the Model Treaty on Extradition and on the Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters, (BM Kılavuzu). 14, Erişim Tarihi: 07.02.2021, https://www.unodc.org/pdf/model_treaty_extradition_revised_manual.pdf

talebi, işlenen suçun siyasi suç ya da bağlantılı siyasi suç olduğu gerekçesiyle reddedilemeyecektir.

Siyasi suç kapsamı dışında kalabilecek andlaşmalara Diploması Ajanları da Dahil Olmak Üzere Uluslararası Korunan Kişilere Karşı İşlenen Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi ile uçak kaçırma suçlarıyla bağlantılı Lahey ve Montreal Sözleşmeleri de dahil edilebilir⁵¹.

6706 sayılı Kanun'un iadeyi düzenleyen 11/2. Maddesine göre ise soykırım ve insanlığa karşı işlenen suçlar iade bakımından siyasi suç sayılmaz. Bu düzenleme Türkiye'nin tarafı olduğu BM Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme'yle de uyumludur. Zira bu Sözleşme'nin 7/3. Maddesine göre Sözleşmede yer alan fiiller, iade hukuku bakımından siyasi suç olarak kabul edilmemektedir⁵².

4.2.2. Talep Edilen Devletin İadesi İstenen Kişiye Sığınma Hakkı Tanınması

Andlaşmanın 3/a maddesinde iadesi talep edilen kişiye sığınma hakkı tanınması zorunlu bir iade engeli olarak öngörülmüştür.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 14. Maddesine göre *herkesin, sürekli baskı altında tutulduğunda, başka ülkelere sığınma ve kabul edilme hakkı bulunmaktadır.*

Sığınmanın tarihi işlevi; kaçanları haksız cezaya karşı korumaktır. Zulme veya kötü muameleye maruz kalan kişiyi iade etmemek tarihte kabul görmüş bir davranıştır. Bugün için iade etmemenin ve sığınmanın amacı, hukukun farklı alanlarında düzenlenmesine rağmen zulme karşı korumadır⁵³. Tezcan /Erdem / Önok'a göre sığınma hakkının, iadeyi engellemek amacıyla açıkça kötüye kullanılması iadeye engel oluşturamalıdır ve iadesi istenen kişiye sığınma hakkı tanınsa bile, eğer uluslararası sözleşmelerle suç kovuşturma yükümlülüğü söz konusu ise, iadeye konu olan suçtan dolayı yargılamayı iade talep edilen devlet üstlenmelidir⁵⁴.

51 Öztürk / Erdem, s. 122, Ayrıca bkz. Tezcan / Erdem / Önok, s. 213-214.

52 Özgenç, s. 1099; Kanaatimizce bu düzenlemeye Turhan'ın da ifade ettiği uluslararası ceza hukukundaki gelişmelere paralel olarak savaş suçlarının da eklenmesi gerekir. Bkz. Turhan, "Cezai Konularda ...", s. 67.

53 Işıl Özkan, Göç-İltica ve Sığınma Hukuku, (Ankara, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018), s. 54.

54 Tezcan / Erdem / Önok: s. 205; Sınır dışı etme ve iltica hakkı ile işkence, kötü muamele riski konusunda ayrıntılı AIHM içtihatları için bkz. Murat Önok, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, (Ankara, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık), s. 229-234. Ayrıca bkz. Sedat Sirmen, "Yabancıların Türkiye'den Sınırdışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Kararlar", Ankara Barosu Dergisi, 2009/3, s. 39-44.

Andlaşmadaki *sığınma hakkı tanınan* kişilerin kim olduğunun tespiti hükmün uygulanması bakımından önemlidir. Türkiye açısından bu konuda incelenmesi gereken 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'dur. Zira bahsi geçen Kanun kapsamındaki kişilerin, işkence, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı ya da ırkı, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağı bir yere gönderilmesi mümkün değildir (Md. 4).

Sığınma talebinde bulunmuş ancak bu talebi karara bağlanmamış kişilerin iadesi talebi halinde ne yapılacağı da bir sorundur. 6706 sayılı Kanun'un 12/1. Maddesine göre yabancı, iade sürecinde Merkezi Makamın görüşü alınmadan sınır dışı edilemez. Aynı Kanun'un 12/2. Maddesinde ise iade talebi reddedilen kişinin talep eden devlete, Merkezi Makamın görüşü alınmadan sınır dışı edilmeyeceği düzenlenmektedir. Bu düzenlemeden hareketle Turhan'ın da ifade ettiği gibi siyasi nedenlerle kovuşturma, işkence veya insanlık dışı muamele, ölüm cezası gibi iade engelleri nedeniyle iadenin kabul edilmediği hallerde artık talep eden devlete sınır dışının mümkün olmaması gerekir. Bu konuda Kanun'da açık bir düzenlemenin gerekliliğine vurgu yapan Turhan, 12. Maddenin, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununda yer alan sınır dışı etme ve koruma statüsü verilmesine dair hükümlerle birlikte değerlendirilmesi durumunda da bu sonuca ulaşıldığını ifade etmektedir⁵⁵.

6458 sayılı Kanun'da belirtilen uluslararası koruma çeşitleri ise mültecilik⁵⁶ (Md. 61),

55 Turhan, "Cezai Konularda ...", s. 46-47.

56 6458 sayılı Kanun'a göre, Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında mülteci statüsü verilir.

şartlı mültecilik⁵⁷ (Md. 62) ve ikincil korumadır⁵⁸ (Md. 63). Bu kapsamda yer alan yabancıların Kanun'daki istisnalar hariç ÇHC'ye iadesi mümkün görünmemektedir. Diğer yandan Uygur Türkleri'nin durumu ise yukarıda bahsedilen uluslararası koruma kapsamında değildir. 24.01.2019 tarihinde toplanan İçişleri Bakanlığı Göç Kurulu'nun aldığı karara göre Uygur Türkleri ve Ahıska Türkleri hakkında 6458 sayılı Kanun'un 43/2. Maddesine göre uzun dönem ikamet izni düzenlenmesine karar verilmiştir. Bu durumda her ne kadar uluslararası koruma statüsünden faydalanamıyor olsalar da Kanun'un 4. Maddesinde ifadesini bulan geri gönderme yasağı Uygur Türkleri açısından da geçerlidir.

4.2.3. Önyargı, Ayrımcılık, İşkence ve Kötü Muamele

İade, talep edilen kişilerin soruşturulması, kovuşturulması ve verilen mahkumiyet hükümlerinin infazı amacını taşıdığından siyasi veya diğer düşünceler, dil, din, ırk, ulusal ya da sosyal köken kişinin kovuşturulmasına veya mahkumiyetine sebep olmamalıdır⁵⁹.

Talep edilen Tarafın, kişinin ırkı, cinsiyeti, dini, uyruğu veya siyasi görüşü nedeniyle yargılanması veya cezalandırılması amacıyla iadesinin istendiğine ya da yargılama sırasında kişiye bu sebeplerden dolayı önyargılı yaklaşılacağına dair sağlam gerekçelerin varlığı, Andlaşma'nın 3/b maddesine göre *geri gönderme yasağı* kapsamında zorunlu ret nedeni olarak düzenlenmiştir.

Maddede iki tane ret sebebi bulunmaktadır. Bunlardan ilki, iade talebinin aslında maddede belirtilen sebeplerle yargılananın veya cezalandırmanın yapılmasında bir kılıf ya da bahane olarak kullanılmasıdır. Burada aslında kişinin işlediği bir adi suç

57 6458 sayılı Kanun'a göre, Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar sebebiyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında şartlı mülteci statüsü verilir. Üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar, şartlı mültecinin Türkiye'de kalmasına izin verilir.

58 6458 sayılı Kanuna göre, Mülteci veya şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen, ancak menşee ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde; a) Ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek, b) İşkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak, c) Uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak, olması nedeniyle menşee ülkesinin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı ya da vatansız kişiye, statü belirleme işlemleri sonrasında ikincil koruma statüsü verilir.

59 Coşkun Necmi Savaş, "İnsan Hakları Bağlamında Suçluların Geri Verilmesi", Ankara Barosu Dergisi, 2013/1, s. 259.

nedeniyle görünüşte andlaşma veya iç hukuka uygun bir biçimde iadesi talebinde bulunulmaktadır. Ancak, hukuka görünüşte uygun bu talebin başka amaçları içermesi söz konusudur. Diğer ret nedeninde ise iade talebi başka bir amacı gerçekleştirmek için yapılmamaktadır. Ancak iadesi talep edilen kişiye maddede belirtilen halleri nedeniyle yargılama sırasında yargısal makam tarafından önyargılı yaklaşılacak ve bu da kişinin aleyhine sonuç doğurabilir nitelikte olacaktır. Ret nedeni oluşturan iki durum için de ortak şart ise maddede bahsi geçen nedenlere dair sağlam gerekçelerin olması gerektiğidir. Bu durumda basit bir şüpheden ziyade ayrımcılığa ya da önyargıya dair sağlam gerekçelerin bulunması gerekir.

Türk ve Çin mevzuatında da bazı farklılıklar olmakla birlikte Andlaşmadaki düzenlemenin benzeri bulunmaktadır. 6706 sayılı Kanun'un 11/1/b maddesine göre iadesi talep edilen kişinin ırkı, etnik kökeni, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasî görüşleri nedeniyle bir soruşturma veya kovuşturmaya maruz bırakılacağına veya cezalandırılacağına dair güçlü sebeplerin bulunması iadenin reddi sebeplerindedir.

ÇHC İade Kanunu'nun 8(4). Maddesine göre ise iadesi istenen kişinin ırkı, dini, uyruğu, cinsiyeti, siyasi görüşü, kişisel statüsü nedeniyle yargılanması ya da cezalandırılması veya bu nedenlerle gerek soruşturma gerek kovuşturma evresinde adil olmayan muameleye maruz kalması bir iade engelidir.

BM Model Andlaşması da benzer bir hükmü içermektedir. Ancak Türkiye ile ÇHC arasındaki Andlaşma'dan farklı olarak ayrımcılık ya da önyargıya sebep olacak haller arasında etnik köken ve makam veya statü de sayılmıştır. BM Kılavuzu'na göre iadeye dair bu istisna talep eden devlette ayrımcı uygulamaların olması halinde uygulanabilecektir. Dünya üzerinde yapılan iade andlaşmalarının neredeyse tümünde yer alan ve Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme'den esinlenen tartışmasız bir düzenlemedir⁶⁰. Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme'nin 33. Maddesi taraf devletlere, bir mülteciyi, ırkı, dini, tabiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatı ya da özgürlüğü tehdit altında olacak ülkelerin sınırlarına, her ne şekilde olursa olsun geri göndermeme veya iade etmeme yükümlülüğü getirmiştir. Bunun istisnası ise aynı maddenin ikinci fıkrasında, mültecinin, bulunduğu ülkenin güvenliği için tehlikeli sayılması yolunda ciddi sebepler bulunması veya özellikle ciddi bir adi suçtan dolayı kesinleşmiş bir hükümlerle mahkum olduğu için söz konusu ülkenin halkı açısından bir tehlike oluşturmaya devam etmesi olarak düzenlenmiştir.

60 BM Kılavuzu, par. 47; Turhan, s. 41.

Andlaşma’da dikkat geçen husus işkence ya da kötü muameleye maruz kalma riskinin bir iade engeli olarak açıkça düzenlenmemiş olmasıdır. Oysa gerek 6706 sayılı Kanun’un 11/1/b maddesinde gerek ÇHC İade Kanunu’nun 8/7 maddesinde iadesi talep edilen kişinin işkence, kötü muamele, diğer insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele riski birer iade engeli olarak düzenlenmiştir. Kanaatimizce Andlaşma’da bu hükme yer verilmemesi büyük bir eksiklik olmakla birlikte Türkiye açısından bakıldığında işkence, kötü muamele riskinin varlığı halinde 6706 sayılı Kanun’un ilgili hükmü uyarınca kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması halinde iade talebinin reddi gerekecektir. Aksi durum, aşağıda değinileceği üzere hem AİHM nezdinde Türkiye açısından hukuki sorumluluğa yol açmasının yanı sıra İşkenceye Karşı BM Sözleşmesi’nin de ihlali sonucunu doğuracaktır⁶¹.

BM Model İade Andlaşması’nda da işkence veya zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da ceza kötü muamele yasağı bir iade engeli olarak düzenlenmiştir (Md. 3/f).

Yukarıda Andlaşma çerçevesinde önyargı ya da ayrımcılığın sağlam gerekçelere bağlı olmasına değinilmişti. İade duruşmasında kişinin bu yönde bir iddiada bulunması halinde uygulamada bazı sorunlar çıkabilecektir. Bunlardan ilki bu iddiaları hangi makamın inceleyeceğidir. 6706 sayılı Kanun’a göre Türk hukukunda iade, karma sistem olarak da isimlendirilen⁶², yargısal ve idari olarak iki ayaklı düzenlenmiştir. Buna göre ilk önce iadeye ilişkin ağır ceza mahkemesinde duruşma açılması ve bir kararın verilmesi gerekmektedir (Md. 18). İade edilebilirlik kararının verilip kesinleşmesiyle birlikte bu kararın yerine getirilmesi, Dışişleri ve İçişleri bakanlıklarının görüşü alınarak Adalet Bakanı’nın teklifi ve Cumhurbaşkanının onayına bağlıdır (Md. 19). İşte bu iki ayaklı mekanizmada bahsi geçen iddiaların hangi makam tarafından değerlendirileceği 6706 sayılı Kanun’da belirtilmemiştir. Kanaatimizce önyargı, ayrımcılık ve hatta işkence, kötü muamele iddiaları hem iade duruşmasında⁶³ ağır ceza mahkemesi tarafından⁶⁴ hem de onay öncesinde kendisine gelen görüşler çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı tarafından yapılabilecektir. İadenin TCK 18. Maddede düzenlendiği dönemde bu türde incelemelerin hem yargı hem de idari makam tarafından yapılabileceği

61 Ayrıntılı bilgi için bkz. Turhan, “Cezai Konularda ...”, s. 43-44.

62 Koca / Üzülmez, s. 866.

63 Tezcan / Erdem / Önok, s. 217.

64 Özgenç, s. 1112.

de savunulmaktaydı⁶⁵. Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 12.2.2007 tarih ve 12962/853 sayılı bir kararı da görüşümüzü destekler niteliktedir. Daire, kararında iadesi talep edilen kişinin işkence ve kötü muameleye maruz kalacağı yönündeki savunmasının reddine ilişkin nedenlerin yasal dayanağının açıklanmamasını bir bozma nedeni olarak kabul ederek bu konuda bir değerlendirme yapılmasına hükmetmiştir.

İkinci sorun ise iadesi istenen kişinin iddialarının nasıl delillendirileceği ve bu makamların iddiaları nasıl inceleyeceğidir. Söz konusu iddialar değerlendirilirken kişinin maddede belirtilen özellikleri, siyasi bir yapılanmanın mensubu olup olmadığı, daha önce takibata maruz kalıp kalmadığı, yakınlarından veya mensup olduğu gruptan kişilerin ayrımcılık ya da önyargıyla karşılaşmış karşılaşmadığı dikkate alınmalıdır.

Bu değerlendirmeler yapılırken uluslararası kuruluşların, yabancı devletlerin veya sivil toplum örgütlerinin iade talep eden devletteki insan hakları ihlallerine dair görüşlerine ve raporlarına da dayanılabilecektir. Nihayetinde BM İşkence Sözleşmesi'nin 3/2. Maddesinde iadesi istenen kişinin iadesi halinde işkenceye maruz kalma konusunda ciddi bir tehlikenin varlığını belirleme amacıyla bahis konusu devlette mümkün olduğu kadar, sistemli biçimde yaygın, açık seçik ve kitlesel insan hakları ihlalleri bulunup bulunmadığı dahil tüm hususların göz önünde tutulması imzacı devletlere bir yükümlülük olarak getirilmiştir⁶⁶. Bununla birlikte önyargı, ayrımcılık, işkence, kötü muamele iddialarına ilişkin, iadeyi talep eden devletten bilgi istenip istenmeyeceği de bir sorun teşkil edebilir. Nihayetinde 6706 sayılı Kanun'un 18/3. Maddesine göre iade duruşmasına katılma talebinde bulunulamayacağı için iade talep eden devletin duruşmada bir söz hakkı olamayacaktır. Örneğin iadesi istenen kişinin duruşmada, yakınlarının dinsel nedenlerle önyargı ya da ayrımcılıkla karşılaştığına dair beyanı üzerine bu beyanın doğru olup olmadığının tetkiki için talepte bulunan devletten bilgi istenmesi mümkün müdür? 6706 sayılı Kanun'un 18(2). Maddesine göre, talep eden devlet tarafından gönderilen belgelerin yeterli görülmemesi hâlinde mahkeme, uygun bir süre içinde ek bilgi ve belgelerin gönderilmesini isteyebilir. Ancak burada bahsi geçen belgeler iade talebine dair belgeler olduğu için kanaatimizce iddiaların doğru olup olmadığının sorulması mümkün değildir ve aynı derecede de sakıncalıdır. Zira talep eden devlet hiçbir zaman iddiaları kabul etmeyecektir. Bu durumda da iddiaları ileri sürenle iddiaları

65 Sedat Bakıcı, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, (Ankara, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2007) s. 253.

66 Turhan, "Cezai Konularda ...", s. 45. BM İşkenceye Karşı Komitesi'nin *Mutombo v. Switzerland* kararında da benzer kriter benimsenmiştir. Bkz. *Mutombo v. Switzerland*, Communication No. 13/1993, U.N. Doc. A/49/44 at 45 (1994), par. 9.3

reddeden devlet arasında hangisinin beyanına üstünlük tanınacağı belirsizdir. Kanaatimizce yukarıda ifade ettiğimiz iddiaların değerlendirilmesi hususunda dikkate alınabilecek haller çerçevesinde önyargı, ayrımcılık ya da işkence, kötü muamele riski basit bir şüphenin ötesinde ise iade talebi reddedilmelidir.

AİHM içtihatı da görüşümüzü destekler niteliktedir. Uygur Türkü olan başvuruçuların Bulgaristan'a karşı yaptığı başvuruda AİHM, Bulgaristan için ulusal güvenlik riski oluşturduğu iddia edilen başvuruçuların bu durumlarının inceleme konusu olmadığını belirtmiş, esas önemli olan hususun geri gönderme ya sınır dışı etme kararlarının yerine getirilmesi durumunda gerçekten kötü muamele veya ölüm riski olduğuna inanmak için kuvvetli gerekçelerin ileri sürülüp sürülmediği olduğunu ifade etmiştir. Bu noktada AİHM, ulusal idare mahkemesinin bu tür risk iddialarını incelemediği tespitinde bulduktan sonra bölgedeki duruma ve geri dönenlerin akıbetlerine dair rapor ve gözlemlerin, başvuruçuların bireysel koşullarının, Çin'e geri gönderilmeleri halinde gerçekten keyfi olarak tutuklanmanın ve hapis cezasına çarptırılmanın yanı sıra kötü muamele ve hatta ölüm riski altında bulduklarına inanmak için kuvvetli nedenler olduğuna kanaat getirmiştir⁶⁷.

Yine Uygur Türkü olan ve sığınma talepleri reddedilmesini müteakip haklarında sınır dışı etme kararı verilen başvuruçuların Türkiye aleyhine yaptığı başvuruda, AİHM, bölgedeki genel duruma dair insan hakları örgütleri ve devlet raporlarına atıf yapmıştır. Çalışmamızı ilgilendiren kısmına değinmek gerekirse, AİHM'e göre, Türk makamları tarafından sınır dışı kararı verilirken, başvuruçuların sınır dışı edilmeleri halinde AİHM'nin 2. ve 3. Maddelerine aykırı muameleyle maruz kalacakları yönündeki tehlike hususunda herhangi bir görüşe değinilmemiştir. Mahkemeye göre bu nokta, başvuruçuların Cenevre Sözleşmesi ya da iç hukuk kapsamındaki statüsüne bakılmaksızın, yetkililerin sınır dışı kararını vermeden önce Sözleşme uyarınca sorması beklenen ve yerinde olan tek sorudur. Öte yandan verilen sınır dışı kararlarında nereye gönderileceklerinin belirtilmemesi, başvuruçuların ve idari yargı makamlarının gözünde gönderilecek yerin Çin olduğu düşüncesini oluşturmuştur. Bu belirsizlik de AİHM'ye göre kabul edilebilir bir durum değildir; zira bu şekilde başvuruçunun halihazırda sorunlu olan durumu ve varış ülkesinin belli olmaması nedeniyle sınır dışı halinde ortaya çıkabilecek riskler dikkate alınmadan bir değerlendirme yapılmıştır⁶⁸.

67 *Case of M.A and Others v. Bulgaria (Application No. 5115/18)*, par. 77.

68 *Case of A.D. and Others v. Turkey (Application No. 22681/09)*, par. 98.

4.2.4. Askeri Suç

Andlaşma'nın 3/c maddesine göre *iade talebine konu suçun sırf askeri suç olması* zorunlu bir iade engelidir. 6706 sayılı Kanun'un 11/1/c/2 maddesinde ve Çin Halk Cumhuriyeti İade Kanunu'nun 8/5. maddesinde de aynı düzenleme yer almaktadır. Avrupa İade Sözleşmesi'nin 4. Maddesinde de *genel ceza hukukuna göre suç oluşturmayan askeri suçlar* nedeniyle yapılan iade talepleri reddedilir. Bu durumda iadeye konu askeri suç, ceza hukuku anlamında da suç teşkil ediyorsa iade talebi, askeri suç nedeniyle reddedilemez⁶⁹. BM Model Anlaşması'nın 3/c maddesinde de zorunlu ret nedenleri arasında aynı şartlarla firar ya da itaatsizlik gibi sırf askeri suçlar yer almaktadır⁷⁰.

Askeri suçlardan dolayı iade talebinin kabul edilmemesi için iki şart vardır. Bunlardan ilki askeri suçun talep edilen devletin iç hukukunda ya da ceza kanunlarında suç olarak yer almaması ve uluslararası suç teşkil edebilecek nitelikte savaş hukuku kurallarını ihlal etmemesidir⁷¹. Eğer işlenen fiil asker kişinin üstte karşı kasten yaralama suçu gibi genel ceza hukukuna göre de cezalandırılabilir bir fiilse geri verme mümkündür⁷².

Andlaşmadaki *sırf askeri suç* ifadesinin nasıl tanımlanacağı ve askeri suç benzeri suçlarla farkının ne olduğu önem taşımaktadır. Bir askeri suçun sırf askeri suç niteliğini taşıyabilmesi için failin asker olması, fiilin bir hizmet veya görevin ihlalini ifade etmesi ve fiilin genel nitelikteki kanunlarda suç olarak düzenlenmemesi gerekir⁷³. İadeye konu olabilecek askeri suç benzerleri⁷⁴ ise asker kişi sıfatı taşımayan kişilerce de işlenebilen, askeri hizmet ya da görevin ihlalini ifade etmeyen ve genel nitelikteki kanunlarda da suç olarak düzenlenmiş suçlardır⁷⁵.

Askeri suçlardan dolayı iade talebinin reddi neredeyse evrensel bir uygulama halini almıştır. Sırf askeri suçların, diğer devletlerin iç hukuklarının uygulanması için yardımda ya da işbirliğinde bulunma konusunda uluslararası topluluğa bir yükümlülük

69 Ulutaş, s. 180.

70 BM Kılavuz, par. 49.

71 Bassiouni, s. 739.

72 Öztürk / Erdem, s. 123.

73 Zeynel Kagal, Askeri Ceza Hukuku, (Ankara, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2012), s. 88, Fahrettin Demirağ, Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri Işığında Askeri Ceza Kanunu, (Ankara, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020), s. 95, Özgenç, s. 1100.

74 BM Kılavuz, par. 49.

75 Kagal, s. 91, Demirağ, s. 96.

getirmemesi⁷⁶, askeri mevzuatın çeşitli ülkelerde farklı olması, bu suçların bazılarının siyasi karakterde olması⁷⁷ ve bir devletin askeri kanununun ihlalinin -bu fiilin genel ceza hukuku çerçevesinde suç olmaması durumunda- bir disiplin ihlali olarak görülebilecek eylemlerin, uluslararası adli yardımlaşma mekanizmalarının kullanılmasını gerektirecek kadar ciddi olmaması, bu uygulamanın gerekçeleri arasında sayılabilir⁷⁸. Diğer yandan son zamanlarda özellikle vicdani ret nedeniyle askerlik yapmama ya da bu nedenle askerden kaçma gibi fiillerin düşünce ya da din ve vicdan hürriyeti çerçevesinde değerlendirilip siyasi bir nitelik kazanması da iadenin önünde bir engel teşkil etmektedir⁷⁹.

4.2.5. Vatandaşlık İlişkisi

Devletler arasında yapılan iade andlaşmalarının neredeyse tamamında yer alan⁸⁰ iade engellerinden biri olan ve devletle kişi arasındaki hukuki ilişkiyi ortaya koyan vatandaşlık bağı Türkiye ile ÇHC arasındaki Andlaşma'da da yer almaktadır. Andlaşma'nın 3/d maddesine göre iadesi istenilen kişinin talep edilen Tarafın vatandaşı olması zorunlu bir ret nedenidir. Taraf Devletlerin iç hukukları bakımından değerlendirildiğinde, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 38/son ve 6706 sayılı Kanun'un 11/1/a maddelerinde vatandaşın suç sebebiyle yabancı devlete iadesine cevaz verilmediği; bunun tek istisnasının ise vatandaşın, Türkiye'nin henüz yargı yetkisini kabul etmediği Uluslararası Ceza Mahkemesine teslimi olduğu görülmektedir. Çin İade Kanunu'nun 8/1. Maddesinde de ulusal mevzuata göre ÇHC vatandaşlarının yabancı ülkeye iade edilmeyeceği yer almaktadır.

Kişinin tabii hakimi dışında bir başkası tarafından yargılanamayacağı, devletin vatandaşını koruma yükümlülüğü, yabancı hukuk sistemine güvensizlik, iade edilen ülkede iade edilenin karşılaşabileceği çeşitli hukuki ya da sosyal sorunlar gibi nedenlerle savunulan⁸¹ vatandaşın iade edilmezliği ilkesi günümüzde adli işbirliğinin gelişmesi, suç ve suçlulukla mücadelenin küresel bir nitelik kazanması gibi nedenlerle yavaş yavaş terkedilmeye başlamıştır⁸².

76 Gilbert, *Responding*, s. 176.

77 Özgen, s. 101.

78 Bassiouni, s. 740.

79 Gilbert, *Responding*, s. 177.

80 Ahmet Ulutaş, "Suçluların Geri Verilmesinde Vatandaşlığın Rolü ve Türk Vatandaşlığı Kanununun 28'inci Maddesinin Geri Verme Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", Ankara Barosu Dergisi, 2011(4), s. 186.

81 Faruk EREM, "Suçluların Geri Verilmesinde Türk Sistemi", Adliye Ceridesi, Y. 11(4) (1943), s. 220, Özgen, s. 58,

82 İlkenin leh ve aleyhindeki görüşler için bkz. Ulutaş, "Suçluların ...", s. 187-189, Ayrıca bkz. Tezcan / Erdem / Önok, s. 229.

Vatandaşlığın iade engeli olması konusunda değinilmesi gereken ilk husus vatandaşlığın tespit anıdır. Nihayetinde iadesi talep edilen kişi bu talebin yapıldığı tarihte vatandaş olmamasına rağmen, ağır ceza mahkemesinde iade duruşması ya da kanun yolu aşamasında veya teslim öncesinde vatandaşlık kazanmış olabilir. Bu durumda vatandaşlığın tespitinin hangi ana göre yapılacağı kanaatimizce bir sorun teşkil etmektedir. Zira 6706 sayılı Kanun’da vatandaşlığın tespit anına dair bir düzenleme bulunmamaktadır.

Meseleye Türkiye açısından bakılacak olursa, Türk hukukunda vatandaşlık ilişkisi 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu’na göre belirlenir. Kanun’un 3/ç maddesine göre Türk vatandaşı, Türkiye Cumhuriyeti Devletine vatandaşlık bağıyla bağlı olan kişiyi, yabancı ise Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişiyi ifade eder. Bahsi geçen Kanun’a göre bir yabancının sonradan Türk vatandaşlığını kazanması yetkili makam kararıyla (Md. 10), istisnai haller (Md. 12), evlenme (Md. 16), evlat edinilme (Md. 17), seçme hakkı (Md. 21) yoluyla mümkündür.

Bu durumda örneğin ÇHC’de fiili işlediği tarihte Türk vatandaşı olmayan yabancının Türkiye’ye gelip bir süre sonra yukarıda belirtilen şekillerden biriyle vatandaşlık kazanması sonrasında iadesinin talep edilmesi durumunda Türk vatandaşı sayılıp sayılmayacağı konusunda TCK 6/1/a maddesindeki vatandaş tanımından hareketle farklı görüşler bulunmaktadır. TCK’ya göre vatandaş fiili işlediği sırada Türk vatandaşı olan kişidir. Özgenç de bu düzenlemeden hareketle vatandaşlığın tespitinde TCK düzenlemesinin esas alınması görüşündedir⁸³:

“Somut olayda uygulama kabiliyeti bulan iade anlaşmalarında aksine hüküm bulunmadığı takdirde, TCK’nın 6. Maddesi hükmü gereğince iade kararı verilirken, fiilin işlendiği sıradaki vatandaşlığı esas almak gerekecektir. TCK’nın düzenlemesi itibarıyla, fiilin işlendiği tarihten sonra Türk vatandaşlığının kazanılmış olması, iade edilmeye engel teşkil etmeyecektir”.

Aynı görüşte olan Zafer’e göre de iadesi talep edilen kişinin vatandaş olup olmadığı TCK 6/1/a maddesine göre fiili işlediği andaki vatandaşlığı dikkate alınarak belirlenmelidir⁸⁴. Ulutaş da aksine uygulanması mümkün uluslararası sözleşme hükmü bulunmadıkça, suçun işlenme tarihinin esas alınması gerektiğini ifade etmekle birlikte en adil çözümün teslim için kararlaştırılan tarihe kadar vatandaşlıkta meydana gelebilecek

83 Özgenç, s. 1107-1108.

84 Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, (İstanbul, 6. Baskı, Beta Yayıncılık, 2016), s. 696.

değişikliğin dikkate alınması olduğunu ifade etmektedir⁸⁵. Aksi görüşteki Öztürk / Erdem'e göre ise maddenin bu biçimde yorumlanması, vatandaşın iadesini yasaklayan Anayasa'nın 38. Maddesine aykırılık teşkil eder. Bu yüzden geri vermenin gerçekleştiği tarihte söz konusu olan vatandaşlığın esas alınması gerekir⁸⁶. Diğer yandan TCK 6/1/a maddesine göre fiilin işlendiği sıradaki vatandaşlık göz önüne alındığında ve sonradan vatandaş olan kişinin faile göre şahsilik ilkesine göre Türkiye'de yargılanması söz konusu olamayacağı için, bu durum, fiilin işlenmesinden sonra vatandaşlık kazanan kişilerin – diğer ülkelere göre de Türkiye'de kovuşturma mümkün değilse" fiilen cezasız kalması sonucuna yol açabilecektir⁸⁷.

Kanaatimizce TCK 6/1/a maddesinde yer alan vatandaş tanımı, TCK'da Türkiye'nin yargı yetkisi kapsamındaki suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturma yapabilmesi ve suçun mağduru ya da failinin vatandaş olduğu düzenlemeler ile ilgilidir⁸⁸. Bu düzenlemenin kapsamının genişletilerek Anayasa'nın 38. Maddesindeki yasağın aykırı bir sonuca ulaşılması düşünülemez. Öte yandan Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile kişi arasındaki vatandaşlık ilişkisini düzenleyen kanun TCK değil Türk Vatandaşlığı Kanunu'dur. Bu Kanun'un çeşitli hükümlerinde vatandaşlık kazanmanın hangi andan itibaren hüküm ifade edeceği açıkça belirtilmiştir. 5901 sayılı Kanun'un 20. Maddesine ve Kanun'un Uygulanmasına Dair 2010 Tarihli Yönetmeliğin 36. Maddesine göre Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin kararlar, karar tarihinden itibaren hüküm ifade eder. Yani iadesi talep edilen kişinin, iade talebi evresinde ya da sonrasında vatandaşlık kazanması durumunda bu kişi artık Türk vatandaşdır ve iade edilemez. Aynı Kanunun 36. ve Yönetmeliğin 62. Maddesine göre Türk vatandaşlığının ispatı herhangi bir şekilde tabi olmamakla birlikte nüfus kayıtları, nüfus ve uluslararası aile cüzdanları, pasaport ya da pasaport yerine geçen belgeler aksi sabit oluncaya kadar ilgilinin Türk vatandaşı olduğuna karine teşkil eder. İade duruşması esnasında⁸⁹ kişinin Türk vatandaşı olup olmadığı konusunda herhangi bir tereddüde düşüldüğü takdirde TVK 36/3. Maddesi ve Yönetmeliğin 63/1. Maddeleri uyarınca bu husus İçişleri Bakanlığı'na sorulabilir. Bu durumda Bakanlık da ilgili kişinin Türk vatandaşı olup

85 Ulutaş, "Suçluların ...", s. 190. Koca / Üzülmüş ise vatandaşlığın belirlenmesinde esas alınması gereken anın mahkemenin karar anı olduğu düşüncesindedir. Bkz. Koca / Üzülmüş, s. 855.

86 Öztürk / Erdem, s. 132.

87 Tezcan / Erdem / Önok, s. 232.

88 Aynı görüş için bkz. Turhan, "Cezai Konularda ...", s. 63.

89 Turhan, vatandaşlık konusunun iade sürecinin her aşamasında re'sen dikkate alınması gerektiği görüşünden hareketle iade konusunda yetkili olan Merkezi Makamın da vatandaşlık konusu ileri sürülmemiş olmasa bile re'sen inceleme yapması gerektiği düşüncesindedir. Bkz. Turhan, s. 62.

olmadığına ilgili mevzuat ve uluslararası andlaşmalar çerçevesinde inceleyip sonucu mahkemeye bildirecektir.

Sonuç olarak iadesi talep edilen kişinin, fiili işledikten sonra Türk Vatandaşlığı Kanunu uyarınca vatandaşlık kazanmış olması iadesine ya da teslimine engel teşkil eder. Vatandaşlık da iade duruşmasının yapıldığı ağır ceza mahkemesince, karar verildiği andaki duruma göre saptanır⁹⁰. Karar tarihiyle teslim arasında kazanılan vatandaşlık da kanaatimizce bir iade engeli olarak nitelendirilmelidir⁹¹.

4.2.6. Zamanaşımı ve Af

Andlaşma'nın 3/e maddesine göre iadesi istenen kişinin, Taraflardan herhangi birinin kanunları uyarınca zamanaşımı, genel veya özel af nedeniyle iade talebine konu suçtan yargılanmadan veya cezadan bağışık olması zorunlu ret nedenlerindedir. 6706 sayılı Kanunun 11/1/c/5 maddesi ile Çin Halk Cumhuriyeti İade Kanunu'nun 8/6. Maddesinde ve BM Model İade Anlaşması'nın 3/e maddesinde de aynı düzenleme yer almaktadır.

Devletle kişi arasındaki ceza ilişkisini sona erdiren hallerden biri olan zamanaşımı dava ve ceza zamanaşımı olarak ikiye ayrılır. TCK 66/6. Maddeye göre suçun işlendiği günden itibaren yine TCK 66/1. Maddede belirlenen süreler dahilinde soruşturmanın, kovuşturmanın başlamaması ya da başlamasına rağmen hüküm verilmemesi durumunda dava zamanaşımı ortaya çıkar ve bu durumda yargılamayı yapan mahkemece CMK 223/8. Maddesine göre düşme kararı verilir. Ceza zamanaşımı ise TCK 68/5. Maddeye göre hükmün kesinleştiği veya infazın herhangi bir suretle kesintiye uğradığı günden itibaren işlemeye başlayan ve TCK 68/1. Maddede belirtilen sürelerin geçmesiyle infaz ilişkisini sona erdiren bir nedendir.

Andlaşmaya taraf Devletlerden herhangi birinde dava ya da ceza zamanaşımı⁹² gerçekleştiğinde artık o suça ya da hükümlülüğe dair iadenin hukuki dayanağı ortadan kalktığı için iade gerçekleşmez.

Zamanaşımının tespiti ise hem talep edilen hem de talep eden devlet açısından ayrı ayrı yapılmalıdır⁹³. Andlaşmanın 7. Maddesine göre, iade talep eden Taraf, suçun ve

90 Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 169.

91 Aynı görüş için bkz. Turhan, "Cezai Konularda ...", s. 63.

92 Turhan, 11. Maddedeki düzenlemede mahkumiyetin ceza zamanaşımına uğramasının iadeye engel olup olmadığı konusunda bir açıklık yer olmadığından hareketle maddenin ifadesinin mahkumiyeti kapsar şekilde anlaşılmaya uygun olmadığı düşüncesindedir. Bkz. Turhan, "Cezai Konularda ...", s. 21. Aksi görüş için bkz. Koca / Üzülmüş, s. 856.

93 Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 162.

suçun cezasına ilişkin ilgili kanun madde metinlerini ve ceza soruşturması veya kovuşturması ya da cezanın infazına ilişkin zamanaşımının düzenlendiği kanun madde metinlerini iade talebine eklemek zorundadır. İade talebini alan Taraf önce kendi mevzuatına göre daha sonra da talep eden Devletin mevzuatına göre bu sürelerin dolup dolmadığını inceleyecektir. Zamanaşımı süresi bakımından hangi anın esas alınacağı bir sorun teşkil edebilir⁹⁴. Bu durumda kanaatimizce eğer talebin ulaştığı tarihte zamanaşımı süreleri dolmuşsa sorun yoktur. Talebin ulaştığı tarihte süreler dolmamasına rağmen iade duruşması esnasında yapılan incelemede bu sürelerin dolduğu anlaşılıyorsa iade talebi reddedilmelidir.

Andlaşma'da genel ve özel af da iade engeli olarak yer almaktadır. Genel af TCK 65/1. Maddeye göre kamu davasını düşüren ve hükmolunan cezaları bütün neticeleri ile birlikte ortadan kaldıran bir müessesedir. Özel af ise TCK 65/2. Maddeye göre hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son veren ya da infaz kurumunda çektirilecek süreyi kısaltan ya da adli para cezasına çeviren aftır. Her iki affi çıkarmaya da Türkiye bakımından Anayasa'nın 87. Maddesine göre TBMM yetkilidir. Türk hukuku bakımından Anayasa'nın 104. Maddesine göre suç tipleriyle ilgili değil de sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle hükümlüler için cezayı hafifletme ya da kaldırma şeklinde bireysel özel af yetkisi Cumhurbaşkanı'na da tanınmıştır. ÇHC hukukunda genel af düzenlenmemiştir. Çin Anayasası'nın 67/17. Maddesine⁹⁵ göre ancak özel af mümkündür ve bu af yetkisi de Ulusal Halk Kongresi Komitesi'ndedir.

Andlaşmanın 7. Maddesinde iade talepnamesinde bulunması gereken hususlar arasında suçun işlendiği tarihin bildirilmesi, iadeye konu olan suçun iki devletten birinde çıkan bir af yasaasının kapsamında olup olmadığını belirleyebilmek bakımından önemlidir.

4.2.7. Kesin Hüküm

Talep edilen Tarafın, iade talebine konu suç nedeniyle iadesi istenen kişi hakkında nihai bir karar vermiş olması Andlaşmanın 3/f maddesine göre zorunlu ret nedenlerinden biridir. 6706 sayılı Kanun'un 11/1/ç maddesinde de iadesi talep edilen kişi hakkında talebe konu fiil nedeniyle daha önce Türkiye'de beraat veya mahkumiyet kararı verilmiş olmasının bir ret nedeni olduğu belirtilmiştir. BM Model İade Anlaşması'nın 3/d maddesinde de talep edilen devlette iadeye konu suçla ilgili bir *hüküm* verilmesi iade engeli olarak nitelendirilmiştir.

94 Öztürk / Erdem, s. 120, Özgenç, s. 1084.

95 Çin Halk Cumhuriyeti Anayasası için bkz. http://www.npc.gov.cn/zgrdw/englishnpc/Constitution/node_2825.htm

Ceza muhakemesinin kesin hükümle sona ermesinden sonra, aynı konuda tekrar muhakeme yapılamaz⁹⁶. Bir kimse hakkında aynı fiil nedeniyle ancak bir kez yargılama yapılabilir. Bu ilkeye *ne bis in idem* ilkesi denmektedir⁹⁷. Her ne kadar bu ilke iç hukukta geçerli olsa da günümüzde devletler bu ilkeyi artık uluslararası etki doğurucu olarak kabul edip uygulamaktadır⁹⁸. Ancak ilkenin milletlerarası ceza hukukunda uygulanması istisnaidir⁹⁹. Kesin hüküm ilkesi CMK 223/7. Maddede yer almaktadır. Buna göre *aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm ... varsa davanın reddine karar verilir*:

Bir cezai uyumsuzluğu doğrudan doğruya çözen mahkemenin nihai kararına hüküm denmektedir. Hüküm de yargı organı adına varılan yargıyı ve bundan sonra o derece mahkemesinde davaya devam edilemeyeceğini ifade eder¹⁰⁰.

CMK 223. Maddede nelerin nihai karar ya da hüküm olacağı açık bir biçimde düzenlenmiştir. Buna göre beraat, mahkumiyet, ceza verilmesine yer olmadığına dair karar, davanın reddi, davanın düşmesi ve güvenlik tedbiri kararları hükümdür. Bu durumda ÇHC'nin iade talebine konu olan fiil nedeniyle CMK 223. Maddede yer alan hükümlerden birinin Türkiye'de verilmesi durumunda iade talebi Andlaşmaya göre reddedilir. Ancak burada Andlaşma ile 6706 sayılı Kanun arasında bir uyumsuzluk vardır. Yukarıda da belirtildiği gibi 6706 sayılı Kanun'da iade engeli olarak beraat ve mahkumiyet kararları belirtilmiştir. Bu durumda iadesi talep edilen kişinin fiili nedeniyle Türkiye'de yapılan yargılamada örneğin davanın reddi ya da ceza verilmesine yer olmadığına dair kararlardan biri verilmişse bahsi geçen karar Andlaşmaya göre iade engeli oluştururken 6706 sayılı Kanun'a göre iade engeli olmayacaktır¹⁰¹. Öztürk / Erdem de 6706 sayılı Kanun'da belirtilen hükümlerin dışında soruşturma evresi sonunda verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın da iade engeli olmadığı düşüncesindedir¹⁰².

96 Cumhuriyet Şahin, Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku I, (Ankara, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020), s. 82, Özgenç, s. 1105.

97 Yener Ünver, Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara, 15. Baskı, Adalet Yayıncılık, 2019), s. 1676.

98 Ünver / Hakeri, s. 1679.

99 Şahin / Göktürk, s. 83.

100 Ünver / Hakeri, s. 1664.

101 Turhan, CMK 223. Maddede yer alan diğer hükümlerin de 6706 sayılı Kanunda iade engeli olarak düzenlenmesi gerektiğini ifade ettikten sonra bu biçimde bir düzenleme olmamasına rağmen söz konusu kararların iade engeli olduğu düşüncesindedir. Turhan, "Cezai Konularda ...", s. 34-35.

102 Öztürk / Erdem, s. 125, Tezcan / Erdem / Önok'a göre de 6706 sayılı Kanunda yalnızca beraat ve mahkumiyet kararlarına ne bis in idem etkisi tanınmış olup, bunlar dışında kalan başka bir hüküm geri vermeyi engelleyici bir etkiye sahip olmadığı gibi; soruşturma evresi sonunda verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararları da bir geri verme engeli oluşturmaz. Bkz. Tezcan / Erdem / Önok, s. 220.

4.2.8. Yoklukta Yargılama

İade talebinin, kişinin yokluğunda verilen bir hükme istinaden yapılmış olması ve talep eden Tarafın iade sonrasında kişinin mahkeme huzurunda yeniden yargılanacağını garanti etmemesi Andlaşmanın 3/g maddesine göre zorunlu ret nedenlerindedir. BM Model İade Anlaşması'nın 3/g maddesinde de yer alan bu düzenlemenin 6706 sayılı Kanun'da karşılığı bulunmamaktadır.

“Duruşmada hazır bulunmak sanık açısından yalnızca bir yükümlülük olmayıp savunmasını gerektiği biçimde yeterli ve sınırsızca yapabilmesi için de kendisine tanınmış bir haktır. Ayrıca hakim maddi gerçeği ortaya çıkarırken, sanığın, ifade, sorgu ve açıklamalarından da yararlanabileceği gibi, cezanın tespit ve tayini ile ferdileştirilmesinde de sanığın duruşmada bulunması önemli işlev görecektir”¹⁰³.

BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14/3. Maddesinde de düzenlenen bu hak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin çeşitli içtihatlarına da konu olmuştur¹⁰⁴. Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa İade Sözleşmesi'nin Ek 2 Numaralı Protokolü'nde de yoklukta yargılamaya ilişkin hüküm bulunmaktadır. Buna göre gıyapta verilen mahkumiyet kararlarının infazı için iade talep edildiğinde, iade talep edilen devlet suçla itham olunan kimseye tanınması gereken asgari savunma haklarının tanınmadığı görüşünde ise, bu nedenle iade talebi reddedilebilir. Bununla birlikte talep eden Tarafın, iadesi istenilen kişiye savunma haklarını teminat altına alacak şekilde yeniden yargılama hakkı verileceğine dair yeterli görülecek teminatı vermesi halinde, iade talebi yerine getirilecektir. Avrupa İade Sözleşmesi ve ek protokolleri Türkiye ile ÇHC arasındaki iade ilişkisinde uygulanamamasına rağmen EK 2 Numaralı Protokolü onaylayan 3732 sayılı Kanun'un 3. Maddesi iki devlet arasında yoklukta yargılama sorunlarının nasıl giderileceği konusunda yol göstericidir. Madde hükmüne göre Türk mahkemelerince gıyabında mahkumiyet kararı verilmiş olup, Sözleşmeye taraf ülkelerden birinde bulunduğu tespit edilmesi üzerine bu ülkeden iadesi istenilen kişiye, Protokol'ün 3. maddesinin 1. bendinde öngörüldüğü şekilde yeniden muhakeme edilme hakkı tanınması için anılan ülke tarafından teminat istenilmesi halinde, kararın kesinleşip kesinleşmediğine bakılmaksızın kararı veren mahkemece sözü edilen kişinin yeniden muhakeme edileceğine dair karar verilir ve kişi iade edildikten sonra bu karar doğrultusunda işlem yapılır.

Bu durumda Türkiye ile ÇHC arasındaki iade ilişkisinde yeniden yargılamaya dair

103 Ünver / Hakeri, s. 443.

104 Ulutaş, s. 111. Gıyapta yargılamanın özgürlük ve güvenlik ile adil yargılama hakkının ihlalini teşkil ettiği yönündeki kararlar için bkz. Savaş, s. 274-276.

teminatı kimin vereceği önem taşımaktadır. Aşağıda da ifade edileceği gibi adli iş birliği konusunda teminat Adalet Bakanlığı tarafından verilmektedir. Ancak yoklukta yargılama yapan mahkemenin yeniden yargılama yapması, yargı yetkisine giren hususlardan olduğu için 6706 sayılı Kanun'un 3/4. Maddesine göre bu teminatı mahkemenin vermesi gerekmektedir¹⁰⁵.

4.2.9. İadeye Konu Suç Nedeniyle Verilebilecek / Verilen Cezanın Temel Hukuk İlkeleriyle Bağdaşmaması

Andlaşmanın 3/h maddesine göre *iadeye konu suça ilişkin talep eden Tarafıta verilecek veya infaz edilecek cezanın talep edilen Tarafın temel hukuk ilkeleriyle bağdaşmaması ve talep eden Tarafın, bu ilkelerin ihlal edilmeyeceğine dair talep eden Tarafın yeterli bulacağı teminatlar sunmaması* bir iade engelidir.

Temel hukuk ilkeleri kavramı soyut olmakla birlikte ilgili devletin siyasi veya hukuki yapısına göre farklılık gösterebilir. Maddede de temel ya da evrensel hukuk ilkelerinden değil talep edilen Tarafın temel hukuk ilkelerinden bahsedilmesi kavramın somutlaştırılması yönünde yol gösterici olmaktadır. Öte yandan bahsi geçen temel hukuk ilkelerinin, verilebilecek ya da infaz edilecek cezaya dair olması, kavramla ilgili daha rahat yorum yapılabilmesinin önünü açmaktadır. Türkiye bakımından yargılamaya ya da infaza konu olan cezanın temel hukuk ilkeleriyle bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda bakılacak yer de Anayasa, TCK, CMK ve Türkiye'nin tarafı olduğu insan hakları sözleşmeleri olacaktır.

Verilecek ya da infaz edilecek cezayla ilgili Türk hukukundaki temel ilkelere değinildiğinde ilk vurgulanması gereken kanaatimizce ölüm cezasıdır. İade anlaşmaları tarihi incelendiğinde, ilk başlarda ülkeler arasında yapılan sözleşmelerde genellikle ölüm cezasını gerektiren eylemlerden dolayı iade etmeme ya da şarta bağlı olarak iade etmenin düzenlenmediği görülmektedir¹⁰⁶. Andlaşma'da ise her ne kadar ölüm cezası açıkça bir iade engeli olarak yer almamışsa da 3/h maddesi kapsamındadır. 6706 sayılı Kanun'un 11/1/d maddesinde de *iade talebinin, ölüm cezası veya insan onuru ile bağdaşmayan bir ceza gerektiren suçlara ilişkin olması* bir ret nedeni olarak düzenlenmiştir.

105 Yargı yetkisine giren konularda teminat verilmesine ilişkin bkz. Turhan, "6706 sayılı ...", s. 3097-3099.

106 Durmuş Tezcan, "Ölüm Cezasını Gerektiren Suçlarda Suçluların Geri Verilmesi Sorunu", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C: 38 (1983), s. 167. Bu konuda ayrıca bkz. Faruk Turhan, Ölüm Cezasının Kaldırılmasına İlişkin Gelişmeler ve Suçluların İadesi Hukukuna Etkisi, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 1999(4).

3 Ekim 2001 tarihinde 4709 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliğiyle Türk hukukunda ölüm cezası savaş, savaş tehdidi ve terör suçlarıyla sınırlandırılmıştır. Bunu müteakip Anayasa değişikliğiyle bağlantılı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine EK 6 Numaralı Protokolü 2003 yılında imzalanmıştır. 2004 yılında ise 5170 sayılı Kanun'la ölüm cezasının istisnai olarak uygulanabileceği üç hal de Anayasa'dan çıkarılmıştır. Son olarak 2006 tarihinde de Ölüm Cezasının Her Koşulda Kaldırılmasına Dair 13 Numaralı Protokolün onaylanmasıyla birlikte ölüm cezası Türk hukuku bakımından bir sorun olmaktan çıkmıştır. Anayasa'nın 38/10. Maddesinde de ölüm ve genel müsadere cezasının verilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Fakat aynı şeyi ÇHC için söylemek mümkün değildir. ÇHC Ceza Kanunu'nun cezaları düzenleyen 33. Maddesinin 5. Fıkrasında ölüm cezası, 48-51. Maddelerinde de bu cezanın infazının usulü yer almaktadır. Diğer yandan ÇHC İade Kanunu'nda talep eden devlette iadeye konu suçun cezasının ölüm cezası olması bir iade engeli değildir.

6706 sayılı Kanun ölüm cezasını mutlak bir iade engeli olarak düzenlememiştir. Kanunun 11/3. Maddesine göre, eğer şüpheli ya da sanığın iadesi talebine konu suçun cezası, ya da hükümlünün talebi durumunda infaz edilecek cezanın ölüm cezası olması halinde talep eden devlet tarafından bu cezanın infaz edilmeyeceğine dair yeterli teminatın verilmesi durumunda iade talebi kabul edilebilecektir¹⁰⁷. Bu durumda örneğin ÇHC tarafından verilecek teminatın hangi makam tarafından kabul edileceği önemlidir. 6706 sayılı Kanun'un 3/3. Maddesi yabancı bir devletin adli iş birliği talebinin yerine getirilmesinin Merkezi Makam olan Adalet Bakanlığı'nca şartı veya teminata bağlanabileceğini düzenlemektedir.

Turhan'a göre, Türkiye'nin taraf olduğu ikili iade andlaşmalarında ölüm cezasını gerektiren suçlarda cezanın infaz edilmeyeceği konusunda güvence verilmesine ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. AİHM'nin içtihatlarına bakıldığında ise iadesi istenen kişinin talep edilen ülkede ölüm cezasına maruz kalacağına ilişkin somut bir tehlikenin bulunması ve talep eden devletin ölüm cezasına hükmedilmeyeceği konusunda güvence vermemiş olması halinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olan bir devletin iade etmeme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu durumda Türkiye bakımından kararlarının bağlayıcılığından şüphe bulunmayan AİHM'in içtihatları çerçevesinde Merkezi Makam, talep eden devletten ölüm cezasının infaz edilmeyeceği

107 Turhan, bu güvence sistemi, ölüm cezasına hükmedileceği değil, sadece ölüm cezasının infaz edilmeyeceğine ilişkin sınırlı bir koruma sağlamaktadır ve AİHM'in içtihatlarını karşılama bakımından yetersiz kaldığını haklı olarak vurgulamaktadır. Bkz. Turhan, "Cezai Konularda ...", s. 51.

konusunda yeterli güvence almadan iade talebini kabul edemez¹⁰⁸. Öztürk / Erdem de aynı şekilde Türkiye'nin, mevzuatında ölüm cezasına yer veren bir devletin geri verme isteminde bulunması durumunda, bu cezanın infaz edilmeyeceği yönünde kesin bir güvence verilmediği sürece geri verme yoluna gidilmemesi gerektiği, aksi bir uygulamanın AİHM'e olası bir başvuru durumunda Türkiye'nin mahkumiyetiyle sonuçlanacağı düşüncesindedir¹⁰⁹. Bunun yanında kanaatimizce Andlaşma'da ölüm cezasının infaz edilmeyeceğine dair güvenceyle ilgili açık bir düzenlemenin bulunmaması da bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır.

İadeye konu olan suçun cezasının mülkiyet hakkı ve kişi özgürlüğü dışında kalan, örneğin bedene yönelik cezalar olması durumunda da 6706 sayılı Kanun'a göre bu ceza insan onuruyla bağdaşmadığı gerekçesiyle iade talebi aksi yönde bir teminat verilmediği sürece reddedilir¹¹⁰.

Türk hukukuna göre cezaya ilişkin temel hukuk ilkelerinden biri de Anayasa'nın 38/10. Maddesine göre idarenin kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamayacağıdır. Bu hükmünden hareketle ÇHC idari makamlarının kişi hürriyetini kısıtlayıcı müeyyideleri ya da cezaları Andlaşmadaki süre sınırının üzerinde olsa bile iade talebi Türkiye tarafından reddedilecektir. Suç ve cezanın kanuniliği ilkesine aykırı bir biçimde verilmiş olan mahkumiyet kararının iadeye konu olması durumunda bu husus da Anayasa'da düzenlenmiş temel ceza hukuku ilkelerinden biri olduğu için talebin reddedilmesi mümkündür.

Ayrıca iadeye konu suç ile öngörülen yaptırım arasında aşırı bir orantısızlığın bulunması, hükmedilen ya da hükmedilecek cezanın aşırı ve katlanılmaz olması hali de insanlık dışı veya alçaltıcı ceza yasağına aykırılık teşkil edebilir¹¹¹.

108 Turhan, "6706 sayılı ...", s. 3096.

109 Öztürk / Erdem, s. 127, AİHM'in konuyla ilgili içtihatlarının ayrıntıları için bkz. Turhan, s. 49-51. BM İnsan Hakları Komitesi'nin *Reid v. Jamaika* kararında BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesine uyulmadan yapılan yargılamada ölüm cezası verilmesinin insan hakları ihlali olduğuna hükmetmiştir. Bkz. Savaş, s. 256.

110 Özbek, s. 163; Bu tür cezaların uygulanabileceği suçlarda iade, anayasa ve insan hakları sözleşmelerinde güvence altına alınmış olan insan haysiyetine aykırı ceza ve muamele yasağını ihlal eder. Bkz. Turhan, "Cezai Konularda ...", s. 43.

111 Öztürk / Erdem, s. 128-129; Tezcan / Erdem / Önok, s. 227; Turhan, serbest kalma ümidi olmadan müebbet hapis cezasının infazının hükümlünün ölümüne kadar devam etmesinin AİHM içtihatları çerçevesinde AİHS'nin 3. Maddesinin ihlali olmasından hareketle, bu cezanın da insan onuruyla bağdaşmayan ceza olarak kabul edilebileceği görüşündedir. Bkz. Turhan, "Cezai Konularda ...", s. 52.

4.3. *Takdiri Ret Nedenleri*

4.3.1. *İadeye Konu Suçla İlgili Talep Edilen Devletin Yargı Yetkisinin Olması*

İadeye konu olan suç nedeniyle talep edilen devletin de kendi iç hukuku çerçevesinde yargı yetkisinin olması mümkündür. Bu durumda talep edilen devlet yargı yetkisi olması nedeniyle yargılama önceliğini kendinde görebilir ve iade talebini reddedebilir. Zira suç oluşturan bir fiil nedeniyle soruşturma ve kovuşturma yapmaya öncelikle, suçun işlendiği ülke devleti yetkilidir¹¹². Andlaşmanın 4(a) maddesinde talep edilen Tarafın ulusal kanunu uyarınca iade talebine konu suç hakkında bir ceza soruşturması ya da kovuşturması yürütüyor olması veya başlatma niyetinde olması bir takdiri ret nedeni olarak düzenlenmiştir. Bu hükmün izahına geçmeden önce Andlaşmanın Türkçe metnindeki çeviri hatasına değinmek gerekmektedir. Andlaşmanın Türkçe metninde “... *bu suçtan bir ceza soruşturması veya kovuşturması başlatma niyetinde olması*” ifadesi İngilizce metninde farklıdır. Andlaşmanın İngilizce metninde “... *is conducting or contemplates to institute a proceeding against the person sought for that offence*” ifadeleri yer almaktadır. Bu durumda Türkçe metnindeki çeviri *soruşturma ya da kovuşturma yürütülmesini* içermediği için eksiktir. Andlaşmanın 22. Maddesine göre Andlaşmanın yorumlanmasında farklılık bulunması halinde İngilizce metin esas alınacağından hareketle hükmü “... *bu suçtan bir ceza soruşturması ya da kovuşturması yürütülüyor olması veya bunu başlatma niyetinde olması*” biçiminde ifade etmek daha doğrudur.

Devletin iadeye konu olan suç nedeniyle yargılama yetkisinin bulunması çeşitli ihtimallerde ortaya çıkabilir. Bunlardan ilki *mülkiyet ilkesi* olarak da isimlendirilen, devletin kendi ülkesinde veya ülkesi sayılan yerlerde işlenen suçlara dair yargı yetkisinin olmasıdır. Bu ilkenin Türk hukukunda görünümü TCK 8. Maddededir. Anılan hükme göre Türkiye’de yani Türk kara ve hava sahaları ile Türk karasularında ve Türk deniz ve hava savaş araçlarında ya da bu araçlarla işlenen suçlar hakkında Türk kanunları uygulanır. Bunun yanında açık denizde ve bunun üzerindeki hava sahasında, Türk deniz ve hava araçlarında ya da bu araçlarla, Türkiye’nin kıt’a sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgesinde tesis edilmiş sabit platformlarda ya da bunlara karşı işlenen suçlar da Türkiye’de işlenmiş sayılır ve Türk mahkemelerinin bu suçlar üzerinde yargı yetkisi vardır.

112 Özgenç, s. 1103.

İkinci ihtimal yurtdışında işlenen bir suçtan dolayı Türkiye'nin yargı yetkisinin olmasıdır. Bu ihtimal *faile göre şahsılık* yani failin Türk vatandaşı olması ve *mağdura göre şahsılık* yani mağdurun Türk vatandaşı ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişiliği veya Türk devleti olması şeklinde ortaya çıkabilir. TCK'nın 11. ve 12. Maddelerine göre bu ihtimallerde Türkiye'nin maddede belirtilen şartlar çerçevesinde yargı yetkisi vardır.

Son ihtimal ise TCK 13. Maddede yer alan ve evrensellik ilkesi olarak isimlendirilen; dünyanın neresinde kim tarafından işlenirse işlensin bazı suçlardan dolayı Türkiye'nin yargı yetkisi olmasıdır.

ÇHC Ceza Kanunu'nun 6 ila 10. Maddelerinde de TCK'nın yer bakımından uygulanmasında geçerli olan ilkeler aynı biçimde yer almaktadır¹¹³.

Yukarıda sayılan ihtimallerden birinin varlığı halinde örneğin ÇHC'de Türk vatandaşına karşı suç işleyen bir Çinli ya da başka bir devlet vatandaşı veya TCK 13. Maddede belirtilen suçlar Çin Halk Cumhuriyeti'nde işlenip de şüpheli, sanık ya da hükümlüler Türkiye'ye kaçtığına iade edilmeyecektir¹¹⁴.

Ancak Andlaşma'da takdiri ret nedeni olarak gösterilen talep konusu suçla ilgili olarak devletin yargı yetkisinin olması 6706 sayılı Kanun'da kesin / zorunlu bir ret nedeni olarak düzenlenmiştir. 6706 sayılı Kanun'un 11(1)(c) maddesinin 3. ve 4. bentlerinde iade talebine konu suçun Türkiye Devletinin güvenliğine karşı, Türkiye Devletinin veya bir Türk vatandaşının ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş bir tüzel kişinin zararına işlenmesi ile yer bakımından Türkiye'nin yargılama yetkisine girmesi hallerinde iade talebi reddedilecektir¹¹⁵. O halde Andlaşma metniyle iç hukuk düzenlemesi arasında bir farklılık bulunmaktadır iç hukuk düzenlemesi iadesi talep edilenin lehinedir¹¹⁶.

113 Çin Halk Cumhuriyeti Ceza Kanunu'nun resmi İngilizce çevirisi için bkz. <https://www.fmprc.gov.cn/ce/cvienna/eng/dbtyw/jdwt/crimelaw/t209043.htm> , Erişim Tarihi: 11.02.2021.

114 Aynı görüş için bkz. Turhan, "Cezai Konularda ...", s. 37.

115 Turhan'a göre, TCK'da oldukça geniş kapsamlı olarak düzenlenmiş olan Türk mahkemelerinin yargı yetkisine giren suçların önemli bir kısmının 6706 sayılı Kanun'un 11/1-c-4 maddesi ile iade kapsamı dışında bırakılması yerinde olmamıştır. Bkz. Turhan, "Cezai Konularda ...", s. 38.

116 Kanatimizce burada temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma kavramından ne anlaşılması gerektiği önemlidir. Gözler'in de ifade ettiği gibi yapılan andlaşmaların belki de hepsi Anayasa'nın 17-74. Maddeleri arasında yer alan temel hak ve hürriyetlerle ilişkilendirilebilir. Bkz. Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, (Bursa, Ekin Yayıncılık, 3. Baskı 2019), s. 724. Bu noktada bir iade andlaşması, isimlendirme olarak temel hak ve hürriyetlere ilişkin görülmesi bile andlaşmanın içeriği incelendiğinde temel hak ve hürriyetlerle bağlantılı olduğu ortaya çıkabilir. Anayasa'da güvence altına alınan temel hak ve hürriyetlerden kişi hürriyeti ve güvenliği, yerleşme ve seyahat özgürlüğü, hak arama hürriyeti, ailenin korunması, suç ve cezalara ilişkin temel esaslar pekala bir iade andlaşmasıyla sınırlanabilmektedir. Bu durumda iade andlaşmalarının belli hükümlerinin temel hak ve hürriyetlerle bağlantılı olduğu düşüncesindeyiz.

Turhan'a göre, Anayasa 90. Madde uyarınca usulüne uygun yürürlüğe konmuş uluslararası sözleşmelerin Türk iç hukukunda kanun hükmündfe olmasından hareketle, cezai konulardaki bir adli iş birliği sözleşmesi ile kanun hükümleri arasında farklılık bulunması halinde sorun 6706 sayılı Kanun'un 1/3. Maddesine göre çözülmelidir. Yazara göre, Türkiye'nin taraf olduğu adli iş birliğine ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile diğer kanun hükümlerinin saklı olduğuna vurgu yapan düzenlemeyle, dolaylı da olsa Türkiye'nin taraf olduğu adli iş birliğine ilişkin sözleşme hükümleri karşısında 6706 sayılı Kanun hükümleri ikincil derecede uygulama alanı bulacaktır. Turhan burada mevcut düzenlemeyi de eleştirmekte ve birçok yabancı kanunda olduğu gibi, uluslararası sözleşme hükümlerinin kanun hükümlerine göre öncelikli olduğu, yani sözleşmelerde aksine hükmü bulunmayan hallerde kanunun uygulanacağını açıkça kabul edilmesinin yerinde olacağı görüşündedir¹¹⁷.

Türkiye'nin gerek yer bakımından gerek mağdur bakımından yargılama yetkisinin bulunduğu hallerin zorunlu ret nedeni olarak düzenlendiği iade anlaşmaları ya da adli yardımlaşma anlaşmaları da bulunmaktadır. Örneğin Makedonya Cumhuriyeti (md. 35/1), Moğolistan (md 35/1/d), İran İslam Cumhuriyeti (md. 35/1/e), Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (md. 36/I/3/f), Pakistan (md. 3/1/c), Türkmenistan (md. 34/1/d) ile yapılan anlaşmalarda olduğu gibi.

Türkiye'nin yargı yetkisinin olduğu bir suçta savcılık tarafından soruşturma yürütülürken, örneğin ÇHC'den gelen, şüphelinin aynı suç nedeniyle iadesi talebinin kabulü halinde Cumhuriyet savcılığının hangi kararı vermesi gerekir? CMK 172/1. Madde uyarınca böyle bir durumda iade talebi kabul edildiği için *kovuşturma olanağı bulunmadığından* kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilebilir.

İade talep edilen devletin iadeye konu suçla ilgili yargı yetkisinin olması meselesi BM Model İade Anlaşması'nda kısmen düzenlenmiştir. Anlaşmanın 4(f) maddesine göre iadeye konu suç kısmen ya da tamamen talep edilen devletin ülkesinde işlenmiş ise bu takdiri bir ret nedenidir. Ancak iade talebi bu nedenle reddedildiğinde talep edilen devlet, talep eden devletin talebi üzerine gerekli soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin yapılabilmesi için dosyayı yetkili makamların önüne götürmek durumundadır. Yine aynı maddenin (e) fıkrasında iadeye konu suçun taraflardan birinin ülkesi dışında işlenmesi halinde iade talep edilen devletin bu suç üzerinde yargı yetkisi olmaması yine takdiri bir ret nedenidir.

117 Turhan, "6706 sayılı ...", s. 3081-3082.

4.3.2. Talep Edilen Tarafın Aynı Suç Hakkında Kovuşturma Başlatmaması ya da Yargılamayı Sonlandırma Kararı Alması

Andlaşmanın 4/b maddesine göre talep edilen Tarafın aynı suç hakkında kovuşturma başlatmama veya yargılamayı sonlandırma kararı alması takdiri bir ret nedenidir. Bu hükmün de yukarıda 4/a maddesinde de belirttiğimiz gibi bir çeviri hatası olduğunu düşünmekteyiz. Andlaşmanın İngilizce metninde yer alan ifade şu şekildedir: “*the requested Party have decided either not to institute prosecution or to terminate proceedings in respect of the same offence ...*”. Bu hükmün tam çevirisi ise şu şekildedir: “*talep edilen Tarafın aynı suç hakkında soruşturmama veya soruşturmayı sona erdirmeye kararı alması ...*”. Bu düzenlemenin aynısı 1957 tarihli Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi’nin 9. maddesinde de bulunmaktadır. Avrupa İade Sözleşmesi’nin Gerekeşi’nde bu hüküm izah edilirken “*İade talebine konu olan kişinin soruşturmadan hariç tutulması ya da hakkındaki soruşturmanın sonlandırılması ve özellikle soruşturmaya / kovuşturmaya yer olmadığına dair kararları kapsar. Bu durumda iade talebi reddedilebilir ...*” denmektedir.

Andlaşma hükmünün kapsamında soruşturmanın sonlandırılması ifadesini yorumlarken CMK’ya göre soruşturma evresiyle ilgili soruşturmama / kovuşturmama kararı biçiminde ikili bir ayrım yapılabilir. CMK 158/6. Maddeye göre “*ihbar ve şikâyet konusu fiilin suç oluşturmadığının herhangi bir araştırma yapılmasını gerektirmeksizin açıkça anlaşılması veya ihbar ve şikâyetin soyut ve genel nitelikte olması durumunda soruşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilir*”. Soruşturmama kararında maddede belirtilen gerekçelerle soruşturma yapılmasına gerek olmadığı kararı alınır ve CMK’da belirtilen soruşturma işlemlerine geçilmez. Kovuşturmama kararı ise CMK 172/1. Maddesinde “*Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hâllerinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verir*” olarak tanımlanmaktadır. Bu durumda bahsi geçen iki hal takdiri bir ret nedeni olmaktadır.

4.3.3. İadenin İnsani Sebeplerle Gerçekleşmemesi

Andlaşmanın 4/c maddesine göre talep edilen Tarafın, suçun ağırlığını ve talep eden Tarafın çıkarlarını gözetmekle birlikte, kişinin yaşı, sağlığı veya diğer kişisel şartları göz önüne alındığında, iadesinin insani sebeplerle başdaşmayacağını değerlendirmesi de takdiri bir ret nedenidir. Aynı takdiri ret nedeni BM Model İade Anlaşması’nın 4/h maddesinde de yer almaktadır.

Bu takdiri ret nedeninin uygulanmasında iadesi talep edilen kişinin iadesinde hukuki bir engel bulunmamaktadır. Ancak talep edilen kişinin yaşı, sağlığı veya diğer kişisel şartları dikkate alınmakta ve iadenin gayri insani olması nedeniyle ret kararı verilebilmektedir. Elbette madde hükmüne göre bu şahsi haller, işlenen suçun ağırlığı ve talep eden Tarafın iadeyle birlikte sağlayacağı çıkarla birlikte değerlendirilmelidir. Örneğin iade kapsamında olan hafif bir suçtan dolayı yatalak bir sanığın ya da yaşlı bir şüphelinin veya Türkiye’de bir yaşam kurmuş, küçük çocukları olan ve ailede tek çalışan olan hükümlünün iadesi talebi insani gerekçelerle reddedilebilir. O halde burada iadeye karar verecek makam, iadenin gerçekleştirilmesiyle elde edilecek fayda ile iadenin gerçekleşmesiyle birlikte teslim edilecek kişinin şahsi halleri nedeniyle meydana gelecek zararı karşılaştırılarak üstün olan çıkara göre bir karar verilecektir.

6706 sayılı Kanun’un 11/4. Maddesinde de Andlaşmadaki hükmü tamamlayıcı nitelikte bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre: İadesi talep edilen kişinin, talep tarihinde on sekiz yaşını doldurmamış olması, uzun zamandan beri Türkiye’de bulunuyor olması veya evli bulunması gibi kişisel hâlleri nedeniyle, iadenin kişinin kendisini veya ailesini, fiilin ağırlığı ile orantısız şekilde mağdur edecek olması durumunda iade talebi kabul edilmeyebilir.

Geri verme veya sınır dışı etme AİHS 8. Maddede güvence altına alınan aile yaşamına saygı hakkının çok istisnai bazı durumlarda ihlali sonucuna yol açabilir. Bu nedenle bu iade engeli AİHM içtihatlarıyla uyumludur¹¹⁸.

Buna göre iadesi talep edilen kişinin, talep tarihinde on sekiz yaşını doldurmamış olması yani hukuken çocuk olması durumunda iadesi mağduriyete yol açabilecekse iade işlemi gerçekleşmeyebilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, iadesi talep edilen kişinin talep tarihinde çocuk olmasıdır. Talepten sonra, iade usulü işlerken kişinin on sekiz yaşını doldurmuş olması hükmün uygulanmasına engel teşkil etmez. Diğer yandan iadesi istenen kişinin uzun zamandan beri Türkiye’de bulunması ya da evli olması da diğer şartın gerçekleşmesi halinde iade engeli olabilir. Bu duruma,

118 Öztürk / Erdem, s. 133. AİHM’in 2002 tarihli, iadenin aile yaşamına saygı hakkının ihlalini oluşturup oluşturmadığına dair Amrollahi kararında, aile yaşamını Danimarka dışında fiilen yürütenin olanaksız olması, ailenin sürekli bir biçimde dağılacak olması gibi nedenlerle başvuranın İran’a geri gönderilmesinin izlenen meşru amaçla karşılaştırıldığında orantısız olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bkz. Tezcan / Erdem / Önok, s. 232-234. Ayrıca bkz. Savaş, s. 278.

kişinin uzun süre Türkiye’de bir işte çalışması, ailesinin bakımını üstlenmesi¹¹⁹, çocuklarının Türkiye’de okula devam etmesi gibi haller örnek olarak verilebilir. Özellikle evliliğin taraflarından sadece birinin iadesinin talep edilmesi durumunda, iadenin aile bütünlüğüne zarar verme ihtimali de dikkate alınmalıdır.

İade konusunda talep edilen Devlete takdir yetkisi veren hükümde belirtilen kişisel haller nedeniyle, iadenin kişinin kendisini veya ailesini, fiilin ağırlığı ile orantısız şekilde mağdur edecek olması maddede örnek kabilinden sayılmıştır. Olaya özgü olarak bunların dışındaki kişisel haller de aynı biçimde mağduriyete yol açabilecek nitelikte olduğu takdirde iade gerçekleşmeyebilecektir¹²⁰.

BM Model İade Anlaşması Kılavuzu, hükmün taraf devletler arasında uygulanmasında dikkat edilmesi gereken hususlara vurgu yapmaktadır. Buna göre devletler iadenin bahsi geçen nedenlerle reddi konusunda, andlaşma hükümlerinin uygulanmasında öngörülebilirliği ve karşılıklı güveni korumak için son derece hassas davranmalıdır. Taraf devlet özellikle sağlık nedeniyle iadeyi gerçekleştirilmeme niyetinde ise, örneğin iade edilecek kişinin talep eden devletle teslimi halinde tıbbi bakımının sağlanması konusunda anlaşabilirler¹²¹.

İnsani nedenlerle iade talebinin reddiyle iade kararı verilen kişinin şahsi halleri nedeniyle tesliminin ertelenmesi ise farklı konulardır. İkincisinde artık bir iade kararı verilmiştir ancak kararın icrası yani teslim, iade edilecek kişinin örneğin hastalığı veya diğer insani nedenlerle ertelenebilir. Anlaşmanın 12/3. Maddesine göre bir Taraf, kendi kontrolü dışındaki nedenlerle iade edilecek kişiyi teslim edemezse, diğer Taraf derhal haberdar edilir ve teslimle ilgili konular hakkında bir kez daha anlaşılır.

5. İnsan Hakları İhlalleri İddialarının Çin Halk Cumhuriyeti’nin İade İlişkilerine Etkisi

59 devletle iade andlaşması bulunan¹²² ÇHC’ye Haziran 2014’den 2018 sonuna kadar *Tilki Avı* adı verilen bir operasyon çerçevesinde özellikle ekonomik suçlar nedeniyle 120 ülke ya da bölgeden, 1063’ü yolsuzluklara karışmış kamu görevlisi olmak üzere 5201 kişi yargılanmak üzere ikna edilerek geri gelmiş ya da iade edilmiştir¹²³. ÇHC

119 Anayasa Mahkemesi’nin sınır dışı halinde özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlali yönündeki başvurusu dayanaktan yoksun bulunduğu *Sherapat Yagmyrova (2017/11905)* kararının eleştirisi için bkz. Esra Dardağan Kibar / Doğa Elçin / Ogün Erşan Aydın, “Anayasa Mahkemesi’nin Sherapat Yagmyroca Kararı Üzerine Bazı Değerlendirmeler”, *Public and Private Law Bulletin*, Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan, 2020, 40(2).

120 Orantısızlık teşkil edebilecek diğer haller için bkz. Turhan, “Cezai Konularda ...”, s. 56.

121 BM Kılavuzu, par. 93.

122 <https://www.globaltimes.cn/content/1204670.shtml>

123 http://www.chinadaily.com.cn/a/201901/25/WS5c4a66c0a3106c65c34e675c_1.html

bu kadar yüksek sayıda şüpheli ya da sanığı ülkeye getirirken, İnterpol Kırmızı Bülteni ve ikna yöntemlerini kullanmaktadır. Ayrıca iade andlaşması bulunmadığı ülkelere ise ulusal sığınma kanunlarını uygulayıp ÇHC'ye geri gönderme ya da sınır dışı etme konusunda baskı yapmaktadır¹²⁴.

ÇHC ile batılı ülkeler arasında iade andlaşmalarının yapılmasının pek rağbet görmemesini Choo, insan hakları konusundaki kaygılara bağlamaktadır. ÇHC ile ABD, Avustralya ve Kanada gibi batılı devletler arasındaki iade andlaşmaları görüşmeleri de bu sistematik ihlaller nedeniyle durmuş vaziyettedir¹²⁵. Dahası ÇHC ile bir iade andlaşması görüşmesinin yapılması bile özellikle insan hakları örgütlerinin etkili olduğu batılı devletlerle bu görüşmeleri gerçekleştirecek hükümetler bakımından siyasi bir risk de taşımaktadır¹²⁶.

Choo'ya göre ÇHC ile diğer devletlerin iade andlaşması olmamasına rağmen bu kadar fazla iadenin ya da sınır dışı işleminin gerçekleştirilmesinin altında yatan nedenler, devletlerin sınır aşan suçlarla mücadele ederken Çinli kaçaklar için sığınılacak bir liman olmak istememesi, bir kaçak yüzünden ÇHC ile ilişkilerin bozulmaması, ÇHC'nin takdirini kazanma düşüncesi, ileride ÇHC'den iade talebinde bulunulması durumunda ÇHC'nin bu talebi reddetme riski ve ülkede bulunan Çinli kaçakların ulusal güvenlik nedeniyle tehdit olarak algılanması olarak sıralanabilir¹²⁷.

ÇHC'ye iade edilen kişi sayısının fazlalığının temelinde yatan nedenlere değindikten sonra, ÇHC'nin bazı ülkelerle iade anlamında yaşadığı sorunlara da kısaca değinmek gerekmektedir. Zira benzer sorunların Andlaşma'nın onaylanmasını müteakip başlayacak iade taleplerinde Türkiye bakımından da ortaya çıkması muhtemeldir.

Örneğin yukarıda ismi geçen operasyon çerçevesinde İsveç'ten iadesi talep edilen bir şüphelinin, iadesi halinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlalini teşkil edebilecek biçimde ölüm cezasına mahkum edilme, işkence ya da aşağılayıcı muameleye maruz kalma riski ve siyasi nedenlerle zulüm görebileceği gerekçesiyle, iadesi talebi İsveç Yüksek Mahkemesi tarafından reddedilmiştir¹²⁸.

Yeni Zelanda Temyiz Mahkemesi de *Kyung Yüp Kim v. Yeni Zelanda Adalet Bakanlığı* davasında, kasten öldürme suçundan iadesi talep edilen bir şüpheliyle ilgili verdiği

124 Sabrina Choo, "Circumventing the China Extradition Conundrum: Relying on Deportation to Return Chinese Fugitives", *International Law and Politics*, C: 50 (2018), s. 1364.

125 Choo, s. 1374-1375.

126 Choo, s. 1377.

127 Choo, s. 1379-1380.

128 <https://apnews.com/article/42c32ee7274b44c2a913cce0f6d3dcd5>

kararda, Yeni Zelanda'nın uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükleri bulunduğu ve iadesi halinde işkenceye maruz kalma veya adil yargılanmama riski bulunan bir ülkeye iadenin bu yükümlülüklerin ihlali olacağına karar vermiştir. Temyiz Mahkemesi daha da ileri giderek her ne kadar işkencenin ÇHC'de yasadışı olmasına rağmen, ceza adalet sisteminin kültürel ve sistematik özellikleri nedeniyle hala yaygın olduğu ve işkence riski olmadığına dair verilen teminatların da yeterli olmadığı kanaatine varmıştır¹²⁹.

Benzer biçimde Yeni Kaledonya Temyiz Mahkemesi de saadet zinciri oluşturmak iddiasıyla ÇHC tarafından iadesi istenen şüphelinin iadesinin işkence riski nedeniyle reddedilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹³⁰.

Kanaatimizce burada ÇHC ile iade andlaşmasının onay prosedürünü durduran¹³¹ Avustralya'dan bahsedilmesi faydalı olacaktır. İki devlet arasında 6 Eylül 2007 tarihinde iade andlaşması imzalanır. İmza tarihinde 10 yıl sonra onaylanması için meclise getirilen andlaşmanın onaylanmayacağına anlaşılması üzerine Hükümet bu isteğini geri çeker. 2016 Aralık ayında toplanan, Avustralya meclisinin düzenli olarak iade andlaşmalarını inceleyen Andlaşmalar Komitesi'nin ÇHC ile Avustralya arasındaki iade andlaşmasına dair 167 sayılı¹³² Raporu'nun bunda etkisi bulunmaktadır.

Raporda ÇHC'nin ceza adaleti sisteminin usuli güvencelere ve ceza yargılaması kapsamında bir hukuk devletinde bulunması gereken standartlara sahip olmadığı yönünde delillerin bulunduğu değinilmiştir. Bunun da ÇHC'ye iade edilecek kişinin nasıl adil yargılanacağına dair kafalarda soru işareti yarattığı vurgulanmıştır. Uluslararası Af Örgütü'ne atıf yapan Komite, ÇHC'nin bağımsız bir yargısının olmadığına, pek çok şüpheli ya da sanığın özellikle hassas siyasi davalarda avukata erişim hakkının bulunmadığına, işkence ve diğer şekillerdeki kötü muamelelerle itiraf elde edilmesinin, bu uygulamayı ortadan kaldırmaya yönelik çabalara rağmen ceza adalet sisteminde önemli bir rol oynadığını belirtmiştir¹³³.

129 ÇHC ile Yeni Zelanda arasında iade andlaşması bulunmamasına rağmen Yeni Zelanda İade Kanunu'nun 5. Bölümü talep eden devletle iade andlaşmasının bulunmamasına rağmen bazı şartlarda iadenin mümkün olduğunu düzenlemektedir. Karar için bkz. https://img.scoop.co.nz/media/pdfs/1906/2019NZCA209_KimvMinJustice.pdf

130 <https://www.rnz.co.nz/international/pacific-news/401107/new-caledonia-court-rejects-china-s-extradition-request>

131 <https://www.abc.net.au/news/2017-03-28/government-pulls-australia-china-extradition-treaty/8392730>

132 Raporun metni için bkz. https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Joint/Treaties/Extradition-China/Report_167/section?id=committees%2freportjnt%2f024024%2f24292

133 Ayrıntılar için bkz. 167 sayılı Rapor, par. 3.11-3.17.

Diğer yandan Rapor'da, ölüm cezasının hala yürürlükte olduğu ÇHC'nin bu cezaların infazı konusunda şeffaf olmaması; kaç kişinin cezasının infaz edildiğinin bilinmemesi, Avustralya'ya verilecek olan ölüm cezasının infaz edilmeyeceğine dair teminatın nasıl takip edileceği ve aksi bir durumda ne yapılacağı belli olmaması da sorunlar arasında gösterilmiştir¹³⁴.

Bir diğer mesele de ÇHC ile Avustralya arasında yapılan Andlaşma'da iadeye konu suçun işlendiğine dair taleplemede yer alacak delillerin standardına ilişkindir. Komiteye göre bu Andlaşma'da ÇHC'nin iadeye konu suçla ilgili delilleri sunmasına dair hüküm olmaması bir eksiklik¹³⁵.

Komitenin değindiği önemli bir diğer husus da Avustralya'dan ÇHC'ye iade edilen özellikle Avustralya vatandaşı olmayan kişilerin iade sonrasındaki durumlarının nasıl izleneceğine dair sorunlardır¹³⁶.

Komite, Rapor'un sonuç bölümünde iade andlaşmalarının ülke içindeki ve sınır aşan nitelikteki suçlarla mücadelede önemine vurgu yapıp, Avustralya'nın suçlular için sınırlanacak bir liman olmaması gerektiğini belirttikten sonra, insan haklarının iade sisteminin etkinliğine kurban edilemeyeceğini ifade etmiştir. Komite, ÇHC ile imzalanan Andlaşma'da kişilere sağlanan usuli güvencelerin varlığının farkında olduğunu ancak bunların uygulanması konusunda kaygıların varlığına dikkat çekmiştir. Özellikle ÇHC'nin adalet sisteminin şeffaf olmaması, hükümlülere yönelik işkence ve kötü muamele iddiaları ile ölüm cezasının uygulanmaya devam etmesi gibi hususlara dair kaygıları görmezden gelemeyeceğini söyleyen Komite, iade edilen kişilerin adil bir biçimde yargılanmayacağına dair kuşkuyu da hesaba katarak, iade kararı verilirken bu hususların dikkate alınmasını önermiştir¹³⁷.

6. İnsan Hakları Örgütlerinin Çin Halk Cumhuriyeti'ndeki İhlal İddialarına Dair Raporları

Uluslararası insan hakları örgütlerinin ÇHC'de gerçekleşen insan hakları ihlallerine dair raporlarına ve araştırmalarına çalışmamızda yer verilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Zira bu raporlara ve araştırmalara özellikle Sincan Özerk Bölgesi'nde gerçekleşen insan hakları ihlalleriyle ilgili gerek hükümetlerin açıklamalarında gerek mahkeme kararlarında atf yapılmaktadır.

134 Ayrıntılar için bkz. 167 sayılı Rapor, par. 3.18-3.25.

135 Ayrıntılar için bkz. 167 sayılı Rapor, par. 3.32-3.34.

136 Ayrıntılar için bkz. 167 sayılı Rapor, par. 3.37-3.40.

137 Bkz. 167 sayılı Rapor, par. 3.44-3.48. Komite'nin hükümete bu konularda önerileri için bkz. Rapor, par. 3.49-3.60.

2020 Aralık ayında *İnsan Hakları İzleme Örgütü* tarafından yayınlanan ülke raporunda¹³⁸ ÇHC Hükümeti'nin özellikle yüksek öğretim, dinsel ve etnik azınlıklar arasında ve bürokraside ideolojik kontrolünü genişlettiği, 1.4 milyar insanın düşüncelerini ve davranışlarını şekillendirmek amacıyla, sosyal kontrol için, yapay zeka, biyometrik ve big data gibi alanlarda yeni teknolojilere büyük yatırım yaptığı yer almaktadır.

Aynı raporda Hükümet'in dinsel özgürlüklere de müdahale ettiği ve kontrolü dışındaki diğer dinsel grupları şeytani tarikatlar olarak isimlendirerek bu grupların mensuplarına yönelik polis tacizi, işkence ve hapis cezaları uygulandığı yer almaktadır.

Benzer biçimde Sincan Özerk Bölgesi'nde 13 milyon Uygur ve diğer Türk kökenli Müslümanların ağır baskı altında bulunduğunu vurgulayan raporda, Hükümet'in “Ayrılıkçı Şiddete Darbe Vur” sloganıyla kitlesel hapsedme, endoktrinizasyon, takip ve bölgenin kültürel ve dinsel mirasını yok etme siyaseti izlediği belirtilmektedir. Gelen bilgiler 1 milyon Türk kökenli Müslümanın, kimliklerini reddetmeye ve Hükümete sadık bireyler haline gelmeye zorlandığı siyasi eğitim kamplarında tutulduğu, diğer bir kısım insanın da bölücülük ve hükümeti devirme gibi gerekçelerle uzun hapis cezalarına veya ölüm cezalarına mahkum edildiği yönündedir. Sincan Özerk Bölgesi yetkililerine göre “2014 yılından bu yana bölgede yakalanan 13000 teröristin çoğunun 30 Haziran'da kamuya açıklandığı üzere Sincan bölgesindeki siyasi eğitim kamplarında tutulduktan sonra topluma geri dönmüştür”.

Aynı örgütün “İdeolojik Virüsleri Temizlemek, Çin'in Sincan Bölgesinde Yaşayan Müslümanlara Yönelik Baskı Kampanyası” raporunda¹³⁹ ise şu hususlara yer verilmektedir:

“Siyasi eğitim kamplarında ölüm vakaları da bildiriliyor ki bu da fiziksel ve psikolojik kötü muamele uygulandığına ve yaşam koşullarının kötülüğünden, kalabalıktan ve süresiz kapalı tutulma halinden kaynaklanan baskıların varlığına ilişkin endişeleri artırıyor. Kamplarda temel tıbbi hizmetler sunuluyor, ancak yaşlılar ve ciddi rahatsızlığı olan insanlarla birlikte, ergenlik çağındaki çocuklar, hamile ve emziren kadınlar ve engelliler bile bu kamplarda tutuluyor”.

2019 yılında basına yansıyan bazı bilgilere göre kamplardan bırakılan kişiler iradeleri dışında, çok düşük bir ücretle ve işten ayrılmalarına izin verilmemek kaydıyla zorla fabrikalarda çalıştırılmaktadır. Diğer yandan Sincan bölge yetkilileri, ebeveynleri

138 Rapor için bkz. Human Rights Watch World Report 2020, China Events of 2019, <https://www.hrw.org/world-report/2020/country-chapters/china-and-tibet#>

139 Raporun özet Türkçe metni için bkz. https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/china0918turkish_sumrecs.pdf

tutuklanan veya ülke dışında sürgünde olan çocukları, “çocuk refahı” olarak isimlendirilen ve devlet denetiminde olan kurum ya da okullarda ebeveynlerinin rızası dışında göndermeye devam etmektedir.

Uluslararası Af Örgütü’nün ÇHC üzerine raporu¹⁴⁰ da pek çok insan hakkı ihlalinin barındırmaktadır. Örgüte göre ağır insan hakları ihlallerinin yaşandığı ülkede adil olmayan yargılamalar yapılmakta, gözaltında ya da tutukluluk halinde işkence ve kötü muamele devam etmekte ve ölüm cezası da yaygın bir biçimde uygulanmaktadır. Hükümet özellikle Sincan Özerk Bölgesi’nde ve Tibetli nüfusun bulunduğu bölgelerde bu baskıları bölücülükle veya terörizmle mücadele olarak niteleyip kılıfına uydurmaktadır. Bölgede yaşayan Uygurlar, Kazaklar ve diğer Müslüman etnik azınlıklar gözetime, zorla endoktrinizasyona maruz kalmakta ve keyfi olarak hürriyetlerinden mahrum bırakılmaktadır.

Raporda ayrıca adli sistemin Çin Komünist Partisi’nin kontrolü altında bulunduğu, belirli yerlerde gözlem altında tutma gibi keyfi ve gizli bir biçimde hürriyetten yoksun kılmanın ve *liuzhi* adı verilen kişilerin avukatlarına ve ailelerine haber verilmekten altı aya kadar gözaltında kalma gibi uygulamaların yasal olduğu belirtilmektedir. Yine raporda bu uygulamaların da işkence, kötü muamele ve zorla itiraf alma, zorla kaybetme riskini taşıdığı ifade edilmektedir.

Uluslararası Af Örgütü’nün Sincan Uygur Özerk Bölgesi’ne dair tespitleri de dikkat çekicidir. ÇHC’nin aşırılıklardan arınma programı çerçevesinde Uygur, Kazak ve diğer Müslüman grupları eğitim kamplarında¹⁴¹ tuttuğu, bu sayının 1 milyon civarında olduğu ve pek çok dini görevlinin, entelektüelin ve akademisyenin sadece din ve ifade hürriyetlerini kullandıkları için buralarda hürriyetlerinden mahrum edildiği örneklerle raporda belirtilmektedir.

Son olarak raporda, The New York Times gazetesi ile Uluslararası Araştırmacı Gazeteciler Konsorsiyumu’nun Çinli bir yetkiliden sızdırdığı belgelere dayanılarak, çoğunluğu Müslüman etnik gruplardan yüzbinlerce kişinin eğitim tesislerinde beyin yıkamaya ve diğer kötü muamelelere maruz bırakıldıkları şeklindeki haberine de yer verilmiştir. Uluslararası Af Örgütü belgelerde yer alan bilgilerin bu tesislerde daha önce kalanların ve kaybolanların yakınlarının anlattıklarıyla da tutarlı olduğunu ifade etmektedir.

140 Rapor için bkz. <https://www.amnesty.org/en/countries/asia-and-the-pacific/china/report-china/>

141 Bahsi geçen kampların kuruluş süreciyle ilgili bkz. Memet Tohti Atawula, Çin: Ulusal Güvenlik Politikaları ve Küresel Rekabet Stratejileri, Mao’dan Deng’e, Deng’den Xi’e, (Ankara, Seçkin Yayınevi, 2020), s. 127-133.

6. Sonuç

TBMM tarafından henüz bir onay kanunuyla uygun bulunmayan ancak yakın bir gelecekte yürürlüğe gireceği anlaşılan iade Andlaşması, ÇHC'den kaçarak Türkiye'ye gelen Uygur Türkleri'nin durumu bakımından uygulamada sorunlar doğurmaya elverişli görünmektedir. BM Model İade Andlaşması esas alınarak hazırlanan iade Andlaşmasının uygulanmasında yaşanabilecek sorunlar özellikle iade halinde işkence, kötü muamele ve ayrımcılığa maruz kalma ve ölüm cezası riskidir. Uluslararası örgütlerin ve devletlerin ÇHC'deki yargı sisteminin bağımsızlığı, Sincan-Uygur Özerk bölgesinde gerçekleşen insan hakları ihlalleri ve uluslararası suç teşkil edebilecek eylemleri ile ilgili hazırladıkları raporlara bakıldığında durumun vahim olduğu ortadadır. Böyle bir ortamda Türkiye'den ÇHC'ye yönelik gerçekleştirilecek iadeler ya da sınır dışı işlemleri ilk önce iadeye ya da sınır dışı işlemine konu olabilecek kişilerin temel insan haklarını ihlal ederken Türkiye aleyhine de uluslararası yargı mercilerinde hukuksal anlamda sonuçlar doğuracaktır.

Özellikle ölüm cezası veya insan onuruyla bağdaşmayan bir ceza gerektiren suçlara dair iade taleplerinde, talep eden devletin, öngörülen cezanın infaz edilmeyeceğine dair yeterli güvence vermesi biçiminde bir düzenlemenin Andlaşma'da yer almaması da bir eksikliktir. 6706 sayılı Kanun uyarınca istenecek güvencenin ÇHC tarafından verilmesine rağmen, güvenveye uygun hareket edilip edilmediğinin takibinin de nasıl yapılacağı şüphelidir. Ayrıca iadesi gerçekleşen kişinin sadece iadeye konu suçtan yargılanması veya iadeye konu mahkumiyet kararının infaz edilmesi biçiminde Andlaşma'da da yer alan ve iade kurumunun temel ilkelerinden olan hususilik ilkesinin gereklerinin yerine getirilmesinin takibi ve verilecek bilgilerin doğruluğu da yukarıda bahsettiğimiz güvenceler konusundaki gibi sorunlu olabilecektir.

Öte yandan ÇHC'ye yönelik soykırım ya da insanlığa karşı suç iddialarının bu kadar yoğun olduğu, devletlerin ÇHC ile iade andlaşması yapmak konusunda çekingen davrandığı bir dönemde anılan ülkeyle bir iade andlaşmasının yapılması da düşündürücüdür. Her ne kadar Andlaşma yürürlüğe girmese de iki devlet arasındaki iade ilişkisinin kurulduğu ve devam ettiği hem basına yansıyan haberlerden hem de yargı kararlarından anlaşılmaktadır. Bu durumda iade yargılaması yapan mahkemelerin ve iade kararları üzerinde temyiz incelemesi yetkisine sahip Yargıtay'ın, Merkezi Makam olan Adalet Bakanlığı'nın ve iade kararının icrasından sorumlu Cumhurbaşkanlığı'nın yukarıda ifade edilen riskleri daha bir özenli biçimde dikkate alması gerekmektedir. Bu hem Türkiye'nin taraf olduğu AİHS ve ek protokollerinin

hem de bağlayıcı olan AİHM kararlarının ve İşkenceye Karşı BM Sözleşmesi'nin bir gereği olduğu gibi, tarihsel bağların bulunduğu Uygur Türkleri'ne yönelik olası büyük insan hakları ihlalleri riski karşısında bir zorunluluktur.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

References/Kaynakça

- Armaoğlu, Fahri: "Belçika Kaidesi ve Siyasi Suçluların İadesi Meselesi", Adalet Dergisi, 1951, Sayı: 10.
- Atawula, Memet Tohti: Çin: Ulusal Güvenlik Politikaları ve Küresel Rekabet Stratejileri, Mao'dan Deng'e, Deng'den Xi'e, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2020.
- Bakıcı, Sedat: 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Ankara, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2007.
- Bassiouni, Cherif: International Extradition United States Law and Practice, Oxford University Press, Sixth Edition, 2014.
- Bayraktar, Köksal: Siyasal Suç, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982.
- Choo, Sabrina: "Circumventing the China Extradition Conundrum: Relying on Deportation to Return Chinese Fugitives", International Law and Politics, C: 50 (2018), s. 1364.
- Demirağ, Fahrettin: Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri Işığında Askeri Ceza Kanunu, Ankara, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Erem, Faruk: "Suçluların Geri Verilmesinde Türk Sistemi", Adliye Ceridesi, Y. 11(4) (1943).
- Gilbert, Geoff: Responding to International Crime, Martinus Nijhoff Publishers, Second Edition, 2006.
- Gilbert, Geoff: "Terrorism and the Political Offence Exemption Reappraised", International & Comparative Law Quarterly, V. 34(4), (1985).
- Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Bursa, Ekin Yayıncılık, 3. Baskı 2019.
- Grotius, Hugo: Savaş ve Barış Hukuku, (çev. Seha MERAY): Ankara, 1967.
- Kangal, Zeynel: Askeri Ceza Hukuku, Ankara, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2012.
- Kibar, Esra Dardağan / Elçin, Doğa / Aydın, Ogün Erşan: "Anayasa Mahkemesi'nin Sherapat Yagmyroca Kararı Üzerine Bazı Değerlendirmeler", Public and Private Law Bulletin, Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan, 2020, 40(2).
- Koca, Mahmut / Üzülmüş, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2020.
- Lowe, Vaughan: International Law, Oxford University Press, 2011.
- Önok, Murat: Uluslararası Boyutuyla İşkence, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2006.
- Özgen, Eralp: Suçluların Geri Verilmesi, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, 1962.
- Özgenç, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Özkan, Işıl: Göç-İltica ve Sığınma Hukuku, Ankara, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara, 20 Baskı, 2020.

- Savaş, Coşkun Necmi: “İnsan Hakları Bağlamında Suçluların Geri Verilmesi”, Ankara Barosu Dergisi, 2013/1
- Shearer, Ivan: Extradition in International Law, Manchester University Press, 1971.
- Sirmen, Sedar: “Yabancıların Türkiye’den Sınırdışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Kararlar”, Ankara Barosu Dergisi, 2009/3.
- Şahin, Cumhuriyet / Göktürk, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku I, Ankara, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, Murat: Uluslararası Ceza Hukuku, Ankara, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Tezcan, Durmuş: “Ölüm Cezasını Gerektiren Suçlarda Suçluların Geri Verilmesi Sorunu”, AÜSBFD, No: 38, 1983.
- Turhan, Faruk: “Cezai Konularda Uluslararası Adli İşbirliği Kanununa Göre İadenin Kabul Edilebilirlik Koşulları: Doktrin ve Uluslararası Gelişmeler Işığında Bir Değerlendirme”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018(2).
- Turhan, Faruk: “6706 sayılı Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu’nun Kapsamı ve Genel Hükümleri Hakkında Bir Değerlendirme”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, 2019, c. 21
- Turhan, Faruk: “Ölüm Cezasının Kaldırılmasına İlişkin Gelişmeler ve Suçluların İadesi Hukukuna Etkisi”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 1999(4).
- Ulutaş, Ahmet: “Suçluların Geri Verilmesinde Vatandaşlığın Rolü ve Türk Vatandaşlığı Kanununun 28’inci Maddesinin Geri Verme Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Ankara Barosu Dergisi, 2011(4).
- Ulutaş, Ahmet: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Suçluların Geri Verilmesi, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2012.
- Ünver, Yener/Hakeri, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 15. Baskı, Adalet Yayıncılık, 2019.
- Zafer, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 6. Baskı, Beta Yayınevi, 2016.
- Zanotti, Isidoro: Extradition in Multilateral Treaties and Conventions, Martinus Nijhoff Publishers, First Edition, 2006.
- Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu *İade Etme veya Yargılama Yükümlülüğü Raporu*
BM İade Anlaşması Kılavuzu



Determination of the Financial Literacy Characteristics of Prisoners: The Case of Turkey, a Developing Country

Mahpusların Finansal Okuryazarlık Özelliklerinin Belirlenmesi: Gelişmekte Olan Bir Ülke Örneği

Umut Burak GEYİKÇİ¹ , Ahmet Tuğçin UZUNER² , Seniye GEYİKÇİ³ 

¹Assoc. Prof. Dr. Umut Burak Geyikçi, Manisa Celal Bayar University, Faculty of Business, Department of Business, Manisa, Türkiye

²Correction Officer, Manisa Open Prison, Manisa, Turkey

³PhD Student, Manisa Celal Bayar University, Institute of Social Science, Manisa, Turkey

ORCID: U.B.G. 0000-0002-4285-2151; A.T.U. 0000-0003-0085-1625; S.G. 0000-0002-6837-176X

ABSTRACT

Increasing crime rates and prison occupancy are major problems for every country. Previous studies were conducted in countries with high national incomes. Therefore, there is a gap in the literature as to whether different results can be achieved in countries with different income levels. For this reason we aimed to determine whether the level of financial literacy differs between types of crimes, and, if there is a difference, which types of crimes are associated with low financial literacy. The quantitative data set consists of a survey conducted in February 2020, with 670 out of the 712 convicts incarcerated in the Manisa E-type closed penal institution in western Turkey who agreed to respond. Within the scope of the study, the basic and sophisticated financial literacy of convicts were measured and then basic and sophisticated literacy indices were created. There are 3 hypotheses in this context. H1: The convicts have lower financial literacy than the general public hypothesis is not rejected. H2: The level of basic financial literacy of convicts varies according to the types of crimes hypothesis is not rejected. H3: The convicts have lower levels of financial sophistication than other disadvantages groups hypothesis is rejected. Our financial literacy indices indicated that the prisoners' basic financial literacy levels were closely related to various demographic factors whereas the level of financial sophistication was weakly related to them. Individuals imprisoned for grievous bodily harm and murder had the highest financial literacy levels, and were similar to levels in the general Public. Regarding sophisticated literacy, all respondents had high literacy levels for asset pricing, risk diversification, fees and deductions, and concepts.

Keywords: Crime, Prison, Financial Literacy, Financial Sophistication, Criminology

Submitted: 15.03.2021 • **Revision Requested:** 17.05.2021 • **Last Revision Received:** 23.05.2021 • **Accepted:** 13.06.2021 •

Published Online: 00.00.0000

Corresponding author: Ahmet Uzuner, E-mail: ahmettugcin@gmail.com

Citation: Geyikçi, UB, Uzuner, AT, Geyikçi, S, 'Determination of the Financial Literacy Characteristics of Prisoners: The Case of Turkey, a Developing Country' (2021) 9(1) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 135.

<https://doi.org/10.26650/JPLC2020-844071>



1. Introduction

After their release, prisoners and convicts have to try to follow a normal economic life by establishing relationships with other people. Sound economic knowledge, correct financial decision making, and high emotional intelligence are thus very important for them. In turn, it is extremely important to determine both the basic and sophisticated financial literacy levels of these individuals, individuals whom the general public will regularly interact with in their daily lives. However, only one study in the US has examined the basic and sophisticated financial literacy of convicts (Call et al., 2013).

The number of convicts in Turkey increased by 164% from 100,435 in 2008 to 264,842 in 2018 (Turk Stat, 2020). In addition, as in other countries, recidivism rates in Turkey are quite high (Uzuner & Geyikçi, 2021). For example, of the 670 convicts sampled in this study, 318 admitted committing two or more crimes, i.e., a 47.64% rate of repeat recidivism. While criminality depends on many factors, it is also likely that ex-convicts with greater financial literacy will re-integrate more easily into society. Financial literacy, which refers to both basic and sophisticated forms, is extremely important in financial decision making. If ex-convicts understand budgets, the time value of money, risk and return, financial planning, and cash management, then they can adjust more easily to social life. Accordingly, in this study, we measured convicts' basic and sophisticated financial knowledge and associated this to specific types of crimes. Thus, we aimed to determine whether the level of financial literacy differs between types of crimes, and, if there is a difference, which types of crimes are associated with low financial literacy.

Definitions of financial literacy vary. Mason & Wilson (2000) define it as the ability of individuals to collect, understand, and evaluate relevant information in their decision-making processes while Lusardi (2008) states that financial literacy includes basic financial concepts, such as figures, inflation, time value of money, interest rates, and risk. The Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) provides the broadest definition: “*A combination of awareness, knowledge, skill, attitude and behaviour necessary to make sound financial decisions and ultimately achieve individual financial wellbeing*” (OECD 2005). Financial literacy is a fundamental requirement in the ability to make appropriate financial decisions (Karaa & Kuğu, 2016) while recent research on financial decisions demonstrates the importance of financial sophistication as a prerequisite for proper financial decision-making (Campbell, 2006).

Finance is steadily becoming a more important part of human life as individuals need to be financially sophisticated to act rationally on issues such as investment, debt, and other financial decisions. Thus, it has become essential to measure whether they have more in-depth knowledge, known as financial sophistication, beyond the basic financial decision-making competencies measured by financial literacy. For example, financial sophistication enables individuals to avoid investment errors (Laurent et al., 2009). Accordingly, after measuring convicts' basic financial literacy, this study evaluated their financial sophistication to assess their ability to make more complex financial decisions.

We developed three hypotheses for this study.

H1 predicts that convicts have lower financial literacy levels than the general public while **H3** predicts that convicts also have lower financial sophistication than other disadvantage groups, i.e., they lack higher levels of financial literacy. These two hypotheses are based on previous research (Marbey & Ferguson 2005; Clear, 2007; Martin, 2011; Lusardi, 2015; Glidden et al., 2018; Marbey & Ferguson 2005, Miellitz & MacDonald, 2016) which found significant effects of financial literacy on social order. While this literature has yielded similar results for various developed countries, the subject has not yet studied for the financial literacy of convicts in developing countries.

H2 is that convicts' basic financial literacy levels vary according to the types of crimes they committed. Previous research into the relationship between education level and criminality has evaluated all types of crime together in comparison with the general public's education level. These studies show that criminality decreases as education level increases (Irish, 1989; Sabol & Lynch, 2003; Lochner & Moretti 2004). However, other studies have found that this relationship varies with type of crime (Ehrlich, 1975; Lochner, 2004; Groot & van der Brink 2010; Lochner 2011; Veselak, 2015). That is, not every type of crime is associated with a low education level; rather, certain crimes require a high level of education. Similarly, some studies report that financial literacy and financial sophistication increase with education level (Kyrychenko & Shum, 2009; Huston et al., 2012). All these studies were conducted in countries with high national incomes. Therefore, there is a gap in the literature as to whether different results can be achieved in countries with different income levels. To address this, we examined the relationship between financial literacy and financial sophistication and types of crime in a developing country, using Turkey as the sample.

2. Literature Review

Studies of financial literacy and financial sophistication have increased considerably in recent years. Financial literacy covers a wide range of factors, including spending and savings, personal finance, taxes, credit card use, share prices, bond prices, and risky investments. Many studies have focused on issues like financial information, investment behavior, and decision making (Karaa & Kuğu, 2016; Lusardi et al., 2014; Allgood & Walstad, 2016; Chu et al., 2017; Lusardi et al., 2017; Japelli & Padula, 2013). Although many studies have used the concepts of financial literacy and sophistication interchangeably, in the present study, basic financial literacy denotes the level of basic financial knowledge whereas financial sophistication denotes the level of sophisticated financial knowledge.

Basic financial literacy and sophistication are highly correlated with demographic factors, such as age, educational level, and economic status (Chen & Volpe, 1998; Karaa & Kuğu, 2016; Glidden & Brown, 2017). Overall, financial literacy and sophistication levels are quite low in both developed and undeveloped countries. Regarding developed countries, one of the first studies conducted in the United States on this issue (Cutler; 1997), found that Americans have inadequate levels of financial literacy on insurance and social security issues. Subsequent studies in the US have confirmed these findings (Chen & Volpe, 1998; Moore, 2003; Johnson & Sherraden, 2007; Kadoya et al., 2018). Nicolini (2019) administered a 50-item financial literacy test in six European countries (Germany, Great Britain, France, Italy, Spain, and Sweden), finding that individuals with low levels of education in all six countries had similarly low levels of financial literacy while the overall level of financial literacy was also low. These findings have been supported by other research in Europe (van Rooij et al., 2011; Baglioni et al., 2017; Stolper & Walter, 2017).

Regarding developing countries, Kefela (2010) found inappropriate perceptions of risk-return relationships generally stem from low financial literacy. This is problematic because, in their everyday financial decisions, people in these countries must choose between alternatives with risky consequences yet lack the knowledge to make good decisions. Other studies in developing countries confirm these findings (John et al., 2012; Altintas, 2011; Klapper et al., 2013; Niu et al., 2020; Potrich et al., 2018).

Regarding underdeveloped countries, Abubakar (2015) found that access to finance is difficult in African countries due to low financial literacy, which is the biggest

obstacle to entrepreneurship. He concludes that, if financial literacy is developed, access to finance and entrepreneurship can develop more throughout Africa. Other studies on undeveloped countries report similar findings (Mouna & Anis, 2017; Kodongo, 2018; Assefa & P.V., 2018; Solomon, Nhete, & Sithole, 2018). Overall, despite differences between developed, developing, and underdeveloped countries, research indicates that financial literacy levels are generally low in countries, regardless of their development level.

Regarding demographic factors, low financial literacy and sophistication are highly correlated with income and education (Lusardi & Mitchell, 2007; Lusardi et al., 2014). More specifically, low financial literacy and sophistication are positively associated with non-investment in stocks (van Rooij et al., 2011; Al-Tamimi & Kalli, 2009; Janor et al., 2016), high-cost borrowing (Lusardi & Scheresberg, 2013; Huston, 2012; Sevim et al., 2012; (Miwako et al., 2019), and poor financial decisions (van Rooji, 2009; Carlander & Hauff, 2019). Other studies have investigated the relationships between financial literacy and sophistication and gender (Fletschner & Mesbah, 2011; Thapa & Nepal, 2015; Glidden & Brown, 2017), age (Lusardi et al., 2014; Mielitz et al., 2019; (Huston et al., 2012), race (Murphy et al., 2014; Mandel & Klein, 2007; Lusardi & Mitchell, 2007), marital status (Murphy et al., 2014; Glidden et al., 2018; Call et al., 2013), and income (Agarwalla et al., 2014; Monticone, 2010; Potrich et al., 2015).

Turning to research on convicts, Martin (2011) reported that convicts had a low level of financial literacy. However, their likelihood of reoffending decreased after financial literacy training at the penal institution while financial awareness increased (Koenig 2007; Call et al., 2013; Galchus 2014; Glidden 2018). Glidden & Brown (2017) found significant differences between the financial literacy levels of convicts and the general public in the US. The convicts' low financial literacy levels were associated with excessive borrowing and poor financial planning, which hindered capital accumulation and made recidivism more likely. Similarly, other studies (Lyons & Kass-Hanna, 2018; Lusardi et al., 2014; Murphy et al., 2014) indicate that economically vulnerable individuals fail in both their social life and economic decisions due to poor financial literacy. Finally, Mielitz & Marcum (2020) discovered that US convicts' level of financial literacy was positively related to time spent in prison, number of imprisonments, and types of crimes committed.

3. Materials and Method

The quantitative data set consists of a survey conducted between 1 and 27 February 2020 with 670 convicts incarcerated in the Manisa E-type closed penal institution in western Turkey. To conduct the survey, permission was first obtained from the Ethics Committee of Manisa Celal Bayar University (E.90989, dated 30/10/2019). Legal permission was then obtained from the General Directorate of Prisons and Detention Houses (GDPD) under the Ministry of Justice of the Republic of Turkey (57292265-204.06.033-E.11/1040, dated 03/01/2020). The study – the first such research in Turkey – greatly benefited from the GDPD’s contribution and the fact that one author is a correction officer.

We first measured the convicts’ basic financial literacy levels, using a 7-item questionnaire (see Table 1) of basic financial literacy, previously applied in 31 countries (OECD, OECD/INFE International Survey of Adult Financial Literacy Competencies, 2016). In their 2016 study of individuals aged 18-79, the OECD reported a mean financial literacy level in OECD countries of 62% while the mean level for Turkey was 58%. We administered the questionnaire to prisoners in the Manisa Type E Penitentiary Institution aged 18 and over. Of the 712 prisoners who agreed to participate, 670 returned useable questionnaires which were then included in the study. As Table 2 shows, our sample size was big enough. The OECD interviewed 3,003 respondents in Turkey and 24,701 respondents in the entire OECD, giving a representation rate of 0.00037% for Turkey. . In contrast, we surveyed 0.26% of Turkey’s total convict population (670 respondents among 264,842 prisoners in Turkey). Therefore, the representation adequacy of the study is quite high.

In the second part of the study, we adapted nine questions into Turkish from the US Health and Retirement Study (HRS) National surveys in 2008, which Lusardi, Mitchell, & Curto (2014) used to measure financial sophistication. These were grouped into four categories to assess knowledge of capital markets, risk diversification, fees, and numeracy. Since people in Turkey mostly focus on state-owned social security institutions because its private pension system is very new, we excluded one question from Lusardi et al. (2014): “*An employee of a company with publicly traded stock should have (a lot/little of none of) his/her retirement savings in the company.*” Thus, our questionnaire had 9 questions in 4 groups. Table 1 shows the distribution of responses for each question with the correct answer in bold text.

Table 1. Basic financial literacy survey: question codes, question wording, response formats, and question purpose

Item code	Item text Note: Words or phrases in <> can be edited to fit the national context.	Response format (bold = sophisticated answer)	Purpose
QK3	“Now imagine that the <brothers> have to wait for one year to get their share of the \$1,000 and inflation stays at <X> percent. In one year’s time will they be able to buy...”	“Multiple choice [Correct response = depends on inflation used]”	“To test understanding of how inflation impacts purchasing power”
QK4	“You lend \$25 to a friend one evening and he gives you \$25 back the next day. How much interest has he paid on this loan?”	“Open response [Correct response = ‘none’/0]”	“To test understanding of interest without difficult arithmetic”
QK5	“Suppose you put \$100 into a <no fee, tax free> savings account with a guaranteed interest rate of 2% per year. You don’t make any further payments into this account and you don’t withdraw any money. How much would be in the account at the end of the first year, once the interest payment is made?”	“Open response [Correct response = \$102]”	“To test ability to calculate simple interest on savings”
QK6	“and how much would be in the account at the end of five years [add if necessary: remembering there are no fees or tax deductions]? Would it be...”	“Multiple choice [Correct response = More than \$110 but only taken into account if QK5 is correct]”	“To test awareness of the additional benefit of compounding”
QK7a	“An investment with a high return is likely to be high risk. If someone offers you the chance to make a lot of money it is likely that there is also a chance that you will lose a lot of money.”	“True/False [Correct response to both versions = True]”	“To test understanding of the typical relationship between risk and return”
QK7b	“High inflation means that the cost of living is increasing rapidly.”	“True/False [Correct response = True]”	“To test understanding of the meaning of inflation”
QK7c	“It is usually possible to reduce the risk of investing in the stock market by buying a wide range of stocks and shares. It is less likely that you will lose all of your money if you save it in more than one place.”	“True/False [Correct response to both versions = True]”	“To test awareness of the benefit of diversification”

Source: OECD, OECD/INFE International Survey of Adult Financial Literacy Competencies2016

Basic financial literacy demonstrates the ability of individuals to autonomously manage their own financial matters, make financial decisions, and show self-awareness of their financial literacy level. Regarding responses, 1 point was given for correctly answered

questions while incorrectly answered questions or those left blank were scored 0. Blank questions were considered incorrect based on the assumption that those who answer some questions do not know the answer to any questions they leave blank.

Before distributing the questionnaire, support was received from a certified translator in translating the questions into Turkish. Afterwards, 10 prisoners were pretested, and it was checked whether the questions worked or not. Since it was understood that there was no problem with the translated questions, the phase of applying the questionnaires has started.

4. Findings

Measurement of Financial Literacy

H1: Convicts have lower basic financial literacy levels than the general public.

As hypothesized and confirming the previous literature, the overall mean basic financial literacy level of the convicts was 55%, which is lower than the mean for Turkey (58%) and the OECD (62%). However, the convicts' performance varied according to specific questions and in comparison with the Turkish general public and OECD percentages (see Table 2, last three rows).

For Question QK3 about the relationship between inflation and the purchasing power of money, 53% of the convicts answered correctly, compared to 55% of the general public in Turkey and 66% overall in the OECD survey (OECD, 2016). Studies with convicts in the US produced lower percentages. Galchus (2014) reported 48.1% and Galchus (2015) reported 48.3% whereas Glidden, Brown, Smith, & Hughes (2018) reported only 18.47% correct answers.

For Question QK4 about the time value of money, 55% of the convicts answered correctly, compared to 84% of the general public in Turkey and 89% overall in the OECD survey (OECD, 2016). Glidden, Brown, Smith, & Hughes (2018) reported correct response rates for US convicts and general public of 57.96% and 69.55%, respectively whereas Galchus (2014) reported 31.5% correct responses for convicts and Galchus (2015) reported 33.11%.

For Question QK5 about the simple interest on savings, 51% of the convicts answered correctly, compared to the Turkish mean of 54% and the OECD mean of 65% (OECD, 2016). As expected, these results were similar to those for QK3.

For Question QK6 about compound interest over 5 years, only 29% of convicts

answered correctly, compared to 32% of the general public in Turkey and the OECD mean of 48% (OECD, 2016). Furthermore, only 18% of the convicts answered both the simple interest and compound interest questions correctly, which was close to the mean for the Turkish general public of 19% but considerably lower than the OECD average of 37% (OECD, 2016). Thus, this is an issue that needs to be emphasized because these extremely low levels of understanding are not just a mathematical deficiency but clearly indicate very poor financial knowledge about interest. Since compound interest is an important financial instrument, investors need to understand it before choosing products that use it. Addressing this shortfall will fill a significant gap, both for the financial system and for the participants.

For Question QK7a about risk and return, most convicts answered correctly (88%), compared to 90% of the general public in Turkey and higher than the OECD mean of 83% (OECD, 2016). Likewise, for Question QK7b about inflation, 96% of convicts answered correctly, which was a higher rate than both the Turkish general public (84%) and the OECD mean (81%) (OECD, 2016). The high level of accuracy may reflect the intense media interest in inflation-related issues in Turkey that increased the convicts' awareness and knowledge. In contrast, fewer convicts correctly answered Question QK7c about diversification (50%), and fewer than the Turkish general public (74%), who were above the OECD mean of 65% (OECD, 2016).

In sum, the convicts had a lower level of financial knowledge on many issues than the Turkish general public, although their knowledge of certain concepts, particularly inflation, was higher.

Table 2. Relation of Type of Crime to Basic Financial Literacy: Percentage Correct Responses

Type of Crime	Number of Respondents	Time value of money	Interest paid on loan	Calculation of interest plus principal	Compounding over 5 years actual response	Combined simple interest and compounding	Risk and return	Definition of inflation	Diversification	Overall Score
		QK3	QK4	QK5	QK6	QK5&QK6	QK7a	QK7b	QK7c	
Theft	147	52%	55%	39%	23%	14%	85%	96%	49%	52%
Narcotic Crimes	137	43%	58%	61%	26%	12%	85%	95%	47%	53%
Sex Crimes	104	50%	47%	46%	21%	15%	85%	93%	52%	51%
Grievous Bodily Harm	95	56%	60%	55%	36%	22%	95%	99%	59%	60%
Burglary	63	51%	46%	49%	25%	11%	89%	98%	46%	52%
Murder	59	54%	61%	61%	46%	34%	93%	98%	49%	62%
Fraud	23	91%	57%	43%	26%	22%	83%	100%	26%	56%
Mugging	15	67%	40%	60%	53%	27%	87%	100%	33%	58%
Forgery	4	50%	75%	75%	75%	75%	100%	100%	50%	75%
Actual Bodily Harm	3	67%	100%	33%	33%	33%	67%	100%	67%	63%
Cybercrime	3	100%	33%	33%	33%	0%	100%	100%	67%	58%
Drunk Driving	2	50%	100%	100%	50%	50%	100%	100%	100%	81%
Prostitution	2	100%	50%	0%	0%	0%	100%	100%	100%	56%
Smuggling	2	50%	50%	50%	0%	0%	100%	100%	100%	56%
Deprivation of Liberty	1	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
Deportment	1	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	0%	88%
Migrant Smuggling	1	0%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	88%
Human Trafficking	1	100%	0%	100%	100%	0%	100%	100%	100%	75%
Weapons Smuggling	1	100%	100%	100%	0%	0%	100%	100%	100%	75%
Kite flying	1	0%	100%	100%	0%	0%	100%	100%	0%	50%
Breach of Contract	1	0%	100%	0%	0%	0%	100%	100%	100%	50%

Table 2. Continue

Type of Crime	Number of Respondents	Time value of money	Interest paid on loan	Calculation of interest plus principal	Compounding over 5 years actual response	Combined simple interest and compounding	Risk and return	Definition of inflation	Diversification	Overall Score
		QK3	QK4	QK5	QK6	QK5&QK6	QK7a	QK7b	QK7c	
Embezzlement	1	0%	0%	100%	0%	0%	100%	100%	100%	50%
Illegal Gun Possession	1	0%	0%	100%	0%	0%	100%	100%	0%	38%
Cigarette Smuggling	1	0%	0%	0%	0%	0%	100%	100%	0%	25%
Damage to Public Property	1	100%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	100%	25%
Total convicts	670	53%	55%	51%	29%	18%	88%	96%	50%	55%
Turkey general public*	3,003	55%	84%	54%	32%	19%	90%	84%	74%	58%
Means in OECD countries **	24,701	66%	89%	65%	48%	37%	83%	81%	65%	62%

* (OECD, OECD/INFE International Survey of Adult Financial Literacy Competencies, 2016); ** Means, all countries and means, OECD countries report the mean of the country/economy percentages. Each country/economy is therefore given equal weight.

Distribution of Financial Literacy Scores by Type of Crime

H2: The level of basic financial literacy of convicts varies according to the types of crimes.

The 670 respondents in this study represented 25 different types of crimes. However, the following analysis focuses on the six types with the most respondents. Of those convicted of theft, 52% committed their first crime before 18 years old, which was the highest level of all types (see Table 3). Regarding re-offending, a majority of those convicted of theft (69%), narcotics offences (51%), and assault (59%) reported committing crimes two or more times, suggesting that crime was a profession for these respondents. In contrast, 80% and 71% of those convicted of sex offences and murder, respectively, reported that it was their first offence. Regarding education, 36% of sex offenders and 39% of murderers had finished high school or higher education. Regarding financial knowledge levels, sex offenders' knowledge was below average at 51%, while respondents convicted of murder had the same level of financial knowledge as the OECD mean (62%). Those convicted of assault also had a fairly high level of financial knowledge, at 60%. The results of the analysis reveal that the level of financial literacy of convicts varies according to the types of crimes.

Measurement of Financial Sophistication

H3. Convicts have lower levels of financial sophistication than other disadvantages groups.

Respondents demonstrated their financial sophistication regarding the following four areas. For each item, the correct answer is given in bold type face.

Knowledge of Capital Markets

a. *"If interest rates falls, bond prices will [rise / fall]"*

Rise

b. *"If you're smart, it is easy to pick individual company stocks that will have better than average returns"* [Yes / No]

No

Regarding the inverse relationship between asset price and inflation, 58% of the convicts answered correctly, which was better than the accuracy reported in studies with convicts in the USA: 33% in (Basu, 2020), 24.6% in (Van Rooji et al., 2011), and

Table 3. Distribution of Education Level, Age of First Crime, and Repeat Offending by Type of Crime

Type of Crime	Number of Respondents	Age of First Crime under 18	Age of First Crime 18 or above	First Crime	Repetition of Crime	Primary Education	High School	College	University	Post-graduate
Theft	147	52%	45%	18%	69%	76%	16%	1%	0%	0%
Narcotic Crimes	137	23%	72%	41%	51%	71%	20%	1%	3%	1%
Sex Crimes	104	10%	88%	80%	14%	56%	23%	4%	9%	0%
Grievous Bodily Harm	95	19%	76%	32%	59%	69%	19%	2%	3%	0%
Burglary	63	33%	62%	46%	41%	65%	27%	0%	5%	0%
Murder	59	3%	90%	71%	24%	53%	36%	0%	3%	0%
Fraud	23	22%	78%	26%	61%	78%	13%	0%	0%	0%
Mugging	15	33%	53%	47%	40%	47%	13%	0%	27%	0%
Forgery	4	0%	100%	0%	75%	50%	25%	0%	0%	0%
Actual Bodily Harm	3	0%	67%	67%	33%	100%	0%	0%	0%	0%
Cybercrime	3	0%	100%	0%	100%	100%	0%	0%	0%	0%
Drunk Driving	2	0%	100%	50%	50%	0%	100%	0%	0%	0%
Prostitution	2	0%	100%	100%	0%	50%	0%	0%	50%	0%
Smuggling	2	0%	100%	50%	50%	50%	50%	0%	0%	0%
Deprivation of Liberty	1	0%	100%	100%	0%	100%	0%	0%	0%	0%
Deforcement	1	0%	100%	100%	0%	0%	100%	0%	0%	0%
Refugee	1	0%	100%	0%	100%	100%	0%	0%	0%	0%
Human Trafficking	1	100%	0%	0%	100%	0%	0%	0%	0%	0%
Weapons Smuggling	1	0%	100%	0%	100%	100%	0%	0%	0%	0%
Kite Flying	1	100%	0%	0%	100%	100%	0%	0%	0%	0%
Breach of Contract	1	0%	100%	0%	100%	100%	0%	0%	0%	0%
Embezzlement	1	0%	100%	0%	100%	100%	0%	0%	0%	0%
Illegal Gun Possession	1	0%	100%	100%	0%	0%	0%	0%	100%	0%
Cigarette Smuggling	1	0%	100%	0%	100%	100%	0%	0%	0%	0%
Damage to Public Property	1	0%	100%	100%	0%	0%	0%	0%	100%	0%
Total	670	26%	70%	43%	47%	67%	21%	1%	4%	0%

44% in (Lusardi et al., 2014). The high level of knowledge of convicts in our study may reflect the media's continued focus on high inflation in Turkey. Conversely, only 21% of the convicts answered the second question correctly, suggesting a rather weak understanding of investments, and lower than the rates of 34.6% and 34.3% reported, respectively, by Lusardi et al. (2014) and Basu (2020).

Risk Diversification

c. *“You should invest [most of your money in a few good stocks that you select rather than in lots of stocks or in mutual funds/in either mutual funds or a large number of different stocks instead of just a few stocks].”*

“Invest most of your money in either mutual funds or a large number of different stocks instead of just a few stocks.”

d. *“When an investor spreads money between 20 stocks, rather than 2, the risk of losing a lot of money [decreases/increases]”*

Decreases

Another important indicator of financial sophistication is an understanding of risk diversification. A majority of the convicts in our study answered these two questions correctly, 58% and 54%, respectively, suggesting that many of them have a sophisticated knowledge of risk diversification as also found in previous studies (van Rooi et al., 2011; Lusardi et al., 2014; Murphy et al., 2014; Basu, 2020). As with inflation, the convicts' sophisticated understanding of risk diversification in Turkey may be due to frequent media coverage and a cultural preference in Turkey to discuss monetary issues.

Knowledge of Fees

e. *“If you invest for the long run, the annual fees of mutual funds are [important/unimportant]”.*

Important

f. *“It is [hard/easy] to find mutual funds that have annual fees of less than one percent of assets”.*

Easy

Of the convicts in this study, 76% answered the first question correctly but only 19% did so for the second question, confirming previous research findings (Hilgert et al,

2003; van Rooi et al., 2011; Lusardi et al., 2014; Murphy et al., 2014; Basu, 2020;). The main reason for this is that despite their incomplete knowledge of low-cost funds, respondents knew that fund costs should be low.

Savviness and Numeracy

e. *“To make money in the stock market, you [should not/have to] buy and sell stocks [too/ often]”*

Should not/too

f. *“Using money in a bank savings account to pay off credit card debt is usually a [good/bad] idea”*

Good

g. *“If you start out with 1,000 TRY and earn an average return of 10% per year for 30 years, after compounding, the initial 1,000 TRY will have grown to [more/ less] than 6,000 TRY.”*

More

A clear majority of the convicts in this study answered the first two questions correctly (62% and 67%, respectively) whereas only 31% answered the third question correctly. This was probably because most participants had a good understanding of financial terminology, so the first two questions were easy and understandable. Conversely, since the third question required arithmetic, it highlighted the participants’ poor numeracy level, as also reported by Murphy et al. (2014) and Lusardi et al. (2007).

Table 4. Financial Sophistication Questions

	First answer	Second answer
“Knowledge of Capital Markets”		
<i>“If the interest rate falls, bond prices will [rise/fall].”</i>	58%	38%
<i>“[If/Even if] you are smart, it is [easy/hard] to pick individual company stocks that will have better than average returns.”</i>	68%	21%
“Risk Diversification “		
<i>“You should invest [most of your money in a few good stocks that you select rather than in lots of stocks or in mutual funds/in either mutual funds or a large number of different stocks instead of just a few stocks].”</i>	58%	38%
<i>“When an investor spreads money between 20 stocks, rather than 2, the risk of losing a lot of money [decreases/increases].”</i>	54%	41%

“Knowledges of Fees”		
“If you invest for the long run, the annual fees of mutual funds are [unimportant/important].”	76%	19%
“It is [hard/easy] to find mutual funds that have annual fees of less than one percent of assets.”	62%	19%
“Savviness and Numeracy		
To make money in the stock market, you [should not/have to] buy and sell stocks [too/] often.”	35%	62%
“Using money in a bank savings account to pay off credit card debt is usually a [good/bad] idea.”	67%	25%
“If you start out with 1,000 TRY and earn an average return of 10% per year for 30 years, after compounding, the initial 1,000 TRY will have grown to [more/less] than 6,000 TRY.”	31%	50%

Note: correct response choices highlighted in bold font.

Constructing Financial Literacy and Financial Sophistication Indices

While questions about both basic financial literacy and financial sophistication provide some idea when examined individually, summary measurements are required to examine the answers as a whole. For this reason, indices were constructed separately from the answers given in both surveys. The approach used when constructing indices were “to simply sum the number of questions answered correctly, subtract it from the mean, and divide by the total number of questions: the result is centered on zero with a standard deviation of 0.2” (Lusardi et al., 2014). The method used by many previous pioneering studies was also used in this study, and it was aimed to follow a method compatible with the literature.

Regarding the distribution of basic financial literacy and financial sophistication among the convicts, Tables 5 and 6, respectively, show the multi-variable regression results with financial literacy and financial sophistication as the dependent variable. Significance levels in the tables are indicated by asterisks above the numbers. While performing the regression analysis, 4 issues are examined for each index, the sample of the variables examined in relation to basic financial literacy and financial sophistication is as follows: crime types 605, education level 628, crime commitment age 641 and marital status 659. The analysis by crime type reveals a very strong relationship between level of basic financial literacy and all types of crimes whereas, for financial sophistication, only those convicted of narcotics and sex crimes have a higher level than other respondents. Regarding education, convicts with a higher education qualification, have greater basic financial literacy, but not financial sophistication, than those with high school or lower levels of education. These findings are consistent with previous findings of the positive correlation

between convicts' educational levels and financial literacy (Carison, 2015; Glidden & Brown 2016; Mielitz et al., 2018). Regarding age of first offence, those who committed their first crime before the age of 18 had less basic financial knowledge, but there was no significant relationship with financial sophistication. This result was not unexpected since individuals who commit crimes at an early age are generally disconnected from education while the relationship between education level and financial knowledge is also evident from the responses. No significant relationship was found between financial sophistication and marriage, number of criminal convictions, age, occupation, gender, or income level. Overall, basic financial knowledge was positively associated with demographic factors like age and education whereas financial sophistication, which indicates a higher level of financial knowledge, had an extremely weak relationship with demographic factors. The main reason for this could be that basic knowledge is used in their daily lives and the depth of financial markets is low in developing countries such as Turkey. Especially in countries where capital accumulation is insufficient, and consequently the use of funds and capital market instruments are not sufficiently developed, the level of awareness of individuals towards advanced financial instruments is low. On the other hand, it is normal for sophisticated financial literature to be in low correlation with demographic factors, as well as high correlation between basic financial literature and demographic factors. In accordance with the situation of financial institutions and markets that are not sufficiently developed in developing countries, the level of knowledge on the subject cannot be settled in a certain systematic. Sophisticated financial literacy arises independently from demographic factors, depending only on the level of interest.

Table 5. Multivariate Regression Models Using the Basic Financial Literacy Index

	(1)	(2)	(3)	(4)
Theft	-0.4933***			
Narcotic Crimes	-0.4706***			
Sex Crimes	-0.492***			
Grievous Bodily Harm	-0.4183***			
Burglary	-0.4849***			
Murder	-0.4131***			
High School		0.0477**		
University		0.1329***		
First Crime under 18			-0.0608***	
Married				0.0452***
N	605	628	641	659
R-squared	0.3406	0.0173	0.0122	0.0082

Note: ***, ** and * means significance at 1%, 5% and 10%

Table 6. Multivariate Regression Models Using the Financial Sophistication Index

	(1)	(2)	(3)	(4)
Theft	.0270			
Narcotic Crimes	-.0618**			
Sexual Crimes	-.0624**			
Grievous Bodily Harm	-.0007*			
Burglary	-.0185			
Murder	-.0103			
High School		-.0059		
University		-.0298		
First Crime Under 18			.0114	
Married				.0193
N	605	628	641	659
R-squared	0.0207	0.0013	0.0009	0.0029

Note: ***, ** and * means significance at 1%, 5% and 10%

5. Discussion and Conclusion

This study found a rather striking lack of financial sophistication among convicts in Turkey. We divided the study into two sections. Both parts showed that the respondents had insufficient knowledge of financial matters. In the last part of the study, we tried to make a methodological contribution by combining the answers to the financial literacy questions into two indices. This can help determine which questions are more useful for future financial literacy studies on convicts.

Three hypotheses were tested.

H1: Convicts have lower financial literacy than the general public.

Although the convicts face many financial decisions, such as mortgages and loans, their understanding of asset pricing, portfolio selection, and pricing was very low. They scored highest on questions about risk diversification and mathematical calculations. In contrast, the proportion who understood risk and return was quite high (88%), similar to the general public (90%) and higher than the OECD mean (83%). Moreover, almost all participants (96%) understood inflation, which was higher than both the general public (84%) and the OECD average (81%). The accuracy of answers to the inflation question may be due to media interest in this issue in Turkey. On the other hand when evaluated in terms of all responses, convicts have lower basic financial literacy (55%) than the general public of Turkey (58%) and the means in OECD countries (62%).

Thus, the Null hypothesis is not rejected.

H2. The level of basic financial literacy of convicts varies according to the types of crimes.

Certain criminal groups demonstrated greater financial literacy than others. All criminal groups had below-average financial literacy apart from those convicted of murder (62%) and those convicted of grievous bodily harm (60%). (It would be useful to examine how these criminals gained their above-average financial knowledge and responded to questions more consistently than those who committed other types of crimes). The results obtained from the analysis show that the different types of crime have different levels of basic financial literacy in a developing country compared to the general public of Turkey and means in OECD countries.

Thus, the Null hypothesis is not rejected.

H3. Convicts have lower levels of financial sophistication than other disadvantaged groups.

In this study, financial knowledge was divided into basic and sophisticated financial knowledge (sophistication). In this hypothesis we analysed the financial sophistication. Because there is no sample representing the general public in Turkey or the OECD, we decided to compare our results with other disadvantaged groups. Contrary to the low level of knowledge found by previous literature on disadvantage groups, most of the respondents demonstrated knowledge about asset pricing, and a high level of financial knowledge about risk diversification, fees and deductions, and concepts, although, in line with the literature, they had poor numeracy. Compared to other disadvantaged groups, convicts in Turkey had a similar or even better level of knowledge on asset pricing. As a result of the analysis it was revealed that convicts have higher levels of financial sophistication than other disadvantaged groups in general.

Thus, Null hypothesis is rejected.

The results for the index created in the last part of the study will be valuable for those who want to investigate recidivism and crime prevention. The comparability of the results obtained by using the same statistical method with similar studies has been tried to be kept at a high level. In analysis based on different models, a basic level of financial literacy is associated with demographic factors, such as age and education, whereas financial sophistication has an extremely weak relationship with demographic factors. However, both the previous literature and this study show that the level of financial knowledge of convicts increases in line with level of education. This suggests that it

would be useful to prioritize financial literacy within basic education curricula to prevent crime while providing financial literacy training in prisons to prevent recidivism in most types of crime. Further studies can improve understanding of the issues addressed here by conducting further research based on the type of crime with larger sample audiences.

Acknowledgement: We would like to thank to General Directorate of Prisons and Detention Houses (GDPD) under the Ministry of Justice of the Republic of Turkey for the permission and support to 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

- Abubakar, H. A. (2015). Entrepreneurship development and financial literacy in Africa. *World Journal of Entrepreneurship, Management and Sustainable Development*, 11(4), 281-294. DOI 10.1108/WJEMSD-04-2015-0020
- Agarwalla, S. K., Barau, S. K., Jacob, J., & Varma, J. R. (2014). *Effectiveness of financial literacy interventions in improving financial literacy among rural women in North India*. Ahmedabad: Indian Institute of Management.
- Ahangar, R. G., & Rooshan, A. A. (2010). Emotional intelligence as determinant/predictor of work performance among. *2010 International Conference on Financial Theory and Engineering*, (pp. 147-150).
- Allgood, S., & Walstad, W. B. (2016). The effects of perceived and actual financial literacy on. *Economic Inquiry*, 54(1), 675-697.
- Al-Tamimi, H. A., & Kalli, A. B. (2009). Financial literacy and investment decisions of UAE investors. *The Journal of Risk Finance*, 10(5), 500-516. DOI 10.1108/15265940911001402
- Altıntaş, K. M. (2011). The dynamics of financial literacy within the framework of personal finance: An analysis among Turkish university students. *African Journal of Business Management*, 5(26), 10483-10491.
- Assefa, M., & P.V., D. R. (2018). Financial Literacy and Investment Behaviour of Salaried Individuals: A Case Study of Wolaita Sodo Town. *International Journal of Business and Management Invention*, 7(1), 43-50.
- Baglioni, A., Colombo, L., & Piccirilli, G. (2017). On the Anatomy of Financial Literacy in Italy. *Economic Notes; Review of Banking, Finance and Monetary Economics*, 47(2), 245-303. doi: <https://doi.org/10.1111/ccno.12111>
- Basu, R. (2020). Financial Sophistication and Private Long-term Care. *Journal of Health Care Finance, Special Features (No Subscription Required)*, 1-16.
- Call, L. L., Dyer, J. W., Wiley, A. R., & Day, R. D. (2013). Inmate Perceptions of Financial Education Needs: Suggestions for Financial Educators. *Journal of Financial Counselling and Planning*, 24(1), 45-60.
- Calvet, L. E., Campbell, J. Y., & Sodini, P. (2009). *Measuring the financial sophistication of Household*. Working Paper Series, National Bureau of Economic Research.
- Campbell, J. Y. (2006). Household Finance. *Journal of Finance*, 61, 1553-1604.
- Carison, P. M. (2015). *Prison and Jail Administration: Practice and Theory*. United States: Jhones&Bartlett Learning.
- Carlander, A., & Hauff, J. C. (2019). Financial Literacy and Debt. In G. T. Hauff J., *Indebtedness in Early Adulthood* (pp. 129-149). Palgrave Macmillan, Cham. doi: https://doi.org/10.1007/978-3-030-13996-4_7
- Chen, H., & Volpe, R. P. (1998). "An Analysis of Personal Financial Literacy among. *Financial Service Review*, 7(2), 107-128.

- Chu, Z., Wang, Z., Xiao, J. J., & Zhang, W. (2017). Financial literacy, portfolio choice and. *Social Indicators Research*, 12(2), 799-820.
- Clear, T. R. (2007). *Imprisoning communities: How mass incarceration makes disadvantaged neighbourhoods*. New York: Oxford University Press.
- Cutler, N. E. (1997). The False Alarms and Blaring Sirens of Financial Literacy: *Generations*, 21(2), 34-40.
- Ehrlich, I. (1975). On the Relation between Education and Crime. In F. E. Juster, *Education, Income, and Human Behaviour* (pp. 313-338). NBER. Retrieved from <http://www.nber.org/books/just75-1>
- Fletschner, D., & Mesbah, D. (2011). Gender disparity in access to information: Do spouses share what they know? *World Development*, 39(8), 1422-1433. doi: <http://doi.org/10.1016/j>.
- Galchus, K. (2015). Why State and Federal Officials Should Consider Offering Financial Literacy Training to Those About to Be Released from Correctional Institutions. *International Journal of Financial Research*, 6(4), 60-67. doi:10.5430/ijfr.v6n4p60
- Galchus, K. E. (2014). The Case for Financial Literacy Training in Correctional Institutions. *International Research Journal of Applied Science*, V(6), 781-788.
- Glidden, M. D., & Brown, T. C. (2016). Separated by Bars or Dollar Signs? A Comparative Examination of the Financial Literacy of Those Incarcerated and the General Population. *American Journal of Criminal Justice*, 42, 533-553. DOI 10.1007/s12103-016-9377-z
- Glidden, M. D., Brown, T. C., Smith, M., & Hughes, M. H. (2018). Prisoners with Purses: The Financial Literacy and Habits of Incarcerated Women. *Corrections*. doi:10.1080/23774657.2018.1549966
- Groot, W., & van der Brink, H. M. (2010). The Effects of Education on Crime. *Applied Economics*, 42, 279-289.
- Guerino, P., Harrison, P. M., & Sabol, W. J. (2011). *Prisoners in 2010*. U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, Bureau of Justice Statistics. Retrieved May 22, 2020, from <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/p10.pdf>
- Hilgert, M., Hogart, J., & Beverly, S. (2003). Household Financial Management: The Connection between Knowledge and Behaviour. *Federal Reserve Bulletin*, 309-332.
- Hilgert, M., Hogart, J., & Beverly, S. (2003). Household financial management: The connection between knowledge and behaviour. *Federal Reserve Bulletin*, 309-332.
- Hogarth, J. M., & Hilgert, M. (2002). Financial knowledge, experience and learning preferences: *Consumer Interest Annual*, 48, 1-7.
- Huston, S. J. (2012). Financial Literacy and the Cost of Borrowing. *International Journal of Consumer Studies*, 36, 566-572. doi: 10.1111/j.1470-6431.2012.01122.x
- Huston, S. J., Finke, M. S., & Smith, H. (2012). A financial sophistication proxy for the Survey of Consumer Finances. *Applied Economics Letters*, 19(13), 1275-1278. doi: <https://doi.org/10.1080/13504851.2011.619485>
- Irish, J. F. (1989). *Probation and recidivism: A study of probation adjustment and its relationship to post probation outcome for adult criminal offenders in Nassau County, New York*. Mineola, NY: Nassau County Probation Department.
- Janor, H., Yakob, R., Hashim, N. A., Zanariah, Z., & Wel, C. A. (2016). Financial literacy and investment decisions in Malaysia and United Kingdom: A comparative analysis. *GEOGRAFHIA Malaysian journal of Society and Space*, 12(2), 106-118.
- Japelli, T., & Padula, M. (2013). Investment in financial literacy and saving decisions. *Journal of Banking and Finance*, 37(8), 2779-2792. doi:10.1016/j.jbankfin.2013.03.019
- Johnson, E., & Sherraden, M. S. (2007). From Financial Literacy to Financial Capability Among Youth. *Journal of Sociology and Social Welfare*, XXXIV.
- Kadoya, Y., Khan, M. R., Hamada, T., & Dominguez, A. (2018). Financial Literacy and Anxiety about Life in Old Age: Evidence from the USA. *Review of Economics of the House Hold*, 16, 859-878. doi: <https://doi.org/10.1007/s11150-017-9401-1>

- Karaa, İ. E., & Kuğu, T. D. (2016). Determining Advanced and Basic Financial Literacy. *EDUCATIONAL SCIENCES: THEORY & PRACTICE*, 16(6), 1865-1891. doi:10.12738/estp.2016.6.0415
- Kefela, G. T. (2010). Promoting Access to Finance by Empowering Consumers-Financial Literacy in Developing Countries. *Educational Research and Reviews*, 5(5), 205-212.
- Klapper, L., Lusardi, A., & Panos, G. A. (2013). Financial literacy and its consequences: Evidence from Russia during the financial crisis. *Journal of Banking & Finance*, 37, 3904-923. DOI: <http://dx.doi.org/10.1016/j.jbankfin.2013.07.014>
- Kodongo, O. (2018). Financial Regulations, Financial Literacy, and Financial Inclusion: Insights from Kenya. *Emerging Markets Finance and Trade*, 54(12), 2851-2873. DOI: 10.1080/1540496X.2017.1418318
- Koenig, L. A. (2007). Financial literacy curriculum: The effect on offender money management skills. *Journal of Correctional Education*, 58, 43-56.
- Kyrychenko, V., & Shum, P. (2009). Who holds foreign stocks and bonds? Characteristics of active investors in foreign securities. *Financial Services Review*, 18, 1-21.
- Laurent, E. C., Campbell, J. Y., & Sodini, P. (2009). Measuring the Financial Sophistication of Households. *The American Economic Review*, 99(2), 393-398. DOI: 10.1257/aer.99.2.393
- Lochner, L. (2004). Education, work, and crime: A human capital approach. *International Economic Review*, 45, 811-843.
- Lochner, L. (2011). Chapter 2 - Non-productive Benefits of Education: Crime, Health, and Good Citizenship. In E. A. Hanushek, S. Marchin, & L. Woessmann, *Handbook of The Economics of Education* (pp. 183-282). Elsevier. doi: <https://doi.org/10.1016/B978-0-444-53444-6.00002-X>
- Lochner, L., & Moretti, E. (2004). The effect of education on crime: Evidence from prison inmates, arrest and self reports. *American Economic Review*, 94, 155-189.
- Lusardi, A. (2011). *Americans' Financial Capability*. Massachusetts: the National Bureau of Economic Research. Retrieved may 31, 2020, from <http://www.nber.org/papers/w17103>
- Lusardi, A. (2015). Financial literacy: Do people know the ABCs of finance? *Public Understanding of Science*, 24(3), 260-271. <https://doi.org/10.1177/0963662514564516>
- Lusardi, A., & Mitchell, O. S. (2007). Baby Boomer retirement security: The roles of. *Journal of Monetary Economics*, 54, 205-224. DOI: 10.1016/j.jmoneco.2006.12.001
- Lusardi, A., & Scheresberg, C. B. (2013). *Financial Literacy and High-Cost Borrowing in the United States*. the National Bureau of Economic Research. Retrieved 6 16, 2020, from <https://www.nber.org/papers/w18969>
- Lusardi, A., Michaud, C., & Mitchell, O. S. (2017). Optimal Financial Knowledge and Wealth Inequality. *Journal of Political Economy*, 127(2), 431-477. doi:10.1086/690950
- Lusardi, A., Mitchell, O. S., & Curto, V. (2014). Financial Literacy and Financial Sophistication in the Older Population. *J Pension Econ Financ.*, 13(4), 347-366. doi:10.1017/S1474747214000031.
- Lusardir, A. (2008). *Financial literacy: An essential tool for informed consumer choice?* Nber Working Paper Series Financial, 1(Working Paper 14084),. doi: <http://doi.org/10.3386/w14084>
- Lyons, A. C., & Kass-Hanna, J. (2018). Financial Inclusion, Financial Literacy and Economically Vulnerable Populations in the Middle East and North Africa. *Emerging Markets Finance and Trade*. doi:10.1080/1540496X.2019.1598370
- Mandel, L., & Klein, L. S. (2007). Motivation and Financial Literacy. *Financial Service Review*, 16(2), 105-116.
- Marbey, A. F., & Ferguson, R. (2005). Responding to prisoner re-entry, recidivism, and incarceration. *Journal of Black Studies*, 35(5), 633-649. doi:10.1177/0021934704270254
- Martin, L. L. (2011). Debt to society: Asset poverty and prisoner re-entry. *Review of Black Political Economy*, 38(2), 131-143. doi:10.1007/s12114-011-9087-1
- Mason, C. J., & Wilson, R. S. (2000). *Conceptualising Financial Literacy*. Loughborough University Business School.

- Mielitz, K. S., Clady, J., Lurtz, M., & Archuleta, K. (2019). Barriers to Banking: A Mixed-Methods, Investigation of Previously Incarcerated Individuals' Banking Perception and Financial Knowledge. *The Journal of Consumer Affairs*, 1748-1774. DOI: 10.1111/joca.12260
- Mielitz, K. S., MacDonald, M., & Lurtz, M. (2018). Financial Literacy Education in a Work Release Program for and Incarcerated Sample. *Journal of Financial Counselling and Planning*, 29(2), 316-327. doi: <http://dx.doi.org/10.1891/1052-3073.29.2.316>
- Mielitz, K., & Marcum, C. (2020). A consideration for Increasing Post Release Financial Success. *American Criminal Justice*. doi:<https://doi.org/10.1007/s12103-019-09515-2>
- Mielitz, K. S., & MacDonald, M. (2016). *Americans' Confidence in Banks Still Languishing Below 30%*. Retrieved from <https://news.gallup.com/poll/192719/americans-confidence-banks-languishing-below.aspx>
- Miwako, N., Riding, A., & Orser, B. (2019). Self-employment, gender, financial knowledge, and high-cost borrowing. *Journal of Small Business Management*. doi:10.1080/00472778.2019.1659685
- Monticone, C. (2010). How much does wealth matter in the acquisition of financial literacy? *The Journal of Consumer Affairs*, 44(2), 403-422.
- Moore, D. (2003). *Survey of Financial Literacy in Washington State: Knowledge, Behaviour, Attitudes, and Experiences" (Technical Report n. 03-39)*. Washington state University: Social and Economic Sciences Research Centre.
- Mouna, A., & Anis, J. (2017). Financial literacy in Tunisia: Its determinants and its implications on investment behaviour. *Research in International Business and Finance*, 39(A), 568-577. doi:<https://doi.org/10.1016/j.ribaf.2016.09.018>
- Murphy, J., Gourd, A., & Begay, F. (2014). Financial Literacy Among American Indians and Alaska Natives. *Research and Statistics Note*, 2014-4.
- Nicolini, G. (2019). *Financial Literacy in Europe: Assessment Methodologies and Evidence From European Countries*. NY: Routledge International Studies in Money and Banking.
- Niu, G., Zhou, Y., & Gan, H. (2020). Financial literacy and retirement preparation in China. *Pacific-Basin Finance Journal*, 59, 1-17. doi: <https://doi.org/10.1016/j.pacfin.2020.101262>
- OECD. (2005). *Improving Financial Literacy: Analysis of Issues and Policies*. Paris: OECD.
- OECD. (2016). *OECD/INFE International Survey of Adult Financial Literacy Competencies*. Paris: OECD. Retrieved from www.oecd.org/finance/OECD-INFE-International-Survey-of-Adult-Financial-Literacy-Competencies.pdf
- Potrich, A. G., Vieira, K. M., & Kirch, G. (2015). Determinants of Financial Literacy: Analysis of the Influence of Socioeconomic and Demographic Variables. *Revista Contabilidade & Finanças-USP Sao Paulo*, 26(69), 362-377.
- Potrich, A. G., Vieira, K. M., & Kirch, G. (2018). How well do women do when it comes to financial literacy? Proposition of an indicator and analysis of gender differences. *Journal of Behavioural and Experimental Finance*, 17, 28-41. doi: <https://doi.org/10.1016/j.jbef.2017.12.005>
- Sabol, W. J., & Lynch, J. P. (2003). Assessing the longer-run consequences of incarceration: Effects on families and employment. *Contributions in Criminology and Penology*, 55, 3-26.
- Sevim, N., Temizel, F., & Sayılır, Ö. (2012). The effects of financial literacy on the borrowing behaviour of Turkish financial consumers. *International Journal of Consumer Studies*, 36, 573-579. doi: 10.1111/j.1470-6431.2012.01123.x
- Sohn, S.-H., Joo, S.-H., Grable, J. E., Lee, S., & Kim, M. (2012). Adolescents' financial literacy: The role of financial socialization agents, financial experiences, and money attitudes in shaping financial literacy among South Korean youth. *Journal of Adolescence*, 35, 969-980. doi: <https://doi.org/10.1016/j.adolescence.2012.02.002>
- Solomon, G. E., Nhete, T., & Sithole, B. M. (2018). The Case for the Need for Personal Financial Literacy Education in Botswana Secondary Schools. *SAGE Open*, 1-9. doi:DOI: 10.1177/2158244017753867
- Stolper, O. A., & Walter, A. (2017). Financial Literacy, Financial Advice and Financial Behaviour. *Journal of Business Economics*, 87, 581-643. doi: <https://doi.org/10.1007/s11573-017-0853-9>

- Thapa, B. S., & Nepal, S. R. (2015). Financial Literacy in Nepal: A survey analysis from college students. *NBR Economic Review*, 27(1), 49-74.
- TurkStat. (2020). *Prison population as of 31st December, 1998-2018*. Retrieved from <http://www.tuik.gov.tr/UstMenu.do?metod=temelist>
- Uzuner, A. T., & Geyikçi, U. B. (2021). Selection Criteria For Prison Locations: Key Study of Turkey. *Journal of Multi Criteria Decision Analysis*. Vol. 28, pp.99-111, doi:10.1002/mcda.1735
- van Rooij, M., Lusardi, A., & Alessie, R. (2011). Financial literacy and stock market participation. *Journal of Financial Economics*, 101, 449-472. DOI: 0.1016/j.jfineco.2011.03.006
- van Rooij, M. (2009). *Financial Literacy, Retirement Planning, and Household Portfolio Behaviour: Four Empirical Contributions*. Utrecht: Utrecht University.
- Veselak, K. M. (2015). The Relationship between Education Attainment and the Type of Crime Committed by Incarcerated Offenders. *The Journal of Correctional Education*, 66(2), 30-56.



Uzlaştırıcının Özgü Suçlardan Doğan Cezai Sorumluluğu

Mediator's Criminal Responsibility for Special Offences in Terms of Victim-Offender Mediation

Fahri Gökçen TANER¹ , Yaprak ÖNTAN² 

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

²Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye

ORCID: F.G.T. 0000-0002-9182-2549; Y.Ö. 0000-0003-4665-6737

ÖZ

Özellikle son yıllarda, alternatif çözüm yollarının yaygınlaştırılması şeklindeki eğilim doğrultusunda, uzlaştırma kurumunun da ceza muhakemesindeki uygulama alanı genişlemiştir. Mevcut durum karşısında, uzlaştırıcının sahip olduğu yükümlülükler ışığında ceza sorumluluğunun tartışılması ve belirlenmesi gerekir. Uzlaştırıcı, görevini icra ettiği sırada kamu görevlisidir ve görevlendirildiği andan, raporunu teslim ettiği ana kadar bu sıfatı haizdir. Bu nedenle, uzlaştırıcıya karşı görevinden dolayı işlenen bazı suçlarda, failler daha ağır cezalandırılacaktır. Ancak uzlaştırıcının kamu görevlisi olması, özgü suç niteliğindeki bazı suçlardan ceza sorumluluğunun doğmasına ve diğer bazı suçlar bakımından da cezasının ağırlaşmasına yol açabilir. Bu makalede, uzlaştırıcının kamu görevlisi olması nedeniyle sorumlu tutulabileceği özgü suçlar inceleme konusu yapılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Uzlaştırıcı, uzlaştırıcının cezai sorumluluğu, kamu görevlisi

ABSTRACT

In recent years, the application and scope of mediation in criminal procedures expanded with the tendency to extensificate alternative dispute resolution methods. Given the current situation, the criminal responsibility of the mediator should be discussed and determined in light of their obligations. The mediator is a public official performing a duty from the moment of their appointment to the moment they submit their report. Therefore, perpetrators may receive more severe punishment for certain crimes committed because of the mediator duty. However, the mediator's public official role may also lead to criminal liability for some special offenses² and heavier penalties in terms of others. This article evaluates the circumstances for which the mediator can be held responsible due to their official capacity.

Keywords: Mediator, criminal liability of the mediator, public officer

1 “Özgü suç” kavramının Anglo-Amerikan hukukunda birebir karşılığı bulmak güç olmakla beraber, Kıta Avrupası Hukuku’nu konu edinen çalışmalarda, özgü suç kavramının İngilizce karşılığı olarak “special offense” kavramının kullandığı görülmektedir. Bkz. Michael Bohlander, Principles of German Criminal Law: Studies in International and Comparative Criminal Law Volume 2 (Hart Publishing 2009) 35.

Submitted: 11.03.2021 • Revision Requested: 14.06.2021 • Last Revision Received: 23.06.2021 • Accepted: 23.06.2021 • Published Online: 00.00.0000

Corresponding author: Fahri Gökçen Taner, E-mail: taner@law.ankara.edu.tr

Citation: Taner, FG, Öntan, Y, ‘Uzlaştırıcının Özgü Suçlardan Doğan Cezai Sorumluluğu’ (2021) 9(1) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 159.
<https://doi.org/10.26650/JPLC2021-895266>



EXTENDED ABSTRACT

Victim-offender mediation is an alternative dispute resolution method, a part of criminal procedure law since 2005 when the Criminal Procedure Code came into force. In recent years, the scope and application of mediation have expanded per the tendency to extensificate alternative dispute resolution methods. With the 2016 amendment, mediation gained broader application and became more effective.

The mediator is a public official who performs a specific function while preserving the public officer title from the moment it is appointed to the moment they submit their report. In this sense, the mediator can commit crimes only committed by public officials. In terms of criminal prosecution, their sentences can be aggravated due to crimes while in an official role. Therefore, mediators as perpetrators may receive more severe punishment because of their job function.

Given the current situation, the criminal responsibility of the mediator should be discussed and determined in light of their obligations. This article evaluates only the special offenses which the mediator can commit due to the public officer capacity. Other crimes committed by public officials, but not mediators, are excluded from the scope.

Misconduct is undoubtedly one of the first to come to mind when mentioning the criminal liability of the mediator. The mediator may commit misconduct by “acting against the requirements of his duty” or “showing negligence or delay in performing the requirements of the duty.” If the mediator intentionally misinforms the parties, they breach Article 257 of the Turkish Criminal Code.

Disclosure of secret or private information related to the duty is another crime for which the mediator may be criminally responsible. It is a crime to intentionally disclose information on documents delivered to the mediator by the mediation office to unrelated parties. Likewise, the mediator can be liable under Article 258 of the Turkish Criminal Code if they publish documents given by the parties during the negotiations or make it easier for others to obtain information.

It is not common for the mediator to commit extortion by coercion. However, the hypothesis of committing the crime by persuasion through fraudulent behavior is more likely for the mediator. If the mediator demands money from the parties under a fraudulent pretext or uses various names (costs, fees, commissions, etc.), a criminal act has occurred.

If the mediator secures undue advantage or provides it to someone else, either directly or indirectly, they are responsible for the offense of bribery. When the parties agree upon a bribe, the sentence considers the crime completed. The trade of the public officer is another crime that the mediator may commit by using advantage of his authority. The conduct of “*continuing the duty even though the abandonment order has been notified*” is the second conduct that give rise to the crime and violation of the mediator’s public office.

Another criminally liable offense is not reporting a crime as a public officer. There is no obligation to report a crime in terms of the statements by parties during the criminal mediation procedure. However, if a new crime is committed and prosecuted *ex officio* during the mediation negotiations, the mediator is obliged to report it.

Finally, forgery of official documents is another potential crime committed by mediators. The mediator is authorized to issue two documents per his duty, the mediation proposal form and the settlement report. If the mediator forges these official documents in any way, it is a criminal act.

I. Uzlaştırmayla İlgili Genel Bilgiler

Uzlaştırma kurumu, CMK'nın yürürlüğe girdiği 2005 yılından bu yana, ceza muhakemesi hukukunda yeri olan, ancak özellikle 2016 yılında Kanun'da yapılan değişiklikle birlikte daha geniş bir uygulama alanına kavuşmuş olan alternatif bir çözüm yoludur. 2016 yılında yürürlüğe giren 6763 sayılı Kanun'la ise, sorunun bir sistem sorunu olduğu bilinciyle hareket edildiği ve organizasyona ilişkin önemli değişikliklere gidildiği görülmektedir.² Bu Kanun'la CMK'daki hükmün madde başlığı *uzlaştırma* olarak değiştirilmiş, savcılarının ve mahkemelerin bizzat uzlaştırma yapma yetkisi ortadan kaldırılmış, adli kolluğun uzlaştırma teklifinde bulunması uygulamasına son verilmiştir.

6763 sayılı Kanun'un getirdiği en önemli düzenleme kuşkusuz uzlaştırmacıların ciddi bir eğitime ve sınava tabi tutulmasıdır. Nitekim Avrupa Konseyi'nin R (99) 19 sayılı Uzlaşmaya İlişkin Tavsiye Kararı'nda³ belirtildiği üzere, "*uzlaşma özel beceriler gerektirmekte ve resmen tanınmış bir eğitimi zorunlu kılmaktadır*". 2005 yılından, 2016 yılına kadar uzlaştırmacının ciddi bir eğitim olmaksızın ve tabir uygunsuz "*el yordamıyla*" yürütülmeye çalışılması, uzlaştırma kurumunun gereği gibi yerleşmemesinin en önemli nedenlerinden biridir. Bu nedenle eğitim konusunun belirli standartlara bağlanması ve eğitim almayan kişilerin bu görevi yapamamaları yerindedir.⁴ Yine söz konusu Tavsiye Kararı'nda, uzlaştırmacıların toplumun tüm kesimlerinden kişiler arasından seçilmesi ve bu kişilerin "*mahalli kültür ve toplulukları iyi anlama kapasitesine sahip olması*"⁵ gerektiği ifade edilmiştir.

Uzlaştırma kapsamında yer alan suçların genişletilmesi uygulamasına bu Kanun'la büyük hız verilmiştir. Etkin pişmanlık hükmü içeren suçlarda uzlaştırma yapılmasını yasaklayan düzenleme kaldırılmış, "*tehdit (madde 106, birinci fıkrası), hırsızlık (madde 141), dolandırıcılık (madde 157)*" ismen sayılarak uzlaştırma kapsamına alınmıştır. Bu suçlar, önemli bir iş yüküne karşılık gelmektedir. Asıl büyük yenilik ise çocuklara

2 Ekrem Çetintürk, *Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma* (Adalet Yayınevi 2017) 430.

3 "Recommendation No. R (99) 19 of the Committee of Ministers to member States concerning mediation in penal matters" <[http://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykkanunteklifi/rec\(99\)_19%20\(1\).pdf](http://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykkanunteklifi/rec(99)_19%20(1).pdf)> Erişim Tarihi 15.04.2019. Görüldüğü üzere söz konusu kararda kullanılan terim "*mediation in penal matters*", tam çevirisiyle "*cezai konularda arabuluculuk*"tur. Ancak Türk hukukunda "*arabuluculuk*" terimi tamamen özel hukuka, "*uzlaşma*" ise ceza hukukuna hasredildiği için, burada "*cezai konularda arabuluculuk*" yerine "*uzlaşma*" çevirisini kullanmayı tercih ediyoruz. Öğretide, söz konusu terimi mağdur fail uzlaşması şeklinde kullanan yazarlar da vardır.

4 Mustafa Serdar Özbek, 'Soruşturma Evresinde Uzlaştırma Usulü' içinde Mustafa Serdar Özbek, Orhan Cuni ve Merve Özcan (ed.), *Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma El Kitabı* (Adalet Bakanlığı 2018) 68.

5 <<https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/198201915521710.pdf>> Erişim tarihi 21.01.2021.

ilişkindir. Zira suça sürüklenen çocuklar bakımından mağdurun veya suçtan zarar görenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması koşuluyla, üst sınırı üç yılı geçmeyen hapis veya adli para cezasını gerektiren tüm suçlar uzlaşma kapsamına alınmıştır.

Yine bu tarihten itibaren, hukuk fakültesi mezunu olmamakla beraber “*hukuk öğrenimi görmüş kişiler*” de uzlaştırmacı olabilmektedirler.

5271 sayılı Kanun’un 253. maddesi son olarak 2019 yılında değiştirilmiştir. 7188 sayılı Kanun’la, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali (madde 117, birinci fıkrâ; madde 119, birinci fıkrâ (c) bendi), güveni kötüye kullanma (madde 155) ve suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi (madde 165) suçları uzlaştırmaya tabi suçlar arasına eklenmiştir.

Ayrıca, 253. maddenin 3. fıkrasının ikinci cümlesindeki; “*Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte işlenmiş olması hâlinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz.*” hükmü, “*Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte aynı mağdura karşı işlenmiş olması hâlinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz.*” şeklinde değiştirilmiştir. Bu düzenlemeyle de uzlaştırma kapsamındaki bir suçun bu kapsamda olmayan başka bir suçla birlikte işlenmesi halinde uzlaştırma usulüne başvurulmasını yasaklayan hüküm, yalnızca aynı mağdura karşı işlenen suçlar bakımından söz konusu olacak şekilde düzenlenerek yasağın kapsamı daraltılmıştır.

Bu değişiklikler, kanun koyucunun uzlaştırmacının ve genel olarak alternatif çözüm yöntemlerinin kapsamını genişletmek amacını güttüğünü ortaya koymaktadır.⁶ Kurumun hem uygulanma alanının genişlemesi, hem de uzlaştırmacıların nitelikleri ve eğitimlerine ilişkin yeni düzenlemeler, disiplinin yanı sıra ceza sorumluluklarının tartışılması gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır.

Uzlaştırmacı, görevini yerine getirirken kamu görevlisi sıfatını taşımaktadır. Bu anlamda, yalnızca kamu görevlileri tarafından işlenebilecek olan gerçek özgü suçları

6 7188 sayılı Kanun’un madde gerekçesinde, anılan değişikliklerle ilgili olarak; “*Kapsamın genişletilmesiyle, şüphelilerin doğrudan kamu davası ve cezai yaptırımlar yerine, ceza muhakemesinin onarıcı adalete dayanan kurumlarıyla karşılaşmaları amaçlanmaktadır. Böylelikle, suçun işlenmesiyle bozulan toplumsal düzen, taraflar arasında sağlanan barış yoluyla yeniden tesis edilmektedir. Ayrıca, uyuşmazlıkların alternatif yollarla uygulanarak mağdur odaklı bir yaklaşımla giderilmesi, geleneksel muhakeme yoluna nazaran yargı sistemini rahatlatan ekonomik faydalar da sağlamaktadır. Maddenin üçüncü fıkrasında öngörülen değişiklikle, uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen başka bir suçla birlikte “aynı mağdura karşı” işlenmiş olması hâlinde uzlaştırma hükümlerinin uygulanmayacağı kabul edilmektedir. Böylelikle farklı mağdurlara karşı işlenen suçlar bakımından bu kısıtlama kaldırılmakta ve uzlaştırma kapsamında olması halinde diğer mağdurların şüpheliyle uzlaşabilmelerine imkân tanınmaktadır.*” denmiştir. <www.lexpera.com> Erişim tarihi 20.11.2020.

işleyebilir. Ayrıca gerçek olmayan özgü suçlar bakımından da kamu görevlisi olması nedeniyle cezasının ağırlaştırılması gündeme gelecektir.

Bu makalede, uzlaştırmacının kamu görevlisi olması nedeniyle işleyebileceği özgü suçlar değerlendirilmiş; yalnızca kamu görevlileri tarafından işlenebilecek olmakla beraber, uzlaştırmacının işleme mümkün olmayan suçlar ise kapsam dışında bırakılmıştır.

II. Uzlaştırmacının Süreçteki İşlevi Ve Kamu Görevlisi Niteliği

Uzlaştırmacının kamu görevlisi olup olmadığını ve bu şekilde cezalandırılıp cezalandırılmayacağını belirlemek için, konu TCK'nın 6. maddesinde yer alan kamu görevlisi tanımı bağlamında ele alınmalıdır. Bu hüküm uyarınca; “*kamu görevlisi* deyiminden kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” anlaşılır. Öyleyse, öncelikle uzlaştırmacının yerine getirdiği faaliyetin “*kamusal faaliyet*” olup olmadığı belirlenmelidir. Üzerinde durulması gereken diğer husus ise, uzlaştırmacının söz konusu faaliyete katılma biçimidir.

A. Faaliyetin Niteliği

765 sayılı TCK döneminde, kanunda, memur ve kamu hizmeti gören kişi ayrımı yapılmıştı. Söz konusu ayırmada, kişinin statüsü değil, yapılan faaliyetin niteliği esas alınmıştı. Buna göre kamu görevi yapanlar “*memur*”, kamu hizmeti görenler ise “*kamu hizmeti gören kimse (kamu hizmetlisi)*” statüsü taşıyordu.⁷

765 sayılı TCK döneminde somut ölçütlere dayanmadığı için büyük bir karışıklığa yol açan⁸ bu ayırım, 5237 sayılı TCK'da terk edilmiş ve “*kamusal faaliyet*” yerine getiren herkesin kamu görevlisi olduğu şeklinde daha geniş bir tanım⁹ kabul edilmiştir. Yeni kavramı yerinde bulan¹⁰ yazarlar olmasın karşın, yapılan düzenlemenin tartışmaları

7 Sahir Erman ve Çetin Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm: Kamu İdaresine Karşı Suçlar (TCK 202-281)* (Işık Matbaacılık 1992) 481; Veli Özer Özbek ve diğerleri, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (15. bs, Seçkin Yayıncılık 2020) 1036.

8 Özbek ve diğerleri (n 7) 1039. Yargıtay'ın uzun süre bu konuda tutarı bir içtihat geliştiremediği hususunda bkz. Muharrem Özen ve Önder Tozman, ‘Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı’ (2009) 42 (4) Amme İdaresi Dergisi 39.

9 5237 sayılı TCK'nın kapsamının bu bağlamda daha geniş olduğu yönünde bkz. M Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (15. bs., Turhankitabevi 2015) 916; Murat Önok, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu* (Seçkin Yayıncılık 2006) 916; Burcu Demren Dönmez, ‘Türk Ceza Kanunu’nda Kamu Görevlisi Kavramı’ [2011] (94) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 99.

10 Artuk, Gökçen ve Yenidünya (n 9) 916.

sona erdirmedeği görülmektedir.¹¹ Kapsamın belirgin hale getirilmesinin bir ihtiyaç olduğu kuşkusuzdur. Ancak bu yeni tanımın; kamusal faaliyet kavramının mevzuatta ve diğer kamu hukuku dallarında kullanılan bir kavram olmaması¹² ve bu nedenle içeriğinin belirsizliği yeni sorunlara yol açmıştır.¹³ Kamu görevlisi kavramının kapsamının gereğinden fazla genişletilmesi de yerinde değildir; zira bu durumda kamu görevlisi olarak cezalandırılabilen kişilerin sayısı ölçüsüz biçimde genişler, kamu görevlisinin farklı bir biçimde cezalandırılmasına yönelik ihtiyacı aşar ve toplumun büyük bir kısmını kapsar hale gelir.¹⁴ Buna ek olarak hükmün özel kanunlarda yer alan düzenlemelerle ilişkisi¹⁵ de bir diğer tartışma konusu olarak ortaya çıkmıştır.

Öğretide 765 sayılı TCK döneminden bu yana, kamu görevi kavramı çeşitli ölçüt ve teorilerle açıklanmaya çalışılmıştır.¹⁶ Kamusal faaliyet kavramının yalnızca kamu görevi olarak anlaşılması gerektiğini savunan yazarlar¹⁷ olduğu gibi, kavramın “*kamu görevi ve kamu hizmeti*” kavramlarını kapsadığı, kamuya yararlı hizmet yerine getirenlerin ise kapsam dışı olduğunu savunanlar¹⁸ da vardır. Aslına bakılırsa kimlerin kamu görevlisi olduğuna ilişkin sorun yasama ve yargıdan ziyade, yürütme erkine ilişkin olarak ortaya çıkar. Zira yasama ve yargı erklerinin elde etmek istedikleri gaye, yaptıkları faaliyette saklıdır ve bu erkler yalnızca faaliyette bulunmakla güttükleri amacı gerçekleştirmiş olurlar.¹⁹ Buna karşın idari faaliyet farklı şekillerde görülür ve bu alana giren bazı hususlarda hukuki yetki ve iktidarın kullanılması hemen hemen hiç göze çarpmaz.²⁰ 5237 sayılı TCK’nın geniş kapsamlı kamu görevlisi tanımı, bu nedenle daha çok yürütme erki bağlamında tartışmalara yol açmaktadır.

11 Özen ve Tozman (n 8) 43; Demren Dönmez (n 9) 118; Hasan Tahsin Gökcan, ‘Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Kamu Görevlisi Kavramı’ (2015) 3 (2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 152.

12 Gökcan (n 11) 150.

13 Demren Dönmez (n 9) 116; Önok (n 9) 370; Güneş Okuyucu Ergün, *Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu* (Çakmak Yayınları 2008) 13.

14 Benzer değerlendirmeler için bkz. Özen ve Tozman (n 8) 43; Demren Dönmez (n 9) 119; Okuyucu Ergün *Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu* (n 13) 38.

15 Konuya ilişkin tartışmalar için bkz. Özen ve Tozman (n 8) 47-49. Bu düzenlemelerin varlık nedeninin Yargıtay’ın yalnızca memurları kamu görevlisi sayması olduğu, dolayısıyla kamu hizmeti gören kişilerin ancak bu özel düzenlemeler sayesinde kamu görevlisi gibi cezalandırılabilirdiği hususunda bkz. Artuk, Gökçen ve Yenidünya (n 9) 916; Önok (n 9) 919.

16 Bu teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Okuyucu Ergün, *Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu* (n 13) 17-28; Özen ve Tozman (n 8) 37, 38; Artuk, Gökçen ve Yenidünya (n 9) 917, 918; Demren Dönmez (n 9) 109.

17 Okuyucu Ergün, *Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu* (n 13) 40.

18 Önok (n 9) 372; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (18. bs., Seçkin Yayıncılık 2020) 1215; Demren Dönmez (n 9) 114. Özbek ve diğerleri (n 7) 1044.

19 Erman ve Özek (n 7) 482.

20 Ibid 482.

Öte yandan konunun yargı erki bağlamında tartışılması gereken başka yönleri vardır. 5237 sayılı TCK'nın 6. maddesinde, tanımına yer verilen bir diğer kavram, “*yargı görevi yapan*”dır. Buna göre “*yüksek mahkemeler ve adli, idarî ve askerî mahkemeler üye ve hakimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatlar*” yargı görevi yapan kişilerdir. 5237 sayılı TCK, rüşvet suçunda olduğu gibi bazı suçların bu kişilerce işlenmesini veya bazı suçların bu kişilere yönelik olarak işlenmesini²¹ özel olarak düzenlediği için, böyle bir tanıma yer verilmiştir. Tanımda sayılan kişilerin, kamu görevi yapan kişiler olduğu tartışmasızdır.²² Ancak yargı erki söz konusu olduğunda, bu erk içinde kamusal işleve katkıda bulunan kişiler, bu sayılanlarla sınırlı değildir. Bunların dışında yer alan ve adli görevle iştigal ettiklerini söyleyebileceğimiz kamu görevlileri de vardır. Bunlar arasında kadrolu olarak görev yapanlar olduğu gibi (savcılık ve mahkeme kalemlerinde çalışan personel gibi), herhangi bir istihdam ilişkisi olmaksızın gördükleri işlev sırasında kamu görevlisi sayılanlar da vardır. Konumuzla ilgisi açısından yargılama faaliyetine katılan bu kişilerin üzerinde durmak gerekir.

HMK'nın 284. maddesinde bilirkişinin, “*TCK anlamında kamu görevlisi olduğu*” açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla mahkemeler veya savcılıklar tarafından atanan bilirkişiler ve tercümanların TCK bağlamında kamu görevlisi olduğu tartışmasızdır.²³ Yine mahkemeler ve savcılarca dinlenmelerine karar verilen tanıklar²⁴ da kamu görevlisidir. 2005 yılında uzlaştırmanın hukukumuzda girmesiyle bu sayılanların yanına uzlaştırmacının da dahil olup olmayacağına ilişkin tartışmanın alevlenmesi beklenebilirdi. Ancak 2016 yılında 6763 sayılı Kanun'la yapılan değişikliğe kadar uzlaştırmacılık görevinin adliye personeli ve avukatlar tarafından yerine getirilmesi bu tartışmanın gün yüzüne çıkmasını engellemiştir. Zira bu kişiler zaten yaptıkları iş itibarıyla kamu görevlisi olduklarından, konunun uzlaştırma faaliyeti bağlamında ayrıca tartışılmasına ihtiyaç duyulmadığı düşüncesindeyiz. Oysa 6763 sayılı Kanun'la artık bu görevi yapacak hukuk öğrenimi görmüş kişiler çok farklı meslek gruplarına mensuptur. Her ne kadar öğretide uzlaştırmacının

21 TCK'da yer alan görevi yaptırmamak için direnme; yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs ve adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçlarında bu tip düzenlemelere rastlanmaktadır.

22 Demren Dönmez (n 9) 114.

23 Ayrıntılı bilgi için bkz. Yaprak Öntan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik* (Yetkin Yayınları 2014) 36.

24 Erman ve Özek (n 7) 494. Yazarlar 765 sayılı Kanun döneminde yazdıkları eserlerinde bilirkişi, tercüman ve tanıkların kamu görevlisi olduğunu ifade etmektedirler. 5237 sayılı TCK'nın 6. maddesinin gerekçesinde de bu kişilerin kamu görevlisi olduğuna vurgu yapılmıştır.

kamu görevlisi olduğunu ifade eden yazarlar²⁵ varsa da ortaya çıkan durum karşısında uzlaştırmacılık faaliyetinin niteliğinin tartışılması gerekmektedir.

Uzlaştırmacının görev ve yetkilerine bakıldığında bunlar arasında; soruşturmanın gizliliği nedeniyle kamuoyuna kapalı olan bilgilere erişmek, soruşturma dosyasında yer alan belgeleri kendisine verildiği kadarıyla incelemek, taraflara doğrudan veya dolaylı yoldan (uzlaştırma bürosu aracılığıyla açıklamalı tebligat veya istinabe yoluyla) ulaşmak, uzlaştırma görüşmelerini gizli biçimde yürütmek ve ilgili makamın onayıyla mahkeme ilamı hükmü niteliği kazanacak olan uzlaştırma raporunu düzenlemek gibi görev/yetkilerin yer aldığı görülmektedir. Bu faaliyetler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, bunların savcılık makamının da içerisinde yer aldığı adli faaliyetin (geniş anlamda yargısal faaliyet) unsurları olarak değerlendirilmesi gerekir. Bu noktada uzlaştırmacı, uzlaştırma bürosundan sorumlu Cumhuriyet savcısının bir yardımcısı ve adeta “*longa manus*”u olarak görev yapmaktadır. Bu faaliyetin devletin asli bir faaliyeti olduğu kuşkusuzdur. Kanımızca bu faaliyet geniş anlamda yargı faaliyetinin bir parçası ve dolayısıyla kamu görevidir.

Uzlaştırmacının faaliyetleri aynı zamanda sıkı bir denetime tabidir. Görevin kamusal karakteri kendisini Cumhuriyet savcılığının denetim yetkilerinde de göstermektedir. Uzlaştırmacılar, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği'nin (Yönetmelik) 65/2. maddesi uyarınca yargı çevresinde çalıştığı Cumhuriyet Başsavcılığı'nın denetimi altındadırlar.²⁶ Denetimin kapsamı Yönetmeliğin 67/2. maddesinde belirlenmiştir:

“Uzlaştırmacılar;

- a) Yönetmelikte belirtilen temel ve etik ilkelere uygun hareket edilmesi,
- b) Uzlaşma teklifi ve uzlaştırma raporunun usulüne uygun düzenlenmesi,
- c) Uzlaştırma işlemlerinin süresi içinde tamamlanması,
- ç) Uzlaştırma müzakerelerinin gizliliğine riayet edilmesi,
- d) Kanun ve bu Yönetmeliğin öngördüğü yükümlülüklerle uygun hareket edilmesi, yönlerinden denetlenir.”

25 Mustafa Ruhan Erdem, Ferda Eser ve Pakize Pelin Özşahinli, *100 Soruda Uzlaştırma: Uzlaştırmacının El Kitabı* (2. bs., Seçkin Yayıncılık 2017) 36; Özbek (n 4) 76; Erdal Yerdelen, ‘Uzlaştırmacının Esasları ve Benzer Kurumlardan Farkları’ içinde Mustafa Serdar Özbek, Orhan Cuni ve Merve Özcan (ed), *Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma El Kitabı* (Adalet Bakanlığı 2018) 31.

26 Yönetmeliğin 65/2. maddesinde “Uzlaştırmacılar; görev yaptıkları yerin Cumhuriyet başsavcısı, Cumhuriyet başsavcılık vekili veya görevlendirilen Cumhuriyet savcısı tarafından denetlenir.” hükmü yer almaktadır.

Konu ayrıca uzlaştırma müzakereleri bağlamında da düzenlenmiş ve Yönetmeliğin 31/2. maddesinde; *“Uzlaştırıcı, müzakereler sırasında izlenmesi gereken yöntemle ilgili olarak Cumhuriyet savcısıyla görüşebilir; Cumhuriyet savcısı, uzlaştırmacıya uzlaştırma müzakerelerinin kanuna uygun yürütülmesi amacıyla talimat verebilir.”* hükmüne yer verilmiştir.

B. Uzlaştırmacının Sürece Katılma Biçimi

TCK'nın 6. maddesinde yer alan tanıma bakıldığında, kamu görevlisi statüsünün belirlenmesinde esas olanın *“kamusal faaliyetin yerine getirilmesi”* olduğu üzerinde durulmuştur. Zira Kanun'da, faaliyete katılma biçimi bakımından herhangi bir sınırlama getirilmemekte ve *“atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılma”*nın mümkün olduğu ifade edilmektedir. Ancak söz konusu tanım, kavramın belirsiz bir biçimde genişlemesine yol açmaktadır. Bu nedenle kişinin sürece, kamu hukuku usulüne göre katılması gerekliliğinin, Kanun'da belirtilmesi yerinde olurdu.²⁷ Öte yandan aşağıdaki esaslara bakıldığında, uzlaştırmacının sürece katılımının, katı kurallara tabi olduğu görülmektedir. Bu katılım biçiminin de söz konusu hizmetin bir kamu hizmeti olan adli hizmetin bir parçası olduğu yönündeki görüşümüzü desteklediğini düşünüyoruz.

Uzlaştırmacı statüsüne sahip olabilmek için öncelikle, içeriği Adalet Bakanlığı tarafından belirlenen ve bağımsız eğitim kurumlarınca verilen uzlaştırma eğitim programlarına katılmak, yapılan sınavda başarılı olmak ve uzlaştırmacı siciline kaydolmak gerekir. Uzlaştırmacı olarak görev yapmak içinse, ağır ceza mahkemesinin yanında yer alan bir Cumhuriyet başsavcılığının yargı çevresindeki listeye kayıtolmak zorunludur (Yönetmelik m. 71). Uzlaştırma bürosundan sorumlu Cumhuriyet savcısı, uzlaştırmacıya başvurulması gerekli olan hallerde, Yönetmeliğin 13. maddesinde yer alan tevzi kıstaslarını da dikkate almak suretiyle listeden uzlaştırmacı seçimi yaparak, işi uzlaştırmacıya göndermektedir (Yönetmelik m. 12). Dolayısıyla uzlaştırmacı, uzlaştırma bürosundan sorumlu Cumhuriyet savcısı tarafından atanan bir kimse olup, özel hukukta var olan arabuluculuk kurumunun aksine, tarafların kendi uzlaştırmacılarını seçmeleri mümkün değildir.

Belirtmek isteriz ki, bu düzenleme ceza muhakemesi hukuku açısından son derece yerindedir. Kamusal karakteri ağır basan cezai uyuşmazlığın çözümünde, konunun eğitimini almış, tarafların iradesi dışında tevzi kıstaslarına göre rastgele belirlenmiş

27 Gökcan (n 11) 151.

bir kimsenin görev yapması son derece uygundur. Bu sürecin devletin cezalandırma yetkisinin ortadan kalkmasıyla sonuçlanması mümkün olduğundan, süreçte görev alacak kişinin tarafsızlığı büyük önem taşımaktadır. Elbette uzlaştırmacının tarafsızlığını sağlamaya yönelik birçok kural mevcuttur. Ancak bu kuralların da öncesinde gelen en büyük güvence, seçimin objektif ölçütlere göre rastgele yapılmasıdır. Nasıl ki kişi davasında görev alacak hâkim ve savcılar seçemiyorsa, uzlaştırmacının da rastgele belirlenmesi tüm taraflar açısından bir güvencedir.

Bütün bu açıklamalar ışığında, uzlaştırmacının, görevlendirildiği andan, raporunu teslim ettiği ana kadar kamu görevlisi olduğunu kabul etmek gerekmektedir.²⁸

Yargıtay 5. Ceza Dairesi bir kararında uzlaştırmacıyı yerinde bir biçimde kamu görevlisi olarak kabul etmiştir.²⁹ Kararın karşı oy yazısında ise, “*CMK’nın 253-255. maddelerinde düzenlenen uzlaşma hükümleri içeriğinde uzlaştırmacının kamu görevlisi sayıldığına yönelik hüküm bulunmadığından, TCK’nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve kamu görevlisi tarafından işlenebilen görevi kötüye kullanma suçunun faili olması, mümkün değildir.*” şeklinde şerh düşülmüştür. Söz konusu görüş, TCK’nın 5. maddesinde yer alan “*Kanun’un genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır*” hükmünü tamamen göz ardı etmesi nedeniyle hatalıdır. 5252 sayılı Kanun uyarınca, diğer kanunların TCK’nın genel hükümlerine aykırı hükümlerinin, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapılmaya ve en geç 31 Aralık 2008 tarihine kadar uygulanacağı hükmüne bağlanmıştır. Dolayısıyla 1 Ocak 2009’dan bu yana, diğer kanunlarda kamu görevlisi niteliğinin belirlenmesi hususunda aksi yönde bir belirleme bulunmadığı takdirde, TCK’nın 6. maddesinde yer alan kamu görevlisi tanımı esas alınacaktır. Bu nedenle, kararda çoğunluğu oluşturan üyelerin yaklaşımı yerindedir.

II. Uzlaştırmacının Cezai Sorumluluğu

A. Herkes Tarafından İşlenebilen Suçlar ve Gerçek Olmayan Özgü Suçlar Bakımından

Uzlaştırmacı görevini yerine getirdiği sırada göreviyle ilgili olmayan birtakım suçlar işleyebilir. Örneğin; görüşme sırasında taraflara hakaret etmesi, taraflardan birini kasten

28 Aynı yönde bkz. Erdal Yerdelen ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma* (Adalet Yayınevi 2018) 133; Berrin Akbulut ve Murat Aksan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma* (2. bs., Seçkin Yayıncılık 2019) 206; Uğur Eriş, ‘Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Eğitimi’ [2018] (137) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 251, 253, 255; Olgun Değirmenci, *Onarıcı Adalet Uygulaması Olarak Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma* (Seçkin Yayıncılık 2020) 151, 336, 358.

29 Yargıtay 5. Ceza Dairesi, (27.05.2019) E 2015/10115, K 2019/5723 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 25.11.2020.

yaralaması, görüşme sırasında gizli olarak ses kaydı alması vb. söz konusu olabilir. Bu suçların faili herkes olabileceği için, bu suçlar çalışmanın kapsamına alınmamıştır.

Bazı suçlarda ise kanun koyucu, özellikle kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılmasını ağırlaştırıcı neden haline getirmiştir. Bu suçlar öğretilerde gerçek olmayan özgü suçlar şeklinde adlandırılmaktadır. Gerçek anlamda özgü suçlar yalnızca belli özelliklere sahip kişiler tarafından işlenebilirken, gerçek olmayan özgü suçta failin niteliği cezanın ağırlaşmasına yol açmaktadır.³⁰ Örneğin; cinsel saldırı, cinsel istismar, cinsel taciz, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarında böyledir. Ayrıca TCK'nın 119. maddesinde yer alan ortak hükümde de hürriyete karşı suçların önemli bir kısmında, kamu görevinden kaynaklanan nüfuzun kötüye kullanılması, ağırlaştırıcı neden sayılmıştır. Fuhuş suçunda da benzer bir düzenleme vardır.

Uzlaştırıcı kamu görevlisi olduğundan, suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesine yönelik ağırlaştırıcı nedenler, ilgili fiil uzlaştırıcılık görevi kapsamında gerçekleştirildiği takdirde uzlaştırıcıya da uygulanacak ve ceza ağırlaştırılacaktır.

30 Gerçek özgü suç (İtalyanca karşılığı, "reato proprio proprio" veya "reato proprio esclusivo", Almanca karşılığı "sonderdelikte"), "gerçek olmayan özgü suç" (İtalyanca karşılığı, "reato proprio improprio" veya "reato proprio non esclusivo", Almanca karşılığı "unechte sonderdelikte") ayrımı aslen Alman hukuku kaynaklıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gian Paolo Demuro, "Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta" [1998] Rivista italiana di diritto e procedura penale 851. Bu konuda İtalyan hukukunda yürütülen tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fahri Gökçen Taner, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar* (2. bs., Seçkin Yayıncılık 2017) 95. Türk öğretilerinde bu kavrama karşılık gelmek üzere görünüşte özgü suç kavramı da kullanılmaktadır. Bkz. Kayıhan İçel ve diğerleri, *İçel Suç Teorisi*, 2. Kitap (3. bs., 1999) 91; İzzet Özgeçen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. bs., Seçkin Yayıncılık 2020) 213.

"298 Sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun "Adaylık hükümlerine aykırı hareketler ve propaganda yapamayacak olanlar" başlıklı 154. maddesinin ikinci fıkrası; "Yargıç ve yargıç sınıfından sayılanlar, askerî şahıslar ve bu Kanunun 62'nci maddesinin ikinci fıkrasında yazılı memur ve hizmetlilerin özel kanunlarına göre ilan olunan seçimin başlangıç tarihinden oy vermenin sona ermesine kadar bir siyasi parti veya bağımsız adayların leh veya aleyhinde propaganda yapmaları veya herhangi bir suretle telkin ve tesirde bulunmaları halinde, fiili daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar" hükmünü içermektedir.

Bu suçun faili, yargıç ve yargıç sınıfından sayılanlar, askerî şahıslar, yine devlet, katma bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyelerle bunlara bağlı daire ve müesseseler, iktisadi devlet teşekkülleri ve bunların kurdukları müesseseler ve ortaklıkları ile diğer kamu tüzel kişiliklerinde memur ve hizmetli olarak çalışan kimseler olabilir. Görüldüğü üzere sadece madde metninde sayılan sıfatlara sahip olan kimselerin fail olabilecekleri bu suç, özel faillik sıfatının kurucu unsur olması sebebiyle gerçek özgü suç niteliğindedir." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, (27.03.2018) E 2015/19-625, K 2018/118 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 21.01.2021.

B. Özgü Suçlar Bakımından

1. Görevi Kötüye Kullanma (TCK m. 257)

Uzlaştırmacının kamu görevlisi sıfatı düşünüldüğünde, ceza sorumluluğu açısından akla ilk gelen suç şüphesiz “görevi kötüye kullanma” olmaktadır.³¹

Uzlaştırmacı bu suçu “görevinin gereklerine aykırı hareket ederek” işleyebileceği gibi, “görevin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermek” suretiyle de işleyebilir.³² Görevin gereklerine aykırı hareket etme hipotezi bakımından, kamu görevlisinin gerçekleştirdiği fiilin görevi ile ilgili olması ve bu fiilin görevin gerekliliklerine aykırı olması gereklidir.³³ Görevle ilgili olmayan bir fiil söz konusu olduğunda, TCK’nın 262. maddesinde düzenlenen, kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçundan sorumluluk doğabilirse de görevi kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır.³⁴ Fiilin suç oluşturabilmesi için kanun ya da idari düzenlemelerle belirlenen yükümlülüklere ya da talimata aykırılık teşkil etmesi veya bunlarla belirlenen yetkilerin verilmiş amacı dışında³⁵ ya da sınırlarını aşarak³⁶ kullanılması gerekir. Bu suçta davranış, hareket olarak ortaya çıkmaktadır. Buna göre, suç fiilinin uzlaştırma göreviyle ilgili olması ve fiilin CMK ve Yönetmelik hükümleriyle belirlenen kural ve yükümlülüklere veya uzlaştırmacıyı görevlendiren merciin verdiği hukuka uygun talimatlara aykırı olması ya da Kanun ve Yönetmelik’te tanınan yetkilerin verilmiş amacı dışında veya sınırları aşılarak kullanılması gerekir. Örneğin; Kanun’da ve Yönetmelik hükümlerinde belirtildiği üzere, uzlaştırmacının, uzlaştırma süreci ve uzlaştırmacının

31 Görevi kötüye kullanma suçu, TCK’nın 257. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

“(1) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

32 Akbulut ve Aksan (n 28) 206.

33 Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (10. bs., Savaş Yayınevi 2019) 310.

34 Tezcan, Erdem ve Önok (n 18) 1228; Artuk, Gökçen ve Yenidünya (n 9) 1116; Güneş Okuyucu Ergün, ‘Görevi Kötüye Kullanma Suçu’ [2009] (82) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 7-8; İlhan Üzülmöz, ‘Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK M.257)’ (2012) XVI (1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 197. Uzlaştırmacının kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçunun faili olup olmayacağı aşağıda tartışılacaktır.

35 Toroslu (n 33) 310.

36 Okuyucu Ergün, ‘Görevi Kötüye Kullanma Suçu’ (n 34) 9.

sonuçları hususlarında tarafları bilgilendirme yükümlülüğü vardır.³⁷ Uzlaştırmanın tarafları kasten yanlış bilgilendirmesi ve 257. maddenin aradığı kamu zararı veya kişilerin mağduriyeti neticelerinden birinin de gerçekleşmesi halinde, suç tamamlanmış olacaktır. Yine, uzlaştırmacı görevini yerine getirirken Cumhuriyet savcısının verdiği talimatlara uygun hareket etmek durumundadır.³⁸ Uzlaştırmacı bu talimatlara kasten riayet etmediğinde, kanunun aradığı neticelerin gerçekleşmesi şartıyla görevi kötüye kullanmaktan sorumlu olacaktır. Ancak uygulamada söz konusu talimatlar sözlü olarak verildiğinden, bu durumda bir ispat güçlüğü doğması kaçınılmazdır.

TCK'nın 257. maddesinde yer alan ikinci hipotez "*görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermek*"tir. Bu bağlamda suçun oluşması için kamu görevlisinin görevi gereği üstlendiği; kanundan ya da idari düzenlemeden kaynaklanan yükümlülükleriyle ilgili bir fiil olmalıdır.³⁹ Kamu görevlisinin bu görevi yerine getirmemesi halinde "*görevin gereklerini yapmada ihmal*", görevin yerine getirilmesi gereken zamandan geç bir zamanda yerine getirmesi halinde ise "*gecikme gösterme*" söz konusudur. Bu suçta öngörülen seçimlik davranışların her ikisi de ihmal niteliğindedir. CMK'nın 253/12. maddesi,⁴⁰ Yönetmeliğin ise 17/1 ile 24. maddeleri⁴¹ uyarınca, uzlaştırmanın uzlaştırma işlemlerinin otuz gün içinde tamamlaması gerekmektedir ve bu süre her defasında en fazla yirmi gün olmak üzere iki kez uzatılabilir. Uzlaştırmacı,

37 CMK madde 253/5: "*Uzlaşma teklifinde bulunulması halinde, kişiye uzlaşmanın mahiyeti ve uzlaşmayı kabul veya reddetmesinin hukuki sonuçları anlatılır.*"

Yönetmelik madde 5/5: "*Uzlaştırma sürecine başlanmadan önce şüpheli veya sanık ile mağdur veya suçtan zarar gören; hakları, uzlaşmanın mahiyeti ve verecekleri kararların hukuki sonuçları hakkında bilgilendirilir.*"
Yönetmelik madde 29/5: "*(...) Uzlaştırmacı tarafından bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirildiğine ve uzlaşma teklifinde bulunulduğuna ilişkin formun imzalı örneği uzlaştırma evrakı içine konulur.*"

38 CMK madde 253/14: "*Uzlaştırmacı, müzakereler sırasında izlenmesi gereken yöntemle ilgili olarak Cumhuriyet savcısıyla görüşebilir; Cumhuriyet savcısı, uzlaştırmacıya talimat verebilir.*"

Yönetmelik madde 31/2: "*(...) Uzlaştırmacı, müzakereler sırasında izlenmesi gereken yöntemle ilgili olarak Cumhuriyet savcısıyla görüşebilir; Cumhuriyet savcısı, uzlaştırmacıya uzlaştırma müzakerelerinin kanuna uygun yürütülmesi amacıyla talimat verebilir.*"

39 Toroslu (n 33) 313.

40 CMK madde 253/12: "*Uzlaştırmacı, dosya içindeki belgelerin birer örneği kendisine verildikten itibaren en geç otuz gün içinde uzlaştırma işlemlerini sonuçlandırır. Uzlaştırma bürosu bu süreyi her defasında yirmi günü geçmemek üzere en fazla iki kez daha uzatabilir.*"

41 Yönetmelik madde 17/1: "*Uzlaştırmacı, uzlaştırma evrakını teslim aldıktan sonra otuz gün içinde uzlaştırma işlemlerini sonuçlandırır. (Değişik cümle:RG-31/12/2019-30995 4. Mükerrer) Bu süre içerisinde sonuçlandıramazsa durumu açıklayan bir dilekçeyle büroya başvurması hâlinde bürodan sorumlu Cumhuriyet savcısının onayını almak koşuluyla uzlaştırma bürosu bu süreyi her defasında yirmi günü geçmemek üzere en fazla iki kez daha uzatabilir.*"

Yönetmelik madde 24: "*Uzlaştırmacı, uzlaştırma evrakını teslim aldıktan sonra otuz gün içinde uzlaştırma işlemlerini sonuçlandırır. (Değişik cümle:RG-31/12/2019-30995 4. Mükerrer) Bu süre içerisinde sonuçlandıramazsa durumu açıklayan bir dilekçeyle büroya başvurması hâlinde bürodan sorumlu Cumhuriyet savcısının onayı alınmak koşuluyla büro bu süreyi her defasında yirmi günü geçmemek üzere en fazla iki kez daha uzatabilir.*"

uzlaştırma görevini aldıktan sonra, işlemlere süresi içerisinde bilerek ve isteyerek başlamaz ya da işlemleri tamamlamazsa görevin gereklerini yapmada ihmal göstermiş olacaktır. Ek süre talep etmeksizin veya uzatma talebi kabul edilmeksizin otuz gündün sonra ya da ek süre talebi kabul edilirse, verilen ek sürenin bitiminden sonra görevin yerine getirilmesi halinde, gecikmeden söz edilebilir.

Her iki suç hipotezi bakımından da kanunda, kişilerin mağduriyetine⁴² veya kamunun zararına⁴³ neden olunması ya da kişilere haksız bir menfaat⁴⁴ sağlanması şeklindeki neticelerden⁴⁵ birinin gerçekleşmiş olması aranmaktadır. Örneğin; uzlaştırmacının tarafları kasten yanlış bilgilendirmesi nedeniyle, uzlaşma sağlandıktan sonra tazminat davası açma hakkını artık kullanamayacağını bilmeyen mağdur, bu nedenle failden herhangi bir edim talep etmediğinde kişisel mağduriyet doğacak ve suç oluşacaktır. Uzlaştırmacı, mağdura yarar sağlamak adına, faili mutlaka fahiş miktarda parasal bir edimi mağdura ödemeyi kabul etmesi gerektiği konusunda yanlıtır ve fail bunu kabul ederse, kişiye haksız menfaat sağlamak şeklindeki netice gerçekleşmiş olur.⁴⁶ Bu durumda aşağıda ele alınacak olan, irtikâp suçunun hileli davranışlarla işlenmesi de gündeme gelebilir. Ancak belirtmek gerekir ki, uzlaşma görüşmeleri tutanağa bağlanmadığından ve gizli olduğundan, uzlaştırmacının bu noktada yanlış bilgi verdiğinin ispatı oldukça güçtür. Buna ek olarak, uzlaşma teklif formunda uzlaşmanın sonuçları hakkında önemli bilgiler vardır. Dolayısıyla kişinin uzlaştırmacı tarafından yanıltıldığı ileri sürmesi halinde, bunu ispatlaması oldukça güç olacaktır.

42 Kişisel mağduriyet yalnızca ekonomik zarar demek değildir. Yargıtay ve doktrinindeki birçok yazar kişisel mağduriyete maddi ya da manevi zararların dâhil olduğu görüşündedir. Toroslu (n 33) 310-311; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (6. bs., Seçkin Yayıncılık 2019) 976; Özbek ve diğerleri (n 7) 1128; Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar* (US-A Yayıncılık 2016) 82; Tezcan, Erdem ve Önok (n 18) 1236-1237; Artuk, Gökçen ve Yenidünya (n 9) 1119; Okuyucu Ergün, 'Görevi Kötüye Kullanma Suçu' (n 34) 12; Pınar Memiş Kartal, 'Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)' (2013) 19 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1383; Üzülmöz (n 34) 201; Handan Yokuş Sevik, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (2. bs., Adalet Yayınevi 2019) 569.

43 Kamu zararı ise, kişisel mağduriyetin aksine maddi zarardır. Toroslu (n 33) 311; Tezcan, Erdem ve Önok (n 18) 1239-1240; Özbek ve diğerleri (n 7) 1129; Hafizoğulları ve Özen (n 42) 82-83; Okuyucu Ergün, 'Görevi Kötüye Kullanma Suçu' (n 34) 13; Koca ve Üzülmöz (n 42) 976; Yokuş Sevik (n 42) 570.

44 Kişilere sağlanan haksız menfaat, kişisel mağduriyet gibi maddi ya da manevi olabilir. Tezcan, Erdem ve Önok (n 18) 1241; Artuk, Gökçen ve Yenidünya (n 9) 1122; Koca ve Üzülmöz (n 42) 977; Üzülmöz (n 34) 201- 202; Yokuş Sevik (n 42) 572.

45 Kanunda sayılanları netice değil objektif cezalandırılabilme şartı olarak değerlendiren görüş için bkz. Artuk, Gökçen ve Yenidünya (n 9) 1119; Koca ve Üzülmöz (n 42) 975; Üzülmöz (n 34) 199.

46 Taraflar tazminat miktarını belirlemesini uzlaştırmacıdan kendileri istemiş olsalar dahi uzlaştırmacının böyle bir yetkisi yoktur. Erdem, Eser ve Özşahinli (n 25) 84.

Ceza muhakemesinde, muhakemenin düzgün işlemlerini ve adli makamların özenli davranmalarını sağlamaya yönelik olan, işlemin yapılması gerekli zaman dilimini gösteren ancak herhangi bir yaptırımı olmayan süreler *düzenleyici süre* adı verilir.⁴⁷ Uzlaştırma işlemlerinin tamamlanması için öngörülen süreler de düzenleyici süre niteliğindedir. Bu tür sürelerin esas olarak yapılan işlem üzerinde bir yaptırımı olmamasına karşın bunlar, muhataplarının görevlerini zamanında yerine getirip getirmediği konusunda, ölçüt olarak kullanılmaktadır. Uzlaştırmacı, belirlenen süre dolduktan sonra raporunu teslim ederse, savcılık veya mahkeme sırf bu nedenle raporu reddedemez ve uzlaşmayı sonuçsuz kalmış sayamaz.⁴⁸ Ancak belirtmek gerekir ki, uzlaştırma süresinin aşıldığı her durumda, uzlaştırmacının kusurundan söz etmek de mümkün değildir. Özellikle açıklamalı tebligat yoluna başvurulmuş haller bakımından, otuz günlük asıl ve yirmi günlük ek sürelerin (Kanun'daki değişikliğe rağmen ve ek süre almanın da takdire bağlı olduğu göz önünde bulundurularak) bazı dosyalar bakımından (özellikle fail veya mağdur sayısının fazla olduğu dosyalarda) yetersiz olabileceği açıktır. Buna ek olarak uygulamada uzlaştırma bürolarının birden fazla dosyayı uzlaştırmacıya aynı anda verdiği düşünüldüğünde, söz konusu sürelerin uzlaştırmacıyı yersiz bir telaşa sokabileceği açıktır. Açıklamalı tebligat yoluna başvurulmuş ve tarafların sürece katılmayı kabul ettikleri hallerde dahi, aynı anda uzlaştırma sürecinin başladığı dosyalarda süreci yetmiş günde gereği gibi tamamlamak mümkün olmayabilir.

Ne var ki, görevin süresi içerisinde yerine getirilmemesi ya da geciktirilmesi kamu zararı veya kişisel mağduriyete yol açarsa sorumluluk söz konusu olur. Örneğin; uzlaştırma işlemlerinin süresi içinde tamamlanmaması nedeniyle yeni bir uzlaştırmacı görevlendirilmesi ve iş bu uzlaştırmacının elindeyken tekrar edilen işlemlerden doğan masraflar bu kapsamda değerlendirilebilir. Yine raporun geç sunulması nedeniyle şüphelinin hukuki durumunun belirsizlik arz etmesi, uzlaştırma süreci sonuçlanıncaya kadar kişiye koruma tedbirinin uygulanmasının da mümkün olduğu gözetildiğinde

47 Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (15. bs., Beta Yayıncılık 2006) 482; Güneş Okuyucu Ergün, *Ceza Muhakemesi İşlemleri* (Yetkin Yayınları 2015) 101; Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku II* (9. bs., Seçkin Yayıncılık 2020) 230.

48 Aynı yönde bkz. Yerdelen ve diğerleri (n 28) 322.

kişisel mağduriyete⁴⁹ yol açabilecektir.

Son olarak, öğretide kimi yazarlarca, uzlaştırmacının edim karşılığı olarak taraflardan aldığı malı zimmetine geçirmesi halinde, zimmet suçundan sorumlu olacağı ileri sürülmektedir.⁵⁰ Ne var ki, uzlaştırmacının edimin yerine getirilmesinde aracı olmak, örneğin; edim olarak öngörülen belli bir meblağı failden alarak mağdura vermek gibi bir yükümlülüğü ya da görevi olmadığı gibi, tam tersine edimin yerine getirilmesi sürecine hiçbir şekilde karışmaması gerekir. Uzlaştırmacı yalnızca, edimin ne olduğunu ve ne şekilde yerine getirileceğini ya da getirildiğini raporunda açıkça belirtir ve bu rapor taraflarca imzalanır. Uzlaştırmacının edimle ilgili görevi bu noktada sona ermektedir. Bu nedenle uzlaştırmacıya görevi gereği bir mal tevdi edilemez ve dolayısıyla zimmet suçu oluşamaz. Uzlaştırmacıya bir şekilde edimi teşkil eden mal teslim ediliyor ve uzlaştırmacı bunu mal ediniyorsa, burada malın kendisine duyulan güven nedeniyle tesliminden ve olsa olsa güveni kötüye kullanma suçundan bahsetmek gerekir.

49 Cumhuriyet savcısının görevi ihmali sonucunda, kişilerin mağduriyeti bağlamında Ceza Genel Kurulu şu tespitleri yapmaktadır:

“Suç tarihinde Beykoz Cumhuriyet savcısı olarak görev yapan ve 5237 sayılı TCK’nun 6/1-c maddesinde tanımlanan kamu görevlisi olduğunda tereddüt bulunmayan sanık, 07.09.2006 ile 11.10.2012 tarihleri arasındaki dönem içinde sorumlu olduğu soruşturma dosyalarından 216 adedinde 4 aydan 7 yılı aşan sürelerle hiçbir işlem yapmayarak; işbölümü gereği kendisine düşen soruşturma evrakının akubetini takip etmek, gereğini yapmak ve mümkün olan en kısa sürede sonuçlandırmakla görevli ve yükümlü olduğu halde, görevini kanunlar ve yönetmeliklerin öngördüğü şekilde yerine getirmemiş, soruşturma evrakının akubetini takip etmemiş ve 216 adet soruşturma evrakının işlemsiz kalmasına neden olmuştur. Sanık savunmalarında iş yoğunluğu nedeniyle bu durumun meydana geldiğini ve kastının olmadığını belirtmiş ise de, soruşturma evrakının bir kısmının 7 yılı bulan sürede işlemsiz kalması, 4 yıl ve üzeri işlemsiz bırakıldığı tespit edilen 45 adet dosyada 2009 yılı denetim tarihinden sonra bile herhangi bir işlem yapılmadığının anlaşılması karşısında, iş yoğunluğu mazeretine dayalı savunma, makul, hayatın olağan akışına ve görev anlayışına uygun değildir. Bu nedenle sanığın görevinin gereğini yapmakta ihmal ve gecikme göstermek suretiyle kanuna aykırı davrandığı sabittir.

Kanuna aykırı bu davranışın, cezai sorumluluğu gerektirip gerektirmediği hususuna gelince; sanığın görevini gereği gibi yapmakta ihmal gösterme eylemi ile doğrudan bağlantılı olarak nesnel ölçülere uygun bir şekilde tespit edilmiş herhangi bir ekonomik zarar oluşmadığına göre, anılan eylemle kamunun zarara uğratıldığından söz edilemeyecektir. TCK’nun 257. maddesinde 6086 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle getirilen ve “haksız kazanç” kavramını da kapsayan “kişilere haksız menfaat sağlandığı” konusunda bir belirleme ve iddia bulunmadığından, olayda bu ögenin de gerçekleşmediği kabul edilmelidir. Bununla birlikte, sanığın soruşturma dosyalarıyla ilgili işlemleri zamanında yerine getirme konusunda gerekli hassasiyet, dikkat ve özeni göstermeyerek dosyaların taraflarının mağduriyetine neden olup olmadığını tartışılması gerekmektedir. Suç konusu 216 adet dosyadaki suçlardan dolayı mağdur olan kimselerin kanuni haklarını elde etmeleri gecikmiş ve soruşturmanın olağan sürede sonuçlanmaması nedeniyle şüphelilerin hukuksal durumu da askıda tutularak, şartları varsa bir an önce aklanmaları imkanının önüne geçilmiştir. Bu nedenle, işbölümü gereği sanık Cumhuriyet savcısına düşen soruşturma evrakından 216 adedinde haklarında işlem başlatılan şüphelilerin, makul sürede karar verilmemesi nedeniyle mağdur oldukları açık olduğu gibi, aynı soruşturmalardaki suç mağdurlarının işlemsiz bırakma eyleminden mağdur oldukları, buna göre şahsi hakların ihlal edildiği ve kişi mağduriyetinin gerçekleştiği konusunda tereddüt bulunmamaktadır.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, (04.11.2014) E 2014/5-277, K 2014/476 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 15.08.2019.

50 Akbulut ve Aksan (n 28) 206.

2. Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması Suçu (TCK m. 258) Ve Bu Suçla Gizliliğin İhlali Suçu (TCK m. 285) Arasındaki İlişki

Göreve ilişkin sırrın açıklanması suçu,⁵¹ kamu görevlisinin, görevi gereği kendisine verilen veya aynı nedenle bilgi edindiği ve gizli kalması gereken belgeleri, kararları ve emirleri ve diğer tebligatı açıklaması veya yayınlaması ya da ne suretle olursa olsun başkalarının bilgi edinmesini kolaylaştırması suretiyle oluşmaktadır. O halde burada kamu görevine ilişkin bir sır söz konusudur.⁵² Maddenin 2. fıkrasına göre kamu görevlisi, kamu görevlisi sıfatı sona erdikten sonra da bu sırrı korumakla yükümlü kılınmıştır. İlgili sır; idareye, diğer tüzel kişilere veya gerçek kişilere ait olabilir.⁵³ Hiç kuşkusuz, kamu görevlisi, gizli kalması gereken bu belgeleri, kararları ve emirleri ve diğer tebligatı görevi nedeniyle, görevinin gereği öğrenmiş olmalıdır.⁵⁴

Suçta vücut veren seçimlik davranışlardan açıklamak; gizli kalması gereken içeriğin, sırrı öğrenmeye hakkı veya yetkisi olmayan bir başkasına⁵⁵, sözle, yazıyla ya da göstermek veya yayımlamak üzere verilmesi şeklindeki herhangi bir hareketle açığa vurulması, yayılmasıdır.⁵⁶ Yayınlamadan kasıt, gizli kalması gereken bilgi ya da belgelerin kitle iletişim araçları vasıtasıyla duyurulması iken,⁵⁷ başkalarının bilgi edinmesini kolaylaştırma, hareket ya da örneğin; gizliliği sağlayacak önlemlerin alınmaması suretiyle ihmalle,

- 51 Göreve ilişkin sırrın açıklanması suçu TCK'nın 258. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:
“(1) Görevi nedeniyle kendisine verilen veya aynı nedenle bilgi edindiği ve gizli kalması gereken belgeleri, kararları ve emirleri ve diğer tebligatı açıklayan veya yayınlayan veya ne suretle olursa olsun başkalarının bilgi edinmesini kolaylaştıran kamu görevlisine, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir.
(2) Kamu görevlisi sıfatı sona erdikten sonra, birinci fıkrada yazılı fiilleri işleyen kimseye de aynı ceza verilir.”
- 52 Hafizoğulları ve Özen (n 42) 87.
“(…) özünde devlet sırrı olmayan veya yetkili makamların açıklanmasını yasaklamadığı devlet güvenliğini ilgilendirmeyen ancak devletin idaresine ilişkin olan, kamu idaresinin menfaatlerini korumak, güvenilirliğini ve düzenli işleyişini sağlamak için 5237 sayılı TCK'da İkinci Kitap. Dördüncü Kısımda, “Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar” başlıklı birinci bölümü altında, 258. madde ile “Göreve ilişkin sırrın açıklanması” suçu düzenlenmiştir.
Türk Ceza Hukuku yönünden, yetkililerce veya düzenleyici işlemlerle açıklanması yasaklanan sır; özünde devlet sırrı niteliği taşımayan ancak, açıklanması ilgili mevzuat hükümlerine göre yasaklanmış ve gizlilik derecesi verilmiş bilgi, belgeler veya şeylerdir.
Yasaklama, yürütmenin herhangi bir işlemiyle yapılabileceği gibi, belgeler üzerine gizlilik derecesini gösteren damga veya özel bir yazının konulması, uyarı veya tabela yerleştirilmesi şeklinde de yapılabilir.
Y etikili makam tarafından duruma göre, sirküler, tebliğ, resmî açıklama, yazılı veya sözlü uyarı aracılığıyla, kişiler veya bireylerin bu konudaki yasaklamalardan haberdar edilmesi sağlanabilir.” Yargıtay 16. Ceza Dairesi, (03.04.2019) E 2019/897, K 2019/2292 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 21.01.2021.
- 53 Mehmet Emin Alşahin, ‘Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması Suçu (TCK m. 258)’ (2014) 20 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 236.
- 54 Ibid 227; Muharrem Özen ve Atacan Köksal, ‘Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması Suçu’ (2020) 69 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 203.
- 55 Erman ve Özek (n 7) 147.
- 56 Hafizoğulları ve Özen (n 42) 88-89; Özen ve Köksal (n 54) 209.
- 57 Hafizoğulları ve Özen (n 42) 89; Özen ve Köksal (n 54) 210.

başkalarının gizli kalması gereken içeriğe ulaşılmasına bilerek imkân sağlanmasıdır.⁵⁸

Uzlaştırmacı, görevi gereği kendisine verilen bilgi ve belgelerin gizliliğini korumakla ve soruşturma evresi bakımından soruşturmanın gizliliği ilkesini ihlal etmemekle yükümlüdür.⁵⁹ Bu yükümlülük, uzlaştırmaya ilişkin belgelerin birer örneği kendisine verildiği anda başlayacaktır.⁶⁰ Dolayısıyla, uzlaştırma bürosu tarafından verilen belgeler, uzlaştırmacı tarafından kasten ilgisiz kişilere açıklanacak olursa, göreve ilişkin sırrın açıklanması suçu oluşur.

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 33. maddesinde gizliliğin ihlali özel bir hükümlerle suç olarak düzenlenmiştir. Buna göre; *"Bu Kanunun 4 üncü maddesindeki yükümlülüğe aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır."*⁶¹ Benzer bir düzenleme uzlaştırmacılar için yapılmadığından ceza sorumluluğunun, tüm kamu görevlileri bakımından uygulanma imkânı bulunan, göreve ilişkin sırrın açıklanması veya gizliliğin ihlali suçlarına göre belirlenmesi gerekmektedir.⁶²

58 Hafizoğulları ve Özen (n 42) 89; Alşahin (n 53) 233; Özen ve Köksal (n 54) 211.

59 CMK madde 253/11: *"Görevlendirilen uzlaştırmacıya soruşturma dosyasında yer alan ve Cumhuriyet savcısınca uygun görülen belgelerin birer örneği verilir. Uzlaştırma bürosu uzlaştırmacıya, soruşturmanın gizliliği ilkesine uygun davranmakla yükümlü olduğunu hatırlatır."*

Yönetmelik madde 5/7: *"Uzlaştırmacı görevi sebebiyle kendisine verilen bilgi ve belgelerin gizliliğini korur. Taraflardan birinin verdiği gizli bilgi ve belgeleri verenin iznini almadan veya kanunen zorunlu olmadıkça diğer tarafa açıklamaz. Gizliliği koruma yükümlülüğü uzlaştırmacının görevi sona erdikten sonra da devam eder."*

Yönetmelik madde 5/8: *"Uzlaştırmacı müzakerelere başlamadan önce taraflara; uzlaştırmanın temel ilkelerini, kendisinin tarafsızlığını, uzlaştırma süreci ve sonuçlarını, uzlaştırmacı ile tarafların uzlaştırmadaki işlevlerini, gizlilik yükümlülüğünü açıklar ve onların süreci anlamalarını sağlar."*

Yönetmelik madde 16/2: *"Hangi belgelerin verildiği, verilme tarihi ile soruşturmanın gizliliği konusundaki bildirim, büro personelinin ve uzlaştırmacının imzasını içeren bir tutanakla tespit edilir."*

Yönetmelik madde 45/1-2: (Denetim ve performans kaydı) *"(1)Uzlaştırmacılar hakkında Cumhuriyet başsavcısı, Cumhuriyet başsavcı vekili veya Cumhuriyet savcısı tarafından yapılacak denetim ve performans değerlendirmeleri ile sonuçlarının tutulduğu kayıttır."*

(2)Bu kayıt; dosyanın uzlaştırmacıda kaldığı süre, uzlaşma teklifi ve uzlaştırma raporunun sonucu, etik ve temel ilkelere uyma, uzlaştırma raporunun eksiksiz düzenlenmesi, müzakerelerin gizliliğine riayet edilmesi, raporun süresi içinde verilmesi ile düşünceler sütunundan oluşur."

Yönetmelik madde 67/2-ç: *"(Uzlaştırmacılar...) Uzlaştırma müzakerelerinin gizliliğine riayet edilmesi,(...) yönlerinden denetlenir."*

60 Erdem, Eser ve Özşahinli (n 25) 34.

61 Kanun'un 4. maddesi ise şu şekildedir:

"Gizlilik"

MADDE 4 – (1) Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür.

(2) Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişiler de bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar."

62 Söz konusu düzenlemenin yapılmasının nedeninin, arabulucular bakımından gizliliğin ihlali gibi bağımsız bir suç tipinin bulunmaması olduğu yönündeki görüş için bkz. Değirmenci (n 28) 154.

Yukarıda da ifade edildiği üzere uzlaştırma müzakereleri gizli olarak yürütülür ve müzakereler sırasında yapılan açıklamalar herhangi bir soruşturma, kovuşturma veya davada delil olarak kullanılamayacağı gibi, uzlaştırmacı da müzakereler sırasında öğrendiklerini gizli tutmakla yükümlüdür. Uzlaştırmacı, görev tanımı kapsamında öğrendiği bilgilere ilişkin olarak tanık sıfatıyla da dinlenemez.⁶³ Bu doğrultuda uzlaştırmacı örneğin; müzakereler sırasında kendisine taraflarca verilen belgeleri yayımlayacak ya da başkalarının bilgi edinmesini kolaylaştıracak olursa, TCK'nın 258. maddesi uyarınca sorumlu tutulabilecektir.⁶⁴ Keza, uzlaştırmacı, uzlaştırma sırasında öğrendiği kişisel ya da ticari bilgileri gizli tutmak zorundadır; aksi halde madde 258 uyarınca sorumluluğu gündeme gelebilir.⁶⁵ Tarafların sundukları belgeler, uzlaştırmacıya kendisini görevlendiren mercice verilmemiş olsa da uzlaştırmacıya görevi gereği verilen belgelerdir. Dolayısıyla bu nitelikteki belgelerin açıklanmasıyla da sır saklama yükümlülüğü ihlal edilebileceğinden suçun oluştuğunun kabulü gerekir. Dolayısıyla öğrenilen bilginin, görev gereği öğrenilmiş olması yeterlidir; görev gereği öğrenilenler bir başka kuruluşa ya da özel bir kişiye de ait olabilir.⁶⁶ Ancak bu noktada belirtilmelidir ki, uzlaştırmacının müzakereler sırasında yapılan sözlü açıklamaları daha sonra ifşa etmesi halinde bu suç oluşmaz. Zira Kanun'da belgelerin, kararların, emirlerin ve diğer tebligatın açıklanması suç sayılmaktadır.⁶⁷ Ancak bu durumda, sır saklama yükümlülüğünün ihlali nedeniyle disiplin sorumluluğunun ihlali gündeme gelebilir. Sır saklama yükümlülüğü, Yönetmelik'te temel ilkeler arasında yer almaktadır. Buna karşın Yönetmelik'te disiplin sorumluluğu düzenlenirken, etik ilkelere aykırılığa gönderme yapılmaktadır.⁶⁸ Bu durumda disiplin cezasının dayanağı ancak, etik ilkelere

63 CMK madde 253/13: "Uzlaştırma müzakereleri gizli olarak yürütülür."

CMK madde 253/20: "Uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz."

Yönetmelik madde 32/1: "Uzlaştırma müzakereleri gizli olarak yürütülür. Uzlaştırmacı, uzlaştırma sürecinde yapılan açıklamaları, kendisine aktarılan veya diğer şekilde öğrendiği olguları gizli tutmakla yükümlüdür." Yönetmelik madde 32/3-4: "(3)Uzlaştırma sürecinde yapılan açıklamalar herhangi bir soruşturma, kovuşturma ya da davada delil olarak kullanılamaz. Müzakerelere katılanlar bu bilgilere ilişkin olarak tanık olarak dinlenemez.

(4)Daha önce mevcut olan bir belge veya olgunun, uzlaştırma müzakereleri sırasında ileri sürülmüş olması, bunların soruşturma ve kovuşturma sürecinde ya da bir davada delil olarak kullanılmasına engel teşkil etmez."

64 Özbek (n 4) 79.

65 Yerdelen ve diğerleri (n 28) 143.

66 Erman ve Özek (n 7) 146.

67 Gizli kalması gereken bilgilerin sözlü de olabileceği gerekçesiyle Kanun hükmünün eleştiren görüş için bkz. ibid 145.

68 Yönetmelik madde 49/2: "Etik ilkelere aykırı hareket edilmesi halinde ihlalin niteliğine göre sicilden ve listeden çıkarma yaptırımı yerine uyarma veya bir yıla kadar geçici süreyle listeden çıkarma yaptırımı uygulanabilir."

ilişkin 6/1(ğ) bendinde yer alan “görevinin saygınlığını ve kişilerin adalete olan güvenini zedeleyen veya şüpheye düşüren her türlü davranıştan kaçınır” hükmü olabilir.

Göreve ilişkin sırrın açıklanması suçu ile TCK'nın 285. maddesinde yer alan gizliliğin ihlali suçu arasındaki ilişki uzlaştırmacının sorumluluğunu belirlemek bakımından önemlidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, 285/2. maddede yer alan; “Soruşturma evresinde alınan ve soruşturmanın tarafı olan kişilere karşı gizli tutulması gereken kararların ve bunların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliğini ihlal eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.” hipotezi bakımından uzlaştırmacının ceza sorumluluğunun gündeme gelmesi pek mümkün görülmemektedir. Uzlaştırmacıya dosya bir bütün halinde verilmeyeceğinden ve yalnızca uzlaştırma süreci için gerekli ve yeterli olan bilgi ve belgeler kendisine teslim edileceğinden, uzlaştırmacının soruşturmanın tarafı olan kişilere karşı gizli olan kararları ve bunların gereği olarak yapılan işlemleri öğrenmesi olağan değildir. Bu doğrultuda, söz konusu hipotez bakımından, göreve ilişkin sırrın açıklanması suçundan bahsedilmesi de mümkün değildir.⁶⁹ Ancak bu kurala uyulmaksızın, dosyada yer almaması gereken belgelerin dosyaya konulduğu hallerde, 285/2. maddede yer alan hipotezin gerçekleştirme ihtimali doğabilir.

TCK'nın 285/1. maddesinde düzenlenen ve özgü suç niteliği taşımayan⁷⁰ gizliliğin ihlali hipotezinin oluşabilmesi içinse, alenen soruşturmanın gizliliğinin ihlal edilmesi gerekmektedir. Ayrıca soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğinin açıklanması suretiyle, suçsuzluk karinesinden yararlanma ve lekelenmeme haklarının veya haberleşmenin gizliliğinin ya da özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi ve içeriğe ilişkin yapılan açıklamanın maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engellemeye elverişli olmalıdır.⁷¹

69 “Suç tarihinde ... İlçe Jandarma Komutanlığı Merkez Karakolunda uzman jandarma çavuş olarak görev yapan sanık ...'in, Söğüt Cumhuriyet başsavcılığı tarafından yürütülen bir soruşturmaya esas olmak üzere müşteki ...'un evinde arama yapılacağı bilgisine jandarma karakolunda görev yapması nedeniyle ulaştığı, arama yapılacağını diğer sanık ... aracılığı ile müşteki... 'a haber verdiği anlaşılmakta; soruşturma aşamasında alınmış bir arama kararından ikametinde arama yapılacak şahsın haberdar edilmesi eyleminin TCK'nun 285. maddesinde düzenlenen gizliliğin ihlali suçunu oluşturacağı, 05/07/2012 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 6352 sayılı Yasanın 92. maddesi ile söz konusu maddede yapılan değişiklik de nazara alınarak, maddenin değişiklik öncesi ve sonrası bütün hükümleri olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçlarının birbiriyle karşılaştırılması suretiyle lehe yasa değerlendirmesi yapılması gerektiği gözetilmeden, suç vasfında yanlıya düşülerek, göreve ilişkin sırrın açıklanması suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması.(...)” Yargıtay 5. Ceza Dairesi, (18.11.2019) E 2015/6305, K 2019/10779 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 21.01.2021.

70 Yener Ünver, *TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar, İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma*, (5. bs., Seçkin Yayıncılık 2019) 509.

71 285/1. maddenin a ve b bentlerinde sayılan hususların bir arada gerçekleşmelerinin gerekmediği, birinci fıkradaki suçun oluşumu için bunlardan birinin gerçekleşmesinin yeterli olduğu yönündeki görüş için bkz. ibid 515.

Uzlaştırmacı kovuşturma evresinde görevlendirilmişse ve görevi gereği vakıf olduğu sırrı açıklıyorsa, bu durumda göreve ilişkin sırrın açıklanması suçundan sorumlu olacaktır;⁷² gizliliğin ihlali suçunu öngören normla ilgili hukuki menfaat yalnızca soruşturma evresi bakımından korunmaktadır.⁷³ Ancak soruşturma evresinde, uzlaştırma sürecinin içeriğine dair yapılacak açıklamalar, örneğin; soruşturma dosyası içerisinde bulunan ve Cumhuriyet savcılığınca uzlaştırmacıya verilmesi uygun görülen belgelerin alenen ifşası suretiyle, failin suçsuzluk karinesinden yararlanma ve lekelenmeme haklarının ihlal edilmesi ve bu hareketin uzlaştırma gerçekleşmeyecek olursa maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engellemeye elverişli olması halinde gizliliğin ihlalden sorumluluk doğacaktır. Ayrıca 4. fıkra uyarınca, uzlaştırmacının kamu görevlisi olması nedeniye ceza ağırlaştırılacaktır.⁷⁴

258. maddedeki hüküm, genel ve tamamlayıcı nitelikte olduğundan öğretide, aynı menfaati koruyan ve özel hüküm niteliği taşıyan bir başka düzenleme varsa o hükmün uygulanması gerektiği ve fikri içtimain söz konusu olmayacağı belirtilmektedir.⁷⁵ Eğer soruşturma evresinde uzlaştırmacıya başvurulmuşsa ve uzlaştırmacı bu evrede yapılan işlemleri alenen açıklar ve bu ifşa, suçsuzluk karinesinden yararlanma ve lekelenmeme haklarını veya haberleşmenin gizliliğinin ya da özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi ve içeriğe ilişkin yapılan açıklamanın maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engellemeye elverişli olursa TCK'nın 285/1 ve 4. maddeleri uyarınca sorumlu tutulabilir.⁷⁶ Bu anlamda bu iki suçun unsurlarının her durumda birebir örtüşmediği örnekler söz konusu olabilir. Bu durumda içtima konusunda bir sorun doğmaz. Ancak uzlaştırmacı, adli bir faaliyetin yerine getirilmesinde Cumhuriyet savcısına yardımcı olduğundan, unsurların örtüştüğü durumlarda uzlaştırmacı hakkında, adliyeyle ilişkin menfaati

72 Soruşturma kapsamındaki bilgilerin açıklanması halinde şartları varsa gizliliğin ihlali suçunun; diğer durumlarda ise göreve ilişkin sırrın açıklanması suçunun oluşacağı yönündeki benzer görüş için bkz. Akbulut ve Aksan (n 28) 54.

73 Ünver (n 70) 510, Değirmenci (n 28) 153.

74 Yerdelen (n 25) 31; Özbek (n 4) 79; Özen ve Köksal (n 54) 223. Uzlaştırmacının gizliliğin ihlali suçundan sorumlu olabileceği hakkında ayrıca bkz. Yerdelen ve diğerleri (n 28) 143.

75 Faruk Erem, *Ceza Hukuku Hususi Hükümler*, C: 1 (Ajans-Türk Matbaası 1968) 310-311; Erman ve Özek (n 7) 142, 151; Hafızoğulları ve Özen (n 42) 88; Alşahin (n 53) 226.

285. maddenin değişiklikten önceki hali bakımından, "Soruşturmanın gizliliğini ihlal" suçu ile "Göreve ilişkin sırrın açıklanması" suçu arasında özel norm-genel norm ilişkisi olduğu yönünde bkz. Güneş Okuyucu Ergün, 'Soruşturmanın Gizliliği' (2010) 59 (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 269. Aksi yönde ve fikri içtima hükümlerinin uygulanacağı şeklindeki görüş için bkz. Merve Nur Yılmaz, *Türk Ceza Kanunu'nda Düzenlenen Gizliliğin İhlali Suçları (TCK m. 285)* (Adalet Yayınevi 2019) 189.

76 Göreve ilişkin sırrın açıklanması suçunda, ifşa edilen bilgi ve belgelerin gizli kalması gereken bilgi ve belgeler olduğu, bu anlamda gizliliğin ihlali suçuyla aralarında farklılık bulunduğu, ifşa edilen bilginin her iki suçun da kapsamında olmaması halindeyse görevi kötüye kullanma suçunun oluşabileceği yönündeki görüş için bkz. Değirmenci (n 28) 153.

korumak için düzenlenmiş olan “gizliliğin ihlali” suçunun özel norm olarak uygulanması yerinde olacaktır.

3. İrtikâp (TCK m. 250)

İrtikâp suçu TCK'nın 250. maddesinde düzenlenmiştir.⁷⁷ İlk fıkrada icbar, ikinci fıkrada ise hileli davranışlarla ikna suretiyle irtikâp düzenlenmektedir. İcbar, mağdurun gerçekten istediğinden başka şekilde davranmaya zorlanması anlamına gelir. Burada mağdur, yararı faile temin veya vaad etmek zorunda olduğu düşüncesiyle hareket etmekte ancak söz konusu yararın aslında talep edilmemesi gerektiğini bilmektedir.⁷⁸ Burada kamu görevlisi, mağdurun iradesini baskı altına almaya elverişli doğrudan veya dolaylı zorlayıcı davranışları gerçekleştirebilecek bir konumda olmalıdır. Mağdur söz konusu baskıdan kolaylıkla kurtulamayacak bir durumda bulunmalıdır ancak baskıdan kurtulmanın imkânsız denecek kadar zor olması gerekmez.⁷⁹ İcbar hipotezi bakımından bakıldığında kanun hükmünde görüldüğü üzere “kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek, kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, icbarın varlığı kabul edilir.” Uzlaştırma taraflara teklif edilen ve katılmaları zorunlu olmayan bir süreç olduğundan, bu süreçte tarafların icbar edilmesi imkânsız olmasa da kanımızca oldukça güçtür.

Öte yandan konu ikinci fıkrada yer alan suçun hileli davranışlarla ikna suretiyle işlenmesi hipotezi bağlamında değerlendirildiğinde, suçun uzlaştırmacı tarafından işlenme olasılığının yükseldiği söylenebilir. Burada hileden söz edebilmek için, mağdurun karar alma sürecini etkileyen ve iradesinin yön değiştirmesine yol açan birtakım davranışlarda bulunulması gerekir. Kişi, kamu görevinin sağladığı güvene

77 TCK'nın 250. maddesi şu şekildedir:

“(1) (Değişik: 2/7/2012-6352/86 md.) Görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar eden kamu görevlisi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek, kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, icbarın varlığı kabul edilir.

(2) Görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği hileli davranışlarla, kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi ikna eden kamu görevlisi, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) İkinci fıkrada tanımlanan suçun kişinin hatasından yararlanarak işlenmiş olması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) (Ek: 2/7/2012-6352/86 md.) İrtikâp edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir.”

78 Erman ve Özek (n 7) 72 ve 73; Tezcan, Erdem ve Önok (n 18) 1285-1286; Yokuş Sevük (n 42) 626.

79 Erman ve Özek (n 7) 72; Tezcan, Erdem ve Önok (n 18) 1281-1282.

dayanarak aldatılmalı, söz konusu güven kişisel bir ilişkiden kaynaklanmamalıdır. Böylece mağdur, kamu görevlisi tarafından aslında sağlaması gerekmeyen bir yararı, sağlaması gerektiğine inandırılmaktadır.⁸⁰

Uzlaştırmacı hileli davranışlarda bulunarak çeşitli şekillerde bu suçu işleyebilir. Örneğin taraflardan çeşitli adlar altında (masraf, ücret, komisyon vs.) para talep edebilir. Bilindiği üzere taraflarca imzalanan uzlaşma teklif formunun 6. maddesinde suçtan zarar görenin ve katılanın uzlaşma giderlerinden hiçbir şekilde sorumlu olmadığı, uzlaşma halinde şüpheli ve sanığın da ücretlerden sorumlu olmayacağı yazılıdır. Ancak bu ifadelerin tek başına uzlaştırmacının başvurabileceği hileleri, aldatmaya elverişsiz hale getireceği söylenemez. Hatta uzlaştırmacı, bu formu taraflara göstermeden dahi uzlaştırma görüşmelerine başlamış olabilir.

Bir diğer olasılık ise uzlaştırmacının, hileyi, kişide zaten var olan bir hatalı düşüncenin üzerine bina etmesidir. Örneğin; taraflar arabuluculuk ve uzlaştırma arasındaki farkı bilmiyor ve anlaşmaları halinde uzlaştırmacıya, arabuluculukta olduğu gibi edimin belirli bir yüzdesini vermeleri gerektiğini düşünüyor olabilirler. Bu durumda, uzlaştırmacının mevcut bu yanılgıdan faydalanarak, menfaat temin etme girişiminde bulunması halinde yine ikinci fıkradaki hipotez gerçekleşecek ve üçüncü fıkrada öngörülen cezaya hükmedilecektir.

Burada yarardan kasıt, para veya ekonomik durumda bir iyileşme sonucunu doğuran her türlü edimdir.⁸¹ Öte yandan öğretilerde yarar kavramının geniş anlaşılması gerektiği savunulmakta; cinsel, duygusal veya manevi her türlü yararın bu kapsama girdiği ileri sürülmektedir.⁸² Kanımızca cinsel yarar bakımından irtikâp suçuna göre özel hüküm olduğu gerekçesiyle⁸³, mağdur yetişkinse cinsel saldırı suçunun, mağdur çocuksa cinsel istismar suçunun kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle işlenmesine yönelik nitelikli hallerinin (TCK m. 102/3-b veya TCK m. 103/3-e) uygulama alanı bulması gerekir.

İrtikâp suçunda suçun tamamlanması yararın elde edilmesine değil, kişinin icbar veya ikna edilmesine bağlanmıştır. Kanunun gerekçesini esas alan bir diğer görüş uyarınca

80 Erman ve Özek (n 7) 76 ve 79; Tezcan, Erdem ve Önok (n 18) 1289-1290; Özbek ve diğerleri (n 7) 1082; Yokuş Sevik (n 42) 633.

81 Erman ve Özek (n 7) 80; Tezcan, Erdem ve Önok (n 18) 1280.

82 Özbek ve diğerleri (n 7) 1072-1073; Artuk, Gökçen ve Yenidünya (n 9) 1032, 1033; Yokuş Sevik (n 42) 639-640. Ancak *Yokuş Sevik*, cinsel yararı bu kapsamda değerlendirmemektedir.

83 Taner (n 30) 255. Gerekçe belirtmeksizin aynı kanaat için bkz. Tezcan, Erdem ve Önok (n 18) 1280-1281; Yokuş Sevik (n 42) 640.

ise, vaad ile suç aslında tamamlanmamakta ancak kanunda yer alan düzenleme gereğince, burada teşebbüs aşamasında kalan suç tamamlanmış gibi cezalandırılmaktadır.⁸⁴ Katıldığımız görüş uyarınca ise icbar veya hileli davranışlarla ikna etmeye yönelik davranışların gerçekleşmesiyle suç tamamlanmaktadır.⁸⁵ Zira kanunda, gerekçedeki ifadeleri destekleyen bir ifade yoktur.

4. Rüşvet (TCK m. 252)

TCK'nın 252. maddesi uyarınca, bir kamu görevlisinin “görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, kendisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlaması” rüşvet suçuna vücut verir. Ayrıca, “Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, kendisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kamu görevlisi de” cezalandırılır. Keza, “rüşvet konusunda anlaşmaya varılması halinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.” Uzlaştırmacının, yetkilerinin icrası ile ilgili bir iş için;⁸⁶ yani uzlaştırma süreci için, başka bir kişiden haklı olmayan bir karşılık kabul etmesi ya da kabul etmek için anlaşması halinde, rüşvet suçu gündeme gelecektir.⁸⁷

Bu suç bakımından, görevin ifası ile ilgi olan bir işin yapılması için olduğu kadar, yapılmaması için de menfaat sağlanabilir. Bunun, suçun oluşumuna bir etkisi yoktur. Bir diğer ifadeyle yapılması gereken işin yapılması, yapılmaması gereken işin yapılmaması ya da yapılması gereken işin yapılmaması, yapılmaması gereken işin ise yapılması için rüşvetin alınması ve rüşvet anlaşmasının konusunu oluşturan işin kamu görevlisinin görevi ile ilgili olması gerekir.⁸⁸ Ayrıca kamu görevlisinin kendisine veya göstereceği başka bir kişiye o anda veya daha sonra menfaat sağlanması konusunda anlaşılması gerekir.⁸⁹ Önceden bir anlaşma olmaksızın işin yapılmasından sonra sağlanan menfaat, rüşvet olarak nitelenemez.⁹⁰ Vaat edilen menfaatin daha sonra yerine getirilip getirilmemesinin de suçun tamamlanmasına bir etkisi yoktur.⁹¹ Aynı şekilde, amaçlanan işin daha sonra kamu görevlisi tarafından yapılıp yapılmaması da önemli

84 Artuk, Gökçen ve Yenidünya (n 9) 1039.

85 Özbek ve diğerleri (n 7) 1088; Hafızoğulları ve Özen (n 42) 25.

86 Toroslu (n 33) 298.

87 Akbulut ve Aksan (n 28) 206.

88 Toroslu (n 33) 304.

89 Özbek ve diğerleri (n 7) 1109.

90 İbid 1107; Tezcan, Erdem ve Önok (n 18) 1309; Güneş Okuyucu Ergün, ‘Rüşvet Suçu’ içinde Yener Ünver (ed.), Ekonomik Suçlar (Seçkin Yayıncılık 2015) 42; Koray Doğan, ‘Rüşvet Suçunda Yapısal Değişim’ içinde Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, C: 1 (Ankara Üniversitesi Yayınları 2015) 342.

91 Okuyucu Ergün, ‘Rüşvet Suçu’ (n 90) 44-45; Tezcan, Erdem ve Önok (n 18) 1310.

değildir.⁹² 252. maddenin 4. fıkrası uyarınca teşebbüs, rüşvet talebinde veya vaadinde bulunulup bunun kabul edilmemesi halinde söz konusu olur; ancak bu durumda ceza yarı oranında indirilir.⁹³

Uzlaştırmacının ücreti, Devlet Hazinesi tarafından suçüstü ödeneğinden ödenir.⁹⁴ Uzlaştırmacının, taraflardan ücret, gider vb. menfaat talep etmesi yasaktır.⁹⁵ Ayrıca Yönetmeliğin etik ilkeler başlıklı 6/1-g maddesi uyarınca uzlaştırmacı, “*Tarafsızlığından kuşku duyulmasına yol açacak şekilde kendisine veya bir başkasına doğrudan ya da dolaylı olarak herhangi bir menfaat temin edemez.*” Uzlaştırmacı, görevini gereği gibi yapmak için, örneğin; süresi içerisinde uzlaştırma raporunu tarafların üzerinde anlaştıkları edimi gösterecek şekilde düzenlemek için para talep edebilir. Bu noktada taraflar bu durumun bilincinde ise, aldatılmaları söz konusu değildir.

Uzlaştırmacı, görevi gereği yapmaması gereken işi yapmamak için, örneğin; taraflardan birinin avukatlığını üstlenmemek için ya da tam tersi görevi gereği yapması gereken bir işi yapmamak için, örneğin; taraflardan birine uzlaşma teklifinde hiç bulunmamak için kendisine menfaat sağlar veya göstereceği bir kişiye menfaat sağlanmasına yol açar ya da bu yönde bir anlaşma yaparsa rüşvet suçundan sorumlu olur. Uzlaştırmacının yapmaması gereken işi yapması hipotezine ise, edimi belirlemek ve karşı tarafı bu hususta ikna etmek için, kendisine menfaat sağlaması veya göstereceği bir kişiye menfaat sağlanmasına yol açması ya da bu yönde bir anlaşma yapması örnek gösterilebilir. Bu hususlarda menfaat talep edilir, ancak karşı taraf bu talebi kabul etmezse 252. maddenin 4. fıkrasının uygulanması söz konusu olacaktır. Bu noktada uzlaşma raporunun, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde mahkeme

92 Tezcan, Erdem ve Önok (n 18) 1310; Özbek ve diğerleri (n 7) 1114.

93 Rüşvet suçunun anlaşmanın yapılması ile tamamlandığı yararın sağlanmasıyla birlikte sona erdiği yönündeki görüş için bkz. Tezcan, Erdem ve Önok (n 18) 1314. Kanun’un yalnızca rüşvet anlaşması yapılmış olmasını da tamamlanmış suç gibi cezalandıracağına ilişkin hükmü ile teşebbüsü tamamlanmış suç gibi cezalandırılan bir suç yaratıldığı belirtilmiştir. Ayrıca 252. maddede, rüşvet alma ve verme, rüşvet talebinde bulunma ve menfaat temini konusunda teklif veya vaadde bulunma, rüşvet suçlarına aracılık etme şeklinde farklı suçların olduğu yönündeki görüş için bkz. Hafızoğulları ve Özen (n 42) 42 vd.

94 CMK madde 253/22: “(...) Uzlaştırmacı ücreti ve diğer uzlaştırma giderleri, yargılama giderlerinden sayılır. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde bu giderler Devlet Hazinesi tarafından karşılanır.” Yönetmelik madde 38/2-3-4: “(2) Uzlaştırmacı ücreti ve diğer uzlaştırma giderleri, yargılama giderlerinden sayılır ve bu giderler ilgili ödenekten karşılanır.

(3) Uzlaşmanın gerçekleşmemesi hâlinde uzlaştırmacı ücreti ve diğer uzlaştırma giderleri hakkında Kanunun yargılama giderlerine ilişkin hükümleri uygulanır.

(4) Uzlaşmanın gerçekleşmesi hâlinde uzlaştırmacı ücreti ve diğer uzlaştırma giderleri Devlet Hazinesi tarafından karşılanır.”

95 Erdem, Eser ve Özşahinli (n 25) 310.

tarafından onaylanıyor olması, uzlaştırmacının sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.⁹⁶

Kanun, rüşvet alan ya da talebinde bulunan veya bu konuda anlaşmaya varan kişilerin açıkça sayılan belli bazı kamu görevlileri olması halinde, daha ağır ceza verilmesine yönelik bir düzenleme içermektedir. TCK'nın 252/7. maddesi uyarınca; “*yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavirin*” bu suçu işlemesi halinde ceza ağırlaştırılacaktır. Bu hükmün yer aldığı 7. fıkrada uzlaştırmacı sayılmamaktadır. Uzlaştırmacının yargı görevi yapan olarak nitelenmesi, TCK madde 6/1-d hükmü karşısında mümkün olmadığından, bu ağırlaştırıcı neden uzlaştırmacılara uygulanmayacaktır.

Rüşvet suçu, görevin ifası ile ilgili bir işin yapılması ya da yapılmamasını veya bu yöndeki anlaşmayı gerektirdiğinden, uzlaştırmacı, uzlaştırma sürecini yönetmek görevi dışındaki başka bir işin yapılması amacıyla menfaat sağlayacak olursa bu durumda rüşvet suçu oluşmaz. Burada duruma göre dolandırıcılık ya da nüfuz ticareti suçları oluşabilir.⁹⁷

Rüşvet suçunun, irtikâp suçuyla ilişkisine bakıldığında ise öncelikle rüşvetin çok failli bir suç olduğunu gözden kaçırmamak gerekir. 765 sayılı TCK döneminde rüşvet, heterojen hareketli bir karşılaşma suçu olarak düzenlenmişti.⁹⁸ Bu doğrultuda faillerin almak ve vermek yönündeki hareketlerinin karşılaşması gerekmektedir. 5237 sayılı TCK'da da bu yapı korunmakla beraber, 765 sayılı Kanun'dan farklı olarak rüşvet suçunda anlaşmanın tamamlanmış suç gibi cezalandırılması yolunda bir düzenleme kabul edilmiştir (TCK m. 252/3). Böylece hükmün uygulama alanı genişletilmiş ve suç bir sözleşme suçu⁹⁹ haline getirilmiştir.

Sonuç olarak irtikâp suçunda icbar edilen veya aldatılan kişi, suçun mağduru ve iradesi fesada uğramış bir kimseyken, rüşvet suçunda rüşveti verenin iradesinin fesada uğradığından söz etmek mümkün değildir.

Uzlaştırmacı, durum resmî makamlarca öğrenilmeden önce, rüşvet konusu şeyi soruşturmaya yetkili makamlara aynen teslim ederse veya rüşvet konusunda sadece bir anlaşmanın söz konusu olduğu hallerde durumu yetkili makamlara haber verirse,

96 “*Kamu görevlisinin yaptığı işin bir başka makam tarafından iptal edilebilir olması ya da işlemin diğer kamu görevlilerinin imza ya da mühürle tekmül etmesi, işin onun görevine girmediyini göstermez.*” Artuk, Gökçen ve Yenidünya (n 9) 1072.

97 Ibid 1071.

98 Türkan Yalçın Sancar, *Çok Failli Suçlar* (Seçkin Yayıncılık 1998) 168.

99 Toroslu (n 33) 298. Sözleşme suçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ibid 125-137.

TCK'nın 254/1. maddesinde yer alan etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanır ve suçtan dolayı hakkında cezaya hükmolunmaz.

5. Kamu Görevlisinin Ticareti (TCK m. 259)

Uzlaştırıcı tarafından işlenmesi mümkün bir diğer özgü suç, TCK'nın 259. maddesinde düzenlenen kamu görevlisinin ticareti suçudur.¹⁰⁰

Suçun oluşabilmesi için kamu görevlisinin başkasına mal veya hizmet satmaya çalışması yeterli değildir.¹⁰¹ Bunun görevin sağladığı nüfuzdan yararlanılarak yapılması gerekir.¹⁰² Burada kötüye kullanılan görevden ziyade nüfuzdur.¹⁰³ Nüfuzdan yararlanmak ise gerekçede, *“kamu hizmetinden yararlanan kişilerin, kamu görevlisinin görevinin gereklerine uygun işlem tesis edilmeyeceği yönünde bir endişeyle kendisine sunulan mal veya hizmeti satın almak mecburiyetinde hissetmeleri”* şeklinde ifade edilmiştir.

Mal veya hizmet, alım ve satıma konu olabilecek, ekonomik değeri olan herhangi bir şey olabilir. Ayrıca mal veya hizmetin kamu görevlisi fail dışındaki bir kişiye ait olması da mümkündür.¹⁰⁴ Suç, kamu görevlisi mal veya hizmeti görevinin sağladığı nüfuzdan yararlanarak satmaya çalıştığı anda tamamlanacağından, mal ya da hizmetin satın alınıp alınmamasının bir önemi yoktur.¹⁰⁵

Uzlaştırıcının, görevinin sağladığı nüfuzdan yararlanarak; bir diğer ifadeyle, uzlaştırmanın taraflarına uzlaştırma sürecinin hukuka uygun ve gerektiği gibi yürütülmesi ve işlem yapılması adına, onlara kendisinden veya üçüncü kişiden herhangi bir mal ya da hizmet satmaya çalışması, bu suçta vücut verir. Burada irtikâp suçunda sayılan

100 TCK'nın 259. maddesi şu şekildedir:

“(1) Yürüttüğü görevin sağladığı nüfuzdan yararlanarak, bir başkasına mal veya hizmet satmaya çalışan kamu görevlisi, altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.”

101 Hafizoğulları ve Özen (n 42) 93.

102 *“Sanık hakkında 1999 yılından itibaren memuriyetinin özelliklerinden faydalanarak birçok kez gayrimenkul alım satımı yaparak haksız kazanç sağlamak suretiyle görevi kötüye kullanmak suçundan açılan kamu davasında; sanığın eyleminin hangi surette görevin gereklerine aykırılık oluşturarak kamunun zararına, kişilerin mağduriyetine ya da haksız bir menfaat sağlanmasına sebep olduğu açıklanmadan ve 15/06/2010 tarihli bilirkişi raporunda belirtilen sanığın yaptığı gayrimenkul alım satım sözleşmelerinin muhataplarının tanık sıfatıyla beyanları alınarak sanığın gerçekleştirdiği işlemlerde yürüttüğü görevin sağladığı nüfuzdan yararlanıp yararlanmadığının araştırılarak eylemin TCK'nın 259. maddesinde düzenlenen kamu görevlisinin ticareti suçunu oluşturup oluşturmayacağı karar yerinde tartışılmadan yetersiz gerekçe ve eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması, (...)”* Yargıtay 5. Ceza Dairesi, (07.03.2013) E 2012/3738, K 2013/1638 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 21.01.2021.

103 Hamide Zafer, ‘Kamu Görevlisinin Ticareti Suçu (TCK m.259)’ [2008] (1) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 105.

104 Hafizoğulları ve Özen (n 42) 93; Zafer (n 103) 110.

105 Zafer (n 103) 113.

icbar, ikna veya hileli davranışlardan yararlanma hipotezlerinden hiçbirinin gerçekleşmemiş olması gerekir. Aksi takdirde irtikâp suçu söz konusu olur.

6. Kamu Görevinin Usulsüz Olarak Üstlenilmesi (TCK m. 262)

TCK'nın 262. maddesinde düzenlenen, kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu, *“Bir kamu görevini, kanun ve nizamlara aykırı olarak yerine getirmeye teşebbüs etmek”* veya *“terk emri kendisine bildirilmiş olduğu halde görevi sürdürmek”* şeklindeki seçimlik hareketlerden biriyle işlenebilir.¹⁰⁶ Birinci seçimlik hareket olan *“bir kamu görevini, kanun ve nizamlara aykırı olarak yerine getirmeye teşebbüs etmek”* fiili herkes tarafından gerçekleştirilebilir¹⁰⁷ ve bu nedenle incelememizin kapsamı dışındadır. Bu nedenle uzlaştırmacının kamu görevlisi sıfatıyla, hükümde yer alan ikinci seçimlik hareketin faili olması üzerinde durulacaktır.

Kamu görevinin terki emri, geçici veya sürekli olarak ve resmen tebligat yapılması suretiyle kamu görevlisinin görevinden alınmasıdır.¹⁰⁸ Uzlaştırmacıyı görevlendiren Cumhuriyet savcısının talimatıyla, uzlaştırmacıya görevinden el çektirilmesi mümkündür. Ayrıca, Yönetmeliğin 49/1. maddesine göre, *“Uzlaştırmacı olabilmek için aranan koşulları taşımadığı hâlde sicile kaydedilen veya daha sonra bu koşulları kaybeden ya da uzlaştırma göreviyle bağdaşmayan tutum ve davranışlarda bulunan, Kanunun öngördüğü yükümlülükleri önemli ölçüde veya sürekli yerine getirmeyen, performans değerlendirmeleri sonucunda yeterli bulunmayan, etik ilkelere aykırı davranan, yenileme eğitimini tamamlamayan uzlaştırmacı Daire Başkanlığınca sicilden ve listeden çıkarılır.”* Uzlaştırmacı sicil ve listeden çıkarıldığında, hâlihazırda kendisine tevdi edilmiş olan dosyalar bakımından görevden alınmış olur ve tarafına verilen belgeleri uzlaştırma

106 Maddede, ilk olarak, kamu görevinin, kanun ve nizamlara aykırı olarak yerine getirilmeye teşebbüs edilmesinin cezalandırılması; yani tamamlanması öne alınmış bir suçta yer verilmiş olmasına karşın, diğer hipotezde, suçun oluşması için terk emri kendisine bildirilmiş olduğu halde görevi sürdürme fiilinin tamamlanmış olmasının aranmış olması nedeniyle, hükümde ‘veya’ ifadesinin kullanılmasına ve aynı fıkrada düzenleme yapılmış olmasına rağmen, seçimlik hareketler değil, iki farklı suç olduğu yönündeki görüş için bkz. Hafizoğulları ve Özen (n 42) 104-105.

107 Ibid 105; Artuk, Gökçen ve Yenidünya (n 9) 1134.
“5237 Sayılı TCK'nın 262. maddesinin birinci cümlesinde düzenlenen kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi suçunun oluşması için ortada yapılması gereken bir kamu görevi bulunmalı ve fail bu görevi mevzuata aykırı biçimde üstlenip yerine getirmeye teşebbüs etmelidir. Burada kamu görevini yerine getirmeye çalışma fiilinin neticeye ulaşması, yani üstlenilen görevin tamamlanmış olması gerekmekte ve teşebbüs aşamasında kalmakla suç tamamlanmaktadır. Bu suç bakımından failin kamu görevlisi olmaması veya üstlenmek istediği kamu görevini yapmaya yetkili ve görevli bulunmayan bir kamu görevlisi olması gerekir. Suç memuriyet sıfatını değil kamu görevini üstlenmeye (yerine getirmeye) teşebbüs edilmesi halinde oluşur. Başka bir deyişle failin kendisine memur süsü vermesi yetmemekte, ayrıca üstlenilen görevin yapılmasına kalkışılması gerekmektedir.” Yargıtay 14. Ceza Dairesi, (02.04.2018) E 2015/2478, K 2018/2399 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 21.01.2021.

108 Erem (n 75) 350; Artuk, Gökçen ve Yenidünya (n 9) 1138; Hafizoğulları ve Özen (n 42) 110.

bürosuna iade etmesi gerekir. İşte bu durumlarda, uzlaştırmacının, görevden alındığını bilmesine rağmen, örneğin; uzlaştırma çağrısı yapması ya da uzlaştırma müzakerelerine devam etmesi halinde, görevi sürdürme hareketi ve kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu söz konusu olacaktır.

7. Kamu Görevlisinin Suçu Bildirmemesi (TCK m. 279)

Kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçu, uzlaştırmacının işleyebileceği suçlardan biridir. Ancak hangi durumlarda bu suçun oluşacağına dair öğretide çok çeşitli görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir. Adliye karşı suçlar arasında ve TCK'nın 279/1. maddesinde düzenlenen bu suçla, “*kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi*” cezalandırılmaktadır. Suçun oluştuğundan bahsedilebilmesi için, kamu görevlisinin, kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçu; yani re'sen soruşturulan ve kovuşturulan bir suçu,¹⁰⁹ görevi sırasında,¹¹⁰ göreviyle bağlantılı olarak; yani görevi dolayısıyla, vasıtasıyla öğrenmiş olması gerekir.¹¹¹

Kamu görevlisinin bildirimde bulunmayı ihmal etmesi ya da bu hususta gecikme göstermesi, suçun maddi unsurudur. Ancak bildirim yapılması gereken süre konusunda Kanun'da bir açıklık yoktur. Bildirimin gecikip gecikmediği, her somut olayın koşullarına göre değerlendirilecektir.¹¹² Bildirimin yapılacağı yetkili makam, CMK'nın 158. maddesine göre belirlenecektir.

Uzlaştırmacının bu suçtan sorumluluğu özellik arz etmektedir. Zira yukarıda açıklandığı üzere uzlaştırmacı, müzakereleri gizli olarak yürütür ve müzakereler sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturmada, kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz. Uzlaştırmacı kendisine uzlaştırma bürosu veya taraflarca verilen bilgi ve belgelerin, kendisine aktarılan ya da diğer bir şekilde öğrendiği olguların gizliliğini korumakla yükümlüdür. Ayrıca uzlaştırmacının, bu bilgilere ilişkin olarak tanık olarak dinlenmesi de mümkün değildir. Tüm bu hususlar, yukarıda da üzerinde durduğumuz, uzlaştırmacının sır saklama yükümlülüğünün sonuçlarıdır.

109 Erman ve Özek (n 7) 177; Toroslu (n 33) 333; Ünver (n 70) 368-369 Artuk, Gökçen ve Yenidünya (n 9) 1235.

110 Toroslu (n 33) 332; Hafizoğulları ve Özen (n 42) 191; Artuk, Gökçen ve Yenidünya (n 9) 1235.

111 Ünver (n 70) 364.

112 Toroslu (n 33) 334; Artuk, Gökçen ve Yenidünya (n 9) 1233.

Bir görüşe göre, uzlaştırma müzakereleri sırasında yeni bir suça teşebbüs edilecek ya da böyle bir suç işlenecek veya önceden işlenmiş, uzlaştırma konusu dışında başka bir suç ortaya çıkacak olursa, uzlaştırmacının ihbar yükümlülüğü doğacaktır. Bu durum, gizlilik kuralının bir istisnasını teşkil etmektedir.¹¹³ Bu görüşe göre, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlere Ceza İşlerinde Arabuluculuk Konulu R (99) 19 Sayılı Tavsiye Kararı'na ek V.3/30'daki, "*Gizlilik prensibine rağmen arabulucu, işlemler sırasında ortaya çıkan işlenmesi yakın ciddi suçlar hakkında uygun olan makamlara veya ilgili kişilere bilgi vermelidir.*" ifadesi nedeniyle, suçun işlenmesi ihtimalini dahi bildirmek durumunda olan uzlaştırmacının, işlendiğini öğrendiği suçları da bildirme yükümlülüğü olduğu kabul edilmelidir.¹¹⁴

Bir diğer görüşe göre, uzlaştırma görüşmeleri sırasında, şüpheli, uzlaştırma konusu suçla bağlantılı bir suça ilişkin açıklamalarda bulunursa, uzlaştırmacı bunu tutanağa geçirmelidir. Buna karşılık, bağlantılı olmayan başka bir suça ilişkin açıklamalar ancak şüphelinin rızasıyla tutanağa geçirilebilir. Açıklamalar tutanağa geçirilip Cumhuriyet savcılığına teslim edildiğinde, söz konusu suçlar ihbar edilmiş olacaktır. Bu görüşe göre ayrıca, bağlantılı olmayan suçla ilgili açıklamaların tutanağa geçmesine rıza gösterilmediğinde ise, TCK madde 279'daki şartlar varsa, uzlaştırmacı re'sen suçu bildirmelidir.¹¹⁵

Uzlaştırma müzakereleri sırasında, re'sen soruşturulan ve kovuşturulan yeni ve başka bir suç işlenecek ya da işlenmesine teşebbüs edilecek olursa, uzlaştırmacı, görevi sırasında öğrendiği bu durum hakkında bildirimde bulunmalıdır.¹¹⁶ Örneğin; taraflarla yapılan ortak toplantı sırasında, bunlardan birinin diğerini silahla yaralamaya teşebbüs etmesi halinde uzlaştırmacının bu suçu bildirmesi gerekir. Ancak şikâyete tabi suçlarda, örneğin; taraflardan birinin diğerine hakaret etmesi halinde, uzlaştırmacının suçu bildirme yükümlülüğü yoktur.¹¹⁷

Uzlaştırma konusu olan suça ilişkin yapılacak olan açıklamalar bakımındansa, suçu bildirme yükümlülüğünden bahsedilemez. Kanımızca müzakerelerin gizli olacağına

113 Erdem, Eser ve Özşahinli (n 25) 35, 36; Eriş (n 28) 250-251.

114 Erdem, Eser ve Özşahinli (n 25) 37.

115 Mustafa Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri* (4. bs., Adalet Yayınevi 2019) 101. Yazar, buna karşılık, tutanağa geçirilen açıklamaların delil olarak kullanılamayacağını, bunların ihbar sayılacağını ve bundan sonra yeni delil elde edilmesi gerektiğini savunmaktadır.

116 Aynı yönde bkz. Akbulut ve Aksan (n 28) 55. Bu durumda sorumluluğun, şartları varsa, "Suçu bildirmeme suçu"nu düzenleyen madde 278 uyarınca belirleneceği yönünde bkz. Değirmenci (n 28) 152.

117 Örnek için bkz. Güçlü Akyürek, 'Uzlaştırma' [2018] (1) Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi 52. Aynı yönde bkz. Değirmenci (n 28) 151.

ve anlatılanların aleyhlerinde kullanılmayacağına inanan ve onarıcı adaletin hayata geçirilmesi için sürece güven duyması gereken tarafların, re'sen soruşturulan ve kovuşturulan ancak uzlaştırmacının konusu olmayan başka bir suçla ilişkin olarak yaptıkları açıklamaların da bildirilmemesi gerekir. Hakkında açıklama yapılan suç uzlaştırmaya konu olan suçla bağlantılı olsun ya da olmasın, bunun ihbar edilmesi gerektiği kabul edilecek olursa, tarafların uzlaştırmacıya güvenmeleri mümkün olmaz ve uzlaştırma süreci sağlıklı bir şekilde yürütülemez.¹¹⁸ Bu tür bir kabul aynı zamanda, uzlaştırmacının sorumluluğunu, sır saklama yükümlülüğü karşısında oldukça genişletmektedir. Bu görüş kabul edilecek olursa, 279. maddede, 278. maddenin aksine, suçu bildirme yükümlülüğü, işlenmekte olan ya da işlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan suçlarla da sınırlandırılmadığından; uzlaştırmacının, tarafların kendilerinin işlediklerini söyledikleri ya da başkalarınınca işlendiğini iddia ettikleri tüm suçları bildirmesi gerekecektir.

Öğretide avukatların sır saklama yükümlülükleri olduğu ve müvekkillerinin işledikleri suçlar bakımından suçu bildirmemelerinin hukuka uygun olduğu belirtilmektedir.¹¹⁹ Kanımızca uzlaştırmacının da avukatlara benzer şekilde, kanundan kaynaklanan bir yükümlülüğü olduğunu kabul etmek ve hem sırrı saklamak hem de onu açıklamak şeklinde birbiriyle çelişen iki yükümlülüğü aynı anda uzlaştırmacıya yüklememek daha tutarlıdır. Bu nedenle, TCK'nın 279. maddede ayırık tutulmasa bile uzlaştırmacının, müzakereler sırasında işlenmeyen ve yalnızca hakkında bilgi edindiği fiillerle ilgili olarak bildirimde bulunma yükümlülüğü olmadığı düşüncesindeyiz.

8. Kamu Görevlisinin Resmi Belgede Sahteciliği (TCK m. 204/2)

Belgede sahtecilik suçunun kamu görevlisi tarafından görevi gereği işlenmesi TCK'nın 204/2. maddesinde düzenlenmiştir.¹²⁰

Uzlaştırmacının görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu iki belge vardır. Bunlardan ilki uzlaşma teklif formu diğeri ise uzlaştırma raporudur. Burada konu, bu iki belge bakımından ayrı ayrı ele alınacaktır.

118 Aynı yönde bkz. Akbulut ve Aksan (n 28) 54-55; Değirmenci (n 28) 150, 151.

119 Ünver (n 70) 354.

120 TCK'nın 204. maddesinin 2. fıkrası şu şekildedir:

“(2) Görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmi bir belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren, gerçeğe aykırı olarak belge düzenleyen veya sahte resmi belgeyi kullanan kamu görevlisi üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

a. Uzlaşma teklif formu bakımından

Uzlaşma teklif formu, Yönetmeliğin ekinde Resmî Gazete’de yayımlanan belgelerden birisidir. Bu belge, adından de belli olduğu üzere matbu bir formdur ve ilgili boşlukların uzlaştırmacı tarafından doldurulması suretiyle tamamlanmaktadır. Söz konusu form uzlaşma teklif edilen kişiye elden verilebileceği gibi, açıklamalı tebligat yoluyla gönderilebilir veya istinabe yoluyla ilgilinin oturduğu yer uzlaştırma bürosunda kişiye imzalatılabilir.

Bilindiği üzere bir belgenin sahtecilik suçunun konusunu oluşturabilmesi için, öncelikle hukuken sonuç doğurmaya elverişli olması gerekir.¹²¹ Mevzuatta ve formda uzlaşma teklif formuna bağlanan hukuki sonuçlara bakıldığında, üç sonuç görülmektedir. Bunlar, kişinin uzlaşma görüşmelerine katılmayı kabul etmesi, görüşmelere katılmayı reddetmesi veya teklifin alınmasıyla birlikte teklifi kabul etmek için öngörülen üç günlük hak düşürücü sürenin başlamasıdır.

Uzlaştırmacı söz konusu belgede kendisi tarafından doldurulması gerekli kısımları doldurduğu takdirde bu bilgiler yanlış yazılsa dahi bu aşamada bir sahtecilikten söz edilemez. Zira belgenin hukuki sonuç doğurabilmesi için taraflarca imzalanması veya açıklamalı tebligat yoluyla ilgisine ulaşarak süreyi başlatması gerekmektedir. Bu bilgilerin bazıları yanlış olduğu sürece, belgenin o haliyle doğurabileceği bir hukuki sonuç da yoktur. Kişinin taraf sıfatı, adı soyadı ve nüfus bilgileri bu niteliktedir. Belgenin hukuken önem taşıyıp taşımadığı, kullanıldığı hukuki ilişkinin özelliklerine göre tespit edilmelidir.¹²² Kişinin taraf sıfatı yanlış belirlenirse (örneğin suçtan zarar görene şüpheli statüsüyle uzlaşma teklif edilmesi) veya uzlaştırmacının tarafı olmayan bir kişiye teklifte bulunulursa, zaten söz konusu belge hukuki sonuç doğurmaz çünkü ortada geçerli bir teklif yoktur. Nitekim öğretide de baştan itibaren hukuken yok hükmündeki belgelerin sahtecilik suçlarına konu olamayacağı ifade edilmektedir.¹²³ Buna karşın adres ve iletişim bilgilerinin doğrusu ise zaten devlet kayıtlarında bulunmakta olup, uzlaşma teklif formunda bilgiler yanlış yazılsa bile, bunun doğacak hukuki sonuca etkisi bulunmamaktadır.

121 Sahir Erman, *Sahtekârlık Suçları*: Ticari Ceza Hukuku-III (İstanbul Üniversitesi Fen Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi 1987) 319; Tezcan, Erdem ve Önok (n 18) 1039; Artuk, Gökçen ve Yenidünya (n 9) 581-583; Özbek ve diğerleri (n 7) 831-832; Koca ve Üzülmöz (n 42) 717; Ahmet Gökçen, *Belgede Sahtecilik Suçları* (2. bs., Turhankitabevi 2010) 55; Yokuş Sevik (n 42) 435.

122 Artuk, Gökçen ve Yenidünya (n 9) 582.

123 Özbek ve diğerleri (n 7) 841; Erman (n 121) 338-345; Devrim Güngör, *Resmî Belgelerde Sahtecilik Suçu* (Yetkin Yayınları 2010) 41, 42.

Ancak uzlaştırmacı söz konusu formu doldurduktan sonra, ilgilinin imzasını taklit ederse, bu kamu görevlisinin görevi gereği düzenlediği bir belgede maddi sahtecilik teşkil eder. Taklit etme hipotezi Kanun'da, sahte olarak düzenlemek şeklinde ifade edilmiştir.¹²⁴ Eğer imza boş forma ilgilinin kendisi tarafından atılmışsa, form sonradan doldurulsa dahi ortada bir sahteciliğin olduğundan söz etmek güç görünmektedir. Zira kişi, imzasıyla söz konusu formu okumakta ve teyit etmektedir. Bu noktada imza; kabul ediyorum, etmiyorum, süre istiyorum seçenekleri için ayrılan doğru yere atılmalıdır. Belgeden doğacak hukuki sonuçlar, hangi kutucuğun seçildiğine bağlıdır. Kişi formu okumakla ve imzasını iradesine uygun olan yere atmakla yükümlüdür.

b. Uzlaştırma raporu bakımından

Uzlaştırma raporuna ilişkin örnek de Yönetmeliğin eki olarak Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Bu belge teklif formundan farklı olarak doldurma şeklinde değil, düz yazı şeklinde ve mümkünse madde numaraları belirlenmiş olarak hazırlanmaktadır. Bu nedenle bu belge üzerinde, teklif formuna kıyasla daha karmaşık sahtecilikler yapılabilir.

Akla gelen ilk olasılık raporun, yapılan görüşmelerde uzlaşılan esaslardan farklı olarak kaleme alınmasıdır. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, taraflar kendilerine sunulan form ve rapor taslaklarını gereği gibi okuma yükümlülüğü altındadırlar. Zira bu belgeler, söz konusu kişiler için hukuki sonuç doğuracak ve uzlaştırma raporu mahkeme ilamı niteliği taşıyacaktır. Eğer belge özel olarak mutabakata varılan hususlardan farklı ise ve taraflarca yine de imzalanmışsa, burada teoride bir içerik sahteliği olmakla birlikte (zira gerçek ile görünen birbirinden farklıdır), bunun ispatlanması kanımızca mümkün değildir. Zira üzerinde mutabakat sağlanan metnin, imzalanan metin olduğu şeklindeki kabulün çürütülmesi mümkün gözükmemektedir. Uzlaştırma görüşmelerine taraflar veya kanuni temsilcileri, müdafî ve suçtan zarar görenin vekili olan avukatlar ve uzlaştırmacı dışında başka kimsenin katılamayacağı düşünüldüğünde, ortaya çıkan durumun bu kişiler dışında tanıkla ispatı da mümkün değildir. Ses veya görüntülerin gizlice kaydedilmesi halinde ise, bu delilin hukuka aykırı olacağı açıktır.

Diğer bir olasılık olarak, görev gereği düzenlemeye yetkili olunan bir resmî belgede maddi sahtecilik yapılmasını ele almak gerekir. TCK'nın 204/2. maddesinde yer alan hükmün uygulanabilmesi için failin üstlendiği kamu göreviyle, işlenen sahtecilik suçu

124 Tezcan, Erdem ve Önok (n 18) 1049; Toroslu (n 33) 237; Özbek ve diğerleri (n 7) 844-845; Yokuş Sevik (n 42) 453.

arasında bir bağ kurulabilmesi gerekir. Aksi takdirde, kamu görevlisi olmayan kişiler tarafından işlenen resmî belgede sahtecilik suçu söz konusu olur.¹²⁵

Maddi sahtecilik *sahte olarak düzenlemek veya gerçek bir belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştirmek* şeklinde olur. Yukarıda ifade edildiği üzere burada “*belgeyi sahte olarak düzenlemek*” ibaresinden anlaşılması gereken “taklit etmek”tir. Aksi halde içerik sahteciliğini ifade eden “*gerçeğe aykırı belge düzenleme*” hipotezi ile maddi sahteciliği ifade eden “*sahte olarak düzenlemek*” hipotezlerini birbirinden ayırmak mümkün olmaz.¹²⁶ Bu durumda uzlaştırmacının, taraflardan bir veya birkaçının imzalarını da atmak suretiyle bir uzlaştırma raporu düzenlemesi sahte olarak düzenleme (taklit) hipotezini teşkil eder.

Tarafların gerçekten imzaladıkları (sahih) rapor üzerinde, aldatıcı biçimde sonradan değişiklik yapılması değiştirme hipotezidir. Değiştirme, belge son halini aldıktan sonra yapılan her türlü değişikliği (ekleme, karalama) kapsamına alır.¹²⁷ Dolayısıyla değiştirme hipotezinin söz konusu olabilmesi için, belgenin tamam ve hukuki sonuç doğurmaya elverişli olması gerekir. Bu noktada, söz konusu raporun soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından mühür ve imza altına alınmadıkça, ilam hükmü kazanamayacağı düşünüldüğünde, suçun hangi anda tamamlanacağı ve uzlaştırmacının hangi hüküm uyarınca cezalandırılacağı sorusu akla gelmektedir.

Uzlaştırma raporu, savcılık veya mahkeme onayı aşamasından önce de resmî belge niteliğini taşımaktadır. Zira belge uzlaştırmacıdan tam olarak çıkmaktadır ve aldatma niteliğini haiz olduğu takdirde, sahtecilik suçunun konusunu oluşturabilir. Savcılık veya mahkeme onayı ise, belgenin ispat gücünü artırmakta ve onu mahkeme ilamı niteliğini haiz hale getirmektedir. HMK’nın 204/1. maddesi uyarınca “*ilamlar ile düzenleme şeklindeki noter senetleri, sahteliği ispat olunmadıkça kesin delil sayılırlar.*” Bu durumda ise TCK’nın 204/3. maddesinde yer alan “*resmî belgenin, kanun hükmü gereği sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli olan belge niteliğinde olması halinde, verilecek ceza yarısı oranında artırılır.*” şeklindeki ağırlaştırıcı nedenin nasıl uygulanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Uzlaştırma raporu tamamlandığı andan

125 Tezcan, Erdem ve Önok (n 18) 1047; Koca ve Üzülmez (n 42) 719; Güngör (n 123) 55, Yokuş Sevik (n 42) 444. 765 sayılı Kanun dönemindeki benzer düzenleme bakımından aynı görüş için bkz. Erman (n 121) 415.

126 Toroslu (n 33) 237-238.

127 Ibid 235; Gökçen (n 121) 180, 181.

itibaren resmî belge niteliğini taşıdığına ve ilgili makamın onayıyla ilam hükmü kazandığına göre rapor tamamlandığı andan itibaren TCK'nın 204/2. maddesi uygulanabilir hale gelmektedir. Söz konusu rapor onaylandığı takdirde ise artık ilam hükmünü kazanacağından, 204/3. maddede yer alan ağırlaştırıcı neden devreye girecektir.

Sonuç

Uzlaştırma kurumu, CMK'nın yürürlüğe girdiği 2005 yılından bu yana, ceza muhakemesi hukukunda yeri olan bir alternatif çözüm yoludur. Ancak kurum 2016 yılında Kanun'da yapılan değişiklikle birlikte daha geniş bir uygulama alanına kavuşmuş ve etkin hale gelmiştir.

Uzlaştırıcı, görevini yerine getirirken kamu görevlisi sıfatını taşımaktadır. Bu anlamda, yalnızca kamu görevlileri tarafından işlenebilecek olan gerçek özgü suçları işleyebilir. Gerçek olmayan özgü suçlar bakımından da kamu görevlisi olması nedeniyle uzlaştırmacının cezasının ağırlaştırılması gündeme gelecektir.

Uzlaştırmacının özgü suçlardan ceza sorumluluğu denilince akla ilk gelen suçlardan biri, kuşkusuz görevi kötüye kullanma suçudur. Uzlaştırmacı bu suçu “*görevinin gereklerine aykırı hareket ederek*” işleyebileceği gibi, “*görevin gereklerini yapmaktan ihmal veya gecikme göstermek*” suretiyle de işleyebilir. Uzlaştırmacının sorumlu olabileceği bir diğer suç ise göreve ilişkin sırrın açıklanması suçudur. Uzlaştırmacının icbar suretiyle irtikâp suçunu işlemesi pek sık karşılaşılmayacak bir durum olsa da suçun hileli davranışlarla ikna suretiyle işlenmesi hipotezi bağlamında değerlendirildiğinde, irtikâp suçunun uzlaştırmacı tarafından işleme olasılığının yükseldiği söylenebilir. Mevcut yanılgıdan faydalanılarak, menfaat temin etme girişiminde bulunulması halinde de ikna suretiyle irtikâp suçu oluşacaktır. Bunun dışında uzlaştırmacı, rüşvet, kamu görevlisinin ticareti, kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi suçlarının da faili olabilir. Uzlaştırmacının ceza sorumluluğunun gündeme gelebileceği bir başka özgü suç, kamu görevlisinin suçu bildirmeme suçudur. Uzlaştırma müzakereleri sırasında re'sen soruşturulan ve kovuşturulan başka bir suça teşebbüs edilecek ya da böyle bir suç işlenecek olursa uzlaştırmacının ihbar yükümlülüğü doğacaktır. Son olarak uzlaştırmacılar, uzlaşma teklif formu ve uzlaştırma raporu bakımından, resmî belgede sahtecilik suçunu da işleyebilirler.

Tüm bu saptamalar, uzlaştırmacıların görevleriyle beraber büyük bir sorumluluk altına girdiklerinin anlaşılması bakımından önemlidir. Uzlaştırma süreci titizlikle yürütülmediğinde, ortaya çıkacak cezai karşılıklar konusunda uzlaştırmacılara bilgi

verilmelidir. Hukuk fakültesi mezunu olmayanların da uzlaştırmacı olabildikleri düşünüldüğünde, anılan hususun önemi iyice belirginleşmektedir. Bu doğrultuda, uzlaştırmacıların gerekli donanımına sahip olabilmeleri için uzlaştırma eğitiminde cezai sorumluluk meselesinin detaylı olarak ele alınması yararlı olacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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/Kaynakça

- Alşahin M E, 'Görevke ve İlişkin Sırrın Açıklanması Suçu (TCK m. 258)' (2014) 20 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 219.
- Akbulut B ve Aksan M, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma* (2. bs., Seçkin Yayıncılık 2019)
- Akyürek G, 'Uzlaştırma' [2018] (1) Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi 45
- Artuk M E, Gökçen A ve Yenidünya C, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (15. bs., Turhan Kitabevi 2015)
- Bohlander M, *Principles of German Criminal Law: Studies in International and Comparative Criminal Law Volume 2* (Hart Publishing 2009)
- Çetintürk E, *Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma* (Adalet Yayınevi 2017)
- Değirmenci O, *Onarıcı Adalet Uygulaması Olarak Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma* (Seçkin Yayıncılık 2020)
- Demren Dönmez B, 'Türk Ceza Kanunu'nda Kamu Görevlisi Kavramı' [2011] (94) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 95
- Demuro G P, 'Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta' [1998] Rivista italiana di diritto e procedura penale 845
- Doğan K, 'Rüşvet Suçunda Yapısal Değişim' içinde *Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, C: 1* (Ankara Üniversitesi Yayınları 2015)
- Erdem M R, Eser F ve Özşahinli P P, *100 Soruda Uzlaştırma: Uzlaştırmacının El Kitabı* (2. bs., Seçkin Yayıncılık 2017)
- Erem F, *Ceza Hukuku Hususi Hükümler, C: 1* (Ajans-Türk Matbaası 1968)
- Eriş U, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Eğitimi' [2018] (137) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 241.
- Erman S, *Sahtekârlık Suçları: Ticari Ceza Hukuku-III* (İstanbul Üniversitesi Fen Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi 1987)
- Erman S ve Özek Ç, *Ceza Hukuku Özel Bölüm: Kamu İdaresine Karşı Suçlar (TCK 202-281)* (Işık Matbaacılık 1992)
- Gökcan H T, 'Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Kamu Görevlisi Kavramı' (2015) 3 (2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 147.
- Gökçen A, *Belgede Sahtecilik Suçları* (2. bs., Turhankitabevi 2010)
- Güngör D, *Resmî Belgelerde Sahtecilik Suçu* (Yetkin Yayınları 2010)
- Hafizoğulları Z ve Özen M, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar* (US-A Yayıncılık 2016)
- İçel K ve diğerleri, *İçel Suç Teorisi, 2. Kitap* (3. bs., 1999)

- Koca M ve Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (6. bs., Seçkin Yayıncılık 2019)
- Kunter N, Yenisey F ve Nuhoglu A, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (15. bs., Beta Yayıncılık 2006)
- Memiş Kartal P, 'Görevi Köttiye Kullanma Suçu (TCK m. 257)' (2013) 19 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1373
- Okuyucu Ergün G, *Ceza Muhakemesi İşlemleri* (Yetkin Yayınları 2015)
- Okuyucu Ergün G, 'Görevi Köttiye Kullanma Suçu' [2009] (82) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 1.
- Okuyucu Ergün G, 'Rüşvet Suçu' içinde Yener Ünver (ed.), *Ekonomik Suçlar* (Seçkin Yayıncılık 2015)
- Okuyucu Ergün G, 'Soruşturmanın Gizliliği' (2010) 59 (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 243.
- Okuyucu Ergün G, *Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu* (Çakmak Yayınları 2008)
- Önok M, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu* (Seçkin Yayıncılık 2006)
- Öntan Y, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik* (Yetkin Yayınları 2014)
- Özbek M S, 'Soruşturma Evresinde Uzlaştırma Usulü' içinde Mustafa Serdar Özbek, Orhan Cuni ve Merve Özcan (ed.), *Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma El Kitabı* (Adalet Bakanlığı 2018)
- Özbek V Ö ve diğerleri, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (15. bs., Seçkin Yayıncılık 2020)
- Özen M ve Köksal A, 'Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması Suçu' (2020) 69 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 189
- Özen M ve Tozman Ö, 'Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı' (2009) 42 (4) Amme İdaresi Dergisi 25
- Özen M, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri* (4. bs., Adalet Yayınevi 2019)
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. bs., Seçkin Yayıncılık 2020)
- Şahin C ve Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku II* (9. bs., Seçkin Yayıncılık 2020)
- Taner F G, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar* (2. bs., Seçkin Yayıncılık 2017)
- Tezcan D, Erdem M R ve Önok M, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (18. bs., Seçkin Yayıncılık 2020)
- Toroslu N, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (10. bs., Savaş Yayınevi 2019)
- Ünver Y, *TCK'da Düzenlenen Adliyyeye Karşı Suçlar, İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma*, (5. bs., Seçkin Yayıncılık 2019)
- Üzülmöz İ, 'Görevi Köttiye Kullanma Suçu (TCK M.257)' (2012) XVI (1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 191
- Yalçın Sancar T, *Çok Failli Suçlar* (Seçkin Yayıncılık 1998)
- Yerdelen E, 'Uzlaştırmanın Esasları ve Benzer Kurumlardan Farkları' içinde Mustafa Serdar Özbek, Orhan Cuni ve Merve Özcan (ed.), *Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma El Kitabı* (Adalet Bakanlığı 2018)
- Yerdelen E ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma* (Adalet Yayınevi 2018)
- Yılmaz M N, *Türk Ceza Kanunu'nda Düzenlenen Gizliliğin İhlali Suçları (TCK m. 285)* (Adalet Yayınevi 2019)
- Yokuş Sevük H, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (2. bs., Adalet Yayınevi 2019)
- Zafer H, 'Kamu Görevlisinin Ticareti Suçu (TCK m.259)' [2008] (1) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 101

Web Siteleri

<<https://cte.adalet.gov.tr/>>

<<http://www.barobirlik.org.tr/>>

<www.kazanci.com>

<www.lexpera.com>



Kabahatler Hukukunda Kanunilik İlkesi ve Covid-19 Nedeniyle Alınan Tedbirlere Aykırılık

The Principle of Legality in the Law of Misdemeanors and Violation the Measures Taken Due To Covid-19

Berrin AKBULUT¹

¹Prof.Dr. Selçuk Üniversitesi Hukuku Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Konya, Türkiye

ORCID: B.A. 0000-0001-8045-2784

ÖZ

Kanunilik ilkesine ulusal ve uluslararası metinlerde yer verilmesine rağmen getirilen düzenlemelerin kanunilik ilkesine uygunluğunu tespit etmek zorluk oluşturmakta ve uygulamada da problem yaşanmaktadır. Kabahatler Kanununun (KK) 4. maddesinde kabahatlerde kanunilik ilkesi düzenlenmiş olmakla birlikte aynı sorunlar bu alanda da yaşanmaktadır. Kabahatler Hukukunda çerçeve hükmün içeriğinin doldurulmasında idareye yetki tanınması (KK m. 4), çerçeve hükmün düzenlenmesinde tercih edilen yöntem, temel hak ve hürriyetlere sınırlama getiren düzenlemelerin idarenin düzenleyici işlemiyle gerçekleştirilmesi uygulama ve doktrin açısından sorun oluşturmaktadır. Tüm dünyada ve doğal olarak Türkiye’de yaşanan pandemi nedeniyle alınan tedbirler de kanunilik alanında yaşanan tartışmaları güncel hale getirmiştir. Bu nedenle de çalışmanın konusu kabahatler hukukunda kanunilik ilkesi ve COVID-19 nedeniyle alınan tedbirlere aykırılık olarak belirlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kabahat, idari para cezası, kanunilik ilkesi, Anayasa Mahkemesi, COVID-19

ABSTRACT

Although the principle of legality is included in national and international texts, it is difficult to necessarily reconcile the compliance of regulations with the principle of legality, and problems are experienced in practice. The principle of legality in misdemeanors is regulated in Article 4 of the Code on Misdemeanors, and the same problems are also experienced over this issue. In the Code of Misdemeanors (Art. 4), giving authority to the administration in completing the content of the framework provision, the method preferred in the regulation of the framework provision, and the implementation of the regulations that restrict the fundamental rights and freedom by the regulatory process of the administration create problems in terms of practice and doctrine. Measures made necessary in Turkey and the wider world because of the pandemic have instigated the current debate on legality. Thus, the subject of the study has been determined as the principle of legality in the Code on Misdemeanors and violation of the measures taken due to COVID-19.

Keywords: Misdemeanor, administrative fine, the principles of legality, constitutional court, COVID-19

Submitted: 06.02.2021 • **Revision Requested:** 02.05.2021 • **Last Revision Received:** 04.06.2021 • **Accepted:** 04.06.2021 • **Published Online:** 17.06.2021

Corresponding author: Berrin Akbulut, E-mail: bakbulut@selcuk.edu.tr

Citation: Akbulut, B. 'Kabahatler Hukukunda Kanunilik İlkesi ve Covid-19 Nedeniyle Alınan Tedbirlere Aykırılık' (2021) 9(1) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 197.
<https://doi.org/10.26650/JPLC2020-837085>



EXTENDED ABSTRACT

The principle of legality in misdemeanors is clearly regulated in Article 4 of the Code on Misdemeanors. According to this regulation, acts that constitute a misdemeanor can be determined completely in the code, and the content of the framework provision determined in terms of the scope and conditions of the code can be met with the general and regulatory process of the administration. The authorization of the administration to complete the content of the framework provision in the Code on Misdemeanors led to a discussion on whether the provision of Article 4 is unconstitutional. However, the Supreme Court rules that this regulation is not unconstitutional. An important element of the doctrine takes the view that this regulation is not unconstitutional. The adoption of the regulatory process in the Code on Misdemeanors m. 4 necessitated a large number of framework provisions in the Code. However, the determinations preferred by the legislator in some framework provision arrangements, the provisions left to the general and regulatory proceedings of acts that constitute misdemeanors without expressing their scope and conditions create problems in terms of the principle of legality, and there is no stability in the decisions of the Supreme Court on this issue. In addition, the regulations of the Constitution regarding the restriction or suspension of fundamental rights and freedom cause debates on whether the administration can impose restrictions on fundamental rights and freedoms, and if so, what the limit should be, and this brings up allegations of unconstitutionality.

Turkey took measures to deal with the COVID-19 pandemic and impose administrative fine for acts violating the measures taken. During this period, a state of emergency was not declared and the current regulations were not changed. The problem was addressed with the Provincial Administration Code No. 5442 and the General Health Code No. 1593. Provincial Administration Code No. 5442 in the provinces m. 66 measures are taken according to 11/C and administrative fine is imposed on those who act against these measures in accordance with Article 32 of the Code on Misdemeanors by applying Article 66 of the same code. In terms of the General Health Code, Articles 27, 28, 57, 64, and 72 of the code are emphasized and in the event of a violation of the measures taken according to these articles, administrative fine is applied according to article 282 of this code and article 32 of the Code on Misdemeanors. However, some measures implemented due to the pandemic under these regulations are unrequited and the fact that the measures applied are related to fundamental rights and freedom has created a problem in terms of the principle of legality. This is because, according

to the constitution, the presidential decree cannot be issued on the subjects stipulated to be regulated by code in the constitution in normal times and a state of emergency (Constitution art. 13, art. 104/17, art. 119/6). Misdemeanors and sanctions to be applied can only be regulated by the code. The expression of the code in the constitution is accepted as a code in a formal sense. Unless there is a code, it is impossible to determine a misdemeanor by a presidential decree or other regulatory processes in normal times (Constitution art. 104/17) or a state of emergency (Constitution art. 119/6). Therefore, pandemic measures implemented without regulation in the code violate the principle of legality. However, since the framework provision is accepted according to the Code on Misdemeanors, the content of this framework provision regarding misdemeanor in normal times and a state of emergency can be completed by the regulatory process of the administration. In this sense, when a state of emergency is declared, the content of the framework provision can be completed with a presidential decree, even if the issue is about fundamental rights and freedom. In normal times, since fundamental rights and freedom can only be restricted by the code (Constitution art. 13), it is impossible to impose restrictions on fundamental rights and freedom through the regulatory process of the administration first-hand. If the measures imposed in this way are not complied with, sanctions are not applied. However, in the regulations regarding the measures implemented due to the pandemic, it is seen that there is no clear determination of fundamental rights and freedoms, their scope and boundaries are not drawn, and the administration is authorized with general regulations. In this respect, it is unconstitutional. However, regulations that restrict fundamental rights and freedom should be included explicitly in the code, and the administration should be authorized to determine the details.

1. Genel Olarak

Devlet, yaptırım yetkisini kullanırken bireyleri keyfi uygulamalardan korumak için bazı sınırlamalara tabidir¹. Devlet bu yetkisini kullanırken bireylere belirli şekilde davranma veya davranmama yükümlülüğü getirmeli, hukuk kurallarının neyi emrettiğini veya yasakladığını düzenlemeli ve bu kurallara aykırı davranıldığında da hangi yaptırıma maruz kalacaklarını göstermelidir. Zira yaptırım uygulama yetkisine sahip olan devlet bireyler karşısında üstün konumda olduğundan bir hukuk devleti olmanın gereği olarak bazı sınırlamalara uymak zorundadır. Kanunilik ilkesiyle devletin bireylere keyfi davranmasının önlenmesi amaçlanmaktadır (Önder, 1992: 58). Bu nedenle kanunilik ilkesi, kanunların güvence fonksiyonu olarak ifade edilmektedir. Bu ilke, bireylere hukuk güvenliği sağladığı gibi uygulayıcılara da bu güvenliği vermektedir (OWİG-Bohnert, 200: §3, kn. 1).

Kanunilik ilkesi (ilkenin tarihi gelişimi için bkz.: Cihan, 1998: 6, 7; Önder, 1992: 57, 58; Roxin, 2006: 143 vd.), hukuk devletinin temel ilkesi² olarak uluslararası geçerliği olan evrensel bir ilkedir. Çok sayıda uluslararası düzenlemede kabul edilmiştir. Kanunilik ilkesine 10 Aralık 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanname (m. 11/2) ve 4 Kasım 1950 tarihli İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesinde (m. 7/1)³, 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmede (m. 15), 1998 tarihli Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünde (m. 22-24) yer verilmiştir. Olağanüstü hallerde dahi ihlal edilemeyecek bir ilkedir. İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesinin 15. maddesinin ikinci fıkrasında olağanüstü hallerde bile kanunilik ilkesinin askıya alınmayacağı düzenlenmektedir.

Anayasamızın suç ve cezalara ilişkin esaslar başlığını taşıyan 38. maddesinde de,

“Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. (1. fıkra)

1 Roxin'e göre, hukuk devleti bireyleri yalnızca ceza hukuku kurallarıyla korumamalı, aynı zamanda onu ceza hukukuna karşı da korumalıdır (Roxin, 2006: 138).

2 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 22 Kasım 1995 tarihinde S.W./Birleşik Krallık ve C.R./Birleşik Krallık aleyhine verdiği bir kararlarda, bu ilkenin hukuk devletinin temel bir unsuru olduğunu vurgulamıştı. Hatta savaş veya olağanüstü bir durum bu ilkedan sapmayı gerektirmez: (Öztürk, 2009: 129).

3 Sözleşmenin 7. maddesi 2 fıkradan oluşmaktadır. Birinci fıkra, hiç kimsenin işlendiği zaman milli veya milletlerarası hukuka göre bir suç teşkil etmeyen bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemeyeceğini ve yine hiç kimsenin suç işlendiği zaman tertibi gereken cezadan daha ağır bir cezaya da çarptırılmayacağını düzenlemektedir. Bu fıkranın mevzuatımıza geçirildiğini söyleyebiliriz. İkinci fıkra bu maddenin medeni milletler tarafından tanınan umumi hukuk prensiplerine göre suçlu sayılan bir kişinin cezalandırılmasına ve yargılanmasına mani olmadığını hükme bağlamaktadır. Bu fıkraya ilişkin bir düzenleme mevzuatımızda yer almamaktadır.

Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır: (2. fıkra)

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” (3. fıkra) düzenlemeleriyle bu ilkeye ilişkin esaslar belirtilmiştir.

Anayasamızın 38. maddesi kanunilik ilkesiyle zaman bakımından uygulamayı aynı hükümde düzenlemiştir. 38. madde düzenlemesinde geçen suç ve ceza kavramları Anayasa Mahkemesi kararlarında yalnızca ceza hukuku anlamında kabul edilmemekte, kabahat ve yaptırımlarını da içine alacak şekilde kullanılmaktadır. Anayasa Mahkemesine göre, Anayasa'nın 38. maddesinde kabahatler⁴ ve yaptırımları ile adli suç ve cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından, her ikisi de bu maddede öngörülen ilkelere tabidir. Mahkemeye göre, suçlar ile kabahatlerin her ikisinde de davranış normlarına aykırı ve haksızlık teşkil eden bir fiil söz konusu olup kanun koyucunun koruma altına aldığı bir hukuki değer ihlali gerçekleştirilmektedir. Suçlar ve kabahatin karşılığı olarak uygulanan cezanın ve idari yaptırımın her ikisi de cebir içermektedir⁵. Anayasa Mahkemesinin kararından da anlaşıldığı gibi Mahkeme kabahatler ve yaptırımlarını 38. madde kapsamında kabul etmekte ve kanunilik ilkesinin geçerli olduğunu benimsemektedir. Dolayısıyla Anayasanın 38. maddesinde düzenlenen kanunilik ilkesinin kabahatler hukuku açısından da geçerli olduğunun söylenmesi yanlış olmayacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin de kabahatleri suç niteliğinde eylemler olarak kabul ettiği söylenebilir (Cremer, 2009: 193). Mahkeme, suç kavramını üye devletlerin ulusal hukuk sistemlerinde kullanılan sınıflandırmalardan ayrı olarak değerlendirmekte, “özerk” bir anlama sahip olduğunu kabul etmektedir. Mahkeme bir fiilin suç niteliğinde olup olmadığını değerlendirirken Engel ve Diğerleri kararında belirtilen kriterlerden (iç hukuktaki sınıflandırma, suçun niteliği ve cezanın ağırlığı) hareket etmektedir. Engel ve diğerleri kararında ifade edilen ilk kriter (iç hukuktaki sınıflandırma) başlangıç noktası oluşturmaktadır. İkinci kriter (suçun niteliği) değerlendirilirken, belirli bir gruba veya genele yönelik olup olmadığı, hükmün önleyici ve caydırıcı niteliğe sahip bulunup bulunmadığı, diğer üye devletler tarafından nasıl sınıflandırıldığı, ceza hukukundaki diğer suçlarla benzerliği, uygulanan usul hukuku kurallarına bakmaktadır.

4 Anayasa Mahkemesi kararında Kabahatler Kanununun kullandığı kabahat kavramına yer vermemekte, idari suç ifadesini kullanarak terminolojik karşılığa neden olmaktadır.

5 Anayasa Mahkemesi, 31.05.2017, E. 2017/103, K. 2017/108, R.G.T.18.07.2017; Anayasa Mahkemesi, 23.02.2006, E. 2005/42, K. 2006/27, R.G.T. 23.03.2007.

Üçüncü kriter olarak cezanın ağırlığı ölçütünü kullanmaktadır. İkinci ve üçüncü kriter birbirinin alternatifi olup, zorunlu olarak birbirini tamamlayan kriterler değildir. Ancak her bir kriter suç isnadının varlığı konusunda açık bir sonuca varmayı mümkün kılmadığında kriterler tamamlayıcı nitelikte de kullanılabilir. Bir fiilin hapis cezasıyla cezalandırılmaması başlı başına belirleyici bir unsur değildir. Uygulanan yaptırımın hafifliği cezai nitelikteki önlemin karakterini değiştirmeyecektir (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 6. Madde Rehberi, 2014: 7, 8; Cremer, 2009: 192, 193)⁶.

2. Kanunilik İlkesinin Anlamı ve Kapsamı

Kanunilik ilkesi, Kabahatler Kanunumuzun 4. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde:

“Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir.

Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir.” hükmünü taşımaktadır.

Kabahatler Kanununun 4. maddesinde yer alan düzenleme, kabahat tanımlaması ve yaptırımla ilgili olarak hükme bağlanmıştır. Kabahatlerin muhakemesine ve idari yaptırımların yerine getirilmesine yönelik hükümler açısından belirleme söz konusu değildir. Dolayısıyla bunlar açısından kendi dallarında kabul edilen esaslara göre değerlendirme yapılacaktır. Örneğin muhakeme hukukunda genel olarak kanunilik kabul edilmekle birlikte yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle de düzenleme yapılabilmekte, kıyas uygulanabilmektedir (sınırlayıcı ve istisnai hükümler dışında). Dolayısıyla muhakeme kurallarında daha sınırlı bir kanunilik ilkesi geçerlidir. Bu nedenle kabahatlerin muhakemesinde ve idari yaptırımların yerine getirilmesinde kabahatlerin ve idari yaptırımların düzenlenmesinde olduğu gibi bir kanunilik ilkesi geçerli değildir.

Kanunilik ilkesiyle ilgili olarak aşağıda yapılacak belirlemeler 4. madde düzenlemesi çerçevesinde olacaktır. Yani dar anlamda ceza hukukunun karşılığını oluşturan kabahatler hukuku hükümleriyle ilgili olarak yapılacaktır. Bunlar, kabahatler hukukunun genel

6 Öztürk v. Almanya Kararına konu olan olayda aslen Türk olan başvuruçunun gerçekleştirdiği fiil, Alman Düzene Aykırılık Kanunu kapsamında idari para cezası gerektiren bir fiil olup, ceza hukuku kapsamında suç teşkil etmemektedir. Mahkeme, Avrupa Konseyi ülkelerindeki suç olmaktan çıkarma eğilimine karşı olmadığını, ancak bazı fiillerin suç olmaktan çıkartılması neticesinde faillerin 6. ve 7. maddelerinde yer alan haklardan yararlanamayabileceklerini, bu durumun da Sözleşmenin amacı ile çelişebileceğini vurgulamıştır. Bu çerçevede, iç hukukta suç olarak düzenlenmesi dahi mahkeme fiili suç kapsamında değerlendirilebilmektedir. Bkz.: (Aytekin-İnceoğlu, 2013: 1137).

hükümleri (muahame ve infaz dahil değil), kabahatler ve karşılığı olan yaptırımlar olarak ifade edilebilir. Kabahatler hukuku açısından Kabahatler Kanununun 4. maddesi düzenlemesi Türk Ceza Kanununun 2. maddesinin karşılığını oluşturmaktadır. Ancak hükümler aynı düzenlenmemiş, farklılıklara da yer verilmiştir.

Kabahatler Kanununa (m. 4) bakıldığında yaptırım açısından kanunilik ilkesi açıkça ifade edilmiş, idari yaptırımın türünün, süresinin ve miktarının kanunda belirlenmesi kabul edilmiştir. Dolayısıyla kabahat olarak kabul edilen fiilin karşılığı olarak kanunda öngörülmeven idari yaptırımla veya miktarla ya da türle bir kimsenin sorumlu tutulamayacağı ifade edilmektedir. Kabahatler Kanunu açısından kanunsuz idari yaptırım olmaz kuralı veya idari yaptırımın kanuniliği ilkesi geçerlidir.

Kabahatler Kanununda (m. 4) kabahatler açısından da kanuniliğin geçerli olduğu hükme bağlanmıştır. Ancak Kabahatler Kanununun 4. maddesinde, kabahatlerin kanuniliği ile ilgili suçlardaki gibi katı bir belirleme kabul edilmemiştir. Kanunda yer verilen çerçeve hükmün içeriğinin idarenin düzenleyici işlemiyle doldurulabileceği benimsenmiştir. Düzenlemede önce hangi fiillerin kabahat oluşturduğunun kanunda açıkça tanımlanabileceği belirtilmiş, daha sonra bunun zorunlu olmadığı, kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hüküm bulunmak şartıyla idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle bu hükmün içeriğinin doldurulmak suretiyle kabahatlere ilişkin belirleme yapılabileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla 4. madde gereğince mutlak olarak kabahat teşkil eden fiillerin bütün unsurlarının kanunda açıkça öngörülmesi gerekmemektedir. Kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hüküm olmak şartıyla, hükmün içeriği idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilecektir⁷. Anayasa Mahkemesi de verdiği kararda Anayasa'nın 38. maddesindeki ilkelerin aynı boyut ve kapsamıyla kabahatlere uygulanmasının işin mahiyetine uygun düşmeyeceğini, bu bağlamda, yasama organının ağır işleyen yapısı ile ekonomik ve teknik hayatın hızla değişen ve gelişen şartları gözetilerek, suç ve cezalandaki kanunilik ilkesinin kabahatler yönünden daha esnek uygulanması gerektiğini belirtmiştir⁸.

Kabahatler Kanununun 4. madde düzenlemesiyle idarenin düzenleyici işlemiyle idari yaptırımlar belirlenemeyeceği, buna karşılık kabahat oluşturan eylemlerin unsurlarının

7 Vergi kabahatleri noktasında idareye düzenleyici işlem yapma yetkisinin verilmesinin Anayasanın 73/3-4. maddesi gereğince mümkün olmadığı, kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiğine ilişkin olarak bkz.: (Kangal, 2019: 66).

8 Anayasa Mahkemesi, 31.05.2017, E. 2017/103, K. 2017/108, R.G.T.18.07.2017.

belirlenmesi açısından genel ve düzenleyici işlemlerin etken olacağı anlaşılmaktadır⁹. Bunun Anayasanın 38. maddesinde ifade edilen kanunilik ilkesine aykırı olmadığı bizzat kanunda dolaylı olarak dile getirilmiştir. Ancak doktrinde hükmün Anayasaya aykırı olup olmadığı noktasında tartışma bulunmaktadır. Bazı yazarlar Anayasanın 38. maddesine aykırılık oluşturmadığını belirtirken (Öztürk, 2009: 211), bazı yazarlar Anayasanın 38. maddesine aykırı nitelik taşıdığını kabul etmektedirler (Başaran Yavaşlar, 2009: 204). Ayrıca bu tür düzenlemeye imkan vermenin sakıncaları da olduğu belirtilmiştir (Candan, 2009: 207). Anayasa Mahkemesi ise, 5225 sayılı Kanunun 12. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesinde geçen “... ve bu Kanunun uygulanmasına ilişkin düzenleyici işlemlere aykırı hareket edenlere diğer mevzuattaki ceza hükümleri saklı kalmak kaydıyla aşağıdaki bentlerde belirtilen uyarma, para ve belge iptali cezaları uygulanır” hükmünün Anayasanın 38. maddesinde düzenlenen suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle yapılan başvuruyu, “Yasa koyucu tarafından suç oluşturan eylemin ve suçun unsurlarının saptanmasından, cezasının da yasada açıkça belirlenmesinden sonra uygulamaya yönelik olarak, uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin ayrıntıların belirlenebilmesi için yürütme organına yetki verilmesi, düzenleyici işlemlerle suç ve ceza oluşturma anlamına gelmeyeceğinden suç ve cezada yasallık ilkesine aykırılık oluşturmaz” gerekçesiyle reddetmiştir¹⁰. Anayasa Mahkemesi kabahatlerle ilgili olarak idarenin düzenleyici işlemlerle kabahatin içeriğini belirlemesini Anayasaya aykırı görmemektedir. Ancak Mahkeme, kanunda

9 İdareye bu şekilde yetki verilmesinin değişik gerekçeleri belirtilmektedir. Yasamanın fonksiyonu gereği yavaş işlediği, ancak bazı durumlarda kısa zamanda karar alarak icra etmek gerektiği, aksi durumun ülkenin sosyal ve ekonomik düzeni için zararlı sonuçlar doğurabileceği, bazı teknik konuları düzenlemenin parlamentonun ihtisası dışında bulunduğu, bunları düzenlemenin bu konuda yetkili kişi ve kuruluşların işi olduğu, dolayısıyla uzmanlığı gerektiren konuların yürütmeye bırakılmasının yararlı olduğu, sosyo-ekonomik gelişmeye paralel olarak artan görevlerin yerine getirilmesi ihtiyacı, yasama organının görevini yapamadığı iddiaları ve olağanüstü haller gibi nedenlerin idareye yetki verilmesi sonucunu doğurduğu ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: (Soyaslan, 1990: 43-45).

10 Anayasa Mahkemesi, 08.12.2004, E. 2004/84, K. 2004/124, R.G.T. 02.12.2005. Ayrıca bkz.: “Uygulanan cezaya dayanak olarak gösterilen 5326 sayılı Kanun’un 32. maddesine göre yetkili makamlar tarafından adli işlemler nedeniyle ya da kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket etmek kabahat sayılmıştır. Bu kabahatin karşılığında idari para cezası öngörülmektedir. Bu cezaya, emri veren makam tarafından karar verilir. 5326 sayılı Kanun’un 32. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre kanunların bazı kabahatlerin kapsam ve şartlarını belirleyerek içeriğini idarenin genel ve düzenleyici işlemlerine bırakabilmesi mümkündür. Başka bir deyişle kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, miktarı zikredilen kuralda açıkça belirli olmakla birlikte hangi konularda ve hangi mercilerin emir yayımlayabilecekleri başka kanunlara bırakılmıştır. 5442 sayılı Kanun’un 11. maddesi; il valilerine il sınırları içinde huzurun, güvenliğin ve kamu esenliğinin sağlanması için gereken karar ve tedbirleri alma yetkisi vermiştir. Aynı Kanun’un 66. maddesine göre ise alınan bu kararlar usulen tebliğ veya ilan olunur; bu tedbir veya kararlara aykırı davranışlar, mahallî mülki amir tarafından 5326 sayılı Kanun’un 32. maddesi hükmü uyarınca cezalandırılır (Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri, §§ 66, 67)”, Anayasa Mahkemesi, Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası (Eğitim Sen) ve Diğerleri Başvurusu, B.N. 2014/920, 25.5.2017, R.G.T. 20.7.2017, Sayı 30129, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/07/20170720-12.pdf>.

düzenleme olmadan idarenin düzenleyici işlemiyle doğrudan kabahat ve idari yaptırım belirlemesi yapılmasını kabul etmemektedir. Anayasa Mahkemesi 12. maddeye ilişkin yapılan başvuruyu reddetmekle beraber, kanun koyucu tarafından 12. maddede 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanunun 556. maddesiyle değişiklik yapılmış ve hüküm “*Bu Kanuna ve bu Kanunun uygulanmasına ilişkin düzenleyici işlemlere aykırı hareket edenlere, diğer mevzuattaki ceza hükümleri saklı kalmak kaydıyla, aşağıdaki bentlerde belirtilen esas ve usuller çerçevesinde idarî yaptırımlar uygulanır*” şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla kabahatlerde kapsam ve koşulları kanunla belirlenmek şartıyla çerçeve hükmün içeriğinin doldurulması idare tarafından yapılabilecektir¹¹. Kanun koyucunun açıkça istemediği durumlarda veya yetki vermediği hallerde idarenin kabahat teşkil eden fiil belirleme yetkisi bulunmamaktadır¹².

Çerçeve hükmün düzenlenmesinde iki sistem bulunmaktadır (Ayrım için bkz.: Kangal, 2019: 79, 80). Birinci sistemde (görünüşte çerçeve normlarda) tipikliğe ilişkin unsurlar açısından başka bir kanuni düzenlemeye yollamada bulunmaktadır. Bu da ya kanunda yer alan çerçeve düzenlemenin aynı kanunun başka bir hükmüne yollama yapmasıyla veya başka bir kanuna yollama yapmasıyla söz konusu olmaktadır. Birinci duruma Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 77. maddesi örnek olarak verilebilir. Bu maddede çeşitli kabahatler düzenlenmiş ve kabahatlerin unsurları tek tek belirtilmemiş aynı Kanunun ilgili hükümlerine yollama yapılmıştır. İkinci

11 Bu kapsamda yine 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanunun 3. maddesinde, Cumhurbaşkanının bu Kanun hükümlerine göre yapmış bulunduğu genel ve düzenleyici işlemlerdeki yükümlülüklerle aykırı hareket eden kişinin idari para cezasıyla cezalandırılacağı belirtilerek, 1567 sayılı Kanuna uygun olarak yapılan düzenleyici işlemlerle kabahat oluşturan fiilin içeriğinin belirlenebileceği ifade edilmiştir.

12 Nitekim Anayasa mahkemesi, 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununun (08/02/2007 tarih ve 5580 sayılı kanunun 14. maddesi ile yürürlükten kaldırılan) 15. maddesindeki “Kanun, tüzük ve yönetmeliklere veya umumi emirlere aykırı hareketi veya aykırı harekette ısrarı tesbit edilen özel öğretim kurumu, hareketinin ağırlık derecesine göre, geçici veya sürekli olarak Millî Eğitim Bakanlığınca kapatılabilir.” hükmünün Anayasaya aykırılığının ileri sürüldüğü olayda, “Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin yaşama geçirilebilmesi bağlamında, Yasa’da tüzük, yönetmelik veya umumi emir gibi idari tasarruflarla yasaklanan eylemlerin suç kabul edilmesi yasa ile düzenleme anlamına gelmeyeceğinden, bu eylemlerin neler olduğunun da yasadaki yer alması, cezanın da geçici veya sürekli tanımlanmasıyla sürenin takdirini idareye bırakacak biçimde değil açıkça miktar ya da alt ve üst sınırlar belirlenerek gösterilmesi gerekir. Bu gerekliliğin, kişinin temel hak ve özgürlüklerinin de güvencesi olduğunda duraksanamaz. Bu durumda itiraz konusu kuralla, tüzük, yönetmelik veya umumi emirlere aykırılığın suç sayılması ve bunlara uygulanacak cezanın da belirli bir süreyle sınırlandırılmaması, suç ve cezanın yasallığı ilkesi ile bağdaşmamaktadır.” belirlemesini yaparak Anayasanın 38. maddesine aykırı olduğuna ve iptali gerektiğine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi, 15.02.2006, E. 2002/40, K. 2006/20, R.G.T. 13.07.2006.

duruma örnek olarak¹³ Kabahatler Kanununun 32. maddesi verilebilir. Emre aykırılığın düzenlendiği 32. maddede, 32. maddenin 1. fıkrası hükmünün ancak ilgili kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde uygulanacağı ifade edilmiştir¹⁴. Düzenlemede ilgili Kanunun hangisi olduğu ifade edilmemiştir. Belirlilik ilkesine aykırı olduğu düşünülebilir. Ancak ilgili Kanunda açıkça düzenleme yapılması ve KK'nın 32. maddesinin uygulanacağı belirtilmesi, bunun da Resmi Gazete yoluyla herkesin

13 Ayrıca 2873 sayılı Milli Parklar Kanunu'nun 20. maddesi örnek olarak verilebilir. Bu maddeye göre, 6831 sayılı Orman Kanunu ile 4915 sayılı Kara Avcılığı Kanunu ve 1380 sayılı Su Ürünleri Kanununda yasaklanan fiillerin (kabahatlerin) bu Kanunun uygulandığı yerlerde (milli park, tabiat parkı, tabiat anıtı ve tabiatı koruma alanlarında) islenmesi halinde idari yaptırım bir kat artırılabilecektir. Görüldüğü gibi tipikliğin unsurlarının belirlenmesi için başka kanunlara yollama yapılmaktadır (örnek için bkz.: Kangal, 2019: 79).

14 “Uygulanan cezaya dayanak olarak gösterilen 5326 sayılı Kanun’un 32. maddesine göre yetkili makamlar tarafından adli işlemler nedeniyle ya da kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket etmek kabahat sayılmıştır. Bu kabahatin karşılığında idari para cezası öngörülmektedir. Bu cezaya, emri veren makam tarafından karar verilir. 5326 sayılı Kanun’un 32. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre kanunların bazı kabahatlerin kapsam ve şartlarını belirleyerek içeriğini idarenin genel ve düzenleyici işlemlerine bırakabilmesi mümkündür. Başka bir deyişle kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, miktarı zikredilen kuralda açıkça belirli olmakla birlikte hangi konularda ve hangi mercilerin emir yayımlayabilecekleri başka kanunlara bırakılmıştır. 5442 sayılı Kanun’un 11. maddesi; il valilerine il sınırları içinde huzurun, güvenliğin ve kamu esenliğinin sağlanması için gereken karar ve tedbirleri alma yetkisi vermiştir. Aynı Kanun’un 66. maddesine göre ise alınan bu kararlar usulen tebliğ veya ilan olunur; bu tedbir veya kararlara aykırı davranışlar, mahalli mülki amir tarafından 5326 sayılı Kanun’un 32. maddesi hükmü uyarınca cezalandırılır (*Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve Diğerleri*, §§ 66, 67)”, Savaş Candemir ve Diğerleri Başvurusu, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/5116?KelimeAra%5B%5D=emre+aykırı>

bilgisine sunulması nedeniyle belirlilik ilkesi açısından sakınca doğurmamaktadır¹⁵.

- 15 Anayasa mahkemesi 32. maddeyle ilgili, Anayasa'nın 13. maddesi ile 51. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan müdahalenin kanunla yapılması şartına aykırılık bulunduğuna, 5326 sayılı Kanun'un "Emre aykırılık" kenar başlıklı 32. madde metninin öngörülebilir olmayıp yorum gerektirdiğine ve idari makamların bu hükmeye dayanarak keyfi bir şekilde cezalandırma yoluna gittiğine ilişkin bir başvuruda Anayasaya aykırılık görmemiştir: " İlk olarak Anayasa'nın 8. maddesi uyarınca kanun ile düzenlenebilecek konularda yasama organının asli kuralları koymakla yetinerek talii ve uygulamayı kuralları idari düzenleyici işlemlere bırakması mümkündür. Başka bir ifadeyle Anayasa'ya göre mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekmeyen bir konu, kanunla dayanacağı olmak kaydıyla idarenin düzenleyici işlemlerine de bırakılabilir (Tuğba Arslan, §§ 85-87). Temel hak ve özgürlükler alanında yasama organının keyfiliğe izin vermeyen öngörülebilir düzenlemeler yapma zorunluluğu vardır. İdareye keyfi uygulamalara meydan verebilecek çok geniş bir takdir yetkisi tanınması Anayasa'ya aykırı olabilecektir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir alanda kanunun emrine dayanılarak yürütme organınca alınacak önlemler objektif nitelik taşımaları ve idareye keyfi uygulamalara sebep olacak geniş takdir yetkisi vermemelidir (AYM, E. 1984/14, K. 1985/7, 13/6/1985; Tuğba Arslan, § 89). Hukuksal durumların takdirindeki belirsizlik, temel haklar alanında getirilen güvencelerin işlevsiz hâle gelmesine neden olur. Zira ilgili kanunî düzenlemenin hangi davranış veya olgulara hangi hukuksal sonuçların bağlanacağını ve bu bağlamda meydan verebilecek çok geniş bir müdahale yetkisinin doğacağını belirli bir kesinlik ölçüsünde ortaya koymaması durumunda bireylerin hak ve yükümlülüklerini öngörerek davranışlarını bu doğrultuda tanzim etmeleri olanaksız hâle gelebilecektir (Hayriye Özdemir, § 57). Bununla birlikte bir kuralın karmaşık olması ya da belirli ölçülerde soyutluk içermesi, bu nedenle hukuki yardım ile tam olarak anlaşılabilir hâle gelmesi veya kullanılan kavramların anlamlarının hukuksal değerlendirme sonucunda ortaya çıkması tek başına hukukun öngörülebilirlik ilkesine aykırı görülmez. Ayrıca ilgili kanunî düzenleme temel haklara ne oranda müdahale ediyorsa söz konusu düzenleme aranacak belirlilik oranı da aynı doğrultuda yükselecektir (Hayriye Özdemir, § 58). Aksi bir durumda Anayasa'nın 13. maddesinin aradığı anlamda kamu gücünü kullanan organların keyfi davranışlarının önüne geçen ve kişilerin hukuku bilmelerine yardımcı olacak erişilebilir, öngörülebilir ve kesin nitelikte bir kanun hükmünün bulunmadığı sonucuna varılacaktır (Tuğba Arslan, § 91). Müdahaleye temel alınan kanun hükmünün yorumlanması Anayasa Mahkemesinin görevi olmamakla birlikte başta yargısal organlar olmak üzere kamusal makamların ilgili yasa hükmünün uygulanmasında Anayasa'ya uygun bir yorum tarzını benimsemeleri gerekmektedir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin görevi, söz konusu yorum ve uygulamaları Anayasa'ya uygunluğunun denetimini ise sınırlıdır (Hayriye Özdemir, § 61). (2) İlkelerin Olaya Uygulanması Somut olay yukarıda zikredilen ilkeler çerçevesinde değerlendirilmelidir. İlk olarak 5326 sayılı Kanun'un 32. maddesi Anayasa'da öngörülen kanun yapma usullerine uyularak Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından yapılmıştır ve seçli yünden kanun olduğu yönünde bir kuşku bulunmamaktadır. İkinci olarak ise Anayasa'nın 89. maddesine göre Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilen kanunlar Cumhurbaşkanınca Resmî Gazete'de yayımlandığından başvuruya konu kuralın erişilebilirliği yönünden de bir sorun olduğu söylenemez. Son olarak zikredilen kuralın öngörülebilirliğinin değerlendirilmesi gerekir. 5326 sayılı Kanun'un 32. maddesine göre yetkili makamlar tarafından adli işlemler nedeniyle ya da kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket etmek kabahat sayılmıştır. Bu kabahatin karşılığında idari para cezası öngörülmektedir. Bu cezaya, emri veren makam tarafından karar verilir. Anayasa Mahkemesi, 1973 yılında, 01/03/1926 tarih ve 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 526. maddesinde düzenlenen ve "Salahiyyet Mercilerin Emirlerine İtaatsizlik" üst başlığında yer alan ve mevcut Kabahatler Kanunu'nun 32. maddesinde yer alan kural ile büyük benzerlik gösteren kuralın Anayasa'ya aykırılığını değerlendirme fırsatı bulmuştur. Bahsi geçen kararda, yasama organının, kanun yaparken bütün olasıları göz önünde bulundurularak ayrıntılı kuralları da saptamak yetkisi olmakla birlikte sık sık değişen durumlar ve ihtiyaçlar karşısında bu organın, yapısı bakımından ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında gerekli tedbirler almasının güçlüğü dolayısıyla kanunda esaslı hükümleri saptadıktan sonra acil olaylarda Hükûmete veya kimi makamlara tedbir almak yetkisi bırakılmasına da yasama yetkisini kullanmak olduğu değerlendirilmesi yapılmış ve kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verilmiştir (bkz. AYM, E. 1973/12, K. 1973/24, K.T. 7/6/1973). Anayasa Mahkemesi daha yeni tarihli bir kararında da 5442 Sayılı İdari Ceza Kanunu'nun 66. maddesinin birinci fıkrasında yer alan; kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin can ve mal emniyetini tehlikeye düşürecek toplumsal olayların baş göstermesi hâlinde vali tarafından kamu düzenini sağlamak amacıyla alınan ve usulüne göre ilan olunan karar ve tedbirlerle aykırı davranışların hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılacağına ilişkin hükmün Anayasa'ya aykırılık iddiasını benzer gerekçelerle reddetmiştir (AYM, E. 2015/41, K. 2017/98, 4/5/2017, § 184). Mahkeme, öğretilmiş suçun cezasını ve konusunu açıkça tanımlanmış olmasına rağmen suça vücut verecek somut fiilin ne olduğunu belirtmeyecek bunu idareye bırakan kanun hükümlerine "çerçeve kanun" veya "açık ceza hükmü" dendiğini ve söz konusu kuralın da bu hükümlerden olduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesinin birçok kararında açık ceza hükmü düzenlemelerinin suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olmayacağı belirtilmiştir (10.12.1962 tarihli ve E. 1962/198, K. 1962/111 sayılı; 28.3.1963 tarihli ve E. 1963/4, K. 1963/71 sayılı; E. 2001/143, K. 2004/11 sayılı; 1.11.2012 tarihli ve E.2011/64, K.2012/168 sayılı kararlar). Mahkeme "açık ceza hükmü"nü, Anayasa'ya uygun kabul edilebilmesi için suç konusunun ve müteyyesininin tereddüde yer bırakmayacak şekilde kanunda açıkça belirtilmesi ve kişilerin belirlenen somut suç fiilini önceden bilmelerinin sağlayacak kanunî güvencenin sağlanması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkemeye göre ancak bu şekilde, suçu belirleyen kuralın erişilebilir ve öngörülebilir olması sağlanabilir (bkz. AYM, E. 2015/41, K. 2017/98, 4/5/2017, §§ 180-187). 5326 sayılı Kanun'un 32. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre kanunların, bazı kabahatlerin kapsam ve şartlarını belirleyerek içeriğini idarenin genel ve düzenleyici işlemlerine bırakılması mümkündür. Başka bir deyişle kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, miktarı zikredilen kuralda açıkça belirli olmakla birlikte hangi konularda ve hangi mercilerin emir yayımlayabilecekleri başka kanunlarla bırakılmıştır. 5442 sayılı Kanun'un 11. maddesi; il valilerine il sınırları içinde huzurun, güvenliğin ve kamu esenliğinin sağlanması için gereken karar ve tedbirleri alma yetkisi vermiştir. Aynı Kanun'un 66. maddesine göre ise alınan bu kararlar usulen tebliğ veya ilan olunur; bu tedbir veya kararlara aykırı davranışlar, mahalli mülki amir tarafından 5326 sayılı Kanun'un 32. maddesi hükmü uyarınca cezalandırılır. Somut başvuruya konu olayda Çanakkale Valiliği 20/12/2012 tarihli kararı ile 5442 sayılı Kanun'un verdiği yetkiye dayanarak eğitim ve öğretim kurumlarının bina ve müstemilatları içinde basın açıklaması yapılamayacağına karar vermiş, bu karar tüm resmî ve sivil kuruluşlara ilan ve tebliğ etmiştir. Sendikamız şube başkanı olan başvurucu, söz konusu emirden haberdar olmadığını da iletmiş ve Valiliğin söz konusu emrine aykırı davranışın kabahat oluşturacağı ve 5326 sayılı Kanun uyarınca bu kabahatin cezalandırılacağı ise açıklar. Yukarıda zikredilen sebeplerle 5326 sayılı Kanun'un 32. maddesinin erişilebilir, öngörülebilir ve kesin nitelikte bir kanun hükmü olduğu ve "kanunla sınırlama" ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır", Anayasa Mahkemesi, Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası (Eğitim Sen) ve Diğerleri Başvurusu, B.N. 2014/920, 25.5.2017, R.G.T. 20.7.2017, Sayı 30129, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/07/20170720-12.pdf>.

Bu söylediğimiz geçerli olması için ilgili Kanundaki düzenlemenin de belirlilik ilkesine uygun yapılması gerekmektedir. Aksi takdirde ilgili kanun açısından kanunilik ilkesine aykırılık söz konusu olacaktır. Sadece genel nitelikte düzenlemelerle, kapsam ve koşulları ifade edilmeden idareye yetki verilmesi ve idarenin de bu yetkiye dayanarak yapmış olduğu belirlemelerle idari para cezası uygulaması kanunilik ilkesine uygun nitelik taşımayacaktır. 32. maddenin uygulanması için verilecek emrin sınırlarının kanunda düzenlenmesi gerekir. Eğer emir temel hak ve hürriyete sınırlama getiriyorsa temel hak ve hürriyete yönelik emrin ne olduğunun kanunda açıkça gösterilmesi, kapsam ve sınırlarının çizilmesi gerekir. İdareye ise bu sınırlar içinde yetki tanınmalı ve ayrıntıları düzenleme yetkisi verilmelidir. Aksi takdirde kanunilik ilkesine ve Anayasanın 38. maddesine aykırı bir düzenlemenin varlığından bahsedilecektir. Bu anlamda daha sonra belirtilecek olan Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 27. madde düzenlemesi kanunilik ilkesine aykırı nitelik taşımaktadır. Ayrıca ilgili Kanunda KK m. 32'ye yollama yapılacağı düzenlenmeden sadece emirlere aykırı davranılması veya idarenin düzenleyici işlemindeki emirlere aykırı hareket edilmesi nedeniyle KK m. 32 gereğince idari para cezası uygulanması kanunilik ilkesine

aykırılık teşkil eder (Benzer yönde bkz.: Akalan, 2007: 375; Kangal, 2019: 89)¹⁶. Bu şekilde bir uygulamanın Anayasanın 38. maddesine ve KK'nın 4. maddesine aykırılık oluşturduğu belirtilmelidir. Şu da belirtilmelidir ki ilgili Kanunların yollama yapması amacıyla düzenlenen KK'nın 32. maddesi torba hüküm niteliği taşımaktadır. Bu şekilde bir düzenlemeye gerek olmadığını düşünmekteyiz. Zaten ilgili kanunda düzenleme olduğuna göre yaptırımını da düzenlenebilirdi. Ayrıca farklı alanlarla (adli işlemler, kamu güvenliği, kamu düzeni, genel sağlık) ve işlemlerle ilgili her emirde, emrin niteliğine ve sonuçlarına bakılmaksızın aynı idari para cezasının verilmesinin de sorun teşkil ettiğini düşünüyoruz. Örneğin genel sağlıkla ilgili verilen bir emirde bireye de işletmelere de aynı idari para cezasını veriyoruz. Her ikisinin emre aykırı davranmasının doğurduğu tehlikeler, sonuçlar aynı değildir. Bu anlamda 32. maddede yer alan idari para cezası miktarının da bazı emirler için yeterli olmadığını, haksızlık içeriğini karşılamak açısından az olduğunu düşünüyoruz. Emre aykırılığın haksızlık içeriğine göre her kanuni düzenlemede ayrı belirleme yapılmasının ve yaptırımın da asgari ve azami hadler arasında olmasının daha doğru olacağını düşünüyoruz.

16 Yargıtay'ın aksine uygulaması için bkz.: "2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun, Maaş ve ücretlerin kesilmesinde usul başlıklı 355. maddesi, Devlet işlerinde veya hususi müesseselerde bulunan borçlu memur veya müstahdemlerin maaş ve ücretlerinden kesilmesi için icradaireslerinden yapılacak tebligatın kanuni muhatapları haczin icra edildiğini ve borçlunun maaş ve ücreti miktarını nihayet bir hafta içinde bildirmeğe ve borç bitinceye kadar icra dairesinin tebligatı mucibince haczolunan miktarı tevki edip hemen daireye göndermeğe mecburdurlar. Memurun maaş, ücret veya memuriyetinde yahut başka bir şubeden maaş almağı mucip olacak surette vukubulacak tebeddülleri ve hizmetine nihayet verildiği takdirde bu keyfiyeti de malmemuru veya daire amiri yahut hususi müesseselerin kanuni muhatapları derhal icra dairesine bildirmeğe ve ikinci halde haciz muamelesinden o şube veya amirini haberdar etmeğe mecburdur. hükümleri, Aynı Kanun'un, Cumhuriyet savcılığınca takip başlıklı 357. maddesi, İcra dairesince kanuna göre yapılan tebliğ ve emirleri derhal yapmağa ve neticesini geciktirmeksizin icra dairesine bildirmeğe alakadamlar mecburdur. Makbul sebep haricinde tebliğ ve emirleri yapmayanlar hakkında ait olduğu dairece tahkikatı evveliyeye hacet kalmaksızın Cumhuriyet Savcılığınca doğrudan doğruya takibat yapılır. hükümlerini, Yine 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun, Emre aykırı davranış başlıklı 32. maddesi ise, (1) Yetkili makamlar tarafından adli işlemler nedeniyle ya da kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla, hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket eden kişiye yüz Türk Lirası idari para cezası verilir. Bu cezaya emri veren makam tarafından karar verilir. Bu madde, ancak ilgili kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde uygulanabilir. 3) 1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 526 ncı maddesine diğer kanunlarda yapılan yollamalar, bu maddeye yapılmış sayılır. hükümlerine amirdir. Bu açıklamalar doğrultusunda somut olaya gelince; Tic. Ltd. Şti'nin çalışmanı olan borçlu hakkında alacaklı şirket tarafından başlatılan icra takibi kapsamında kabahatli şirkete Ankara 4.İcra Dairesince 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 355. maddesi uyarınca çıkarılan maaş ve ücret kesintisine ilişkin yazının kabahatli şirketin daimi çalışanına usulüne uygun olarak tebliğ edilmesine rağmen, kabahatli şirket tarafından yazının gereğinin yerine getirilmediği, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 355. maddesi uyarınca çıkarılan maaş ve ücret kesintisine ilişkin yazının 5326 sayılı Kabahatler Kanunu 32. maddesinde değinilen Adli işlem vasfında olmasına rağmen kabahatli şirket tarafından yazının gereğinin ifa edilmesinin, Kabahatler Kanunu 32. maddesinde düzenlenen kabahati oluşturmaçığı anlaşılmalıdır; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname içeriği bu nedenle yerinde görüldüğünden, mercii Ankara 4. Sulh Ceza Hakimliğinin 01/04/2016 tarihli ve 2016/1856 değişik iş sayılı kararının CMK'nın 309/4. maddesi uyarınca BOZULMASINA", 19. CD, 05.03.2018, E. 2017/2966, K. 2018/2378.

İkinci sistem ise KK'nın 4. maddesinde de ifade edilen kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriğinin, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle doldurulmasıdır (gerçek çerçeve normlar). Bu sistemde mutlak olarak kabahat teşkil eden fiillerin bütün unsurlarının kanunda açıkça öngörülmesi gerekmemektedir. Kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hüküm olmak şartıyla, hükmün içeriği idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilecektir. Kabahatlerde bu sistemin örneğine birçok düzenlemede rastlanılmaktadır. Örneğin 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanunun 3. maddesi bu niteliktedir. İl İdaresi Kanunu'nun 11/C maddesi bu niteliktedir.

Çerçeve hükmün ilk şekli kural olarak (belirlilik ilkesine uygun düzenlenmesi şartıyla) kanunilik ilkesine aykırı olarak görülmemektedir. Hatta Türk hukukunda bazı yazarlar tarafından bu tür düzenlemeler ceza normları yönünden atıf veya gönderme normları olarak ifade edilmektedir (Hafizoğulları & Özen, 2011: 70, 71). Bu tür normlar ceza yönünden veya diğer genel hükümler açısından da yollama yapmaktadırlar. Örneğin Kabahatler Kanunu, genel hükümlerdeki bazı maddelerde kabahat teorisiyle ilgili olarak TCK'ya yollama yapmaktadır. Yine Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanunun 5. maddesinin 1. fıkrasında Kanunun 2. maddesinin birinci ve dördüncü fıkralarında belirtilen alanlarda tütün ürünleri tüketenler ile üçüncü maddenin ikinci fıkrasına aykırı hareket edenlerin Kabahatler Kanununun 39. maddesi hükmüne göre cezalandırılacağı belirtilerek ceza yönünden yollama yapılmıştır.

Çerçeve hükmün içeriğini dolduracak olan idarenin genel ve düzenleyici işlemleri, sürekli, soyut ve nesnel, genel durumları belirleyen ve gösteren hükümler içeren işlemlerdir¹⁷. Bir başka ifadeyle genel, soyut ve nesnel, sürekli durumları belirleyen

17 Kabahatler Kanununun 4. maddesinin, kabahat teşkil eden vergi kabahatlerinde de uygulanması gerekmele beraber, vergi kabahatlerinin içeriğinin idarenin genel ve düzenleyici işlemlerle doldurulması doktrinde kabul edilmemektedir (Karakoç, 2016: 76). Anayasanın 73. maddesinin vergilerin kanuniliğini açıkça düzenlediği, dolayısıyla idarenin düzenleyici işlemleriyle vergi kabahatlerinin unsurlarının belirlenemeyeceği ifade edilmektedir (Kangal, 2019: 65, 66). Anayasanın 73. maddesinde vergi cezalarının kanuniliği düzenlenmemiş olmakla birlikte Anayasanın 38. maddesinde düzenlenen suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin vergi kabahatlerini de kapsadığı belirtilmektedir (Karakoç, 2016: 77, 78; Kangal, 2019: 65, 66). Dolayısıyla hem vergi kabahatleri açısından hem de bunların yaptırımı açısından idarenin düzenleyici işlemiyle içerik doldurulması kabul edilmemektedir. Suçlardaki kanunilik gibi vergi kabahatlerinde de kanunilik benimsenmektedir. Bu nedenle kanunla düzenlenmesi gereken konularda Maliye Bakanlığına yetki verilmesinin, bu yetkiye dayanılarak Bakanlığın tebliğlerle vergi ödevi getirmesinin ve bu ödevi aykırı davranılmasının usulsüzlük kabahati olarak düzenlenmesinin kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği belirtilmektedir (Kangal, 2019: 66 ve dipnot 132).

ve idare¹⁸ tarafından yapılan kural işlemler genel ve düzenleyici işlemlerdir¹⁹. Bu nitelikteki işlemlerin kapsamına Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yönetmelik gibi Anayasada sayılmış olan düzenlemeler girdiği gibi, karar, genelge, tebliğ, sirküler, yönerge gibi adsız işlemler de dahildir²⁰. Adsız düzenleyici genel işlemler yönetmelik benzeri işlemler şeklinde anılmaktadır. Bir başka ifadeyle kararname dışındaki düzenleyici işlemler yönetmelik başlığı altında ifade edilmektedir. Bunun nedeni olarak kamu hukuku tüzel kişilerinin yapabileceği türden işlemler olan yönetmeliklerin özel bir usule tabi olmadan yapılabilmeleri, buna karşın tek şekil şartı olarak yazılı bir şekilde ilan edilmeleri gösterilmektedir (ayrıntılı bilgi için bkz.: Özey, 2004: 426 vd.). Kanun koyucu daha önceleri de uygulandığı gibi idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle kabahat teşkil eden fiilin içeriğinin belirlenebileceğini düzenlemeye almak suretiyle kanuni yapıya kavuşturmuştur.

Yaptırım açısından ise idarenin herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır. Kabahatler Kanununun 4. maddesinin 2. fıkrası yaptırımın ancak kanunla belirleneceğini, başka bir şekilde tespitin mümkün olmadığını, aynı zamanda türünün, süresinin ve miktarının da ancak kanunla düzenlenebileceğini hiçbir istisnaya yer vermeksizin açıkça ifade etmiştir. Yaptırımın şekli açısından da herhangi bir ayırım yapmamış, idari yaptırımların

18 İdare, Anayasanın Cumhuriyetin Temel Organları başlığını taşıyan üçüncü kısmın Yürütme başlıklı ikinci bölümünde 123 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Anayasa idareyi yürütme organının içinde, ancak ayrı ve kendi kendine davranabilme yeteneği olan bir varlık olarak düzenlemiştir.

19 Genel ve düzenleyici işlem yapabilme yetkisi, birinci derecede yasamada olmakla beraber, Anayasanın ve kanunların açıkça gösterdiği ve izin verdiği konu ve hallerde yargı, yürütme/idare tarafından kullanılmaktadır. Yasama tarafından yapılanlar kanun olarak isimlendirilirken, yürütme/idare tarafından yapılan kurallar KHK, yönetmelik olarak isimlendirilmektedir. Kabahatler Kanunu da esas olarak kanunun düzenlemesini esas aldığından çerçeve hükmün içeriğinin ancak idare tarafından yapılan genel ve düzenleyici işlemlerle doldurulmasını kabul etmiştir.

20 Alman hukukunda Düzene Aykırılık Kanununda geçen kanun kavramı hem maddi anlamda hem de şekli anlamda kanun olarak anlaşılmalıdır. Bkz.: (Mitsch, 2005: 31; Göhler, 2009: §1, kn. 7; OWIG-Bohnert, 2007: §3, kn. 4; KKOWIG-Rogall, 2006: §3, kn. 12 vd.).

tümünün kanunla belirlenmesini kabul etmiştir²¹.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan da anlaşıldığı gibi bir hareketin kabahat olarak nitelendirilip yaptırım uygulanabilmesi için, daha önceden kanunda düzenlenmiş ve yaptırımı bağlanmış olması gerekir. Böyle bir düzenleme olmadığı müddetçe bir harekete kabahatler hukuku anlamında yaptırım uygulanması söz konusu değildir. Çerçevenin çizileceği ve idari yaptırımın belirleneceği kanun kavramı, şekli anlamda kanunu ifade etmektedir²². Yani yasama organınca belirli usule göre çıkarılan kanundur²³. Anayasamızın 38. maddesinde geçen kanun kavramının da bu nitelikte olduğu kabul

21 Nitekim Anayasa Mahkemesi, mülga 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununun 15. maddesinde yer alan “Kanun, tüzük ve yönetmeliklere veya umumi emirlere aykırı hareketi veya aykırı harekette ısrarı tespit edilen özel öğretim kurumu, hareketinin ağırlık derecesine göre, geçici veya sürekli olarak Milli Eğitim Bakanlığınca kapatılabilir” hükmünde yer alan yaptırımla ilgili olarak yapılan başvuruya ilişkin kararında, “cezanın da geçici veya sürekli tanımlamasıyla sürenin takdirini idareye bırakacak biçimde değil açıkça miktar ya da alt ve üst sınırlar belirlenerek gösterilmesi gerekir. Bu gerekliliğin, kişinin temel hak ve özgürlüklerinin de güvencesi olduğunda duraksanamaz.” belirlemeleriyle hükmün Anayasaya aykırı olduğuna ilişkin tespitte bulunmuştur: Anayasa Mahkemesi, 15.02.2006, E. 2002/40, K. 2006/20, R.G.T. 13.07.2006. Doktrinde haklı olarak Çevre Kanununun m. 20/3’te yer alan ceza miktarlarının on katına artırılmasında Cumhurbaşkanının yetkili olmasına ilişkin düzenlemenin idari yaptırımın kanunda gösterilmesi zorunluluğuna aykırı olduğu belirtilmektedir: (Kangal, 2019: 61). Ancak idari tedbirlerle ilgili örnekler açısından KK’nın 3. maddesi hükmü göz önünde tutulmalıdır. Bu düzenlemede KK’nın genel hükümleri idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi tedbiri açısından uygulanacağı belirtilmektedir. Biz idari tedbirlerle ilgili ayırım yapmakla beraber (zarar veya tehlikeyle bağlantılı olanlar veya olmayanlar) kabul edilen görüş çerçevesinde 3. madde hükmüne açıklık getirilmelidir. Ancak şu ifade edilmelidir ki 3. madde düzenlemesi idari tedbirler açısından kanunilik ilkesinde olduğu gibi birçok konuda sorun yaratacaktır. KK’nın 19. maddesinde idari tedbirlerle ilgili değişikliğe gidilmesi gerekir.

22 Hukukumuzdaki kanun anlamı ve tarihi gelişimi için bkz.: (Soyaslan, 1990: 34-39).

23 Anayasa Hukukunda maddi anlamda kanun-şekli anlamda kanun ayrımı yapılmaktadır. Maddi anlamda kanun, bir işlemin içeriğine bakılarak tespit edilmektedir. İşlemin kaynağı, yani o işlemi yapan organ önemli değildir. Önemli olan işlemin objektif hukuk kuralı niteliğinde olması, yani, genel, soyut, sürekli, kişilikdışı kurallar içermesidir. Buna göre bir hukukî düzenleme, genel, soyut, sürekli, objektif, kişilikdışı nitelikte ise bu düzenleme bir “kanun”dur; bu özellikleri taşııyorsa o düzenleme bir idari işlemdir. Şekli anlamda kanunda ise kanunun içeriği, genel, soyut, objektif olması gibi nitelikleri önemli değildir. Önemli olan kanunu yapan organ ve kanunun yapılış şeklidir. Şekli anlamda kanunda, bir işlemin kanun olup olmadığı araştırılırken, o işlemin hangi organ tarafından ve hangi usulle yapıldığı araştırılır. Bu anlamda kanun, yasama organı tarafından, birtakım özel usullere uyularak ve kanun adı altında yapılan işlemlerdir. Şekli açıdan bir işlemin kanun niteliğinde olup olmadığını tespit etmek sorun oluşturmamaktadır. Yasama organı tarafından, kanun yapma usullerine göre kabul edilen ve kanun ismini taşıyan her işlem kanun olarak kabul edilmektedir: http://www.anayasa.gen.tr/yasamaislemleri.htm#_ftn68.

edilmelidir²⁴. Bu anlamda şekli kanun belirlemesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine (m. 7- hukuk kavramı kullanılıyor) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kabulüne göre daha güvenceli nitelik taşımaktadır. Dolayısıyla da Sözleşmenin 53. maddesi gereğince iç hukuk düzenlemesi geçerli olacak, idarenin düzenleyici işlemiyle kabahat ve idari yaptırım belirlemesi yapılamayacaktır. Bir başka ifadeyle kanun kavramı şekli anlamda kanun olarak kabul edildiğinden kabahatler hukukunda da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle, yönetmelikle veya diğer düzenleyici işlemlerle idari yaptırımın belirlenmesi, çerçevesi çizilmeden kabahat belirlemesi yapılması söz konusu değildir. Gerek olağan (Anayasa m. 104/17) gerekse olağanüstü dönemlerde (Anayasa m. 119/6) Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle bu belirtilenlerin yapılması mümkün değildir. Anayasanın 119. maddesi, olağanüstü dönemlerde 104. maddenin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabileceğini hükme bağlamakla birlikte (f. 6), bu sınırlamalara münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular ve kanunda açıkça düzenlenen konular dahil olmadığından, kabahat (çerçeve hüküm) ve idari yaptırım içeren hükümler de yalnızca kanunla konulabileceğinden ve bu hükümlerde kanunla değişiklik yapılabileceğinden olağanüstü dönemlerde de Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kabahat ve idari yaptırım düzenlemesi yapılamaz, var olan hükümlerde değişikliğe gidilemez. Ancak çerçeve hükmün içeriği Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle doldurulabilir.

Yaptırım uygulanabilir insan hareketi, icrai olabileceği gibi ihmali de olabilir. Bir başka ifadeyle kanunilik ilkesi hem icrai hareketi hem de ihmali hareketi kapsamaktadır (Jescheck, 1998: 26, 27).

KK’da düzenlenen kanunilik ilkesi 4 sonucu içermektedir.

- örf ve adet hukukuyla yaptırım uygulama yasağı (lex scripta)
- belirlilik ilkesi (lex certa)

24 Zira 1982 Anayasasında kanunların genel, soyut, sürekli, objektif, kişilik dışı nitelikte olması şartını getiren herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Tersine Anayasa 115 (tüzükler başlığını taşıyan 115. madde 21/1/2017-6771 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır) ve 124’üncü maddelerinde (21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanunun 16. maddesiyle, bu fıkrada yer alan “Başbakanlık” ibaresi “Cumhurbaşkanı” şeklinde, “tüzüklerin” ibaresi “Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin” şeklinde değiştirilmiştir) yürütme organına, yönetmelik çıkarma yetkisi vermektedir. Bundan da anayasanın kanunu şekli anlamda kullandığı anlaşılmaktadır. Bkz.: http://www.anayasa.gen.tr/yasamaislemleri.htm#_ftn68 (E.T. 26.05.2009). Anayasanın değişiklikten sonraki 124. maddesi, “Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler. Hangi yönetmeliklerin Resmî Gazetede yayımlanacağı kanunda belirtilir” şeklini almıştır.

- kıyas yasağı (lex stricta)
- geriye yürüme yasağı (lex praevia)

3. Kanunilik İlkesinin Sonuçları

3.1. Örf ve Adet Hukukuyla Yaptırım Uygulama Yasağı

Örf ve adet hukukunun uygulanması kanunilik ilkesinin sonucu olarak kabahatler hukukunda yasaktır. Bu yasak, bir hareketin kabahat olarak tespitinde, yaptırımın ağırlaştırılmasında, türünün ve süresinin belirlenmesinde etkilidir. Bir başka ifadeyle örf ve adetle haksızlık teşkil eden kabahat belirlenmesi, yaptırıma hükmedilmesi söz konusu değildir. Örf ve adet yasağı, normun muhatabına da minimum bir konum belirleme güvencesi vermektedir. Özellikle kabahatlerle ilgili oldukça fazla kanunun ve idarenin genel ve düzenleyici işlemlerinin olması, bunlar arasında normun muhatabı olan kişinin yolunu bulmasını oldukça karmaşık hale getirmektedir. Bir de örf ve adet hukukunu dikkate alması gerekseydi, hareket alanı dayanılmaz ölçüde kısıtlanmış olacaktı (Mitsch, 2005: 35).

Örf ve adet hukuku kabahat teşkil eden fiillerin oluşturulmasıyla ve karşılığı olan yaptırımlarla ilgili olarak uygulanmamakla birlikte, örf ve adet hukukuna bazı unsurların yorumunda başvurulabilmektedir. Yine örf ve adet hukuku failin lehine olduğu durumlarda göz önünde bulundurulabilecektir.

3.2. Belirlilik İlkesi

Belirlilik ilkesi, bir normun kabahat teşkil eden hareketinin ve yaptırımının tarafsız bir kişi tarafından anlaşılabilir şekilde iyi açıklanmasını ifade etmektedir. Bu şekilde kişiler neyi yapıp neyi yapmayacaklarını önceden bilebilir, devletin neyi haksızlık olarak düzenlediğini hesaplayabilirler (Schwacke, 2006: 5). Bireyler, hangi fiile hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların devlete ne tür müdahale yetkisi verdiğini bilirlerse hukuki güvenlik sağlanabilir. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını gerektirmektedir. Ayrıca hukuki güvenlik, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılmaktadır²⁵.

Belirlilik ilkesi hem ceza hukukunda hem de kabahatler hukukunda kabul edilmekle birlikte, söz konusu ilkenin idari yaptırım kararlarını gerektiren fiiller ile ceza hukukunda

25 Anayasa Mahkemesi, 21.01.2010, E. 2008/94, K. 2010/13, R.G.T. 19.03.2010.

yer alan fiillerde aynı şekilde aranıp aranmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş kabahatler hukukunda yorumda şüphe oluşturmayacak açıklık ve netlikte belirlenimin kesinlik ölçüsünde talep edilememesi gerektiğini belirtmektedir (Göhler, 2009: §3, kn. 5; Soyaslan, 1990: 145; Gölcüklü, 1963: 137, 138). Zira kabahatler hukukunda ceza hukukundaki gibi aşırı kesinlik aranması, toplumsal hayatın çok yönlülüğüne hâkim olabilmek imkânını ortadan kaldırabilir. Dolayısıyla pratik ihtiyaçları göz önünde tutarak kabahatler hukukunda belirlilik ilkesinin yeterli belirlilik olarak kabul edilmesi gerekir (Göhler, 2009: §3, kn. 5)²⁶. Bizim de katıldığımız diğer görüş ise kabahatler hukukunda ceza hukukuna oranla daha az belirlilik talebinin söz konusu olmadığını, kanun koyucunun ceza hukukuna göre daha özensiz davranmaması gerektiğini belirtmektedir (OWIG-Bohnert, 2007: §3, kn. 6; Mitsch, 2005: 36; KKOWIG-Rogall, 2006: §3, kn. 34) Kabahatler Kanununda çerçeve hükmün içeriğinin doldurulmasının idareye verilmesi (kapsam ve koşullarının belirtilmesi şartıyla) ve kanunilik ilkesinin suçlardaki gibi kabahatlerde katı kabul edilmemesi, ceza hukukundaki gibi belirlenmediği anlamına gelmemektedir. Ceza hukukunda da bugün belirliliğin katı, mutlak şekilde uygulanması kabul edilmemekte, yorum yoluyla normun anlamının tespit edilebileceği benimsenmektedir. Önemli olan kıyas yasağının ihlal edilmemesidir. Dolayısıyla belirlilik ilkesinin kabahatler hukukunda da ceza hukukundaki gibi uygulanması gerektiğini düşünüyoruz.

Kanun kavramını şekli anlamda kullanmayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, idarenin genel ve düzenleyici işlemlerini de kanun olarak kabul etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, öngörülebilirlik ve ulaşılabilirlik sağladığı sürece kanun kabul edebilmek için metnin türüne bakmamaktadır (Candan, 2009: 197). Mahkeme suçların kanunda açık ve belirgin bir şekilde tanımlanmış olmasını arayarak belirlilik ilkesine uyulmasını istemektedir (Tezcan, Erdem, & Sancakdar, 2002: 280). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kanunun belirli bir davranışın sonuçlarını makul ölçüde gösterebilecek ölçüde açık, belirgin olması gerektiğini belirtmektedir. Düzenleme yeterince açık olmalıdır. Açıklıktan amacın, kuralların, vatandaşın davranışlarını ona göre ayarlamalarına imkân sağlayacak ölçüde açıklıkla belirtilmesi ve bu kapsamda vatandaşların davranışlarının sonuçlarını öngörebilmesi olduğunu vurgulamaktadır (Kocasakal, Aksoy, & Memiş, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade

26 Anayasa mahkememiz de belirlilik ilkesini makul düzeyde, belirli bir ölçüde öngörülebilir olma şeklinde yorumlamaktadır: Anayasa Mahkemesi, 15.10.2009, E. 2006/124, K. 2009/146, UYAP Mevzuat Programı (E.T. 07.05.2010); Anayasa Mahkemesi, 21.01.2010, E. 2008/94, K. 2010/13, R.G.T. 19.03.2010; Anayasa Mahkemesi, 15.01.2009, E. 2004/70, K. 2009/7, UYAP Mevzuat Programı (E.T. 07.05.2010).

Özgürlüğü”²⁷. Mahkemeye göre açıklık, kişinin ilgili hükmün (madde 7) ifadesinden ve gerekiyorsa mahkemelerin bu hükmü yorumladıkları içtihatlardan yola çıkmak suretiyle (istikrarlı olmak ve yayınlanmak şartıyla)²⁸ hangi davranışların kendisini suçlu duruma düşürdüğünü bilebilmesi durumunda söz konusu olur. Mahkemeye göre, kanunlarda kullanılan ifadeler her zaman mutlak bir biçimde açık değildirler. Kurallar yoluyla düzenleme yapmanın standart tekniklerinden bir tanesi de uzun ve sınırlı listeler yapmak yerine genel sınıflar belirlemektir. Aşırı oranda katılıktan kaçınmak ve değişen şartlara uyum sağlayabilmek için genelde pek çok kanun, az ya da çok muğlak ifadeler içermektedirler. Bu kanunların yorumu ve uygulanması, genel uygulamaya bağlıdır. Bir kanun gerçekleşen olayların büyük bir çoğunluğunda yeterince açık olduğu sürece, zaman zaman sınırda bazı örneklerde yaşanan belirsizlik veya tereddütler nedeniyle 7. madde ile uyumsuz addedilmez. Zaten mahkemelere verilen yargı yetkisi, günlük uygulamadaki değişiklikleri de göz önüne alarak, bir kuralın yorumuna ilişkin tereddütleri ortadan kaldırmaktır. Kişinin belirli bir hareketi yapmaktan doğabilecek sonuçları, en azından içinde bulunulan şartların getirdiği makul bir ölçüde, değerlendirebilmesi için hukuki tavsiye almasının gerekmesi, kanunun öngörülebilirlik şartının yerine gelmesine engel değildir (Tolstoy Miloslavsky-Birleşik Krallık davası kararı; Kokkinakis-Yunanistan davası kararı) (Dutertre, 2013: 194).

Anayasa Mahkemesi de belirlilik ilkesini makul düzeyde, belirli bir ölçüde öngörülebilir olma şeklinde yorumlamaktadır. Mahkemeye göre, “*Bir kanuni düzenlemenin bireylerin*

27 “İHAM’ın kararlarına göre; belirsizlik, ister yasal ister idari veya yetkili otoritelerin uygulamasından kaynaklansın, devletin davranışını incelerken göz önünde bulundurulması gereken bir faktördür. Mahkeme kararları arasında ısrarlı bir çatışma olması, yargısal sisteme yönelik toplum güvenini azaltan bir hukuki belirsizlik durumu yaratır, toplum güveni hukuk devleti üzerinden şekillenen bir devletin temel bileşenidir. AYM’ye göre, biriyle uyummayan mahkeme kararlarının sürüp gitmesi de, yargı sistemine güveni azaltarak, yargısal bir belirsizliğe yol açabilir. AYM, tıpkı İHAM gibi, içtihat farklılıklarından kaynaklanan bu tür belirsizlikleri, adil yargılanma hakkının alt unsurları olan mahkeme hakkı gibi diğer hak ve ilkeler çerçevesinde değil, doğrudan hukuki belirsizlik ilkesi çerçevesinde ele almaktadır. Bu açıklamalar ışığında dosyanın incelenmesinde, sanığın, ...’a yönelik yakarak mala zarar verme suçundan 04.04.2013 tarihli bozma öncesinde verilmiş olan ilk hükmünde, suçun işleniş şekli, sanığın şahsi ve sosyal durumuna göre hakkında TCK’nın 151/1 maddesi gereğince teşdiden 1 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmesine ve Yargıtay denetiminde orantılılık ilkesine bir aykırılık görülmemesine rağmen, bozma ilamı sonrası verilen hükümde, hukuki güvenlik ilkesine gerekse orantılılık ilkesine aykırı olarak makul bir değişiklik gerekçesi gösterilmeden sadece suçun işleniş biçimi ve kastın yoğunluğu esas alınarak temel cezanın 2 yıl hapis olarak belirlenmesi bozmayı gerektirmiştir”: 8. CD, 17.01.2019, E. 2017/23862, K. 2019/854, www.kazanci.com.tr.

28 Ancak kanun hükmünün mahkemeler tarafından yorumlanmasında aşırı belirsiz kavram ve kriterler kullanılmasının kanunun etkisinin açık ve öngörülebilir olmamasına yol açabileceğini de belirtmektedir. AİHM, öngörülebilirliğe karar verirken çok sayıda etkeni gözetmektedir. Ayrıca çok sayıda kişiyi etkileyebilecek bir kanunun nispeten kolayca anlaşılabilir olması durumunda öngörülebilir olduğunu kabul etmektedir. Kanunun daha az kişiye ve dar alana yönelmesi durumunda ise onun uzmanlık gerektiren bir alanı konu edinme ihtimalini arttırdığını belirtmektedir. Bu nedenle de böyle bir düzenleme çerçevesinde faaliyet gösteren kişilerden kanunu ve yorumunu daha titiz bir şekilde takip etmelerinin ve gerektiği durumlarda hukuki yardım talep etmelerinin beklenebilir olduğunu ifade etmektedir: (Yavuz, 2019: 28, 30).

davranışını ona göre düzenleyebileceği kadar kesinlik içermesi, kişinin gerektiği takdirde hukuki yardım almak suretiyle, bu kanunun düzenlendiği alanda belli bir eylem nedeniyle ortaya çıkacak sonuçları makul bir düzeyde öngörebilmesi gerekmektedir. Öngörülebilirliğin mutlak bir ölçüde olması gerekmez. Kanunun açıklığı arzu edilir bir durum olmakla birlikte bazen aşırı bir katılığı da beraberinde getirebilir. Oysa hukukun ortaya çıkan değişikliklere uyarlanabilmesi gerekmektedir. Birçok kanun, işin doğası gereği, yorumlanması ve uygulanması pratik gerçekliğe bağlı olan yoruma açık formüllerdir”²⁹. Bir başka kararında, “Hukuksal durumların takdirindeki belirsizlik, temel haklar alanında getirilen güvencelerin işlevsiz hâle gelmesine neden olur. Zira ilgili kanuni düzenlemenin hangi davranış veya olgulara hangi hukuksal sonuçların bağlanacağını ve bu bağlamda kamusal makamlar için nasıl bir müdahale yetkisinin doğacağını belirli bir kesinlik ölçüsünde ortaya koymaması durumunda bireylerin hak ve yükümlülüklerini öngörerek davranışlarını bu doğrultuda tanzim etmeleri olanaksız hâle gelebilecektir (Hayriye Özdemir, § 57). Bununla birlikte bir kuralın karmaşık olması ya da belirli ölçülerde soyutluk içermesi, bu nedenle hukuki yardım ile tam olarak anlaşılabilir hâle gelmesi veya kullanılan kavramların anlamlarının hukuksal değerlendirme sonucunda ortaya çıkması tek başına hukuken öngörülebilirlik ilkesine aykırı görülemez. Ayrıca ilgili kanuni düzenleme temel haklara ne oranda müdahale ediyorsa söz konusu düzenlemede aranacak belirlilik oranı da aynı doğrultuda yükselecektir (Hayriye Özdemir, § 58). Aksi bir durumda Anayasa’nın 13. maddesinin aradığı anlamda kamu gücünü kullanan organların keyfî davranışlarının önüne geçen ve kişilerin hukuku bilmelerine yardımcı olacak erişilebilir, öngörülebilir ve kesin nitelikte bir kanun hükmünün bulunmadığı sonucuna varılacaktır” şeklinde belirleme yapmıştır³⁰.

Bir hükmün ulaşılabilir olması ise, kamunun bilgisine sunulmasını ifade etmektedir. Kabahatler hukukunda çerçeve hükmün ve yaptırımın kanunda belirlenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla kanunlar yayımlandıkları için ulaşılabilir niteliktedir. Kanunların yürürlüğe girmesi için Resmi Gazetede yayımlanması gerekmektedir. Eğer kanunun yürürlük maddesinde yürürlüğe gireceği tarih belirtilmişse belirtilen bu tarihte yürürlüğe girer. Yürürlük maddesinde kanunun ne zaman yürürlüğe gireceği tespit

29 Anayasa Mahkemesi, Muharrem Kılıç Başvurusu, B.N. 2012/1071, 11.3.2015, R.G. Tarih ve Sayı: 16/6/2015-29388, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/1071?KelimeAra%5B0%5D=ya&page=676>.

30 Anayasa Mahkemesi, Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası (Eğitim Sen) ve Diğerleri Başvurusu, B.N. 2014/920, 25.5.2017, R.G.T. 20.7.2017, Sayı 30129, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/07/20170720-12.pdf>.

edilmemişse Resmi Gazetede yayımlandığı gün yürürlüğe girer (Resmi Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m. 7).

Diğer düzenleyici işlemlerin de hukuki sonuç doğurabilmesi, yaptırıma konu olabilmesi için onların da yayınlanması gerekir. Resmi Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, kanunlar dışında Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve 3011 sayılı Kanunda belirtilen yönetmelikler ile diğer bazı düzenlemelerin de Resmi Gazetede yayımlanmasını kabul etmiş ve ayrıca bir yürürlük tarihi belirtilmemiş ise yayımlandığı gün yürürlüğe gireceklerini benimsemiştir (m. 4, m. 7). Aslında Anayasanın 124. maddesi tüm yönetmeliklerin Resmi Gazetede yayımlanması zorunluluğunu gerektirmemektedir. 124. maddeye göre hangi yönetmeliklerin Resmi Gazetede yayınlanacağı kanunla belirlenecektir. Belirleme yapan kanun ise 24 Mayıs 1984 tarih ve 3011 sayılı Kanundur³¹. Resmi Gazetede yayımlanması gereken yönetmeliklerin yürürlüğe girmesi için bu gazetede yayımlanmaları gerekir. Yönetmeliğin ne zamandan itibaren uygulanacağı metinde belirtilmişse bu tarihte, aksi takdirde yayınlanmasıyla yürürlüğe girer. Danıştay'a göre, yayımlanması gerektiği halde Resmî Gazetede yayımlanmamış bir yönetmeliğin hukuki geçerliliği bulunmamaktadır³². Yürürlüğe girmemişse de idari yaptırım kararının uygulanması açısından çerçeveyi dolduran hüküm olarak dikkate alınmaz. 3011 sayılı Kanun, mahalli idarelerce düzenlenen yönetmeliklerin, mahallinde çıkan gazete veya diğer yayın yolları ile ilan edilmesini aramaktadır (m. 2). Resmi Gazetede yayımlanması gereken yönetmelikler dışındaki yönetmelikler için başka surette yayım veya ilan şartı aranmışsa buna uyulması gerekir (Atay, 2018: 539; Günday, 2017: 116). Belirli tarih verilmişse bu tarihte, aksi takdirde yayın tarihinde yürürlüğe girerler. İdarenin genel ve düzenleyici işlemleri daha önce de söylendiği gibi yalnızca Anayasada belirtilen Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden ve yönetmeliklerden ibaret değildir. Diğer düzenleyici işlemlerin her birinin nasıl ilan edileceğine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Resmi Gazete ile ilan edilebildikleri (örneğin Cumhurbaşkanlığınca Resmi Gazetede yayımlanması uygun görülen karar ve genelgeler, Resmi Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi

31 3011 sayılı Resmi Gazetede Yayınlanacak Yönetmelikler Hakkında Kanunun 1. maddesine göre, "Cumhurbaşkanlığı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin; a) İşbirliğine, yetki ve görev alanlarına ait hükümleri düzenleyen, b) Kamu personeline ait genel hükümleri kapsayan, c) Kamuyu ilgilendiren, Yönetmelikler Resmi Gazete'de yayımlanır. Ancak, milli emniyet ve milli güvenlikle ilgili olan ve gizlilik derecesi taşıyan yönetmelikler yayımlanmaz. 2. maddesine göre, mahalli idarelerce düzenlenen ve bu idarelerin yetki ve görev alanlarına giren yönetmelikler, mahallinde çıkan gazete veya diğer yayın yolları ile ilan olunur".

32 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 15.04.2015, E. 2012/1010, K. 2015/1373; Danıştay 2. Dairesi, 5.12.2019, E. 2019/65, K. 2019/6940.

m. 4) gibi başka bir suretle de ilan edilebilmektedirler. Ancak belirtilmelidir ki idarenin genel ve düzenleyici işlemlerinin idari para cezası sorumluluğu doğurabilmesi için ilan edilmeleri, kişilerin bilgisine ulaşmaları gerekir. Anayasa Mahkemesi de KK m. 32'ye aykırılık nedeniyle verilen idari para cezasıyla ilgili yapılan başvuruda, “*Valilik tarafından eylem tarihinden sonraki bir tarihte il sınırları içinde yapılacak basın açıklamaları ile stant açma gibi benzeri faaliyetleri düzenleyen bir karar alınmış, Valilik binası da basın açıklaması yapılamayacak yerler arasında gösterilmiş ancak söz konusu karar dört gün sonra alınan diğer bir Valilik kararıyla yürürlükten kaldırılmıştır. Hâkimlik gösteri yapan grupta yer alan başvuru sahiplerinin dağılması için yapılan ihtar uymamalarını emre aykırılık kabahatinin oluşmasındaki unsurlardan biri olarak kabul etmiştir. Oysa anılan idari yaptırım kararının uygulanabilmesi için daha önceden ilan edilmiş ve eylem tarihinde yürürlükte bulunan bir emrin varlığı ve kişilerin bu emre aykırı davranışlarının tespiti gerekir. Valilik tarafından 2015 yılı için İzmir’in ilçelerinde 2911 sayılı Kanun’a göre belirlenen yerler arasında Konak Basmane Meydanı’nın bulunmadığı belirtilmiş ancak bu yöndeki kararın ne zaman yürürlüğe girdiğine, halka duyurulup duyurulmadığına ve duyurulmuşsa hangi vasıtalarla yapıldığına dair bilgi verilmemiştir.*” gerekçesiyle hak ihlali yapıldığına karar vermiştir³³. Diğer düzenleyici işlemlerin yürürlüğe girmesiyle ilgili şu belirleme yapılabilir. Eğer ilanda uygulanacağı zamanın başlamasıyla ilgili belirleme varsa bu tarihte, yoksa ilan tarihinden itibaren yürürlüğe girerler.

Belirlilik ilkesi kanun koyucuya yöneliktir. Ancak kabahatler hukukunda kanun koyucu dışında çerçeve hükmün içeriğini dolduran idareye de yöneliktir (m. 4’te çerçeve hükmün içeriğinin doldurulması açısından yetki verildiği için). Bu ilke kanun koyucudan hem idari yaptırımın hem de haksızlık teşkil eden fiilin tam ve özenli bir dilde anlatılmasını istemektedir. İdareden ise çerçeve hükmün içeriğinin kişilerin anlayabileceği şekilde açık düzenlenmesini talep etmektedir. Bu ilke özellikle normun muhatabı olan kişilerin tahmin edilemez ve ancak çok dikkatli davranıldığında kaçınılabilir kanunlara karşı korunmasını sağlamaktadır. Sınırları belirli olmayan hükümlerden oluşan normların, geniş yorumlama imkânı veren kavramların varlığı, sübjektif değerlendirmeleri veya hukuku uygulayacak olanların hisleriyle karar vermesini davet eden, yani somut olarak uygulanması kestirilemez normlar belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir (Mitsch, 2005: 35, 36). Anayasa mahkemesine göre, “*hukuk devletinin temel*

33 Savaş Candemir ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru Numarası 2016/5116, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/bireysel-basvuru-basin-duyurulari/gosteri-yuruyusune-katilanlara-idari-para-cezasi-verilmesi-nedeniyle-toplanti-ve-gosteri-yuruyusu-duzenleme-hakkinin-ihlal-edilmesi/>

unsurlarından biri de belirlilik ilkesidir. Bu ilkeye göre yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, kanundan belirli bir kesinlik içinde hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlayabilir. Hukuki güvenlik ilkesi, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar”³⁴

Yukarıda söylenenler yaptırımlar açısından da geçerlidir. Türünün, miktarının ve süresinin açık ve net olarak belirlenebilir olması gerekir. Bu hem idari para cezası hem de idari tedbir ve bu anlamda mülkiyetin kamuya geçirilmesi açısından geçerlidir³⁵. Yaptırımın belirlenmesi açısından belirlilik ilkesine uyulması gerektiği gibi, yaptırımın uygulanmasında gözetilecek esasların da kanunda ifade edilmesi gerekir. Nitekim Kabahatler Kanunumuzun 17. maddesinin 2. fıkrasında, idari para cezasının alt ve üst sınırlar arasında gösterildiği durumda, idari para cezası miktarının belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumunun birlikte göz önünde bulundurulacağı düzenlenmektedir. Ayrıca belirtilmelidir ki yaptırımın alt ve

34 Anayasa Mahkemesi, 26.06.2019, E. 2019/35, K. 2019/53, R.G.T.24.07.2019. “Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin ön koşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Bu bakımdan kanunun metni; bireylerin gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle hangi somut eylem ve olguya, hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla uygulanması öncesinde kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir (AYM, E. 2013/39, K. 2013/65, 22/5/2013). “Belirlilik” ilkesi yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma gibi niteliksel gereklilikleri karşılama koşuluyla yasalar, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Asıl olan, muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır (AYM, E. 2009/9, K. 2011/103, 16/6/2011)”, Bülent POLAT Başvurusu, 10.12.2015, B.N. 2013/7666, R.G. Tarih ve Sayı 3/2/2016-29613.

35 “...cezanın da geçici veya sürekli tanımlanmasıyla sürenin takdirini idareye bırakacak biçimde değil açıkça miktar ya da alt ve üst sınırlar belirlenerek gösterilmesi gerekir. Bu gerekliliğin, kişinin temel hak ve özgürlüklerinin de güvencesi olduğunda duraksanamaz. Bu durumda itiraz konusu kuralla, tüzük, yönetmelik veya umumi emirlere aykırılığın suç sayılması ve bunlara uygulanacak cezanın da belirli bir süreyle sınırlandırılmaması, suç ve cezanın yasallığı ilkesi ile bağdaşmamaktadır.”: Anayasa Mahkemesi, 15.02.2006, E. 2002/40, K. 2006/20, R.G.T. 13.07.2006.

üst sınırlar arasında gösterildiği durumlarda idarenin keyfi şekilde kurala veya tedbirlere aykırılık durumunda önceden herkese aynı yaptırım uygulanacağını belirtmesi Kabahatler Kanununa (m. 17'ye) aykırılık teşkil edecektir. Keza farklı şehirlerdeki veya yerlerdeki idari yaptırım uygulama yetkisine sahip makamların veya kişilerin aynı kabahatle ilgili olarak alt ve üst sınırlar arasında gösterilen idari para cezası miktarını farklı uygulamaları kanunilik ilkesine, orantılılık ilkesine ve eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Dolayısıyla pandemi nedeniyle her il valisinin aynı kabahatle ilgili kendi bölgesi için alt ve üst sınırlar arasında gösterilen miktar (Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m. 282) için önceden genel bir şekilde farklı belirleme yapması söz konusu olamaz. İdare tarafından yaptırım belirlenirken her işlenen fiil açısından fiilin haksızlık içeriği, failin kusuru ve ekonomik durumu göz önüne alınarak tespit yapılmalıdır. Her bir kişi için bu söylenenler göz önüne alınarak yaptırımın alt ve üst sınırları arasında idari para cezasının belirlenmesi yoluna gidilmelidir. Herkes için önceden aynı yaptırımın belirlenmesi ve uygulanması hukuka uygun değildir.

İdarenin keyfi uygulamasına yol açacak, kişilerin hangi yaptırıma maruz kalacaklarını öngöremeyecekleri düzenlemelere gidilmemelidir. Uygulayıcılara farklı şekilde yaptırım uygulama imkânı verilmemelidir. Keyfiliğe veya değerlendirme farklılığına yol açacak düzenlemelere gidilmemesi gerekir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, İmar Kanununun 42. maddesinde yer alan idari para cezasının alt ve üst sınır arasındaki yelpazenin çok geniş olduğu ve cezanın belirlenmesinde herhangi bir kritere yer verilmemesi nedeniyle idarenin takdirine bırakıldığı gerekçesiyle yapılan başvuruda, idari makamların kanunun belirlediği sınırlar arasında cezanın takdirinde esas alacakları objektif ölçütlerin düzenlemede gösterilmediğini, belirlenen alan içinde cezayı uygulama yetkisinin idareye bırakıldığını, alt ve üst sınır arasında idareye bırakılan takdir alanının geniş, sınırsız ve ölçüsüz olduğunu, cezanın belirlenmesinde alt ve üst sınır arasında elli kat gibi makul ve ölçülü olmayan şekilde genişlik bırakılmasının uygulamada, yorum ve değerlendirme farklılıklarına dayalı olarak eşitsizliğe, haksızlığa ve keyfiliğe yol açabilecek nitelikte bulunduğunu ifade ederek İmar Kanununun 42. madde düzenlemesinin belirli ve öngörülebilir nitelikte olmadığını kabul etmiş ve Anayasanın 2. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir³⁶. Alt ve üst sınırlar arasında 50 kat gibi genişlik bırakılması belirlilik ilkesi açısından, özellikle yaptırımı uygulayacak idari

36 Anayasa Mahkemesi, 17.04.2008, E. 2005/5, K. 2008/93, UYAP Mevzuat Programı (E.T. 07.05.2010). Kabahatler Kanununda (m. 17/2), alt ve üst sınırlar arasında gösterilen idari para cezasının miktarının belirlenmesinde kabahatin haksızlık içeriğinin, failin kusurunun ve ekonomik durumunun birlikte göz önünde bulundurulması hükme bağlanmaktadır.

makamlar bakımından sorun oluşturabilecek nitelikteyse de cezanın belirlenmesinde objektif ölçütlerin bulunmadığı belirlemesi KK m. 17 karşısında yerinde bir tespit niteliğinde değildir.

Belirlilik ilkesi yukarıda da ifade edildiği gibi çerçeve hükümler için de geçerlidir. Nitekim Kabahatler Kanunu, kapsam ve koşulları kanunla belirlenen hükmün içeriğinin idarenin düzenleyici işlemleriyle doldurulacağını belirtmek suretiyle bunu açıkça ortaya koymaktadır. Dolayısıyla çerçeve hükmün belirlilik ilkesine uygun olarak, yani hangi fiillerin kabahat oluşturduğunun kapsam ve koşullarının gösterilmesi suretiyle belirlenmesi, bu suretle kabahatin açık, net ve şüpheye yer vermeyen şekilde tespit edilebilmesi mümkün olmalıdır. Kanun koyucu sadece kapsamının değil, aynı zamanda koşullarının da çerçeve kanunda belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Çerçeve kanunun çok genel olduğu, kapsam ve koşullarının belirlenmediği, kabahat teşkil eden fiillerin tamamen genel ve düzenleyici işlemlere terk edildiği durumlar kanunilik ve belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir (Kangal, 2019: 84, 85). Bu anlamda 5627 sayılı Enerji Verimliliği Kanunu m. 10/1-a-1, 618 sayılı Limanlar Kanunu m. 11, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu m. 6 düzenlemesinin kanunilik ilkesine aykırı olduğu belirtilmektedir (Kangal, 2019: 87). Anayasa Mahkemesi bir kararında kanun koyucunun düzenleme yaparken genel ilkeleri belirlemek zorunda olduğunu, ayrıntılı ve açıklayıcı düzenlemeleri yürütme organına bırakabileceğini, ancak hiçbir sınır ve çerçeve çizilmeden Maliye Bakanına yetki verilmesinin hukuk devletinin gereği olan belirlilik ilkesine aykırılık oluşturduğunu ifade etmektedir³⁷. Ancak Anayasa Mahkemesinin belirlilik ilkesine aykırı olmakla beraber Anayasaya aykırı görmediği kararı da bulunmaktadır. 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun 16. maddesinin 1. fıkrasının c bendindeki “*Bu Kanun, ikincil mevzuat veya lisans hükümlerine aykırılık yapılmış olduktan sonra niteliği itibarıyla düzeltme imkânı olmayacak şekilde aykırı davranılması durumunda ihtara gerek kalmaksızın beş yüz bin Türk Lirası idari para cezası verilir*” hükmünün Anayasa aykırı olduğuna ilişkin birkaç nedenle yapılan başvuruyu ikincil mevzuat yönünden 6446 sayılı Kanun’un ilgili maddelerinde hangi konularda ikincil mevzuatla düzenleme yapılacağını belirtildiği, ayrıca regülatif idari yaptırımlarda, yaptırımın uygulanacağı belirli, özel bir alan olduğundan kanunla çizilen çerçevenin genel olmasının belirlilik ilkesine aykırılık oluşturmadığı gerekçesiyle

37 Anayasa Mahkemesi, 24.06.1997, E. 1996/56, K. 1997/58, R.G.T. 13.01.2005.

kanunilik ilkesine aykırı görmemiştir³⁸. Ancak Anayasa Mahkemesi her ne kadar hangi konularda ikincil mevzuatla düzenleme yapılacağına belirtildiğini ifade etmekteyse de 6446 sayılı Kanunda ikincil mevzuatın ne olduğuna ilişkin belirleme bulunmamakta, birkaç yerde kavram olarak ikincil mevzuat ifadesi geçmekte ve birçok yerde de ilgili konuların Yönetmelikte düzenleneceğine ilişkin hükümler bulunmaktadır. İkinci mevzuatın kapsamına hangi yönetmeliklerin veya düzenlemelerin girdiğini Enerji İşleri Genel Müdürlüğünün resmi web sayfasında görmekteyiz. Buradaki yer alan belirlemeye göre ikincil mevzuat, elektrik dağıtım şirketleri, yenilenebilir enerji kaynakları ve yerli aksam mevzuatı, elektrik tesisleri mevzuatı, enerji istatistikleri mevzuatı başlığında yer verilen düzenlemeler olarak belirtilmiştir³⁹. Düzenlemelere bakıldığında yalnızca yönetmeliklerin bulunmadığı, tebliğlerin de yer aldığı görülmektedir. Bu nedenle ikincil mevzuatın ne olduğu, kapsamına hangi yönetmeliklerin girdiğinin belli olmadığı, genel nitelikte ikincil mevzuat ifadesiyle, dolayısıyla da duraksamaya ve

38 “...itiraz konusu kural kapsamında yasaklanan fiillerin gerçekleştirilmesi halinde uygulanacak idari para cezasının maktu olarak belirlenmiş olması nedeniyle fiili gerçekleştirenin kusuru ya da ekonomik büyüklüğü gibi özelliklerinin değerlendirme dışı kalacağı, yasaklanan fiili gerçekleştirenlerin tamamına aynı para cezasının verileceği, itiraz konusu kuralda yasaklanan fiillerin genel olarak belirtilmesinin hukuk devletinin alt ilkeleri olan belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleriyle bağdaşmadığı, ölçülü olmadığı, kuralda yer alan “Bu Kanun, ikincil mevzuat veya lisans hükümlerine aykırılık” ibaresi nedeniyle, kanuna aykırılık, ikincil mevzuata aykırılık ya da lisans hükümlerine aykırılık hâli gibi çoğaltılabilecek ihtimallerde adil ve makul bir denge gözetilmeden tüm düzenlemelere aykırılık hâlinin aynı kefiye konulması ve fiilin haksızlık içeriği gözetilmeden her bir ihlal için aynı miktarda para cezası uygulanmasının hukuk devletinin gereği olan adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle bağdaşmadığı” gerekçesiyle hükmün Anayasanın 2. maddesine aykırı olduğuyula ilgili yapılan başvuruda korunan hukuki değer ile ihlalin neden olduğu hukuki sonuçların aynı olmamasının kabahatler ve cezalar ile adli suç ve cezalar arasındaki temel farklılığı oluşturduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre, adli para cezalarından daha yüksek miktarlarda idari para cezalarının verilebilmesine olanak tanıyan düzenlemeler de bulunmakla birlikte adli suçlar için öngörülen cezaların idari kabahatler için öngörülen cezalardan genellikle daha ağır olması, hürriyeti bağlayıcı cezaların kural olarak adli suçlar yönünden geçerli olması, kabahatlerde kanun koyucunun daha az önem atfettiği bir hukuki değer ihlal edilmesi ve öngörülen yaptırımın da genellikle idari bir makam tarafından idari usullerle izlenerek uygulanması nedeniyle Anayasa’nın 38. maddesindeki ilkelerin aynı boyut ve kapsamıyla kabahatlerde de uygulanması, işin mahiyetine uygun düşmemektedir. Bu bağlamda, yasama organının ağır işleyen yapısı ile ekonomik ve teknik hayatın hızla değişen ve gelişen şartları gözetilerek, suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin kabahatler yönünden daha esnek uygulanması gerekmektedir. Mahkemeye göre, itiraz konusu kuralda idari yaptırım öngörülen eylemler, 6446 sayılı Kanun’a, ikincil mevzuata veya lisans hükümlerine aykırı davranılması olarak belirtilmiştir. Bu eylemlerden lisans hükümlerinin neler olduğu Kanun’un 5. maddesinde gösterilmiştir. Dolayısıyla, kuralda belirtilen 6446 sayılı Kanun’a ve lisans hükümlerine aykırı davranılması şeklindeki eylemler kanunda belirtilmiştir. İdari yaptırım gerektiren fiillerin bir kısmı için ise ikincil mevzuata yollama yapılmıştır. 6446 sayılı Kanun’un ilgili maddelerinde hangi konularda ikincil mevzuatla düzenleme yapılacağı da belirtilmiştir. Yasama organının uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin konularda alınacak önlemlerin duyulan gereksinmelere uygunluğunu sağlamak amacıyla idareye kimi kararlar almak üzere yetki vermesi idari kararlarla suç ihdası ve dolayısıyla kanunilik ve belirlilik ilkesinin ihlali anlamına gelmemektedir. Kaldı ki regülatif idari yaptırımlarda, yaptırımın uygulanacağı belirli, özel bir alan olduğundan kanunla çizilen çerçevenin genel olması belirlilik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Dolayısıyla mahkeme hükmü Anayasaya aykırı görmemiş ve başvuruyu reddetmiştir. Bkz.: Anayasa Mahkemesi, 31.05.2017, E. 2017/103, K. 2017/108, R.G.T. 18.07.2017.

39 <https://www.eigm.gov.tr/TR-Mevzuat>

kuşkuya yer verecek şekilde, hatta kestirilemez düzenlemeyle, kabahat belirlemesi yapılmasının kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği belirtilmelidir. Çerçeve hükmün de kapsam ve koşullarının muhatapları tarafından öngörülebilir olması gerekir.

Belirlilik ilkesi yalnızca çerçeve hüküm için geçerli değil, aynı zamanda bu hükmü dolduracak idarenin işlemleri, yani doldurulan hükümler açısından da geçerlidir (KKOWiG-Bohnert, 2006: Einleitung, kn. 115; Göhler, 2009: §3, kn. 5). Zira çerçeve kanunda belirlilik ilkesine tabi kılınan düzenlemenin ağırlık noktasını doldurulan hüküm oluşturmaktadır (Mitsch, 2005: 35). Dolayısıyla bu düzenlemelerin de kapsam ve koşullarının belirlenen şekilde belirlilik ilkesine uygun olarak yapılması gerekir. Anayasa mahkemesi de verdiği bir kararda Kanunda öngörülme bir yükümlülüğün genelgeyle öngörülerek kişilere öngörülemez bir yükümlülük yüklendiğini, dolayısıyla yeni bir kabahat ihdas edildiğini belirterek Anayasanın 38. maddesinde düzenlenen

kanunilik ilkesine aykırılık bulunduğunu ifade etmiştir⁴⁰.

40 İlgili düzenlemeler şu şekildedir: 2918 sayılı Kanun'un 31. maddesi: “Araçlarda;b) Kamyon, çekici ve otobüslerde ayrıca takograf, taksit otomobillerinde ise taksimetre, Bulundurulması ve kullanılır durumda olması zorunludur. Ancak, 2918 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki yıllarda üretilen araçlarla, resmi taşıt olarak tescil edilmiş ve edilecek olanlar ile şehirci ve belediye mücavir alanı içerisinde yolcu ve yük nakliyatı yapanlarda takograf bulundurma ve kullanma zorunluluğu aranmaz. ...Birinci fıkranın ... (b) bendine göre araçlarında taksimetre(r) e, takograf bulundurmaya, kullanmayan veya kullanılabilir durumda bulundurmaya sürücüler 34.800.00 lira para cezası ile cezalandırılırlar. Sürücü aynı zamanda araç sahibi değilse ayrıca, tescil plakasına da aynı miktar için ceza tutanağı düzenlenir. ...” 18/7/1997 tarih ve 23053 Resmî Gazete sayılı Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin (Yönetmelik) 99. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi şöyledir: “Takograf cihazı ile sürücü çalışma belgelerinin hangi cins taşıtlarda bulundurulacağına ve kullanılacağına dair esaslar aşağıda gösterilmiştir: a) Takograf cihazları 2) Takograf cihazlarının, şehirlerarası yük veya yolcu nakliyatı yapan otobüs, kamyon ve çekicilerde kullanılır durumda bulundurulması ve kullanılması zorunludur: 3) Takograf cihazı takılan her taşıtın işleten ve sürücüsü, takıldığı tarihten itibaren bu cihazları kullanılır durumda bulundurma zorundadır: 4) Şehirci ve belediye mücavir alanı içerisinde yolcu ve yük nakliyatı yapan otobüs, kamyon ve çekici türündeki taşıtlarda takograf cihazı bulundurma mecburiyeti aranmaz”. Emniyet Genel Müdürlüğü Trafik Uygulama ve Denetleme Daire Başkanlığının Birleştirilmiş Genelgesinin (Genelge) ilgili kısımları şöyledir: “Karayolları Trafik Kanununun 31 inci maddesine göre kamyon, çekici ve otobüslerde takograf, taksit otomobillerinde ise taksimetrenin bulundurulması ve kullanılır durumda olması zorunludur. Buna göre; Şehir içi ve belediye mücavir alanı içerisinde yolcu ve yük nakliyatı yapanlarda da takograf bulundurma ve kullanma zorunluluğu aranmayacak, tescil işlemleri esnasında şehirci ve belediye mücavir alanı içerisinde yük ve yolcu taşımacılığı yapacağını beyan eden araç maliki özel ve tüzel kişiler adına yapılacak tescil işlemleri esnasında noterden alınacak taahhütname istenecektir. İbrahim edilen bu belgelere istinaden yapılacak tescil işlemlerinde, tescil belgesinin ilgili bölümüne bu durum işlenecektir. Takograf cihazı kullanma ve bulundurma mecburiyetinden muaf tutulmuş sivil araçlar, şehirlerarası karayolu taşımacılığı yapmaları halinde sürücü çalışma belgesi bulunduracaklardır. Trafik denetimlerinde bu durum kontrol edilecektir. Şehir içi ve belediye mücavir alanlarında çalıştığını beyan ederek bu durumu belgelerine işletmiş olan araçların şehir içi ve belediye mücavir alanları dışındaki karayollarını kullanmaları halinde Kanunun 31 inci maddesinin ceza hükümleri uygulanacaktır.” Anayasa mahkemesi kararına konu olan olayda başvuru, 13/10/1983 tarih ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 31. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereği takograf kullanma yükümlülüğüne uymadığı gerekçesiyle, 12/7/2012 tarihinde Diyarbakır Trafik Denetleme Şube Müdürlüğü görevlileri tarafından 319,00 TL idari para cezası ile cezalandırılmıştır. Başvuru, idari para cezasına karşı 26/7/2012 tarihinde Diyarbakır 2. Sulh Ceza Mahkemesine (Mahkeme) itirazda bulunmuştur. Mahkemece, itiraz karara bağlanmak üzere duruşma açılmıştır. 11/12/2012 tarihli ikinci duruşmaya başvuru vekili katılmış ve kanunla düzenlenmeyen bir sınırlamanın genelge ile yapılmasının mümkün olmadığını, müvekkilinin genelgeyi bilme zorunluluğunun olmadığını belirterek itirazın kabulüne karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemenin 11/12/2012 tarih ve 2012/748 sayılı kararı ile başvuru vekilinin yüzüne karşı ve kesin olarak itirazın reddine karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi ise verdiği kararda, “2918 sayılı Kanun'da, takograf kullanma zorunluluğundan muaf tutulan “şehir içi ve belediye mücavir alanı içerisinde yolcu ve yük nakliyatı yapan” kişilerin, bu farklı statüye nasıl dâhil olacakları konusunda herhangi bir açık düzenlemeye yer verilmiştir. Böyle bir hükümün uygulama kabiliyetine sahip olabilmesi ve suiistimallerin önüne geçilebilmesi bakımından, muafiyetin bir işlem veya taahhüde bağlanması mantıklı bir gerekliliktir. Ancak 2918 sayılı Kanun'da sözü edilen muafiyet için herhangi bir şekil şartı öngörülmemiş ve ilgilinin yalnızca “şehir içi ve belediye mücavir alanı içerisinde yolcu ve yük nakliyatı yapan” bir kişi olması yeterli görülmüştür. Kanun'daki bu ifadeden herhangi bir taahhüt, bildirim veya trafik sicil kayıtlarına şerh verilmesi gerektiğinin öngörülmesi mümkün değildir. Buna karşılık, Kanun'da, örneğin, “yolcu ve yük nakliyatı yapacağını bildirenler” ve benzeri bir ifade kullanılmış olsa idi, Genelge ile öngörülen ve idari yaptırıma bağlanan yükümlülüklerin bir kanuni dayanağı olduğundan söz edilebilirdi. Oysa Genelge düzenlemesi, Kanun'da yer almayan bir yükümlülüğü ilgililere öngörülemez bir şekilde yükleyerek dolaylı olarak yeni bir kabahat ihdas etmektedir. Zira, asıl kabahat eylemi “takografin kullanılır durumda bulundurulmaması” olup, Kanun hükmüne göre istisna, şehir içi ve belediye mücavir alanı içinde yük ve yolcu nakliyatı yapıyor olmaktır. Genelge, Kanun'da olmadığı halde bu istisnanın istisnası olarak “şehir içi ve belediye mücavir alanlarında çalıştığını beyan etmeme ve durumu tescil belgelerine işletmeme” halinde, ilgili kişinin, muafiyetten yararlanamayacağını ve fiilen Kanun'daki istisna kapsamında olsa dahi Genelge hükmüne uygun işlem yapmaması nedeniyle idari para cezası ile cezalandırılmasını öngörmektedir. Genelge, Kanunla tanınan ve herhangi bir şekilde bağlanmamış olan takograf muafiyetini, bildirim ve tescil belgesine şerh verilmesi şekline bağlayarak istisnai düzenlemenin uygulama alanını, herhangi bir kanuni dayanağı olmaksızın daraltmıştır. İdari para cezasını gerektiren bir eyleme ilişkin istisnai düzenlemenin uygulama alanının, idari işlemle daraltılması, somut olayda kabahat ihdas edilmiş sonucunu doğurmuştur. Ortaya çıkan bu sonuç, Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen “suç ve cezada kanunilik” ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Açıklanan nedenlerle, Genelge ile yüklenen ve Kanun'da öngörülmemiş olan bildirim yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle başvurunun idari para cezası ile cezalandırılmasının, suç ve cezada kanunilik ilkesini ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır” belirlemesini yapmıştır. Bkz.: Anayasa Mahkemesi, KARLİS A.Ş. Başvurusu, B.N. 2013/849, K.T. 15.4.2014, file:///Users/berrinakbulut/Desktop/Karlis%20T.C.%20Anayasa%20Mahkemesi.webarchive

Çerçeve hüküm ve çerçeveyi dolduracak idarenin düzenleyici işlemi kabahatlerin genel hükümleriyle de ilgili olabilir. Kapsam ve koşulları bakımından belirlenen kabahat (m. 4) düzenlemesine ilişkin çerçeve hükmün içeriği idarenin düzenleyici işlemiyle doldurulabildiğine göre genel hükümlerde de idarenin düzenleyici işlemiyle belirleme yapılabilir. Ancak KK'nın 3. maddesinde, genel hükümlerin idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını öngören bütün fiiller hakkında uygulanacağı düzenlenmektedir. Bu düzenleme kanun hükmü olduğu için başka bir normda genel hükümlere ilişkin özel belirleme yapılabilir, ayrıca çerçeve hüküm ve bu hükmü dolduran düzenleyici işlem söz konusu olabilir. Bunların dışında daha sonra da belirteceğimiz üzere genel hükümlerde lehe olmak şartıyla kıyası kabul ettiğimiz için idarenin düzenleyici işlemiyle çerçeve hüküm doldurulmasına da bir engel olmadığını düşünüyoruz. Ancak aleyhe yaptırım uygulanması sonucunu doğuracaksa idarenin düzenleyici işlemiyle belirleme yapılmasının söz konusu olmayacağını ifade etmek istiyoruz. Örneğin tek fiil olmasına rağmen gerçek içtimanın uygulanmasına ilişkin düzenleme yapılmasının söz konusu olmayacağını belirtmek istiyoruz.

3.3. Kıyas Yasağı

Kıyas, kanunda kural boşluğunun bulunduğu hallerde bu boşluğun doldurulması için kanundaki bir kuralın⁴¹ genişletilmesi ve geliştirilmesi yoluyla benzer bir olaya uygulanmasıdır (yorum ve kıyas tanımlaması için bkz.: Yüce, 1982: 94; Öztürk & Erdem, 2014: 60)⁴². Kıyas yasağı kanunu uygulayacak olanı, somut olayın normun kanuni tanımına uyduğu hallerde normu uygulamaya yükümlü tutmaktadır. Aksi halde uygulamamayı istemektedir. Kıyas, uygulanacak kanun metninin olayı yeterince tanımlayamadığı durumda başlamaktadır. Yani o olayın kanunun metnine girip girmediğinin anlaşılamadığı durumda söz konusu olmaktadır. Bu nedenle kıyas yasağının gerçek etkinliği kanun koyucu tarafından belirlilik ilkesinin göz önünde tutulmasına bağlıdır. Belirlilik ilkesine uygun düzenleme yapıldığında, düzenleme kapsamına girmeyen halde kıyas yasağı uygulama alanı bulur. Buna karşılık kanun ne kadar belirsiz formüle edilirse, kanunun metninden ayrılmadan somut olaya o kadar genişletilebilir (Mitsch, 2005: 36)

41 Buna kanuni kıyas adı verilmektedir. Bir de hukuki kıyas adı verilen kıyas şekli kullanılmaktadır. Hukuki kıyas, suç oluşturmeyen eylemin yasadaki kuraldan yola çıkmak suretiyle değil de hukuk sisteminin genel esaslarına dayanılarak cezalandırılmasını ifade etmektedir. (İçel & Donay, 1999: 84) Ayrıca kanunilik ilkesi için bkz.: (AnceI, 1938: 1326 vd.).

42 Hukuk metodolojisi üzerine yapılan yeni araştırmalar sonucunda ortaya çıkan son yaklaşımlarda kıyas yasağı ile yorum arasında mantıksal bir ayrımın olmadığı iddia edilmektedir. Bu görüşe göre her yorum aslında bir benzerlik karşılaştırması gerektirmektedir. Her yorum kıyası zorunlu kılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: (Keçelioğlu, 2012: 92, 93).

Kabahatler Kanunumuzda kanunilik ilkesinin düzenlenmesinin dışında kıyas yasağıyla ilgili Ceza Kanunumuzdaki gibi bir belirleme yapılmamıştır⁴³. Bunun nedeni KK’da yalnızca kabahat ve yaptırıma ilişkin hükümler yer almayıp muhakeme ve infaza ilişkin hükümlerin de bulunmasıdır. Kıyas yasağına ilişkin hüküm olmamakla beraber, Anayasamızdaki kanunun suç saymadığı fiilden kimsenin cezalandırılmayacağı ve cezasının arttırılmayacağı prensibinden ve KK’nın 4. maddesindeki kanunilik ilkesinden yola çıkarak kanunda düzenlemeyen fiillerin veya çerçeve kanunda yer almayan davranışların kabahat olarak tespiti kıyas yoluyla gerçekleştirilemez⁴⁴. Kıyas yasağı kabahat oluşturan tüm unsurlar açısından geçerlidir. Aynı şekilde kanunda öngörülme bir yaptırımın verilmesi veya şiddetlendirilmesi de söz konusu değildir. Kıyas yoluyla kabahatlerin genişletilmesi⁴⁵ veya idari para cezasının çerçevesinin artırılması mümkün değildir. Yaptırımı kuran ve ağırlaştırılan durumlarda da kıyas yasaktır. Genişletici yorum kıyas yasağının uygulanmasını engelleyici sonuçlara yol açacağı için bu yoruma

43 Kanunilik ilkesinin sonuçlarından biri olan kıyas yasağına kanunda ayrıca yer verilmesinin lüzumsuz olduğu, bununla birlikte yargıca yönelik bir yükümlülük getirdiği için bir mahzur da doğurmadığı belirtilmektedir: (Artuk, 2005: 15).

44 Anayasa Mahkemesi de 9/1/2017 tarihinde dört arkadaşıyla birlikte Ankara’nın Batıkent ilçesi metro çıkışına gelerek anayasa değişikliğiyle ilgili Halkevleri Derneğine ait bir bildiriye vatandaşlara dağıtmaya başlayan kişiye polislerin çevreyi rahatsız ettikleri gerekçesiyle Kabahatler Kanunu’nun 37. maddesi uyarınca idari para cezası uyguladığı olayla ilgili olarak verdiği kararda “Başvurucunun eyleminin 5326 sayılı Kanun’un 37. maddesi hükmünde düzenlenen “mal ve hizmet satışı amacıyla çevreyi rahatsız etmek” unsurundan «rahatsız etmek» kısmının kapsamında yer aldığı kabul edilmiştir. Somut olaya uygulanan kuralın bütünlüğü bozulmak suretiyle, içeriğindeki bir cümle getiriliş amacından radikal biçimde farklı bir yoruma tabi tutulmuş ve ayrı bir suç ihdas edilmiştir. Bu şekilde bir cezalandırmada, bireylerin hukuki yardım almak suretiyle dahi hangi eylem ve kusurların kendilerine atfedilebileceğini, suçlu duruma düşebileceklerini bilebilmeleri mümkün değildir. Kamu makamlarının söz konusu yorumunun anılan hükmün amacını aşan zorlama ve öngörülemez bir yorum olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Tüm bu açıklamalar ışığında 5326 sayılı Kanun’un 37. maddesinde yer alan «mal veya hizmet satmak için başkalarını rahatsız etmek» hükmünün başvurucaya isnat edilen “bildiri dağıtmak” fiilini kapsamadığı sonucuna varılmıştır. Anayasa’nın 6. maddesine göre hiç kimse veya organ, kaynağını Anayasa’dan almayan bir devlet yetkisini kullanamaz. 5326 sayılı Kanun’un 37. maddesinde düzenlenen kabahatin bildiri dağıtma fiilini kapsamadığının açık olduğu, Mahkemenin bildiri dağıtmayı bu madde kapsamında değerlendirmesinin maddenin özülüyle çelişen ve öngörülemez bir yorum olduğu açıktır. Ortaya çıkan bu sonuç Anayasa’nın 38. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen suç ve cezaların kanuniliği ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Açıklanan gerekçelerle başvuruca 5326 sayılı Kanun’da kabahat olarak öngörülmemiş olan fiili nedeniyle kamu makamlarınca yoruma dayalı olarak idari para cezası ile cezalandırılmasının Anayasa’nın 38. maddesinde düzenlenen suç ve cezaların kanuniliği ilkesini ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır”. Gülay Yurt Başvurusu, B.N. 2017/35546, K.T. 30/6/2020, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/35546?KelimeAra%5B%5D=kıyas+yoluyla>.

45 Anayasa Mahkemesine konu olan bir olayda KK m. 42’de yer alan afiş asma fiiliyle ilgili olarak, mahkeme *izinsiz afiş açma ya da pankart taşıma* fiilinin Kabahatler Kanununda kabahat olarak düzenlenmediğini, Kabahatler Kanununun 42. maddesinde yer alan «izinsiz afiş asmak» hükmünün «afiş açma veya pankart taşıma» fiilini kapsamadığını, dolayısıyla kanunilik unsurunu taşımadığını kabul etmiştir: Anayasa Mahkemesi, *Meziyet Yıldız ve diğerleri*, B. No: 2017/17038, 18/6/2020, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/17038?KelimeAra%5B%5D=kabahat>.

mümkün olduğunca başvurulmaması gerekir⁴⁶. Kıyas idari tedbirler için de yasaktır (Schwacke, 2006: 6; KKOWİG-Rogall, 2006: §3, kn. 60, 62, 63)⁴⁷.

Ancak kabahatlerin genel esaslarında (dar anlamda ceza hukuku kapsamında nitelendirilebilecek genel hükümleri açısından) kıyasın mümkün olduğunu kabul

46 “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye* [BD], B. No: 23536/94 ve 24408/94, § 36) kararında Sözleşme’de düzenlenen 7. maddenin bir suçun ancak kanun tarafından tanımlanıp cezanın öngörülebileceği ilkesini ve ceza kanununun bir analogi ile kapsamlı şekilde sanığın aleyhine yorumlanmaması ilkesini içerdiğini hatırlatmaktadır. AİHM, bu ilkelere suç ve ilgili yaptırımın kanunlarda açık şekilde tanımlanması gerektiği sonucuna varmaktadır. AİHM’e göre bireyin ilgili hükmün metninin kendisinin suçtan sorumlu olmasına neden olabilecek hareket ve ihmallerinin bilinir hâle getirilmesi ile bu şart karşılanmaktadır. AİHM, ayrıca kıyas yaparak genişletici bir yorum yapmak suretiyle cezalandırma yoluna gitmenin suç ve cezaların kanuniliği ilkesi ile bağdaşmayacağını vurgulamıştır. Zira AİHM, somut olayda yayın sahibine verilen cezanın sorumlu müdür için öngörülen cezanın kıyas yoluyla yorumlanmasına dayanması sebebiyle Sözleşme’nin 7. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (*Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye*, §§ 42, 43). AİHM, bir kişinin hakkında dava açılmasına ve hüküm giymesine neden olan fiilin gerçekleştirildiği zamanda bu fiilin suç olduğunu gösteren bir kanuni hükmün olduğunu ve uygulanan cezanın bu hükümle belirlenen sınırları aşmadığının doğrulanması gerektiğini vurgulamıştır (*Coeme ve diğerleri/Belçika*, B. No: 32492/96, 32547/96,32548/96, 33209/96 ve 33210/96, 22/6/2000, §§ 146, 149-151). AİHM, Sözleşme’nin 7. maddesinin işlevi konusunda, ceza hukukunun davalının aleyhine olacak biçimde geriye dönük olarak uygulanmasını önlemekle kalmayıp aynı zamanda daha genel olarak bir suçun sadece kanunla tanımlanıp cezasının belirlenebileceği prensibini de benimsediğini belirtmektedir. AİHM’e göre anılan maddenin koruması, ceza hukukunun -örneğin kıyas gibi yollarla- suçlanan tarafın aleyhine yorumlanmamasını da kapsar. AİHM, bir suçun kanunda açık bir biçimde tanımlanması şartının kişinin ilgili hükmün ifadesinden ve/veya gerekiyorsa mahkemelerin bu hükmü yorumlamadaki içtihatları yardımıyla hangi eylem ve kusurların kendisine atfedilebileceğini ve suçlu duruma düşebileceğini belirlemesinde yerine getirileceğini belirtmektedir. Dolayısıyla Mahkeme, Sözleşme’nin 7. maddesinde geçen «kanun» teriminin yazılı olan ve yazılı olmayan kurallar ile erişilebilirlik ve öngörülebilirlik de dâhil olmak üzere niteliksel şartları zımnen ifade ettiği vurgulamaktadır (*Tolstoy Miloslavsky/Birleşik Krallık*, B. No:18139/91, 19/7/1995, Seri A No: 316-B, § 37; *Kasymakhunov ve Saybatalov/Rusya*, B. No. 26261/05 ve 26377/06, 14/3/2013, § 77)”, Gülay Yurt Başvurusu, Başvuru Numarası: 2017/35546, K.T. 30/6/2020, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/35546?KelimeAra%5B%5D=kıyas+yoluyla>

47 Danıştay da kabahatlerle ve yaptırımlarla ilgili kıyasın yasak olduğunu kabul etmektedir: “5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 4. maddesinin 1. fıkrasında ise; hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşullar bakımından belirlendiği çerçevede hükmün içeriğinin, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabileceği, 2. fıkrasında da; kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarının, ancak kanunla belirlenebileceği hüküm altına alınmış olup, kanunilik ilkesinin doğal bir sonucu olarak, idari yaptırımın türü, süresi ve miktarının kıyas yol uygulanması mümkün değildir. Hangi fiillerin idari yaptırım gerektirdiğinin kanunda açıkça tanımlanması, bunun doğal sonucu olarak bir eyleme yaptırım uygulanabilmesi için yaptırım uygulanacak eylemin belirli olması gerekmektedir. Kanunda suç olarak düzenlenmemiş fiillerin, kanunda suç olarak düzenlenmiş fiillerle benzerliği dolayısıyla veya fiilleri kapsadığı şeklinde yorumla yaptırma bağlanması bihlâlidir. Bu bakımdan, kanunilik ilkesi aynı zamanda suç ve ceza normlarının genişletilemeyeceğini de öngörür. Eğer kanun hükmü istisnai nitelikte ise dar yoruma tabi tutulmalıdır. Nitekim idari tedbirler istisnai nitelik taşıdığından dar yorumlanma gerekmektedir”, Danıştay, 10. D. 8.11.2018, E. 2015/3489, K. 2018/3391. Danıştay yine bir kararında, “Ceza hukukunun temel ilkelerinden olan suçta ve cezada kanunilik ilkesinin İdari yaptırımlar açısından da uygulanması, hangi fiillerin idari yaptırım gerektirdiğinin yasada açıkça tanımlanması, bunun doğal sonucu olarak bir eyleme yaptırım uygulanabilmesi için yaptırım uygulanacak eylemin belirli olması ve kıyas yoluyla yaptırma başvurulmaması gerekmektedir. Bu ilkenin doğal bir sonucu ise ceza öngören kanunlarda lehe olmadıkça geçmişte etkili olarak uygulama yasağıdır. Türk Ceza Kanunu’nun 7. maddesinde öngörülen; bir suçun işlendiği zamanki Kanun ile sonradan yürürlüğe giren Kanun hükümlerinin birbirinden farklı olması halinde failin lehine olan Kanun’un uygulanması şeklinde ifadesini bulan lehe uygulama ilkesinin de idari yaptırımlar açısından uygulanması gerekeceği açıktır” şeklinde belirleme yapmıştır: Danıştay 13. D., 22.6.2011, E. 2010/367, K. 2011/3019.

ediyoruz. Ceza hukukundaki gibi aleyhe kıyasın mümkün olmadığını, failin lehine kıyas yapmanın ise kabul edilmesi gerektiğini düşünüyoruz (Schwacke, 2006: 6; OWIG-Bohnert, 2007: §3, kn. 5; KKOWIG-Rogall, 2006: §3, kn. 64)⁴⁸. Bu çerçevede kabahatlerde sorumluluğun esasları açısından lehe olmak şartıyla kıyas yoluna gidilebilir. Hukuka uygunluk, kusurluluk gibi şartlar açısından lehe kıyas yapılabilir. Kabahatler Kanunu esas itibarıyla sorumluluğun esasları açısından TCK ile paralellik kurduğundan bu sonuca dolaylı olarak da ulaşılabilir. Ancak yaptırım uygulamayı genişleten hükümlerde (iştirak, teşebbüs gibi) kıyas yapmak failin aleyhine sonuç doğuracağından kabul edilmemelidir (Roxin, 2006: §5, kn. 41). Kıyas yapmak suretiyle hükmün aleyhe uygulanması idari yaptırım uygulanması veya artırılması anlamına geleceği ve kanunilik ilkesine aykırı olacağı için kıyas yasağı söz konusudur.

Kıyas yasağı, çerçeve hükmü dolduran düzenlemeler için de geçerlidir. Bu düzenlemeler kabahatlerin unsurlarıyla ilgili belirlemeler olduğundan, bu kapsama girmeyen davranışlar kabahat olarak nitelendirilemez. İdari düzenlemelere uymamak idari para cezası gerektirdiğinde, davranışa ilişkin düzenlemeye aykırı hareket etmek yaptırımı gerektiren ihlal niteliğindedir. Ayrıca idari düzenlemeler açısından da yorum kuralları uygulanabilir (KKOWIG-Rogall, 2006: §3, kn. 61).

Kabahatler hukukunda muhakeme hükümleri açısından ise (istisnai ve sınırlayıcı hükümler dışında) kıyas serbesttir. Aleyhe kıyas da kabul edilmektedir (Schwacke, 2006: 6; KKOWIG-Rogall, 2006: §3, kn. 65).

3.4. Geriye Yürüme Yasağı

Kanunilik ilkesinin diğer bir sonucu olan geriye yürüme yasağı, gerçekleştirilen fiil için işlendiği zaman kanununun uygulanmasını, daha sonra yürürlüğe giren kanunun geçmişte meydana gelmiş bir olaya uygulanamayacağını ifade etmektedir. Bu çerçevede işlendiği zamana göre kabahat sayılmayan fiil, daha sonra yürürlüğe giren kanunla kabahat sayılsa bile geriye yürüme yasağı nedeniyle idari yaptırımın tatbik edilmeyeceğini, aynı şekilde sonraki kanunla idari para cezası artırılmış olsa bile uygulanamayacağını ifade etmektedir. Bu yasak hem kanunu uygulayacak olana bu yasağa aykırı uygulama yapmamayı hem de kanun koyucuya geriye yürüme yasağına aykırı düzenleme getirmemeyi emretmektedir (Schönke/Schröder-Eser, 2010: §2, kn. 1). Anayasamızın 38. maddesi buna aykırı belirlemeyi hem uygulayıcılar hem de kanun koyucular için

48 Kıyasın ceza hukukunda yasak, kabahatler hukukunda kabul edildiğine ilişkin olarak bkz.: (Sancakdar, 2009: 66).

yasaklamaktadır. Ancak bu durumda Kabahatler Kanunundaki zaman bakımından düzenlemeye ilişkin hükümlerin göz önünde bulundurulması gerekir. Yani aleyhe sonuçlar için geriye yürüme yasağı söz konusu olacak, lehe olan hükümler geriye uygulanacaktır. Fiilin işlendiği zamana göre failin durumunu kötüleştiren kanunlar geriye yürümeyecektir. Çünkü fail fiili işlediği esnadaki riskleri tahmin edebilir (OWIG-Bohnert, 2007: §3, kn. 11).

Kabahatler hukukunda muhakemeye ve infaza ilişik hükümler açısından derhal uygulama ilkesi geçerli olduğundan geriye yürüme yasağı söz konusu değildir. Kabahatler Kanununun 5. maddesinin 1. fıkrasında (2. cümle), kendi düzenleme alanı içinde yer alan idari yaptırımlara ilişkin kararların yerine getirilmesi bakımından derhal uygulama ilkesinin geçerli olduğu belirtmiştir. Dolayısıyla gerek idari para cezasının gerekse mülkiyetin kamuya geçirilmesinin infazında derhal uygulama ilkesi uygulanacaktır. Verilen idari yaptırım kararlarının yerine getirilmesiyle veya muhakeme kuralları ile ilgili kanun değişikliği olduğunda bu değişiklik uygulanacak, lehe veya aleyhe olduğuna bakılmayacaktır. Yapılacak, yapılmakta olan tüm işlemler için yürürlüğe giren düzenleme uygulanacaktır. Tamamlanmış işlemler ise geçerliliğini sürdürecektir yeni düzenlemeye göre yeniden yapılması gerekmecektir.

4. Pandemi Döneminde Getirilen Tedbirlere Aykırılık Nedeniyle Uygulanan İdari Para Cezaları

4.1. Genel Olarak

1 Aralık 2019 tarihinde Çin'in Vuhan kentinde çıkan virüs salgını yeni tip bir virüsün teşhis edilmesi sonucunu ortaya çıkarmış ve 11 Şubat 2020 tarihinde bu virüsün ismi "COVID-19" olarak ifade edilmiştir. Bulaşıcı olan bu virüsün zamanla dünyadaki diğer ülkeleri etkilemesi ve ölümlere neden olması sonucunda 11 Mart 2020 de dünya Sağlık Örgütü tarafından küresel salgın (pandemi) ilan edilmiştir⁴⁹.

Türkiye de bu salgından etkilenmiş ve etkilenmeye de 2021 Şubat ayı itibariyle devam etmektedir. Resmi makamlar tarafından ilk vakanın 11 Mart 2020 tarihinde rastlandığı belirtilmiş ve salgınla mücadele etmek için yetkili makamlar tarafından bazı tedbirlerin

49 11 Mart tarihinde yapılan açıklamayla, Corona virüsü salgını sebebiyle 114 ülkede 118 bin vakaya rastlandığı, 4 bin 291 kişinin ise hayatını kaybettiği belirtilmiş ve DSÖ, COVID-19'un pandemik hastalıklar grubuna dahil edildiğini duyurmuştur: <https://www.sabah.com.tr/yasam/2020/03/20/pandemi-nedir-neden-ilan-edilir-dso-tarafından-pandemi-ilan-edilen-hastalıklar-hangileri>

uygulanması yoluna gidilmiştir⁵⁰. Dönem dönem salgının durumuna göre tedbirlerin artırılması veya azaltılması ya da normalleşmeye yönelik adımların atılması söz konusu olmuştur. COVID-19 nedeniyle alınan tedbirler arasında, sokağa çıkma kısıtlaması, maske takma uygulaması, işyerlerinin kapatılması veya faaliyetlerinin sınırlandırılması, eğitim ve öğretim faaliyetine ara verilmesi, seyahat kısıtlaması, esnek çalışma uygulaması veya mesai saatlerinde değişiklik, 65 yaş üstü kişilere sokağa çıkma kısıtlaması gibi önlemler sayılabilir. Alınan tedbirlere riayet edilmemesi durumunda ise idari para cezası uygulaması yoluna gidilmiştir.

30 Kasım 2020 tarihinde İçişleri Bakanlığınca 81 ilin valiliğine «Sokağa Çıkma Kısıtlamaları» konulu genelge gönderilmiştir. Bu genelgeye göre, yeni bir karar alınıncaya kadar hafta içi saat 21.00-05.00 arası, hafta sonu cuma günü saat 21.00'den pazartesi saat 05.00'e kadar sokağa çıkma kısıtlaması uygulanacaktır (14 Aralık'ta⁵¹ ve 15 Ocak'ta⁵² ek kararlar alınmıştır). Yeni önlemler kapsamındaki ilk sokağa çıkma kısıtlaması 1 Aralık Salı günü saat 21.00'de başlayıp çarşamba sabah 05.00'te bitecektir. Kısıtlamanın olduğu cumartesi ve pazar günleri market, bakkal, kasap ve kuruyemişçiler, çiçekçiler (15 Ocak 2021 tarihli ek Genelge) saat 10.00-17.00 arasında faaliyet gösterebilecektir (14 Aralık'ta alınan ek kararla hafta sonları 10.00-17.00 arası balıkçı/balık tezgahları açık olacak, belirtilen görevlere dair zaman ve güzergahla sınırlı olacak şekilde noterler açık olacaktır). Kısıtlama kapsamında hafta içi ve hafta sonu ekmek üretilen fırın/unlu mamul ruhsatlı iş yerleriyle bu iş yerlerinin ekmek satan bayileri açık olacaktır. Lokanta ve restoranlar cumartesi ve pazar günleri saat 10.00-20.00 arasında sadece paket servis şeklinde hizmet verebilecektir. Sokağa çıkma kısıtlamasına uyulabilmesi için istisna dışındaki tüm iş yerleri hafta içi saat 20.00'de kapanacaktır. Sokağa çıkma kısıtlaması getirilen süre ve günlerde 65 yaş ve üzerindeki temel ihtiyaçları Vefa Sosyal Destek Birimleri aracılığıyla karşılanacaktır. Sokağa çıkma kısıtlaması olan günlerde genelgede belirtilen zorunlu haller dışında şehirlerarası seyahatler toplu ulaşım araçlarıyla yapılabilecektir. Kısıtlama olan gün ve saatlerde zorunlu hallerde özel araçla şehirlerarası seyahat izne tabi olacaktır⁵³.

50 Sağlık Bakanı 11 Martta Türkiye'de ilk Koronavirüs vakasının tespit edildiğini açıklamıştır: <https://www.trthaber.com/haber/gundem/turkiyede-ilk-koronavirus-vakasi-tespit-edildi-466216.html>

51 <https://www.icisleri.gov.tr/81-ile-koronavirus-salgini-yeni-tedbirler-genelgesi>

52 <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/sokaga-cikma-kisitlamasi-basladi-bakanliktan-81-ile-ek-genelge-41715820>

53 Ayrıntılı bilgi için bkz.: <https://www.mynet.com/icisleri-bakanligi-ndan-yeni-koronavirus-genelgesi-110106661648>.

4.2. Anayasal Açıdan COVID- 19 Tedbirleri

COVID-19 virüsü ve ortaya çıkardığı salgın Türkiye’yi beklemediği bir durumla karşı karşıya bırakmış, bu salgınla mücadele etmek amacıyla alınan tedbirlerin karşılığı olan düzenlemelerin içerdiği hükümler hukuki açıdan değerlendirmeye başlanmıştır. Türkiye salgınla mücadele etmek için düzenlemelerde değişiklik yapma ihtiyacı hissetmemiş, mevcut düzenlemelerle sorunu çözmeye çalışmış, olağanüstü hal de ilan etmemiştir. Ancak mevcut düzenlemelerin yetersiz olması tartışmaları da beraberinde getirmiş, getirilen tedbirlerin temel hak ve hürriyetlere sınırlama getirmesi nedeniyle konu asıl itibarıyla Anayasal açıdan değerlendirilmiştir. Getirilen tedbirler bazında sokağa çıkma yasağının ve yurtlarda 14 günlük zorunlu kalmanın “kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı”nı (m. 19), maske takma zorunluluğunun “kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı hakkı”nı (m. 17), şehirlerarası seyahat yasağının “yerleşme ve seyahat hürriyeti”ni (m. 23), camilerde namaz kılma yasağının “ibadet hürriyeti”ni (m. 24), iş yerlerinin kapatılmasının “mülkiyet hakkı”nı (m. 35) ve “çalışma ve sözleşme hürriyeti”ni (m. 48), icra takiplerinin ertelenmesinin “hak arama hürriyeti”ni (m. 36), okulların tatil edilmesinin “eğitim ve öğretim hakkı”nı (m. 42), işçi çıkarma yasağının “sözleşme hürriyeti”ni (m. 48) sınırlandırıldığı belirtilmiştir (Gözler, Korona Virüs Salgınıyla Mücadele İçin Alınan Tedbirler Hukuka Uygun mu (2)?, 2020). Ancak doktrinde olağan dönemlerde genel sağlık sebebiyle, mülkiyet hakkının (m. 35), hak arama hürriyetinin (m. 36), çalışma ve sözleşme hürriyetinin (m. 48), seyahat ve yerleşme hürriyetinin (m. 23) kanunla dahi sınırlanamayacağı, zira Anayasa m. 13 gereğince sınırlamanın Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerle yapılabileceği, buna karşın yukarıda belirtilen maddelerde sınırlama sebepleri arasında genel sağlık sebebinin bulunmadığı ileri sürülmüştür. Dolayısıyla tedbirler için olağanüstü hal ilan edilmesi ve sınırlamaların da olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle yapılması gerektiği ifade edilmiştir (Gözler, Korona Virüs Salgınıyla Mücadele İçin Alınan Tedbirler Hukuka Uygun mu?, 2020). Ayrıca bu görüş, olağanüstü hal ilan edildiğinde tedbirlerin kanunla alınmasına gerek olmadığını, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle de temel hak ve hürriyetleri sınırlandıran tedbirler alınabileceğini ifade etmektedir (Gözler, Korona Virüs Salgınıyla Mücadele İçin Alınan Tedbirler Hukuka Uygun mu (2)?, 2020). Her şeyden önce belirtmelidir ki, genel sağlık nedeniyle sınırlamanın yapılabileceğine ilişkin Anayasada belirleme yapılmayan hallerde kanunla bu temel hak ve hürriyetlere sınırlama getirilip getirilmeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş yukarıda ifade ettiğimiz belirleme çerçevesinde değerlendirme yapmaktadır. Bu görüşün gerekçesi, 13. maddede 2001 yılında yapılan değişikliktir. Bu değişikliğe göre temel

hak ve hürriyetler Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlanabilecektir. Dolayısıyla bu görüşe göre, ilgili maddede belirleme yoksa temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması söz konusu değildir. Diğer görüş ise ilgili Anayasa maddesinde sınırlama sebebine yer verilmese dahi, temel hak ve özgürlüklerin nesnel sınırları olduğunu, diğer hak ve özgürlüklerle çatışma halinde pratik uyum ilkesi gereğince hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilirliğini ifade etmektedir (görüşler için bkz.: Aslan, 2020: 817, 818). Anayasa Mahkemesi de temel hak ve hürriyetlere sınırlama getirilirken yalnızca ilgili maddelerin dikkate alınmayacağını, anayasanın tümünün dikkate alınmak suretiyle değerlendirme yapılması gerektiğini kabul etmektedir⁵⁴. Ayrıca konuyla bağlantılı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ek 4 No’lu Protokolünde seyahat özgürlüğüne ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Bu Protokolün 2. maddesinde (f. 3) serbestçe dolaşım hakkının, “ulusal güvenlik, kamu emniyeti, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler olarak ve yasayla öngörülmüş sınırlamalara tabi tutulabileceği düzenlenmektedir. Görüldüğü gibi Protokolde sağlık nedeniyle dolaşım özgürlüğünün kısıtlanabileceği belirtilmiştir. Ancak burada AİHS’ın 53. maddesi devreye girmektedir. Bu düzenlemeye göre “Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbirisi, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Taraf”ın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz”. Hüküm, iç hukuk düzenlemesi daha geniş koruma sağlıyorsa, bu korumanın Sözleşme hükümlerinin uygulanması suretiyle sınırlanamayacağını veya ihlal edilemeyeceğini düzenlemektedir. Dolayısıyla Anayasanın korumasının daha lehe olduğu ve ilgili Anayasa düzenlemesinde sınırlama sebebinin gösterilmesi gerektiği kabul edildiğinde Sözleşmedeki sağlık nedeniyle sınırlama nedeninin iç hukukta uygulanması söz konusu olmayacaktır. Biz Anayasa düzenlemesinin Sözleşme hükümlerine göre daha lehe koruma sağladığını kabul ederek Anayasa açısından değerlendirme yapılırken sadece ilgili maddelere göre değil Anayasanın tümünü dikkate almak suretiyle karar verilmesi

54 “Anayasa Mahkemesinin birçok kararında da belirtildiği gibi temel hak ve hürriyetlerin doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu gibi Anayasa’nın başka maddelerinde yer alan kurallara da temel hak ve hürriyetlerin doğal sınırını oluşturur. Bir başka deyişle, temel hak ve özgürlüklerin kapsamının ve objektif uygulama alanının her bir norm yönünden bağımsız olarak değil Anayasa’nın bütünü içerisindeki anlama göre belirlenmesi gerekir. Dolayısıyla Anayasa’nın diğer hükümlerinin gerektirmesi nedeniyle düzenlendiği maddede hiçbir sınırlama nedenine yer verilmeyen hakların da sınırlanabilmesi veya maddelerinde belirtilen nedenler dışında diğer anayasal nedenlere dayalı olarak sınırlanabilmesi mümkün bulunmaktadır”, Anayasa Mahkemesi, 27.5.2015, E. 2014/176, K. 2015/53, R.G. Tarih-Sayı : 26.6.2015-29398.

gerektiği görüşüne katılmakta ve haklar arasında çatışma olduğunda daha üstün değeri korumak için daha az önemdeki değeri koruyan bu temel hak ve özgürlüğün -ilgili maddede sınırlama nedeni gösterilmese bile- kanunla sınırlanabileceğini düşünmekteyiz. Bu nedenle de genel sağlık sebebiyle ilgili maddede sınırlama nedeni gösterilmese bile temel hak ve hürriyetlerin kanunla sınırlanabileceği kanaatindeyiz. Olağanüstü hal ilan edildiği takdirde kanuna gerek olmadığı, temel hak ve hürriyetlere ilişkin sınırlamaların olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle yapılabileceğine ilişkin görüşe ise katılmamaktayız. Zira gerek olağan dönemlerde gerekse olağanüstü dönemlerde Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmamaktadır (Anayasa m. 13, m. 104/17, m. 119/6). Kabahatlere ilişkin çerçeve hükmün ve yaptırımının kanunla düzenlenmesi gerektiğinden (KK m. 4) kanunda düzenleme olmadığı müddetçe ne olağan dönemde ne de olağanüstü dönemde Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle temel hak ve hürriyetlere sınırlama getirilmesinin söz konusu olmadığını düşünüyoruz. Dolayısıyla kabahatlerde çerçeve hükmün ve idari yaptırımın gerek olağan dönemlerde gerekse olağanüstü dönemlerde idarenin düzenleyici işlemiyle düzenlenmesi söz konusu değildir. Ancak çerçeve hükmün içeriği gerek olağan dönemlerde gerekse olağanüstü dönemlerde idarenin düzenleyici işlemiyle doldurabilir. Bu anlamda şu söylenebilir olağanüstü hal ilan edildiğinde çerçeve hükmün içeriğinin doldurulması açısından Anayasanın 119. maddesinin 6. fıkrası hükmü uygulanabilir. Yani Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasının 2. cümlesindeki sınırlamalara (Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlere ilişkin) tabi olmaksızın kanunda çerçeve hüküm olmak şartıyla içeriği Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle doldurulabilir. Bir başka ifadeyle olağanüstü dönemlerde çerçeve hüküm olmak şartıyla temel hak ve hürriyetlere idarenin düzenleyici işlemiyle sınırlama getirilebilecektir. Olağan dönemlerde ise daha sonra da belirteceğimiz gibi temel hak ve hürriyetler ancak kanunla sınırlanabilecektir (Anayasa m. 13). Sınırlama getirilecek temel hak ve hürriyetlere ilişkin kanunda açık belirleme bulunmalıdır. Kanunda belirleme olmadan ilk elden idarenin düzenleyici işlemiyle temel hak ve hürriyetlere sınırlama getirilemez. Kanunda belirleme olmak şartıyla yürütmeye sadece ayrıntıların belirlenmesinde yetki tanınması söz konusu olabilir. Olağanüstü hal ilan edildiğinde Olağanüstü Hal Kanununda düzenleme olmak kaydıyla içeriği idarenin düzenleyici işlemiyle doldurulabilecektir. Olağanüstü Hal Kanununa bakıldığında olağanüstü hal ilan edildiğinde bazı tedbirlerin alınabileceğine ilişkin düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. Ancak 2935 sayılı Olağanüstü Hal

Kanununda uygulanması kabul edilen tedbirler arasında (m. 9) sokağa çıkma yasağı veya sınırlaması bulunmamaktadır. Sokağa çıkma yasağı veya sınırlanması Olağanüstü Hal Kanununun 11. maddesinde⁵⁵ yer almakta ise de bu hüküm aynı Kanunun 3. maddesinin b bendiyle ilgili olarak uygulanabildiğinden salgın hastalıkla ilgili olarak uygulanması söz konusu değildir. Zira tehlikeli salgın hastalık Kanunun 3/a maddesinde ayrıca belirtildiğinden salgın hastalığın (tehlikeli) b bendi kapsamına girmesi söz konusu değildir. Dolayısıyla Olağanüstü Hal Kanunu gereğince de sokağa çıkma yasağı veya kısıtlamasının uygulanması mümkün değildir. Uygulanması için Kanunda değişikliğe gidilmesi gerekmektedir. Olağanüstü Hal Kanununun 9. maddesinde, “*Tabii*

55 Olağanüstü Hal Kanunu m. 11, “Bu Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereğince olağanüstü hal ilanında; genel güvenlik, asayiş ve kamu düzenini korumak, şiddet olaylarının yaygınlaşmasını önlemek amacıyla 9 uncu maddede öngörülen tedbirlere ek olarak aşağıdaki tedbirler de alınabilir: a) Sokağa çıkmayı sınırlamak veya yasaklamak, b) Belli yerlerde veya belli saatlerde kişilerin dolaşmalarını ve toplanmalarını, araçların seyirlerini yasaklamak, c) Kişilerin; üstünü, araçlarını, eşyalarını aratmak ve bulunacak suç eşyası ve delil niteliğinde olanlarına el koymak, d) Olağanüstü hal ilan edilen bölge sakinleri ile bu bölgeye hariçecek kişiler için kimlik belirleyici belge taşıma mecburiyeti koymak, e) Gazete, dergi, broşür, kitap, el ve duvar ilanı ve benzerlerinin basılmasını, çoğaltılmasını, yayımlanmasını ve dağıtılmasını, bunlardan olağanüstü hal bölgesi dışında basılmış veya çoğaltılmış olanların bölgeye sokulmasını ve dağıtılmasını yasaklamak veya izne bağlamak; basılması ve neşri yasaklanan kitap, dergi, gazete, broşür, afiş ve benzeri matbuayı toplamak, (Ek alt bent: 9/4/1990 - KHK - 413/1 md.; Mülga: 9/5/1990 - KHK - 424/12 md.) f) Söz, yazı, resmi, film, plak, ses ve görüntü bantlarını ve sesle yapılan her türlü yayımı denetlemek, gerektiğinde kayıtlamak veya yasaklamak, g) Hassasiyet taşıyan kamuya veya kişilere ait kuruluşlara ve bankalara, kendi iç güvenliklerini sağlamak için özel koruma tedbirleri aldıkları veya bunların arttırılmasını istemek, h) Her nevi sahne oyunlarını ve gösterilen filmleri denetlemek, gerektiğinde durdurmak veya yasaklamak, i) Ruhsatlı da olsa her nevi silah ve mermilerin taşınmasını veya naklini yasaklamak, j) Her türlü cephaneler, bombalar, tahrip maddeleri, patlayıcı maddeler, radyoaktif maddeler veya yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı ezcalar veya diğer her türlü zehirler ve boğucu gazlar veya benzeri maddelerin bulundurulmasını, hazırlanmasını, yapılmasını veya naklini izne bağlamak veya yasaklamak ve bunlar ile bunların hazırlanmasına veya yapılmasına yarayan eşya, alet veya araçların teslimini istemek veya toplamak, k) Kamu düzeni veya kamu güvenliğini bozabileceği kanısını uyandıran kişi ve toplulukların bölgeye girişini yasaklamak, bölge dışına çıkarmak veya bölge içerisinde belirli yerlere girmesini veya yerleşmesini yasaklamak, (Ek alt bent: 9/4/1990 - KHK - 413/2 md.; Mülga: 9/5/1990 - KHK - 424/12 md.) l) Bölge dahilinde güvenliklerinin sağlanması gerekli görülen tesis veya teşekküllerin bulunduğu alanlara giriş ve çıkışı düzenlemek, kayıtlamak veya yasaklamak, m) Kapalı ve açık yerlerde yapılacak toplantı ve gösteri yürüyüşlerini yasaklamak, ertelemek, izne bağlamak veya toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapılacağı yer ve zamanı tayin, tespit ve tahsis etmek, izne bağladığı her türlü toplantıyı izletmek, gösterim altında tutmak veya gerekiyorsa dağıtmak, n) (Ek: 14/11/1984 - 3076/1 md.) İşçinin isteği, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller, sağlık sebepleri, normal emeklilik ve belirli süresinin bitişi nedeniyle hizmet aktinin sona ermesi veya feshi dışında kalan hallerde işçi çıkartmalarını işverenin de durumunu dikkate alarak üç aylık bir süreyi aşmamak kaydıyla izne bağlamak veya ertelemek, o) (Ek: 14/11/1984 - 3076/1 md.) Dernek faaliyetlerini; her dernek hakkında ayrı karar almak ve üç ayı geçmemek kaydıyla durdurmak, ö) (Ek: 14/11/1984 - 3076/1 md.; Değişik: 9/4/1990 - KHK -413/3 md.; Mülga: 9/5/1990 - 424/12 md.; Yeniden düzenleme: 9/5/1990 - KHK - 425/1 md.; İptal: Ana. Mah. ’nin 10/1/1991 tarih ve E.1990/25,K.1991/1 sayılı kararıyla.) p) (Ek: 25/7/1986 - KHK - 259/2 md.; değiştirilerek kabul: 3/9/1986 - 3310/2 md.) Anayasanın 121 inci maddesine göre, olağanüstü halin ilanına veya devamına sebep olan hallerin Türkiye Cumhuriyeti sınırları ve mücavir yurt bölgelerimiz üzerinde cereyan etmesi ve eylemcilerin eylemlerini müteakip komşu ülke topraklarına sığındıklarının tespit edilmesi durumunda, ilgili komşu ülke ile Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti arasında varılacak mutabakat çerçevesinde, valinin talebi üzerine ilgili komutan, eylemcileri ele geçirmek veya tesirsiz hale getirmek maksadı ile, her defasında Genelkurmay Başkanlığı kanalı ile Hükümetin müsaadesi tahtında, ihtiyaca göre, Kara, Hava veya Deniz Kuvvetleri unsurları ile mahdut hedefli sınır ötesi hareket planlayıp icra etmek” hükmünü içermektedir.

afet ve tehlikeli salgın hastalıklar sebebiyle olağanüstü hal ilanında, olağanüstü hal ilanını gerektiren hususlar gözönünde bulundurularak aşağıda yazılı tedbirler alınabilir:

a) Bölgenin belirli yerlerinde yerleşimi yasaklamak, belirli yerleşim yerlerine girişi ve buralardan çıkışı sınırlamak, belli yerleşim yerlerini boşaltmak veya başka yerlere nakletmek, b) Resmi ve özel her derecedeki öğretim ve eğitim kurumlarında öğrenime ara vermek ve öğrenci yurtlarını süreli veya süresiz olarak kapatmak, c) Gazino, lokanta, birahane, meyhane, lokal, taverna, diskotek, bar, dansing, sinema, tiyatro ve benzeri eğlence yerleri ile kulüp vesair oyun salonlarını, otel, motel, kamping, tatil köyü ve benzeri konaklama tesislerini denetlemek ve bunların açılma ve kapanma zamanını tayin etmek, sınırlamak, gerektiğinde kapatmak ve bu yerleri olağanüstü halin icaplarına göre kullanmak, d) Bölgede olağanüstü hal hizmetlerinin yürütülmesi ile görevli personelin yıllık izinlerini sınırlamak veya kaldırmak, e) Bölge sınırları içerisindeki tüm haberleşme araç ve gereçlerinden yararlanmak ve gerektiğinde bu amaçla geçici olarak bunlara elkoymak, f) Tehlike arz eden binaları yıkmak; sağlığı tehdit ettiği tespit olunan taşınır ve taşınmaz mallar ile sağlığa zararlı gıda maddelerini ve mahsullerini imha etmek, g) Belli gıda maddeleri ile hayvan ve hayvan yemi ve hayvan ürünlerinin bölge dışına çıkarılmasını veya bölgeye sokulmalarını kontrol etmek, sınırlamak veya gerektiğinde yasaklamak, h) Gerekli görülen zaruri ihtiyaç maddelerinin dağıtımını düzenlemek, i) Halkın beslenmesi, ısınması, temizliği ve aydınlanması için gerekli gıda madde ve eşyalarla her türlü yakıtın, sağlığın korunmasında, tedavide ve tıpta kullanılan ilaç, kimyevi madde, alet ve diğer şeylerin, inşaat, sanayi, ulaşım ve tarımda kullanılan eşya ve maddelerin, kamu için gerekli diğer mal, eşya, araç, gereç ve her türlü maddelerin imali, satımı, dağıtımı, depolanması ve ticareti konularında gerekli tedbirleri almak, bu yerlere gerektiğinde elkoymak, kontrol etmek ve bu malları satıştan kaçınan, saklayan, kaçırın, fazla fiyatla satan, imalatını durduran veya yavaşlatanlar hakkında fiilin işleniş şekli veya niteliği de nazara alınarak işyeri bulunduğu mahal için hayati önem taşımadığı takdirde işyerini kapatmak, j) Kara, deniz ve hava trafik düzenine ilişkin tedbirleri almak, ulaştırma araçlarının bölgeye giriş ve çıkışlarını kayıtlamak veya yasaklamak” tedbirleri yer almaktadır. Olağanüstü hal ilan edildiğinde bugün doktrinde sorun teşkil eden eğitim ve öğretime ara verilmesi de dahil maddede yer alan tedbirlerin alınması mümkün olacaktır. İdare, bu tedbirlerin uygulanmasıyla ilgili düzenleyici işlemlerle hükümler getirebilecektir. Ancak tekrar ifade edelim ki Olağanüstü Hal Kanununda ifade edilen tedbirler arasında sokağa çıkmayı sınırlamak ve yasaklamak (m. 11) tedbiri bulunmamaktadır. Olağanüstü hal döneminde bu tedbirin uygulanabilmesi için

Olağanüstü Hal Kanununda değişikliğe gidilmesi gerekmektedir. Düzenleme yapılmadan idarenin düzenleyici işlemiyle uygulanması söz konusu değildir.

Pandemi nedeniyle uygulanan tedbirlerle ilgili olarak tartışılan temel husus, temel hak ve hürriyetlere sınırlama getiren düzenlemelerin (örneğin sokağa çıkma, seyahat kısıtlaması, eğitim ve öğretime ara verilmesi gibi), çerçeveyi dolduran idarenin düzenleyici işlemiyle yapılabilecek olup olmadığıdır. Anayasa Mahkemesine göre, “Anayasa’nın 8. maddesi uyarınca “Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir”. Bu bakımdan, yürütme yetkisi ve görevi “kanunlara uygun olarak” kullanılması gerektiğinden kanun ile düzenlenebilecek konularda, yasama organının asli kuralları koymakla yetinerek, bunun yanı sıra tali ve uygulayıcı kuralları idari düzenleyici işlemlere bırakması mümkündür. Başka bir ifadeyle, Anayasa’ya göre mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekmeyen bir konu, kanuni dayanağı olmak kaydıyla idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılabilir. Buna karşın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının ancak kanunla yapılacağına ilişkin Anayasa’nın 13. maddesi, bir kanun hükmü olmaksızın yürütme ve idarenin bir hak ve hürriyeti ilk elden düzenleyici işlemle sınırlamasına izin vermez. ... Kanun hükmünde kararname ile dahi düzenlenemeyecek temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin bir düzenlemenin ilk elden idari düzenleyici işlemlerle yapılması Anayasa karşısında mümkün değildir. Temel hak ve özgürlükler alanında yasama organının, keyfiliğe izin vermeyen, öngörülebilir düzenlemeler yapma zorunluluğu vardır. İdareye keyfi uygulamalara meydan verebilecek çok geniş bir takdir yetkisi tanınması Anayasa’ya aykırı olabilecektir. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin kanunların şeklen var olması yeterli görülemez, aynı zamanda kanunların niteliğine de bakılmalıdır. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir alanda kanunun emrine dayanarak yürütme organınca alınacak önlemler objektif nitelik taşımalı ve idarenin keyfi uygulamalarına sebep olacak geniş takdir yetkisi vermemelidir (Bkz. AYM, E. 1984/14, K. 1985/7, K.T. 13/6/1985). Aksi bir durumda temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin Anayasa’nın 13. maddesi hükmüne de aykırılık oluşturacaktır”⁵⁶. Yine Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararda “kanun hükmünde kararname ile dahi düzenlenemeyecek temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin bir düzenlemenin ilk elden idari düzenleyici işlemlerle yapılması Anayasa karşısında mümkün değildir (Tuğba Arslan, § 88). Öte yandan Anayasa Mahkemesi,

56 Tuğba Arslan Başvurusu, 25.6.2014, B.N. 2014/256, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/256?KelimeAra%5B%5D=ilk+elden+idari+düzenleyici+işlemlerle+>

Anayasa'da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması gibi münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olması gerektiğini ve Anayasa koyucunun açıkça kanunla düzenlemesini öngördüğü konularda, yasama organının temel kurallarını saptadıktan sonra uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakmasının yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamayacağını kabul etmiştir (AYM, E. 2014/133, K. 2014/165, 30/10/2014). Bu bağlamda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına yönelik kanuni düzenlemelerde, kanun koyucu tarafından temel esaslar, ilkeler ve çerçeve belirlendikten sonra diğer ayrıntıların düzenleyici işlemler ile belirlenebileceği kabul edilmiştir (Mehmet Koray Eryaşa, § 63). Temel hak ve özgürlükler alanında yasama organının, keyfiliğe izin vermeyen öngörülebilir düzenlemeler yapma zorunluluğu vardır. İdareye keyfi uygulamalara meydan verebilecek çok geniş bir takdir yetkisi tanınması Anayasa'ya aykırı olabilecektir. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin kanunların şeklen var olması yeterli görülemez, aynı zamanda kanunların niteliğine de bakılmalıdır. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir alanda kanunun emrine dayanarak yürütme organınca alınacak önlemler objektif nitelik taşımalı ve keyfi uygulamalara sebep olacak geniş bir takdir yetkisini idareye vermemelidir (AYM, E. 1984/14, K. 1985/7, 13/6/1985)''⁵⁷. Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi ilk elden temel hak ve özgürlüklere idarenin düzenleyici işlemiyle sınırlama getirilemeyeceğini, ancak temel hak ve hürriyetlere sınırlamanın kanuni düzenlemelerde, kanun koyucu tarafından temel esasların, ilkelerin ve çerçevenin belirlenmesi şartıyla diğer ayrıntıların düzenleyici işlemler ile belirlenebileceğini kabul etmektedir. Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği gibi kanunda belirleme olmaksızın ilk elden düzenleyici işlemlerle kabahat teşkil eden temel hak ve hürriyetlere sınırlama getirilmesi söz konusu değildir. Temel hak ve hürriyetlere sınırlama getiren düzenlemenin kanunda açıkça yer alması ayrıntıların idarenin düzenleyici işlemine bırakılması söz konusu olmalıdır. Temel hak ve hürriyetlere sınırlama getirilmesine ilişkin kanunda belirleme yapmaksızın genel nitelikte çerçeve kanun düzenlemesiyle idareye yetki tanınması mümkün değildir. Dolayısıyla örneğin eğitim öğretim faaliyetine ara verilmesinin hangi şartlarda ne şekilde uygulanacağını kanunda açıkça düzenlenmesi, idareye bu sınırlar içinde belirleme yapma yetkisi tanınmalıdır. Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği gibi kanunun şeklen var olması yeterli olmayıp, düzenlemenin niteliği ve içeriği de önemlidir.

57 Bülent POLAT Başvurusu, 10.12.2015, B.N. 2013/7666, R.G. Tarih ve Sayı 3/2/2016-29613, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/9e35ef85-3b1d-4779-ba7d-aec54723b2a3?wordsOnly=False>.

Anayasaya göre, temel hak ve hürriyetlere sınırlama olağan dönemlerde Anayasanın 13. maddesi, olağanüstü dönemlerde ise Anayasanın 15. maddesi gereğince yapılmaktadır (Gözler, Korona Virüs Salgınıyla Mücadele İçin Alınan Tedbirler Hukuka Uygun mu (2)?, 2020). 13. maddede, “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar; Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*” hükmü yer almaktadır. 15. maddede ise, “*Savaş, seferberlik (...) veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler (...) dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz*” düzenlemesi yer almaktadır. Anayasanın söz konusu hükümlerine göre, olağan dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin tamamen durdurulması söz konusu değilken (ancak kısıtlanması söz konusu) olağanüstü dönemlerde sınırlama ve durdurma uygulanması mümkündür. Bu çerçevede pandemi döneminde getirilen tedbirlerin temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması niteliğinde olduğu söylendiğinde olağan dönemlerde de sınırlama niteliğindeki tedbirlerin uygulanabileceği, durdurma niteliğinde olduğu ifade edildiğinde ise ancak olağanüstü dönemlerde durdurmanın söz konusu olabileceği belirtilecektir (durdurma ve sınırlama için bkz.: Güler, 2020: 186 vd.). Dolayısıyla pandemi nedeniyle alınan tedbirler sınırlama niteliğinde olmadığında ancak olağanüstü hal ilan edilmek suretiyle temel hak ve hürriyetlerin durdurulması mümkün olacaktır. Olağan dönem düzenlemeleriyle ancak temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması söz konusu olacaktır. Anayasanın 15. maddesinin uygulanabilmesi için 119. madde gereğince ilan edilmiş olağanüstü hal bulunmalıdır. Ayrıca 15. madde gereğince olağanüstü hallerde yapılan müdahalenin 13. maddede yer alan koşullara uygun olarak yapılması gerekmektedir (ayrıntılı bilgi için bkz.: Aslan, 2020: 812 vd.).

4.3. COVID-19 Nedeniyle Alınan Tedbirlere Aykırılık

4.3.1. İl İdaresi Kanunu

COVID- 19 nedeniyle uygulanan idari yaptırımların kaynağı 5442 sayılı İl idaresi Kanunu ile 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunudur.

İllerde kural olarak 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu m. 11/C gereğince tedbirler alınmakta ve bu tedbirlere aykırı hareket edenlere aynı Kanunun 66. maddesi yollamasıyla KK'nın 32. maddesi gereğince idari para cezası uygulanmaktadır. Bu özelliği dolayısıyla kabahat niteliği taşımaktadır. Kabahatin içeriği 11/C maddesi gereğince idare tarafından belirlenmektedir. İl İdaresi Kanunu m. 66 görünüşte çerçeve norm niteliği, m. 11/C düzenlemesi ise gerçek çerçeve hüküm niteliği taşımaktadır.

İl İdaresi Kanununun 11/C maddesi, “İl sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisi valinin ödev ve görevlerindedir. (Ek cümle: 25/7/2018-7145/1 md.) Bunları sağlamak için vali gereken karar ve tedbirleri alır:

(Ek paragraf: 25/7/2018-7145/1 md.) Vali, kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratacak şekilde bozulduğu ya da bozulacağına ilişkin ciddi belirtilerin bulunduğu hâllerde on beş günü geçmemek üzere ildeki belirli yerlere girişi ve çıkışı kamu düzeni ya da kamu güvenliğini bozabileceği şüphesi bulunan kişiler için sınırlayabilir; belli yerlerde veya saatlerde kişilerin dolaşmalarını, toplanmalarını, araçların seyirlerini düzenleyebilir veya kısıtlayabilir ve ruhsatlı da olsa her çeşit silah ve merminin taşınması ve naklini yasaklayabilir. Bu fıkra kapsamında alınan ve ilan olunan karar ve tedbirlere uymayanlar hakkında 66 ncı madde hükmü uygulanır” hükmünü taşımaktadır.

Görüldüğü gibi İl İdaresi Kanunu m. 11/C düzenlemesi iki fıkradan oluşmaktadır. İlk fıkra genel düzenleme niteliği taşımaktadır. Valiye huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması için gereken tedbirleri alma yetkisi verilmiştir. Tedbirlerin ne olduğuna ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Dolayısıyla vali, temel hak ve hürriyetlere sınırlama teşkil etmeyen karar ve tedbirleri huzur ve güvenliği, kişi dokunulmazlığını, tasarrufa müteallik emniyeti, kamu esenliğini sağlamak ve önleyici kolluk yetkisi çerçevesinde idarenin düzenleyici işlemi çerçevesinde alabilecektir. Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği gibi mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekmeyen bir konu, kanuni dayanağı olmak şartıyla idarenin düzenleyici işlemleriyle yapılabilecektir. Burada da kanuni dayanağı olduğu için alınan tedbir ve kararlar ilan edilmek şartıyla bunlara aykırı

davrananlara m. 66 yollamasıyla⁵⁸ KK m. 32 gereğince idari para cezası uygulanabilecektir. Ancak pandemi döneminde alınan tedbirler temel hak ve hürriyetlere sınırlama getiren tedbirler olduğundan ve birinci fıkrada da sınırlamaya ilişkin belirleme yapılmadığından bu fıkranın uygulanması söz konusu değildir. İkinci fıkra temel hak ve hürriyetlere sınırlama getiren tedbirleri düzenlemektedir. Kanun koyucu da maddede 2018 yılında yaptığı değişiklikle temel hak ve hürriyetlere sınırlama getiren tedbirleri bu gerekçeyle olsa gerek 2. fıkrada sayma yoluna gitmiştir. Fıkrada sayılanlar sınırlı sayıda olup genişletilmesi mümkün değildir. Bu düzenleme kabahat düzenlemesi olduğu için kıyas

58 Anayasa Mahkemesi 66. maddedeki “kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin can ve mal emniyetini tehlikeye düşürecek toplumsal olayların baş göstermesi hâlinde vali tarafından kamu düzenini sağlamak amacıyla alınan ve usulüne göre ilan olunan karar ve tedbirlere aykırı davrananlar, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır” hükmünü Anayasanın 38. maddesine aykırı olmasına, tedbir ve kararların neler olduğu belirtilmemesine rağmen Anayasaya aykırı görmemiştir. Mahkemeye göre, “Bununla birlikte Anayasa’nın 38. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere suçta ve cezada kanunilik ilkesi. “*kanun koyucunun açık suç hükmü koymasına, yani fiili bildirmeden suç konusunu gösterip bunun müeyyidesini belirtmesine engel değildir.*” Öğretide suçun cezasını ve konusunu açıkça tanımlamış olmasına rağmen suçta vücut verecek somut fiilin ne olduğunu belirtmeyerek bunu idareye bırakan kanun hükümlerine “*çerçeve kanun*” veya “*açık ceza hükmü*” denmektedir. Bu tür hükümlere zamanın gereklerine göre sık sık değişik tedbirler alınmasına veya alınan tedbirlerin kaldırılmasına lüzum görülen hâllerde, yasama organının yapısı bakımından ağır işleme ve günlük olayları izleyerek zamanında gerekli tedbirleri almasının güçlüğü nedeniyle birçok çağdaş hukuk düzeninde yer verildiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesinin birçok kararında da açık ceza hükmü düzenlemelerinin suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olmayacağı belirtilmiştir (10.12.1962 tarihli ve E. 1962/198, K. 1962/111 sayılı; 28.3.1963 tarihli ve E. 1963/4, K. 1963/71 sayılı; 7.6.1973 tarihli ve E. 1973/12, K. 1973/24 sayılı; 10.2.2004 tarihli ve E. 2001/143, K. 2004/11 sayılı; 1.11.2012 tarihli ve E. 2011/64, K. 2012/168 sayılı kararlar). Ancak “*açık ceza hükmü*”nün, Anayasa’nın 38. maddesine uygun kabul edilebilmesi için suç konusunun ve müeyyidesinin tereddütte yer bırakmayacak şekilde kanunda açıkça belirtilmesi ve kişilerin belirlenen somut suç fiilini önceden bilmelerini sağlayacak kanuni güvencenin sağlanması gerekir. Ancak bu şekilde, suçun belirlenmesi kanunla erişilebilir ve öngörülebilir olması sağlanabilir. Aksi takdirde kişilerin yasaklanmış olan fiilleri önceden bilmeleri ve kendi hareketlerini buna göre ayarlamaları mümkün olmayacak ve ceza sorumluluğu bireylerin bilinçli tercihlerine bağlanmayarak birey özgürlüğünün güvence altına alınması imkânı önemli ölçüde ortadan kaldırılmış olacaktır. Dava konusu kuralda da tipik bir “*açık ceza hükmü*”ne yer verildiği görülmektedir. Zira “*kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin can ve mal emniyetini tehlikeye düşürecek toplumsal olayların baş göstermesi hâlinde vali tarafından kamu düzenini sağlamak amacıyla alınan ve usulüne göre ilan olunan karar ve tedbirlere aykırı davranış*” biçimindeki suç konusu ile “*üç aydan bir yıla kadar hapis cezası*” biçimindeki suç müeyyidesi (ceza), kanunda açıkça gösterilmiş fakat suçta vücut verecek somut fiilin ne olduğu belirtilmeyerek bunu belirleme yetkisi idareye bırakılmıştır. Kuralla bu şekilde suçun cezası ve konusu açıkça belirtilerek somut suç fiilini belirleme yetkisi idareye tanınırken kamu düzenini sağlamak amacıyla alınan tüm karar ve tedbirlere değil sadece usulüne uygun olarak ilan edilen karar ve tedbirler aykırı davranışın anılan suçun oluşturabileceğinin hüküm altına alınması, kişilerin yasak fiilleri önceden bilmelerini sağlamakta, bu ise suçun belirleyen kuralın erişilebilir ve öngörülebilir olmasını güvence altına almaktadır. Bu şekilde dava konusu kuralda suçun konusu ve cezası önceden açıkça belirtildiğine ve kişilerin suç eylemini oluşturan somut fiilin ne olduğunu öngörebilmeleri güvence altına alındığına göre dava konusu kuralın suçta ve cezada kanunilik ilkesini ihlal eden bir yönünün bulunduğu söylenemez. Ayrıca dava konusu kural kapsamında kişilerin hukuka aykırı olarak alınan karar ve tedbirleri Anayasa’nın 125. maddesi uyarınca idari yargı yerlerine başvurmak suretiyle iptal ettirme imkânının bulunması ve cezayı uygulamakla yetkili adli mercilerin de alınan karar ve tedbirlerin hukuka aykırı olduğunu tespit etmeleri halinde bunları uygulamama yetkisine sahip olmaları gözetildiğinde kuralın keyfi olarak uygulanmasını engelleyecek yasal güvencelerin de bulunduğu görülmektedir. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa’nın 38. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir”, Anayasa Mahkemesi, 4.5.2017, E. 2015/41, K. 2017/98, R.G.T. 3.8.2017, Sayı 30143.

yapılması yasak olup, kıyas suretiyle olmayan hususların fıkraya ilave edilmesi söz konusu değildir. Pandemi döneminde uygulanacak tedbirler temel hak ve hürriyetlere sınırlama getirdiği için burada yer almayan tedbirlerin ilk elden idarenin düzenleyici işlemiyle düzenlenmesi de söz konusu değildir.

Pandemi nedeniyle alınan tedbirlere m. 11/C hükmünün/2. fıkranın uygulanması için yaşanan durumun kamu düzen veya güvenliği kapsamına girip girmeyeceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Genel sağlığın korunmasının kamu düzen veya güvenliği kapsamına girmediği kabul edildiğinde tedbirlerin alınmasında İl İdaresi Kanunu'nun 11/C maddesinin uygulanması söz konusu değildir. Kamu güvenliği kavramı, kişilerin kamusal ya da kamuya açık yerlerde herhangi bir saldırıya, zorlamaya, itilip kakılmaya, kazaya ve engellemeye uğramadan dolaşmalarını veya bir arada bulunmalarını, can ve malları için hiçbir zaman endişe duymamalarını ve buna inanmalarını ifade etmektedir (Güneş, 2019: 444). Kamu düzeni ise, idarenin korumak ve sağlamakla görevli olduğu maddi düzeni ifade etmektedir⁵⁹. İçerisine güvenlik, sağlık, dirlik ve esenlik öğeleri girmektedir⁶⁰. Görüldüğü gibi kamu düzeni kavramı içine kişilerin sağlık içinde yaşamalarını sağlamak da girmektedir. Kanun koyucu fıkroda kamu düzen veya güvenliğini seçimlik olarak belirtmiş, kamu düzeni içinde yer alan güvenliği ayrıca ifade etmiştir. Dolayısıyla kamu düzeni kavramı içine genel sağlığın korunmasının da girdiği kabul edildiğinden pandemi nedeniyle alınacak tedbirlerde fıkranın uygulanması mümkün görünmektedir.

İl İdaresi Kanunu'nun 11/C maddesinin 2. fıkrası düzenlemesine göre 15 günü geçmemek üzere illerde belirli yerlere giriş ve çıkışlar kamu düzeni ya da kamu güvenliğini bozabileceği şüphesi bulunan kişiler için sınırlanabilmekte, yine 15 günü geçmemek üzere belli yerlerde veya saatlerde kişilerin dolaşmaları, toplanmaları, araçların seyirleri düzenlenebilmekte veya kısıtlanabilmektedir. Tedbirlerin alınmasında illerde valilere yetki tanınmıştır. Pandemi döneminde ancak fıkradaki tedbirler uygulanacak olup, onun dışındakilerin, örneğin genel nitelikte sokağa çıkma yasağının veya kısıtlamasının, genel nitelikte illere giriş çıkışların yasaklanması veya eğitim ve öğretime ara verilmesinin uygulanması, maske takma mecburiyetinin getirilmesi m. 11/C'de yer

59 İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, <http://dspace.marmara.edu.tr/handle/11424/21510?locale-attribute=fr>

60 Öğeleri kapsamına yukarıda belirtilenlerin dışında genel ahlakın girdiğini belirten yazarlar da bulunmaktadır: Kolluk Konusuna İlişkin Kavramlar Listesi, <http://cdn.istanbul.edu.tr/statics/idarehukuku-hukuk.istanbul.edu.tr/wp-content/uploads/2017/03/kolluk-konusuna-ilişkin-kavramlar-listesi-hoca.pdf>

almadığından hukuka aykırılık söz konusu olacaktır⁶¹. İldeki belirli yerlere giriş ve çıkışın sınırlanması mümkün olmakla beraber bu sadece kamu düzeni ya da kamu güvenliğini bozabileceği şüphesi bulunan kişiler için mümkün görülmekte genel için uygulanması kabul edilmemektedir. Ancak fıkraya göre illerde belirli saatlerde veya belirli yerlerde dolaşmaya yasak getirilebilecek, ancak bu durumda da kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratabilecek şekilde bozulması ya da bozulacağına ilişkin ciddi belirtilerin bulunması gerekmektedir. Yaşanan pandeminin ciddi belirti teşkil ettiği noktasında bir sorun yoksa da belirli saatlerde sınırlama getirilen kişiler bakımından yaş ayrımının yapılması, örneğin 65 yaş üstü olanlar için tedbir getirilmesi hükmün konuluş amacına uygun nitelik taşımayacaktır. 65 yaş üstü için getirilen sınırlamanın (pandemi döneminde uygulanan tedbirlerden biridir) nedenine bakıldığında kamu düzeni veya güvenliğinin sağlanmasından ziyade bu kişilerin sağlığının korunmasının hedeflendiği görülmektedir. Belirli saatlerde dolaşmanın sınırlanmasının belirli yaştakiler için değil, hastalığı bulaştırabilecek herkes için geçerli olması gerekir. Nitekim 30 Kasım'da alınan tedbirlerde genele ilişkin kısıtlama getirilmesi söz konusu olmuştur. Yine belirli yerlerde veya saatlerde kişilerin toplanmasına, araç seyirlerinin düzenlenmesi ve kısıtlanmasına yine 15 gün süreyle ve belirttiğimiz nedenlerin varlığıyla vali tarafından sınırlama getirilmesi mümkün kabul edilmiştir.

4.3.2. *Umumi Hıfzıssıhha Kanunu*

Pandemi döneminde uygulanan tedbirlerin hukuki kaynağından diğerini 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu hükümleri oluşturmaktadır. Bu kanun 1930 tarihli olup sağlık alanında yaşanan gelişmeler karşısında günümüz koşullarının ihtiyaçlarını karşılamaktan uzak bulunmaktadır. Türkiye'nin öncelikli olarak kamu sağlığı ile ilgili olarak yeni bir kanuna ihtiyacı bulunmaktadır.

Pandemi döneminde Umumi Hıfzıssıhha Kanununun özellikle 27, 28, 57, 64 ve 72. maddeleri üzerinde durulmakta ve bu maddeler gereğince alınan tedbirlere muhalefet halinde ise aynı Kanunun 282. maddesi ve KK'nın 32. maddesi gereğince idari para cezası uygulanması yoluna gidilmektedir.

Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 27. maddesinde, “*Umumi hıfzıssıhha meclisleri mahallin sıhhi ahvalini daima nazarı dikkat önünde bulundurarak şehir ve kasaba ve*

61 Türkiye’de COVID-19 nedeniyle yapılmış düzenlemeler ve bu kapsamda alınan tedbirler de bulunmaktadır. Örneğin 25 Mart 2020 tarih ve 7226 sayılı Kanunun geçici 1 ve 2. maddelerinde ve 16 Nisan 2020 tarih ve 7244 sayılı Kanunla öngörülen tedbirler) kanuna dayanmaktadır.

köyler sıhhi vaziyetinin ıslahına ve mevcut mahzurların izalesine yarayan tedbirleri alırlar. Sari ve salgın hastalıklar hakkında istihbaratı tanzim, sari ve içtimai hastalıklardan korunmak çareleri ve sıhhi hayatın faydeleri hakkında halkı tenvir ve bir sari hastalık zuhurunda hastalığın izalesi için alınan tedbirlerin ifasına muavenet eylerler” hükmü yer almaktadır. Görüldüğü gibi 27. madde genel nitelikte bir düzenleme olup, umumi hıfzıssıhha meclislerinin mahallin sağlık durumunu göz önüne alarak sağlığın düzeltilmesi ve mahzurlarının giderilmesine ilişkin gereken tedbirleri alacağı hükme bağlanmaktadır. Ancak 27. maddede umumi hıfzıssıhha meclislerinin hangi tedbirleri alabileceğine ilişkin bir belirleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklere sınırlama getiren tedbirlerin kanunda olmaksızın ilk elden bu kurullar tarafından alınması söz konusu değildir. Ancak kanunda sınırlama getirilecek temel hak ve hürriyetlere ilişkin düzenleme olmak şartıyla kurullar o tedbirlerden hangilerinin alınması gerektiğine karar verebilirler. Kanunda düzenleme olmaksızın idarenin temel hak ve hürriyete sınırlama getirmesi ve idari para cezası uygulaması söz konusu değildir. Yargıtay’ın pandemi döneminde verdiği kararda ise, il umumi hıfzıssıhha meclislerinin salgınla mücadelede uyulması gereken tedbirleri 27. madde gereğince de alabileceği, alınacak tedbirlerin sadece 72. maddeyle sınırlı olmadığı belirtilmiştir. Yargıtay’a göre, 72. maddede yazılı tedbirlerin dışında kanunda açıkça belirtilmeyen tedbirler de 27. madde gereğince alınabilecektir. Bu çerçevede kurulların 27. madde gereğince maske takma yükümlülüğü getirebileceğini benimsemiştir⁶². Ancak bu karara yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle katılmamaktayız. Bir kez daha belirtmek isteriz ki bu yükümlüğün getirilebilmesi için kanunda bu tedbirin alınabileceğine ilişkin açık düzenleme bulunması gerekmektedir. Sadece genel nitelikte bir düzenlemeyle temel hak ve hürriyete sınırlama getiren tedbirin uygulanamayacağını, dolayısıyla da idari para cezası kararı verilemeyeceğini kabul ediyoruz⁶³.

Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 28. maddesinde, “Umumi hıfzıssıhha meclislerinin mukarreratından mahalli vazifeler ve salahiyetler arasında bulunan işler vali veya kaymakam tarafından icra olunur ve istizana muhtaç olanlar kaymakamlıkça vilayetten ve vilayetçe Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaletinden sorulur” hükmü yer almaktadır. Düzenlemeyle il umumi hıfzıssıhha meclisleri tarafından alınan kararların yerine getirilmesi görevi il genelinde valilere ilçelerde ise kaymakamlara verilmiştir.

62 19. CD, 09.11.2020, E. 2020/4354, K. 2020/14250.

63 Aynı yönde İshakoğlu, Erdoğan, 19. CD, 09.11.2020, E. 2020/4354, K. 2020/14250’daki muhalefet şerhi.

Uygulanması söz konusu olan diğer bir hüküm Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 57. maddesidir. Bu maddede sarı ve salgın hastalıklar tek tek zikredilmiştir. Örnekleme olmadığı için hastalıkların genişletilmesi söz konusu değildir. Zikredilen hastalıklar arasında⁶⁴ COVID-19 yer almamaktadır. 57. maddenin önemi sayılan hastalıklarla ilgili olarak Kanunda yer alan tedbirlerin uygulanması yoluna gidilmesidir. Dolayısıyla da 57. maddede COVID 19 sayılmadığı için bu virüsle ilgili olarak Kanunda yer alan tedbirlerin uygulanmayacağı düşünülebilir. Ancak Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 57. maddesinde hüküm yoksa da 64. maddesinde, 57. maddede sayılanlar dışında başkaca bir salgın veya bulaşıcı bir hastalık baş göstermesi halinde, bu hastalığın da salgın ve bulaşıcı bir hastalık olarak ilan edilmesi ve bu hastalığa karşı yine aynı Kanunda açıkça yazılı tedbirlerin alınması hususunda Sağlık Bakanlığının yetkili olduğuna ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenleme gereğince Sağlık Bakanlığı COVID 19'un bulaşıcı ve salgın hastalık olarak ilan etmeye ve 72. maddede yer alan tedbirlerin alınmasına yetili olduğu anlaşılmaktadır. COVID 19 bulaşıcı ve salgın hastalık ilan edildiğinde Umumi Hıfzıssıhha Kanununda yer alan tedbirlerin uygulanması mümkündür. Dolayısıyla 72. maddede yer alan tedbirler, COVID 19'la ilgili olarak tatbik edilebilecektir⁶⁵. Ayrıca Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliğin Ek 1'de 22/4/2020 tarihli 31107 sayılı Resmi Gazetede yapılan değişiklikle Yönetmeliğin Ek 1'ndeki bildirim esas bulaşıcı hastalıklar listesine COVID-19 eklenmiştir. Yönetmelik ekindeki düzenleme 22.04.2020 tarihli olmasına rağmen 1 Mart 2020 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği ifade edilmiştir. Yayınlandığı günden önceki zamanlar için geçerli olduğunu söylemek hukuka, hukukun evrensel ilkelerine aykırıdır. Kabahatler hukukunda ve ceza hukukunda kural yürürlüğe giren kanunun yürürlüğe girdikten sonra işlenen fiillere uygulanması ve fiilin işlendiği zamandaki düzenlemenin geçerli olmasıdır (kanunilik ilkesi). Fiilin işlendiği zaman düzenlemesinde bulunmayan, dolayısıyla da kabahat olmayan bir fiili, daha sonra yürürlüğe giren düzenlemeyle kabahat kapsamına almak ve aleyhe geçmişe

64 m. 57: “Kolera, veba (Bübon veya zatürree şekli), lekeli humma, karahumma (hummayı tiroidi) daimi surette basil çıkaran mikrop hamilleri dahi - paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümatı, çiçek, difteri (Kuşpalazı) - bütün tevkiatı dahi sarı beyin humması (İltihabı sahayai dimağii şevkii müstevli), uyku hastalığı (İltihabı dimağii sari), dizanteri (Basilli ve amipli), lohusa humması (Hummai nifası) ruam, kızıl, şarbon, felci tıfli (İltihabı nuhai kuddamii sincabii haddı tıfli), kızamık, cüzam (Miskin), hummai racia ve malta humması hastalıklarından biri zuhur eder veya bunların birinden şüphe edilir veyahut bu hastalıklardan vefiyat vuku bulur veya mevün bu hastalıklardan biri sebebiyle husule geldiğinden şüphe olunursa aşağıdaki maddelerde zikredilen kimseler vak'ayı haber vermeğe mecburdurlar. Kudurmuş veya kuduz şüpheli bir hayvan tarafından ısırılmaları, kuduza müptela hastaların veya kuduzdan ölenlerin ihbarı da mecburidir.”

65 Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m. 57'de belirtilmediği için 72. maddenin uygulanmayacağına ilişkin olarak bkz.: (Gözler, Korona Virüs Salgınıyla Mücadele İçin Alınan Tedbirler Hukuka Uygun mu (2)?, 2020)

uygulatmak söz konusu olamaz (aleyhe geriye yürüme yasağı). Yönetmelik düzenlemesi ancak yürürlüğe girdiği 22.04.2020 tarihinden sonrası için uygulanacaktır. Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliğinin ilginç bir hükmü de 30/A maddesidir. Söz konusu maddeye göre, “*Bu Yönetmelik hükümlerine aykırı hareket edenler hakkında 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 282 nci maddesi ile 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun Ek 11 inci maddesine göre işlem yapılır*”. Yönetmelikle tipiklik tespit edilmekte ve idari para cezası sorumluluğu belirlenmektedir ki bu ne Anayasaya ne de KK m. 4’e uygun nitelik taşımamaktadır.

Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 72. maddesinde ise kanun bazında alınması söz konusu olan bazı tedbirler gösterilmektedir. Bu tedbirlerin alınması için 57. maddede zikredilen hastalıklardan biri zuhur ettiği veya zuhurundan şüphelenilmesinin söz konusu olması gerekmektedir. Bu maddeye göre alınacak tedbirler:

1. *Hasta olanların veya hasta olduğundan şüphe edilenlerin ve hastalığı neşrü tamim eylediği tetkikatı fenniye ile tebeyyün edenlerin fennen icap eden müddet zarfında ve sıhhat memurlarınca hanelerinde veya sıhhi ve fenni şartları haiz mahallerde tecrit ve müşahade altına vaz’i.*
2. *Hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı tatbiki.*
3. *Eşhas, eşya, elbise, çamaşır ve binaların ve fennen intana maruz olduğu tebeyyün eden sair bilcümle mevaddın fenni tathiri.*
4. *Hastalık neşreden haşarat ve hayvanatın itlafi.*
5. *Memleket dahilinde seyahat eden eşhasın icap eden mahallerde muayenesi ve eşyalarının tathiri.*
6. *Hastalığın sirayet ve intişarına sebebiyet veren gıda maddelerinin sarf ve istihlakinin men’i.*
7. *Dahilinde sari ve salgın hastalıklardan biri zuhur eden umumi mahallerin tehlike zail oluncaya kadar set ve tahliyesi” şeklinde belirtilmiştir.*

Görüldüğü gibi tedbirler arasında hasta olan veya hasta olduğundan şüphe edilenlerin veya hastalığı yaydığı tespit edilenlerin tecridi ve müşahade altına alınması, salgın hastalığın görüldüğü umumi mahallere girişin kapatılması ve tahliyesi öngörülmektedir. Hasta olanlar veya hasta olduğundan şüphe edilenler ve hastalığı yaydığı belirlenenlerin tecridi kabul edilmekle birlikte (o da belirli şartlarda), tedbirler arasında herkesin sokağa çıkmasının yasaklanması veya kısıtlanması veya belirli yaştakilerin sokağa

çıkmasının yasaklanması veya kısıtlanması söz konusu değildir. Belirli yaştakilerin (örneğin 65 yaş üstünün) bu söylediklerimizi gerçekleştirdikleri, diğer yaşlardakinin yapmadıkları söylenemez. Umumi mahallere (örneğin köylere veya şehirlere) girişin kapatılması ve tahliyesi salgın hastalığın görülmesi şartıyla ve tehlike ortadan kalkıncaya kadar söz konusudur. Dolayısıyla şehirlere veya köylere getirilecek yasak bu şartlarla ancak mümkün olacaktır. Bu hüküm sokağa çıkma kısıtlamasını veya belirli yaştakiler için sokağa çıkma yasağının getirilmesini kapsamamaktadır (Gözler, Korona Virüs Salgınıyla Mücadele İçin Alınan Tedbirler Hukuka Uygun mu (2)?, 2020). Ayrıca 72. maddede maske takma yükümlülüğüne ilişkin bir belirleme de bulunmamaktadır. Ancak sokağa çıkma kısıtlamasının veya maske takma zorunluluğunun 27. madde kapsamında alındığı söyleniyorsa Anayasa Mahkemesinin de belirttiği gibi ilk elden kanunda olmayan bir temel hak ve hürriyetin kısıtlanmasının idari bir organ veya kurulun kararıyla gerçekleştirilmesi söz konusu değildir. Ancak Yargıtay 72. madde nedeniyle değil de 27. madde gereğince maske takma yükümlülüğünün alınmasını mümkün görmekte, 28. madde gereğince de valilerin bunu icra edeceğini, uygulanması için maske takma tedbirini ilan edeceklerini kabul etmekte, verilen emre muhalefet halinde ise KK m. 32 gereğince idari para cezası verileceğini benimsemektedir⁶⁶. Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi bu genel hüküm gereğince temel hak ve hürriyete müdahale edilemeyecek ve idari para cezası verilemeyecektir. Yargıtay maske takma mecburiyetine uyulmaması durumunda kanunda belirtilen yasaklara veya zorunluluklara riayet edilmemesini yaptırıma bağlayan 282. maddenin uygulanmasını kabul etmemektedir. Zira söz konusu maddenin tatbik edilmesi ancak kanunda belirtilen yasaklara veya zorunluluklara riayet edilmemesi durumunda mümkün olduğundan, maske takma yükümlülüğü de Umumi Hıfzıssıhha Kanununda açıkça düzenlenen yasak veya zorunluluk kapsamına girmediğinden 282. maddenin tatbikine gidilememektedir. Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 72. maddesinde aşı uygulaması da yer almaktadır. Ancak maddede aşı uygulamasının hastalara ve hastalığa maruz bulunanlara uygulanması kabul edilmektedir. Hasta olmayanlara aşı uygulanması 72. maddede ifade edilmemektedir. Biz biliyoruz ki COVID-19 aşısının hasta olanlara uygulanması söz konusu değildir. Bu aşı ileride hastalık bulaşmasının söz konusu olacağı kişilere uygulanması durumunda anlam ifade etmekte ve koruyuculuk sağlamaktadır. Dolayısıyla 72. madde düzenlemesi aşı uygulanması tedbiri getirilmesi açısından da yeterli bir hüküm niteliği taşımamaktadır. Bu hüküm gereğince aşı

66 19. CD, 14.12. 2020, E. 2020/5699, K. 2020/19579.

uygulanmasının mümkün olduğu kişilere aşı mecburiyeti getirilmesi söz konusu olmayacaktır. Bunun için kanuni düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Ancak kanaatimizce yetişkinlere, karar verebilecek durumda olanlara aşı uygulama zorunluluğunun getirilmesi hukuken doğru olmayacaktır. Ayrıca aşuların faz çalışmalarının tamamlanmamış olması, sadece acil durum nedeniyle aşı kullanımına izin verilmesi, normal prosedürün uygulanması durumunda (faz çalışmalarının sonuçları beklendiğinde) aşuların ileride ne gibi sonuçlar vereceği ve uygulanmasına kesin onay verilip verilmeyeceği belli olmadığı göz önüne alındığında mecburiyet getirilmesi de farklı disiplinler açısından sorun teşkil edecektir. Ayrıca aşı şirketlerinin muafiyet istediğinin belirtildiği bir durumda⁶⁷ virüsün mutasyona uğraması dikkate alındığında devletin mecburiyet getirerek bu tür sorumluluk altına girmesi de ayrıca üzerinde durulması gereken bir konu teşkil etmektedir. Ayrıca zaten hasta olmak istemeyenler aşı yaptıracakları için, aşı yaptırmayan kişiler de bu riski kabul etmiş olacaktırlar. Hasta olanlar ise bunu bilerek tedbir almamışsa veya hukuken getirilen tedbirlere riayet etmemişlerse zaten hukuki ve cezai sorumlulukları söz konusu olacaktır. Eğitim öğretimin ülke çapında yapılmasına ara verilmesi de 72. maddede zikredilen tedbirler arasında yer almamaktadır. Dolayısıyla 72. madde gereğince bu tedbirin alınması da söz konusu değildir.

Umumi Hıfzıssıhha Kanununda başka tedbirler de yer almaktadır. Bunlardan biri 76. maddede, diğeri ise 77. maddede yer almaktadır. 76. maddeye göre, “*Etrafında bulunanlara sari ve salgın hastalıklardan birini nakle vasıta olduğu muhakkak olan kimseler muvakkaten ve bu zail oluncaya kadar meslek san’atlarının icrasından hıfzıssıhha meclisleri kararıyla menolunur*”. Etrafında bulunanlara salgın ve bulaşıcı hastalığı bulaştıracığı muhakkak olan kimselerin hıfzıssıhha meclisleri kararıyla mesleğini icradan yasaklanması düzenlenmektedir. 77. maddeye göre ise, “*Sari ve salgın hastalıklardan birinin hüküm sürdüğü veya tehdit ettiği mahallerde Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaletinin tasvibiyle bütün umumi mahallerde vuku bulacak içtimalar tahdit veya menolunabilir. Bundan başka hastalarla hastalığı şüpheli olanların ve hastalığın sirayet ve neşrine vasıta olabilecek eşyanın fenni tathirathile mahzur ve mazarratı izale edilmeksizin nakillerine ve bütün kara ve deniz ve hava nakil vasıtalarının fenni tathir ve tephire tabi tutulmadan seyrüseferlerine mümaneat edilir*”. Bu maddede ise bulaşıcı salgın hastalığın hüküm sürdüğü veya tehdit ettiği umumi mahallerde

67 <https://www.kibrispostasi.com/c37-DUNYA/n357539-asi-ureticileri-abden-hukuki-muafiyet-istedi>, (E.T.22.01.2020).

yapılacak toplanmaların sınırlanabileceği veya yasaklanabileceği, kara, hava ve deniz araçlarının dezenfektan işlemi yapılmadan seyrüsefere çıkmalarının yasaklanacağı düzenlenmektedir. Bu hükümlerde de genel olarak veya bazı yaş gruplarındaki kimselerin sokağa çıkmasının belirli süre yasaklanacağına ilişkin veya eğitim-öğretime ara verileceğine ilişkin bir belirleme bulunmamaktadır. Belirtilen hükümlerde maske takılmasına ilişkin bir düzenleme de yer almamaktadır.

Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 282. maddesinde ise, “*Bu Kanunda yazılı olan yasaklara aykırı hareket edenler veya zorunluluklara uymayanlara, fiilleri ayrıca suç oluşturmadığı takdirde, ikiyüzlü Türk Lirasından bin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir*” hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla yukarıda belirtilen tedbirlerin yerine getirilmesine muhalefet edenler veya uymayanlar hakkında fiilleri suç teşkil etmediği takdirde idari para cezası tatbik edilecektir. Düzenlemeye göre tedbirlere uymayanların fiilleri aynı zamanda suç teşkil ediyorsa suçtan yaptırım uygulanacak, ayrıca idari para cezası verilemeyecektir. Suçtan yaptırım uygulanmadığında ise kabahatten yaptırım uygulama yoluna gidilecektir. KK m. 15/3’te de bir fiilin hem suç hem de kabahat teşkil ettiği hallerde yalnızca suçtan yaptırım uygulanabileceği, suçtan yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanacağı belirtilerek bu husus düzenlenmiştir.

Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 282. maddesinde idari para cezası alt ve üst sınırlar arasında gösterilmiştir. Dolayısıyla alt ve üst sınırlar arasında gösterilen cezanın KK m. 17’de belirtilen kriterlere göre tespit edilmesi gerekmektedir. 17. maddeye göre idari para cezası belirlenirken kabahatin haksızlık içeriği, failin kusuru ve ekonomik durumu göz önünde tutulacaktır. Bunlar göz önüne alınmadan önceden yetkili makamların herkes için bu oranlar arasında sabit bir para cezası tespit etmesi ve bu cezanın tedbirlere aykırı davranan her kişiye aynı miktarda uygulanması KK’ya ve işlenen fiilin ağırlığıyla yaptırım belirlenmesi ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Uygulamaya baktığımızda pandemi nedeniyle uygulanan tedbirlere aykırılık nedeniyle verilen idari para cezaları her şehirde önceden herkes için aynı belirlendiği ve uygulandığı görülmektedir. Ayrıca tespit edilen idari para cezaları da bazı şehirlerde farklılık gösterebilmektedir.

Sonuç ve Öneriler

COVID-19 salgını, birçok ülke gibi Türkiye’yi de farklı konularda sorunlarla karşı karşıya bırakmıştır. Bunlardan biri de hukuki düzenlemelerdir. Türkiye, genel sağlık nedeniyle alınması gereken tedbirler konusunda düzenlemelerde eksiklikler olmasına

rağmen mevcut hükümlerle sorunu çözmeye çalışmıştır. COVID-19 salgınının ortaya çıkmasından aylarca süre geçmesine rağmen uygulanması söz konusu olan tedbirlerle ilgili mevzuatımızda değişikliğe gidilmemiştir. Ancak salgın nedeniyle alınan ve temel hak ve hürriyetlere sınırlama getiren tedbirler kanunilik ilkesi açısından, idarenin düzenleyici işlemleriyle temel hak ve hürriyetlere sınırlama getirilip getirilemeyeceği yönünden sorun ortaya çıkarmıştır. Bu durum tedbirlere uyulmaması sonucunda idari yaptırım tatbik edilmesi ve bu yaptırıma karşı başvuru yoluna gidilmesi nedeniyle uygulamayı da zor durumda bırakmıştır. Anayasa Mahkemesinin de kanunilik ilkesi ve idarenin düzenleyici işlemiyle yaptırım uygulanması konusunda kararlarında bir istikrar bulunmamaktadır. Tedbirlere muhalefet nedeniyle verilen kararların hukuki akıbetinin ne olacağı ne gibi sorumluluk doğuracağı zamanla görülecektir. Ancak şu ifade edilmelidir ki, tedbirlerin hukuki açıdan sorun doğurmaması için öncelikli olarak günümüz koşullarına uygun genel sağlıkla ilgili (Umumi Hıfzıssıhha Kanunu yerine) bir kanun yapılması gerekmektedir. Ayrıca tedbirlere ilişkin düzenleme getiren İl İdaresi Kanununda, Olağanüstü Hal Kanununda değişikliğe gidilmesi gerekmektedir. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu yürürlükten kaldırılmadığında ise mevcut hükümlerde değişikliğe gidilmesi zorunludur. Bu değişikliklerde idareye düzenleyici işlem yapma yetkisi verilebilirse de temel hak ve hürriyetlere sınırlama getiren tedbirlerin kanunda açıkça belirtilmesi, uygulanmasında ise idareye yetki tanınması yoluna gidilmelidir. Örneğin eğitim ve öğretime ara verileceği ve ne kadar sürelerle ara verileceği düzenlenip, bu süreler arasında olmak şartıyla süre belirlemesi idareye bırakılabilir. Ayrıca düzenlemelerde amaç dışı veya keyfi uygulanmasını engelleyecek hükümlere, ölçülülük ilkesine de yer verilmelidir. Olağan dönemde geçerli olacak düzenlemelerde Anayasa hükümlerinin de göz önüne alarak belirleme yapılması yoluna gidilmelidir. Bu düzenlemede nelerin olacağı yaşadığımız ve uyguladığımız tedbirler ile ileride gerçekleşebilecek ihtimaller göz önüne alınarak tespit edilmelidir. Örneğin, insanların sokağa çıkmasının belirli süreyle veya saatle sınırlanması, kara, deniz, hava ve demiryolu araçlarının dolaşımının belirli süreyle veya saatle sınırlanması, toplu taşıma araçlarıyla seyahat halinde alınması gereken tedbirlere ilişkin (yolcu sınırlaması, hijyen gibi) düzenleme yapılması, karantina veya izolasyon tedbirine ilişkin belirleme yapılması (sağlık kurumunda, evde veya başka kurumlarda), insanların toplu halde bulunduğu veya toplandığı yerlerin, işletmelerin, işyerlerinin, eğlence yerlerinin, konaklama yerlerinin belirli sürelerde veya saatlerde hizmet vermesi, denetlenmesi, hizmetine sınır (kişi sayısı gibi) getirilmesi, cezaevleri, askeri birlikler gibi insanların toplu halde bulunduğu veya yaşadığı yerlerde sınırlandırma ve denetlemeye ilişkin hükümler

getirilmesi, sosyal aktivitelerin belirli süreyle sınırlandırılması, eğitim ve öğretim faaliyetinin sınırlanması, yurtların kullanımına ilişkin sınırlama getirilmesi ve denetlenmesi, kamusal alanda insanların toplanmalarının belirli süreyle, saatle, yerle sınırlanması, dini faaliyetlerin belirli saatlerle veya sürelerle veya kişi sayısı ile sınırlanması, organizasyonların veya eğlencelerin belirli süreyle veya yerle sınırlanması, insanların dolaşımında uyması gereken tedbirlerin alınması (maske takmak, sigara içme yasağı gibi), sağlık personeli gibi salgın hastalıkla mücadele eden kişilerin çalışma sürelerine ve çalışma şartlarına ilişkin düzenleme yapılması, canlıların itlafına ilişkin belirleme yapılması, ekonomik tedbirlerin alınması gibi tedbirler düzenlenebilir. Ayrıca yukarıda belirtilen yerlerle ilgili faaliyette buldukları zaman içinde lüzumlu olan dezenfektan tedbirlerinin alınmasına ilişkin hükümlerin de düzenlemelere konulması gerekmektedir. Bunların dışında devletin sağlık alanıyla, beslenme, gıda yardımı ve diğer konularla ilgili sorumluluklarıyla da ilgili hükümlere yer verilmelidir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

References/Kaynakça

- Akalan, A. R. (2007). "Emre Aykırılık Kabahati". *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XI (1-2), 369-387.
- Ancel, M. (1938). "Muassır Mevzuatta "Kanunsuz Ceza Olmaz" Kaidesi". *Adliye Ceridesi* (72), 1326-1351.
- Artuk, M. E. (2005). "Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Temel İlkeleri". *Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi*, Nisan 2005 (5), 11-18.
- Atay, E.E. (2018). *İdare Hukuku*. Ankara.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi*, 6. Madde Rehberi. (2014). https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_TUR.pdf
- Aslan, V. (2020). "COVID 19 Salgını Sebebiyle Uygulanan Sokağa Çıkma Kısıtlamalarının 1082 Anayasası'na Uygunluğu". *İstanbul Hukuk Mecmuası* 78/2, 78 (2), 809-835.
- Aytekin-İnceoğlu, A. (2013). "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararları Işığında Güvenlik Tedbirlerini Düzenleyen Normların Zaman Bakımından Uygulanması". *Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan*, 1127-1156.
- Başaran Yavaşlar, F. (2009). *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu*. Ankara, 204.
- Bohnert, J. (2007). *OWIG Ordnungswidrigkeitengesetz, Kommentar*, 2. Auflage(OWIG). München.
- Candan, T. (2009). *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu*. Ankara, 245-284.

- Cremer, W. (2009). "Verwaltungsstrafrecht in den Entscheidungen des Europaeischen Gerichtshofs für Menschenrechte". *Istanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu*. Ankara, 185-196.
- Dutertre, G. (2013). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları*. <https://www.anayasa.gov.tr/media/3600/aihmkararlarindanornekler.pdf>
- Güler, B. (2020). "İdarenin Covid 19 Pandemisine İlişkin Sokoğa Çıkma Yasağı Kararlarının Kanuni İdare İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi". *Istanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Covid-19 Hukuk Özel Sayısı, Y:19 (38)*, 180-201.
- Göhler, E. (2009). *Ordnungswidrigkeitengesetz, 15., neu bearbeitete Auflage*. München.
- Gölcüklü, F. (1963). "İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezaî Müeyyide Tatbiki". *AÜSBFD, XVIII (2)*, 115-182.
- Gözler, K. (2020. 07. 06). "Korona Virüs Salgınıyla Mücadele İçin Alınan Tedbirler Hukuka Uygun mu (2)?". <https://www.anayasa.gov.tr/korona-2.htm>.
- Gözler, K. (2020. 07. 05). "Korona Virüs Salgınıyla Mücadele İçin Alınan Tedbirler Hukuka Uygun mu?". <https://www.anayasa.gov.tr/korona.htm>.
- Günday, M. (2017). *İdare Hukuku*. Ankara.
- Güneş, M. (2019). Kamu Özgürlüklerinin Sınırlanmasında Kamu Güvenliği Gereğinin Hukukiliği. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 27 (3)*, 435-457.
- Hafizoğulları, Z., & Özen, M. (2011). *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Tıpkı Basım 4. Baskı*. Ankara.
- İçel, K., & Donay, S. (1999). *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım, 1. Kitap, Yenileştirilmiş 3. Baskı*. İstanbul.
- Cihan, E. (1998). "Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi". *Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu, Genel Hükümler (26-27 Mart 1997, İstanbul)*, 5-11.
- Jeschek, H. H. (1998). "1989 Türk Ceza Kanunu Öntasarısının Genel Hükümleri Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme". *Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler*
- Kangal, Z. T. (2019). *Kabahatler Hukuku*. İstanbul.
- Karakoç, Y. (2016). *Vergi ceza Hukuku, Genel Kısım, Vergi Kabahatleri, Vergi Suçları*. Ankara.
- Keçelioğlu, E. (2012). "Ceza Hukukunda İçtihadın Sınırı, Yorum ve Kıyas". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y:3 Ekim 2012 (11)*, 77-100.
- Kocasakal, Ü., Aksoy, E. E., & Memiş, P. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü". <http://www.tchd.org.tr/MenuContent.aspx?id=127>, (E.T. 14.10.2014).
- Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten.(2006), 3., neu be-arbeitete Auflage, München (KKOWiG).
- Mitsch, W. (2005). *Ordnungswidrigkeiten, Recht der Ordnungswidrig-keiten, 2. Auflage*. Berlin Heidelberg.
- Önder, A. (1992). *Ceza Hukuku Dersleri*. İstanbul.
- Özay, İ. H. (2004). *Günışığında Yönetim, XXI inci Yüzyılın İlk Çeyreğinin "Jön Türk" lerine*. İstanbul.
- Öztürk, B. (2009). *Istanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu*. Ankara.
- Öztürk, B. (2009). "Kabahatler Kanunu'nun Genel Esasları". *Istanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu*. Ankara, 123-139.
- Öztürk, B., & Erdem, M. R. (2014). *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 14. Baskı*. Ankara.
- Roxin, C. (2006). *Strafrecht, Allgemeiner Teil (Band I), 4. Auflage*. München.
- Sancakdar, O. (2009). "İdari Cezaların Yaptırım Teorisindeki Yeri ve Türk Hukuku'ndaki Anaysal Temelleri". *Istanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu*. içinde Ankar, 59-109.

- Schönke, A., Schröder, H., Lenckner, T., Cramer, P., & Stree, W. (2010). *Strafgesetzbuch, Kommentar, 28., neubearbeitete Auflage von Eser, Albin/Heine, Günter/Perron, Walter/Sternberg-Lieben, Detlev/Eisele, Jörg/Bosch, Nikolaus/Hecker, Bernd/Kinzig, Jörg/Schittenhelm, Ulrike.* München.
- Schwacke, P. (2006). *Recht der Ordnungswidrigkeiten, 4. Auflage.* Stuttgart.
- Soyaslan, D. (1990). *Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi.* Ankara.
- Tezcan, D., Erdem, M. R., & Sancakdar, O. (2002). *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu.* Ankara.
- Tröndle, H., & Fischer, T. (2006). *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53. Auflage.* München.
- Yavuz, C. (2019). “Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi Çerçevesinde Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi”. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2019-145-1879, 13-52>.
- Yüce, T. T. (1982). *Ceza Hukuku Dersleri (C. I).* Manisa.

İnternet Kaynakları

- http://www.anayasa.gen.tr/yasamaislemleri.htm#_ftn68 (E.T.25.01.2021).
- <http://cdn.istanbul.edu.tr/statics/idarehukuku-hukuk.istanbul.edu.tr/wp-content/uploads/2017/03/kolluk-konusuna-ilişkin-kavramlar-listesi-hoca.pdf> (E.T.25.01.2021).
- <http://dspace.marmara.edu.tr/handle/11424/21510?locale-attribute=fr> (E.T.26.01.2021).
- <https://www.eigm.gov.tr/tr-TR/Mevzuat> (E.T.27.01.2021).
- <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/sokaga-cikma-kisitlamasi-basladi-bakanliktan-81-ile-ek-genelge-41715820> (E.T.27.01.2021).
- <https://www.icisleri.gov.tr/81-ile-koronavirus-salgini-yeni-tedbirler-genelgesi>
- <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr> (E.T.24.01.2021).
- <https://www.mynet.com/icisleri-bakanligi-ndan-yeni-koronavirus-genelgesi-110106661648> (E.T.27.01.2021).
- <https://www.resmigazete.gov.tr> (E.T.26.01.2021).
- <https://www.sabah.com.tr/yasam/2020/03/20/pandemi-nedir-neden-ilan-edilir-dso-tarafindan-pandemi-ilan-edilen-hastaliklar-hangileri> (E.T.25.01.2021).
- <https://mevzuat.adalet.gov.tr> (E.T.27.01.2021).
- <https://www.kibrispostasi.com/c37-DUNYA/n357539-asi-ureticileri-abden-hukuki-muafiyet-istedi> (E.T.22.01.2021).



The Impacts of the Turkish Constitutional Court's Individual Application Judgments about the Right to Fair Trial on Criminal Proceedings

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Bireysel Başvuru Kararlarının Ceza Yargulamaları Üzerindeki Etkisi

Sedat Erdem AYDIN¹

¹Av. Dr., İstanbul Barosu, İstanbul, Türkiye

ORCID: S.E.A. 0000-0001-8198-028X

ABSTRACT

This paper pursues the purpose of giving insight to researchers and jurists, especially non-Turkish ones, about the progress of the individual application to the Turkish Constitutional Court. The individual application was introduced into the Turkish legal system by the 2010 constitutional amendments, and it started to function on 23 September 2012. Article 148 of the Constitution states that everyone may apply to the Turkish Constitutional Court on the grounds that one of the fundamental rights and freedoms under joint protection of the Constitution and the European Convention on Human Rights has been violated by public authorities, after having exhausted ordinary legal remedies. With the amendments, a new era started in the Turkish law system. First, the official statistics of individual applications published by the Turkish Constitutional Court will be analyzed. Later, Turkish Constitutional Court's individual application judgments about the right to a fair trial, which carries great importance due to having the largest number of judgments of violation given by the Turkish Constitutional Court, will be evaluated. Lastly, views about the impacts of the Turkish Constitutional Court's judgments about the violations of rights on the criminal procedure will be examined.

Keywords: Individual application, Turkish Constitutional Court, fair trial, criminal procedure

Submitted: 30.03.2021 • **Revision Requested:** 09.04.2021 • **Last Revision Received:** 31.05.2021 • **Accepted:** 31.05.2021 •

Published Online: 00.00.0000

Corresponding author: Sedat Erdem Aydın, E-mail: sedaterdemaydin@hotmail.com

Citation: Aydın, SE, 'The Impacts of the Turkish Constitutional Court's Individual Application Judgments about the Right to Fair Trial on Criminal Proceedings' (2021) 9(1) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 255. <https://doi.org/10.26650/JPLC2021-906507>



1. Introduction

The right to Individual Application to the Turkish Constitutional Court entered into the Turkish judicial system with legislation no. 5982 dated 12 September 2010 through the amendments made in articles 148 and 149 of the Turkish Constitution. With the amendments, a new era started in the Turkish law system. Following these amendments, according to the provisions of article 149 of the Constitution, a new law entitled “Code on Establishment and Rules of Procedures of the Turkish Constitutional Court” (“Code No. 6216”) was enacted on 30 March 2011.¹

With the possibility of Individual Application to the Turkish Constitutional Court, constitutional judicial control against the violations of rights caused by individuals and institutions who use public force began on 23 September 2012. Since then, everyone can apply individually to the Turkish Constitutional Court with allegations of violations made by public force on any fundamental rights and freedoms protected with the Turkish Constitution covered by the European Convention on Human Rights. Article 148 of the Constitution states that everyone may apply to the Turkish Constitutional Court on the grounds that one of the fundamental rights and freedoms under joint protection of the Constitution and the European Convention on Human Rights has been violated by public authorities, after having exhausted ordinary legal remedies.²

Individual Application to the Turkish Constitutional Court regulated in the Constitution of the Republic of Turkey was modeled on the Individual Application to European Court of Human Rights.

The European Court of Human Rights was signed on 4 November 1950 in order to protect and improve fundamental rights and freedom. The Grand National Assembly of Turkey approved it through Code no. 6366 dated 10 March 1954 and it became valid in the context of Turkey after the certificate of ratification was submitted to the Secretary-General of the Council of Europe on 18 May 1954. The resolution of the Council of Ministers no:87/11439 with the date 22 January 1987 introduced the right to submit an individual application to the European Commission on Human Rights and with resolution number 89/14563 dated 25 September 1989, Turkey recognized

1 Tolga Şirin, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı*, (On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015) 11.

2 Ferhat Uslu, *Anayasa Yargısı*, (2. Ed., Adalet Yayınevi, Ankara, 2018) 98.

the compulsory juridical power of the European Court of Human Rights. Therefore, Turkey accepted the responsibility to ensure the security of fundamental rights of the individuals under its juridical power to submit an application to an international tribunal that has the power to render legally binding judgments if found a violation.³

The protection of the fundamental rights and freedoms secured with the convention is possible with the proper execution of the judgments of the violation rendered by the European Court of Human Rights in domestic law. Failing the proper execution of the European Court of Human Rights' violation judgments in domestic law indicates that the fundamental rights and freedoms protected by the convention could not be protected in practice efficiently. In this respect, a judgment of violation given by the European Court of Human Rights is accepted, with the Turkish Code of Criminal Procedure, as a valid reason to holding a retrial to ensure effective protection of the fundamental rights and freedoms both in theory and in practice.⁴

It is the duty of the Turkish Constitutional Court to analyze the allegations of a violation of the fundamental rights and freedoms protected with the Turkish Constitution listed in the Convention, which has the power of examine through an individual application. Any acceptance towards the contrary would not be compatible with the objective of the Constitution which projects effective protection through the procedure of individual application mechanism of the fundamental rights and freedoms protected with both the Constitution and the Convention. For this reason, whether a violation judgment given by the European Court of Human Rights was properly executed or not must be examined by the Turkish Constitutional Court. Nevertheless, this kind of examination made by the Turkish Constitutional Court will not include a re-examination of the events but will be limited to the question of whether the judgment of violation rendered by the European Court of Human Rights has been properly executed.⁵

As a necessity of the complementary element of the individual application procedure, interpretation and implementation of the legislation are the duty of the inferior courts; nonetheless, it is only natural for the Turkish Constitutional Court to have juridical power to assess if the influence of this interpretation and practices are consequent with

3 Şeref Gözübüyük / Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, (11. Ed., Turhan Kitabevi, 2016) 300.

4 Yeşim Çelik, *Türk Hukukunda Bireysel Başvuru ve Anayasa Mahkemesi Uygulaması*, (Adalet Yayınevi, Ankara, 2016) 117.

5 Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, (3. Ed., Ekin Yayınevi, Bursa, 2019) 1042.

the fundamental rights and freedoms protected by the Constitution and the Convention together.⁶

Judgments of the Turkish Constitutional Court are final. No law can be in conflict with the Turkish Constitution. The Turkish Constitutional Court is given the power to interpret the Constitution and to invalidate the laws which are contrary to the Constitution. The decisions of the Court bind legislative, executive and judicial organs, administrative authorities and persons and corporate bodies.⁷

In individual application cases, the Turkish Constitutional Court decides whether the fundamental rights of the applicant have been violated or not. If it finds violation, it may also decide what should be done in order to redress the violation and its consequences.⁸

In case the violation has been caused by a court decision, the Turkish Constitutional Court sends the file to the competent court for retrial in order to restore the fundamental rights of the applicant. If the Turkish Constitutional Court deems that a retrial will be of no use, then it may decide on compensation for the applicant or it may ask the applicant to file a case before the competent first instance court to seek compensation for the damages s/he suffered.⁹

This paper pursues the purpose of giving insight to researchers and jurists, especially non-Turkish ones, about the progress of the individual application to the Turkish Constitutional Court.

First, the official statistics of individual applications published by the Turkish Constitutional Court will be analyzed. Later, Turkish Constitutional Court's individual application judgments about the right to a fair trial, which carries great importance due to having the largest number of judgments of violation given by the Turkish Constitutional Court, will be evaluated. Lastly, views about the impacts of the Turkish Constitutional Court's judgments about the violations of rights on the criminal procedure will be examined.

6 Philip Kunig, "Hukuk Düzeninin Gelişiminde Aktör Olarak Anayasa Mahkemeleri – Almanya Deneyimleri", In Philip Kunig & Adem Sözüer (Eds.), *Alman Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya İlişkin Temel Kararlarının Tercümesi Projesi*, (Çiğdem Vardar tr, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020) 8; Seyithan Kaya, *Anayasa Yargısı ve Bireysel Başvuru*, (Adalet Yayınevi, Ankara, 2018) 116.

7 Korkut Kanadoğlu, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, (On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015) 264.

8 Ramazan Gümüşay, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının İcrası*, (Adalet Yayınevi, Ankara, 2019) 64.

9 Özcan Özbey, *Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı*, (2. Ed., Adalet Yayınevi, Ankara, 2013) 328.

2. Statistics

According to the latest statistics published by the Turkish Constitutional Court, since the legislations concerning the individual application came into force between 23 September 2012 and 31 March 2021, 308,672 individual applications have been made. 85.9% of these applications have been brought to conclusion.¹⁰

Between the years 2012-2021, only 5.4% of the concluded 265,300 applications, that is 14,204 were concluded with violation of at least one human right. 9,103 of these 14,204 were judgments of the violation, 62.9% of which were the judgments of violation of fair trial. 2,379 of these 9,103 judgments of violation were about the right to a trial within a reasonable time.¹¹

2,791 of the applications concluded by the Turkish Constitutional Court with the judgment of violation were concluded with the violation of the right of property, 611 of them concluded with the violation of freedom of speech, 463 of them concluded with the violation of the privacy of private life, 415 of them concluded with the violation of the prohibition of ill-treatment, 249 of them concluded with the violation of freedom and security of individuals, 22 of them concluded with the violation of the presumption of innocence, 14 of them concluded with the violation of the legality of crime and punishment.

3. Right to Trial within Reasonable Time

Right to trial within reasonable time is under the protection of article 36 of the Constitution as an implicit part of a fair trial. Within the number of judgments of violations in relation to the judgments of individual application, the majority belongs to the right to a fair trial. The majority of the judgments about the violation of the right to a fair trial are related to violation of the right to trial within reasonable time.

While determining the criminal procedure's duration, the notification of the perpetration allegations by the competent authorities or the date of applicant substantially affected by the measures taken in the context of criminal investigation or proceedings is used as the starting date. The date of final judgment about criminal charges or for the ongoing trials, the date of the Turkish Constitutional Court's judgment on the complaint about reasonable time are accepted as the end date.¹²

10 < https://www.anayasa.gov.tr/media/7410/bb_istatistik_2021-1.pdf > accessed 10 May 2021.

11 Violation of more than one right or freedom can be concluded with a single application.

12 Ebru Karaman, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu*, (On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013) 35.

During the evaluation of reasonability of the criminal procedure's duration the complexity and the levels of the proceedings, the stance of parties and concerned authorities during the proceedings and the quality of the applicant's interest in the speedy conclusion of the proceedings will be taken into consideration.¹³

In the case of *Yusuf Karakuş*, operations against the terrorist organization Hezbollah by the Istanbul Security Directorate took place on 17 January 2000. During the operation carried out in a house by the officers, the leader of the organization was captured dead and many hard disks which contained information about the organization were obtained. The applicants were captured on 6 May 2000 within the scope of the investigation initiated upon information in the operation. The applicants were sentenced to imprisonment by virtue of the judgment of Ankara State Security Court No.2 (*Ankara 2 Numaralı Devlet Güvenlik Mahkemesi*) on 7 January 2002. Two of the applicants, Mehmet Şahin and Yusuf Karakuş were sentenced for their membership of an armed gang aiming to change the constitutional order by force of arms. The other applicant, named Hasan Kılıç, was sentenced for the leadership and having authority over the armed group. Said decision and the decision dated 28 July 2005 made public by Ankara 11th Assize Court (*Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi*) to continue to handle the trial were rendered by the 9th Criminal Chamber of the Court of Cassation (*Yargıtay 9. Ceza Dairesi*). The conviction decision of 17 January 2013 relied on the confessions and assertions of the applicants accusing each other during the stage of the investigation and was upheld by the judgment dated 31 March 2014 of 9th Criminal Chamber of the Court of Cassation (*Yargıtay 9. Ceza Dairesi*).¹⁴

In regards to this application, according to the judgment given by the Turkish Constitutional Court, it was not reasonable to have these proceedings last for 13 years 10 months and 25 days in the present case. As a result, the Turkish Constitutional Court concluded that there was a violation of the right to trial within reasonable time guaranteed in article 36 of the Constitution.¹⁵

In the case of *Dilan Öğüz Canan*; the applicant was a twenty-year-old student at Istanbul University Faculty of Law at the time. An opening ceremony was held at Istanbul Technical University Cultural Centre with the participation of the Prime

13 Berkan Hamdemir, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, (Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2018) 241.

14 *Yusuf Karakuş* App no 2014/12002 (AYM, 8 December 2016) paras 7-61.

15 *Yusuf Karakuş* paras 89-90.

Minister and some politicians on 12 September 2008, which was the date of the anniversary of the coup d'état of 12 September 1980. Including the applicant, a group of students stood in front of the center holding banners and chanting slogans. With the police officers' warning, the group dissolved. After a while, a second group gathered which allegedly did not abide by the warning coming from the police officers and which resulted in the intervention of the officers. The intervention came without any warning according to the applicant, who claimed she was in the second group. A criminal case was opened against eighteen people including the applicant, for organizing and participating in an illegal demonstration march. The criminal case against the applicant was suspended at the end of relevant proceedings, and the applicant was notified of the decision on 28 November 2014. The applicant submitted an individual application to the Turkish Constitutional Court on 29 December 2014.¹⁶

The Turkish Constitutional Court considered the length of the proceedings in the case that lasted for nearly 6 years and 3 months unreasonable.¹⁷

It is observed that in the judgments regarding the violation of the right to trial within reasonable time, no decision was made for a retrial.

4. The Right to Be Tried by an Independent and Impartial Tribunal

Even though there is no explicit reference to the independence and impartiality of tribunals in article 36 of the Constitution, according to the judicial opinion of the Turkish Constitutional Court, it is a constructive element of the right to a fair trial. In the preamble for adding the notion "the right to a fair trial" to article 36 of the Constitution, it is emphasized that the right to a fair trial, which was protected under the European Convention on Human Rights that Turkey became a party of, has been incorporated into the article 36 of the Constitution. Hence, the right to be tried by an impartial tribunal is set forth by article 6 of the European Convention on Human Rights in plain terms, as an essential element in the right to a fair trial.¹⁸

When the impartiality and independence of tribunals, being two elements completing each other, were taken into account, due to the principle of constitutional holism, also

16 *Dilan Öğüz Canan* App no 2014/20411 (AYM, 30 November 2017) paras 9-15.

17 *Dilan Öğüz Canan* paras 62-63.

18 Muharrem Özen, "Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri", *Ankara Barosu Dergisi*, I. 68, 2010 36.

the articles 138, 139 and 140 must be taken into account while qualifying the right to be tried by an independent and impartial tribunal.¹⁹

While deciding if the tribunal is independent, the way in which a member is assigned and their duration of duty, the security of tenure afforded to judges and their appearance of independence carry importance. Impartiality means lack of bias, prejudice and interest which can influence the settlement of the dispute, in addition to lack of opinion or interest *vis-à-vis*, in favor or against the parties of the case. Impartiality has two aspects, objective and subjective. In this context, both the personal impartiality of the judge and the impression given by the court, as an institution, on an individual must be considered.²⁰

The European Court of Human Rights took the status of the military judge on duty and in the office of the State Security Courts (*Devlet Güvenlik Mahkemeleri*) into consideration and gave the judgment of lack of independence and impartiality of these courts. In the following case, *Incal v. Turkey*, the European Court of Human Rights concluded the violation of the right to be tried by an independent and impartial tribunal of the case and other several cases involving the alleged lack of independence and impartiality of the courts. After the judgments, the judgment allowing the military judges to be on duty and in the office of the State Security Court was terminated and the State Security Courts were abolished.²¹

In the case of *Abdullah Altun*, the State Security Court sentenced the applicant to life imprisonment and his sentence became definite with the appellate review given by the Court of Cassation. The applicant lodged an application with the European Court of Human Rights, claiming that he did not receive a trial by an independent and impartial tribunal because of a military judge being on duty. After finding a violation of the right to be tried by an independent impartial court, the indication of a retrial by the European Court of Human Rights was in order to redress the violation, if requested by the applicant. The request for a retrial was made by the applicant, relying on the judgment of violation given by the European Court of Human Rights. However, the request was dismissed by the incumbent assize court with the reason that the necessary legal conditions for a retrial were not met. The applicant objected against the dismissal

19 Hüseyin Turan, "Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ndeki Yeri ve Önemi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, I. 84, 2009 221.

20 Abdullah Çelik, *Adil Yargılanma Hakkı Rehberi*, (Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014) 12.

21 *Incal v. Turkey* App no 22678/93, (ECHR, 9 June 1998) para 72.

of his retrial request with the violation judgment of the right to be tried by an independent and impartial tribunal by the European Court of Human Rights. The applicant submitted an individual application to the Turkish Constitutional Court upon the dismissal of his appellate request.²²

According to the Turkish Constitutional Court in the case of *Abdullah Altun*, the matter which must be discussed by the Court is the allegations made by the applicant requested the conduct of a retrial by the inferior court pursuing the violation judgment of the European Court of Human Rights, within the scope of the right to be tried by an independent and impartial tribunal were analyzed effectively and sufficiently, and if the judgment of violation given by the European Court of Human Rights was properly executed. In brief, it carries great importance that whether the inferior courts resolved the violation which the European Court of Human Rights found in its judgment both as to the applicant's case and the consequence of it. In the case concerning the judgment of violation of the European Court of Human Rights, it is understood that the case was heard by the State Security Court's jury which had a military judge. The only way to redress the case of the applicant in which the European Court of Human Rights found the violation, was the conduction of a retrial by a court that consists of no military judge on duty. But the request of the applicant was denied by the incumbent inferior court with the grounds that the military judge being on duty was appropriate to the procedure. Yet, the European Court of Human Rights indicated in its judgment that the military judge's presence on the trial bench is indeed a reason for the violation, regardless of the conclusion. It was stated that if the applicant requested, in order to redress the violation retrial conduction would be appropriate.²³

In this sense, it can be seen that the judgment of violation given by the European Court of Human Rights has a bearing on the soundness of the final decision in domestic law and thus forms a noteworthy reason for a retrial conduct. However, inferior court's comment on the related legal provision of the Turkish Code of Criminal Procedure did not correspond with the judgment of the European Court of Human Rights and did not involve an examination to the extent, and with due diligence, as required by article 36 of the Constitution; that the European Court of Human Rights' judgment was not fully executed; and that the violation of the right to be tried by an independent and impartial tribunal could not be redressed. In conclusion, the Court found a violation

22 *Abdullah Altun* App no 2014/2894 (AYM, 17 July 2018) paras 8-26.

23 *Abdullah Altun* paras 43-44.

of the right to be tried by an independent and impartial tribunal because of the failure to execute of the European Court of Human Rights' judgment of the violation, which was contrary to the assurances integral to the said rights.²⁴

In the case of *Abdullah Altun*, a violation of the right to be tried by an independent and impartial tribunal was found by the Court. It is understood that the violation was born from the judgment of the Court. Regarding the situation, a legal interest in the conduction of a new trial with the aim of remedying the results of the violation of the right to be tried by an independent and impartial tribunal. The new trial must be conducted with the aim of remedying the violation and its consequences following article 50/2 of Code no:6212 on the Establishment and Rules of Procedure of the Turkish Constitutional Court. Within this scope, first of all, the impugned judgment must be revoked by the inferior courts leading to the violation and finally disclose a new judgment in accordance with the judgment which found a violation. A copy of the judgment must be sent to the relevant court in order to start the new trial afterward.²⁵

5. The Right of Access to a Court

Article 36 of the Turkish Constitution stipulates that “*Everyone has the right of litigation either as plaintiff or defendant and the right to a fair trial before the courts through legitimate means and procedures.*” Within this framework, the practices which make it extremely difficult or impossible to access a court can violate the right to access to a court. Yet the Turkish Constitutional Court has already concluded that, related to the deadlines of bringing an action or applying for legal remedies, these deadlines are a necessity of the principle of legal certainty and do not violate the right to access to the Turkish Constitutional Court unless they are limited to the point that they make it impossible to bring an action. However, because of the improper execution of the deadlines' conditions set forth in the extent of the violation of the law; in case of not being able to use the right to apply for the legal remedies, it violates the right of access to the court.²⁶

24 *Abdullah Altun* paras 45-46.

25 *Abdullah Altun* paras 56-57.

26 Ahmet Ekinci, “Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, V. XVIII, V. 3, 2014 844.; Mesut Aydın, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi*, V. LXI, I. 3, 2006 6.

In the case of *Ali Kızıl*, the judgment dated 20 March 2014 of the dismissal of the request for a retrial by the court of first instance (*ilk derece mahkemesi*) can be subjected to an appeal to the criminal court of general (*asliye ceza mahkemesi*) jurisdiction within judicial locality pursuant to the subsection of articles 319 and 321 of the Turkish Code of the Criminal Procedure. However, as a consequence of saying “*appeal pending as a legal remedy*” in the judgment, the applicant was directed to an improper legal remedy. And because of that, the applicant applied for appeal according to the judgment of the court of first instance.²⁷

According to the Turkish Constitutional Court evaluation of the application, despite articles 319 and 321 of the Turkish Code of the Criminal Procedure, the applicant assuming that the correct legal remedy is “*application of appeal*” must be considered acceptable within the conditions of the event. During the evaluation of the applicant’s request for a retrial, the fact that the applicant was not represented by a lawyer supports the said evaluation. On the other hand, Chief Public Prosecutor’s Office of the Supreme Court (*Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı*) accepted the objection to the Chief Public Prosecutor’s office of the Supreme Court which stipulated in article 308 in the Turkish Code of the Criminal Procedure with notifying that applicant’s letter of the petition was written in order to amend the court’s judgment through the new evidence after the evaluation from Supreme Court. The applicant was notified that the legal remedy of objection cannot be applied due to the necessary conditions not being present. In the face of the rejection judgment of a retrial being subjected to the objection to the high court, Chief Public Prosecutor’s Office of the Supreme Court could send the applicant’s letter of petition to the relevant criminal court of first instance in accordance with the explicit regulation in article 264 of the Turkish Code of the Criminal Procedure. With this, the applicant was forced to endure the consequences of the misdirection in the judgment of the court of first instance and was deprived of the right to access to the criminal court of first instance in order to provide an examination of the rejection of the request for a new trial through objection legal remedy. With the said reasons, it must be decided whether the right to access to the court protected by the article 36 of the Turkish Constitution of the applicant who got deprived of the opportunity to an inspection of the legality of the rejection of a retrial request was violated. The applicant requested a return of the fee they paid for the punishment they were sentenced to and a retrial. The detected violation was born from the judgment of the court of first

27 *Ali Kızıl* App no 2014/9295 (AYM, 25 March 2015) para 38.

instance, the legal interest of the removal of the violation and its consequences, and therefore the judgment of submitting the judgment to the court of first instance in order to do a retrial must be given.²⁸

6. Right to a Fair Hearing

The judgments of violation in the scope of the right to a fair hearing is the leading judgment of violation among the judgments of violation of fair trial. Turkish Constitutional Court carries out an examination about the sub-elements of the right to a fair hearing, which are the equality of arms, adversarial jurisdiction principle, fundamental rules regarding evidence, the accused defending themselves by participating in the trial or the right to be tried with the help of the defense counsel, right to a reasoned decision and presumption of innocence. In the case of the presence of detected violation, when the use of the impugned items of evidence render a trial as a whole unfair, the Turkish Constitutional Court decides to submit the case to the court of first instance in order to hold a retrial.²⁹

In the case of *Yaşar Yılmaz*, the applicant claimed that the search carried out in his residence was not carried out pursuant to the procedure indicated in legal provisions, during the search he, as well as two members of the community council or neighbors, were not present. Hence, according to article 119 of the Turkish Code of Criminal Procedure, if private dwellings, workplaces or properties that are not open to the public are to be searched without the public prosecutor being present, two members of the community council in that district or two neighbors shall be required to be present. The applicant also expressed that his right to a fair trial and the principle of not using the evidence obtained illegally regulated in article 38 of the Constitution was violated and requested the detection and elimination of the violations.³⁰

According to the Turkish Constitutional Court, in the present event, usage of the evidence obtained during the execution of the search judgment which was carried out illegally as the sole and determinant evidence damaged the fairness of the trial as a whole. The unlawfulness of the execution of the search judgment violates the trial as a whole in terms of the right to a fair trial. For these reasons, it must be decided whether the right to a fair trial protected by article 36 in the Constitution of the applicant was

28 *Ali Kızıl* paras 39-43.

29 *Köroğlu Kaya, Cezai Konularda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, (3. Ed., Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2017) 154.

30 *Yaşar Yılmaz* App no 2013/6183 (AYM, 19 November 2014) para 28.

violated. In order to eliminate the violation and its consequences due to a retrial, a copy of the judgment must be sent to the relevant court of first instance.³¹

In the case of *Baran Karadağ*, it was stated by the applicant that he had requested an interpreter from the relevant Court to make his defense in Kurdish. The only evidence against the crimes he was accused with were anonymous witness statements, but his request was not granted, and he claimed the violation of his right to a fair trial defined in the Constitution's article 36 was in order and requested the determination of the violation, pecuniary and non-pecuniary damages to be paid.³²

According to the Turkish Constitutional Court, to conduct a just trial, under the light of the principle of equality of arms and the principle of the adversarial trial, providing the parties with proper opportunities to state other claims is mandatory. Providing the parties with proper opportunities regarding the presentation of their evidence and having them under examination and including evidence of a witness is a necessity. In this sense, claims of imbalance and unfairness concerning the evidence have to be evaluated under the light of the entirety of the trial. During the criminal procedure, article 6 (3) (d) of the Convention which guarantees the right of the defendant to interrogate the witness against them or have them interrogated and make a request of summoning and hearing the witnesses who are in favor of the defendant as well as the ones against the defendant under the same conditions. Therefore, the claim of the witnesses not being heard made by the applicant must be considered under the light of article 36 of the Constitution and article 6 (3) (d) of the Convention.³³

Article 6 (3) (d) of the Convention guarantees the criminally charged person with two rights: The right to adversely question the witnesses, which is also known as cross-examining the witnesses against the defendant, the other right is the right to their witnesses being summoned and heard within the same conditions in which the claimant's witnesses were summoned and heard under to ensure the equality of arms. In cases where the identity of the witness is known to the defendant, the witness and their relations may be in danger because of the situation. The witness may have rightful reasons to be afraid of retaliation. Additionally, the confidentiality of the witness' identity must not be considered unimportant. It must be required to take certain measures in the presence of the increase in organized crime. Because of this, it must be considered

31 *Yaşar Yılmaz* para 59.

32 *Baran Karadağ* App no 2014/12906 (AYM, 7 May 2015) para 1.

33 *Baran Karadağ* paras 51-52.

that in case of the confidentiality of the witness, difficulties that are present under normal circumstances during criminal proceedings may be faced.³⁴

In the present case, the statements were given by the anonymous witness to the Public Prosecutor and the court during the investigation and prosecution processes, and without notifying the applicant, the court heard the anonymous witness in between the sessions. However, on 5 April 2012 in the third session of the trial at a stage, before the witness was heard, the applicant and his advocate were given seven days for the submission of the matter they wanted to ask to the anonymous witness by the court of first instance. In addition to that on 3 July 2012 when the fifth session took place the statements given by the anonymous witness were read aloud by the court. It was reported by the defendant of the application that the applicant refused the statements of the anonymous witness while the statements of the applicant were seized as: *“It was seen that he spoke in Kurdish; which was not understood.”*³⁵

In the application, related to the event where an explosion in an electric transformer center and in a tea house took place and a bomb attack blew out the windows of a vehicle of the municipality, it was seen that the judgment was essentially based on the recital of the anonymous witness and the judgment was given with the official records and the statements of the anonymous witness is based on. In other words, it can be understood that it was the statement of the anonymous witness which was the decisive evidence concerning the events. The reason for that is no charges were made on the applicant or another individual until the anonymous witness had made their statement. By considering the statement of the anonymous witness, a connection between the material incidents that occurred, and the applicant has been identified. After the statement of the anonymous witness was established as the decisive evidence, it must be settled whether a procedure that provides balancing assurances has been pursued or not. When it was inspected if the balancing factors were present in the tangible incident or not, it was seen that the trying court gave the accused and his defendant seven days in order to give them time to report the matters they wanted to ask the anonymous witness in order to protect the defendant party’s rights, and on 3 July 2012 in the fifth session of the trial, the statements of an anonymous witness were recited in the presence of the parties. All members of the bench were able to observe the reactions of the witness directly since the witness was heard by all of them.³⁶

34 Baran Karadağ paras 54-57.

35 Baran Karadağ para 70.

36 Baran Karadağ paras 71-72.

However, because of the absence of both the applicant and its counsel during the determination of the statements of the anonymous witness, they could not have first-hand impressions of their responses to the questions asked to the witnesses. For this reason, the court's attention could not be drawn to the conflicts between the witness' statements. That is to say, the credibility of the anonymous witness could not be tested by the defense through interrogation. The relevant statements of the witness were later read aloud at the hearing at the court of first instance in front the accused (the applicant) and his counsel, and even though what the applicant would say against the statements of the witness was asked of him, this situation can't be considered as an appropriate opportunity to show any objection to the statements of the witness. Even though during the investigation the witness stated that they overheard the applicant perpetrating the related incidents while they were talking to each other, they stated that they heard the accusations from someone else, which means the anonymous witness changed their statements in the prosecution phase. It failed to redress the conflict between the two statements. Since the statements of the witness are not known in advance, asking the defense to report their questions to the court beforehand to test the credibility of the witness is not sufficient to remedy the conflicts.³⁷

As a result, it was seen that there was no justification for why the witness' identity was concealed, the judgment was based on the statement of the anonymous witness to a decisive extent, and when the guarantees received in favor of the accused (the applicant) were observed, the interests of the witness and the rights of the defendant within the fair trial criteria were not fairly balanced.³⁸

For these reasons, it should be decided that the applicant's right to question the witness who made a statement against them, which is guaranteed in article 36 of the Constitution, has been violated. The applicant requested that the decision be sent to the relevant court in order to eliminate the violation and its consequences, as it resulted from a court decision. The detected violation arises from a court decision and since there is a legal interest in terms of eliminating the violation and its consequences, it should be decided to send the file to the relevant court for retrial.³⁹

In the case of *Yılmaz Çelik*, in 2008, the incumbent chief public prosecutor's office charged the applicant for being a member of an armed terrorist organization (Hizb-ut

37 *Baran Karadağ* paras 73-74.

38 *Baran Karadağ* para 75.

39 *Baran Karadağ* paras 78-79.

Tahrir) and making terrorist propaganda. The assize court convicted the applicant for being a member of and making propaganda for the terrorist organization. This decision was appealed before the Court of Cassation which upheld the first instance decision in terms of his membership to the terrorist organization but quashed it in terms of the latter offence. Thereafter, the applicant lodged an individual application. A criminal case was filed against the applicant, by the chief public prosecutor's office also in 2009, for establishing or managing an armed terrorist organization. The relevant court convicted him for his membership of the terrorist organization. This decision, which had been appealed, was upheld by the Court of Cassation. Thereafter, the applicant lodged an individual application. The applicant's two individual applications were joined. The applicant maintained that he had been sentenced for his membership to Hizb-ut Tahrir, which could not be regarded as a terrorist organization for not promoting violence; and that his substantial requests and arguments had not been taken into consideration during the criminal proceedings. He therefore alleged that his right to a fair trial had been violated.⁴⁰

The Turkish Constitutional Court found a violation of the right to a reasoned decision under the right to a fair trial which is safeguarded by Article 36 of the Turkish Constitution. It is the Constitutional Court's duty to examine whether the inferior courts assessed, to a reasonable extent, the applicant's allegations which were likely to change the outcome of the proceedings. In cases concerning terrorist organizations, the primary issue required to be taken into consideration is not the ideas adopted by them but the question whether they have resorted to any means of violence with a view to attaining their aims. The Turkish Constitutional Court expects the inferior courts to make an assessment, in a convincing manner, as to the existence of terrorist organization or relationships between the accused and organization. The applicant complaining of the assize courts' failure to discuss whether Hizb-ut Tahrir was an armed organization, or a terrorist organization maintained that opinions and ideas supported by this organization, which had not involved in any violent acts, did not constitute an offence. However, both the inferior court and the Court of Cassation confined themselves, in their decisions, to accepting that Hizb-ut Tahrir was a terrorist organization and did not make an assessment as to the applicant's defence submissions. On the other hand, given the definition "a policy involving force and/or violence" attributed to terror and terrorism by international documents, comparative law, doctrine

40 *Yılmaz Çelik* App no 2014/13117 (AYM, 19 July 2018) paras 1-29.

and judgments of the Court of Cassation, the inferior courts did not specify in their decisions for which reasons the Hizb-ut Tahrir was regarded as a terrorist organization. As a requirement of the right to a reasoned decision, the applicant may request that legal considerations he raised before the inferior courts be taken into account, which is an aspect of the right to a fair trial. In the present case, it was observed that the applicant's allegations likely to change the outcome of the proceedings were neither taken into consideration nor assessed properly. Therefore, the applicant's right to a reasoned decision had been violated.⁴¹

7. Bindingness and Fulfillment of the Turkish Constitutional Court's Decisions

7. 1. General Principles

According to the third section of article 148 of the Constitution and the first section of article 45 of Code no. 6216, everyone can apply to the Turkish Constitutional Court with allegations of violation of the fundamental rights and freedoms protected under the Constitution which are also guaranteed under the European Convention on Human Rights and the protocols that Turkey is a party to by the public authorities. In the first paragraph of article 148 of the Constitution, the Turkish Constitutional Court is given the authority and duty to decide on these applications.⁴²

Pursuant to paragraph (6) of article 49 of Code No. 6216, the examination of the Turkish Constitutional Court on individual applications is limited to “*whether a fundamental right has been violated*” and “*determination of how to remedy such a violation*”⁴³

According to article 148 of the Constitution and article 49 of Code no. 6216, the issues to be considered in appellate review cannot be examined in individual applications. According to article 50 of the latter, where a violation judgment is rendered, a substantive review cannot be made while deciding on the actions to be taken in order to redress the violation and its consequences.⁴⁴

41 Yaşar Yılmaz para 45-62.

42 Sibel İnceoğlu, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri*, (On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017) 237.

43 Bülent Algan, “Bireysel Başvurularda Açıkça Dayanaktan Yoksunluk Kriterinin Anayasa Mahkemesi Tarafından Yorumu ve Uygulanması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, V. LXIII, I. 2, 2014 254.

44 Metin Baykan, *Anayasa Mahkemesi'ne Yapılan Bireysel Başvuruların Ön İncelemesi ve Kabul Edilebilirliği*, (Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2020) 26.

These provisions should be evaluated together with the power and duty of the Turkish Constitutional Court to decide on individual applications, which is regulated in the first and third paragraphs of article 148 of the Constitution. Within the scope of this duty, the Turkish Constitutional Court is obliged to examine and decide on individual applications made alleging violations of fundamental rights and freedoms in the joint protection of the Constitution and the Convention. The Turkish Constitutional Court conducts this examination in accordance with the guarantees stipulated in the Constitution regarding fundamental rights and freedoms.⁴⁵

Therefore, it cannot be considered that the area in which the Constitution and the Code prohibit examination in the individual application is related to the guarantees envisaged in the Constitution regarding fundamental rights and freedoms. This area is related to allegations of illegality outside the scope of individual application. In this context, as stated in many decisions of the Turkish Constitutional Court, as long as there is no interference with fundamental rights and freedoms, the application and interpretation of the rules of law and the discretion and evaluation of the evidence belong to the courts of instance. However, in cases where there is an interference with fundamental rights and freedoms, the authority that will ultimately evaluate the effect of the judgment and evaluation of the courts for instance on the guarantees in the Constitution is the Turkish Constitutional Court. In this respect, any examination to be made, by taking into account the safeguards provided in the Constitution, as to whether the fundamental rights and freedoms falling into the scope of individual application have been violated or not can be regarded as “*an assessment of an issue to be considered in appellate review*” or “*a substantive review*”⁴⁶

In the Code, a wide margin of appreciation has been given to the Turkish Constitutional Court in determining how the violation and its consequences will be redressed. The only limit to this is the regulation at the end of paragraph (1) of article 50 of Code no. 6216 that the Turkish Constitutional Court cannot decide as an administrative act or transaction. Accordingly, the said limit states that the Turkish Constitutional Court cannot take the place of the administration and take action when deciding how to remedy the violation and its consequences. Considering the nature of the individual application, this limitation is valid not only for the administration but also for the

45 Ahmet Dindar / Ergin Cinmen, *Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları, Notlu-Konu Esaslı Sistemik Derleme*, (Legal Yayınevi, İstanbul, 2015) 29.

46 Semih Batur Kaya, *Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Bağlayıcılığı Sorunu*, (On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017) 155.

legislative and judicial organs. The court decides how the violation and its consequences will be remedied and send the decision to the relevant authorities for the necessary action to be taken.⁴⁷

In this context, the Turkish Constitutional Court, as a rule, leaves the relevant authorities with discretion as to how and by what means the violation and its consequences will be redressed. The relevant authority takes the nature of the violation decision into account and takes the necessary steps to eliminate this violation and its consequences. In some cases, the Turkish Constitutional Court may determine the principles of how and by what means the violation and its consequences will be eliminated, taking the characteristics of the concrete case into account. In such a case, the relevant authorities should act in line with the aforementioned principles. In exceptional cases, the nature of the violation detected may leave a single option before the relevant authorities in terms of eliminating the consequences of the violation. In this case, the Turkish Constitutional Court clearly indicates the measure to be taken to eliminate the violation and its consequences, and the relevant authority takes this measure.⁴⁸

According to article 2 of the Constitution, the Republic of Turkey is a state of law. In a state of law, court decisions regarding the settlement of disputes cannot be considered to be non-binding. As a matter of fact, in the last paragraph of article 138 of the Constitution, it is stated that the legislative and executive organs and the administration are obliged to comply with court decisions.⁴⁹

It is clear that the failure to fulfill the decisions of the Turkish Constitutional Court regarding the violation of fundamental rights and freedoms within the scope of individual application will make the violation of the rule of law more serious in the context of the right to access to the court. Indeed, the individual application is the last-resort remedy for individuals who claim that their fundamental rights and freedoms have been violated when they cannot obtain results by using ordinary legal remedies. Failure to fulfill the decisions made in such a way of seeking remedies damages the faith of individuals and society in the rule of law.⁵⁰

47 Osman Doğru, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*, (Legal Yayınevi, İstanbul, 2012) 110.

48 Muharrem İlhan Koç, "Bireysel Başvuru Kararlarının İcrasına İlişkin Düzenlemeler ve Kurumsal Yapılanma İhtiyacı", *Anayasa Yargısı*, V. 33, 2016 137.

49 İbrahim Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, (15. Ed., Legal Yayınevi, İstanbul, 2020) 384.

50 Mustafa Ermayası, *Anayasa Mahkemesi'ne Yapılan Bireysel Başvuruların Kabul Edilebilirlik Bakımından İncelenmesi*, (Adalet Yayınevi, Ankara, 2018) 24.

The constitutional-maker specifically regulated the binding force of the Turkish Constitutional Court decisions. In the sixth paragraph of article 153 of the Constitution, it is stipulated that the decisions of the Turkish Constitutional Court will bind the legislative, executive and judicial organs, administrative authorities, real and legal persons. The same provision is included in paragraph (1) of article 66 of Code no. 6216. In the aforementioned provisions, it is stated that unlike article 138 of the Constitution, the decisions of the Turkish Constitutional Court are also binding in terms of judicial bodies. Therefore, there is no hesitation concerning the bindingness of the Turkish Constitutional Court decisions, including those regarding the individual application. As a matter of fact, considering the decisions of the Supreme Court (*Yargıtay*) and the Council of State (*Danıştay*) that the decisions of the Turkish Constitutional Court on the individual application are binding, it is seen that there is no implementation problem in Turkish law.⁵¹

In this context, when the Turkish Constitutional Court decides that a fundamental right and freedom has been violated through an individual application, no authority has the power to examine and audit whether this decision is in conformity with the Constitution. Accepting the contrary is incompatible with the provision stated in the second sentence of the third paragraph of article 6 of the Constitution, “*No person or agency shall exercise any state authority which does not emanate from the Constitution*”⁵²

The execution of this decision after the Turkish Constitutional Court decides that a fundamental right and freedom has been violated is an obligatory consequence of giving the Turkish Constitutional Court the power and duty to decide on individual applications. When the grounds of the relevant amendments to the Constitution considered it is understood that one of the aims of clearing the way to the individual application to the Turkish Constitutional Court is to create an effective way in domestic law concerning the allegations of the violation of fundamental rights and freedoms and thus reducing the applications to European Court of Human Rights against Turkey. It cannot be said that a judicial remedy that cannot be final and binding is effective.⁵³

51 Halil İbrahim Dursun, *Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Esasa İlişkin Kabul Edilmezlik Sebeppleri*, (Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2018) 36.

52 Ece Göztepe Çelebi, “Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, V. 33, Ankara, 2016 96.

53 Coşkun Özbudak, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Yargılamasında Bir Tazmin Biçimi Olarak Adli Tatmin”, *Ankara Barosu Dergisi*, I. 3, 2014 466.

While the Turkish Constitutional Court was given the authority and duty to decide on individual applications with the Constitutional amendment made in 2010 regarding individual application decisions, there was no regulation that these decisions should be published in the Official Gazette in order to have legal consequences. However, in the fifth paragraph added to article 153 of the Constitution with the aforementioned amendment, it is stated that the procedures and principles regarding the individual application will be regulated by law. After the constitutional amendment, it is stated in paragraph (3) of article 50 of Code no. 6216, which regulates the working procedures and principles of the Turkish Constitutional Court, that the decisions on the merits of individual application will be notified to the relevant persons and the Ministry and will be published on the website of the Turkish Constitutional Court. It is subsequently set forth that “*Issues pertaining to which of such judgments are to be published in the Official Gazette shall be indicated in the Internal Regulation*”. In paragraph number (5) of article 81 of the Rules of Procedure, it is stated which decisions will be published in the Official Gazette, depending on the discretion. Accordingly, it is understood that, for the individual application judgments to bear a legal consequence, the legislator takes as a basis, by virtue of its power vested by the Constitution, not the publishing of the judgments in the Official Gazette but their notification.⁵⁴⁵⁵

7.2. The Case of Şahin Alpay (2)

The issue of the binding decisions of the Turkish Constitutional Court was the subject of debate regarding the judicial proceedings for the first time concerning the case of Şahin Alpay (2) that was conducted in Turkey in 2018.⁵⁶

In the case regarding this application, the applicant was arrested after the coup attempt on the night of 15 July 2016 for membership of an armed terrorist organization as part of an investigation into the media organization of the Fetullahist Terrorist Organization/ Parallel State Structure (FETÖ/PDY), which is stated to be the structure behind this attempt.⁵⁷

54 Ulaş Karan, *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası*, (On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018) 131.

55 The two decisions examined in this section will be discussed under separate subheadings due to their importance and length.

56 Şahin Alpay (2) App no 2018/3007 (AYM, 15 March 2018)

57 Şahin Alpay (2) para 10.

In the first individual application lodged by the applicant, the Plenary of the Turkish Constitutional Court found on 11 January 2018 a violation of the applicant's right to personal liberty and security, as well as his freedoms of expression and press.

Regarding the applicant's claim that detention was unlawful, the Turkish Constitutional Court evaluated whether there was a strong indication that the crime, which is a precondition for detention in accordance with article 19 of the Constitution, was committed, and concluded that the "*strong indication*" that a crime was committed in the present case was not sufficiently revealed by the investigating authorities. In finding that the applicant's freedom of expression and press was violated, the court basically relied on their findings in the scope of the alleged unlawful detention.⁵⁸

The applicant's requests for release and their appeals on this matter were dismissed by the domestic courts. In their decisions, the courts mainly relied on the assessments "*that the Turkish Constitutional Court cannot assess the evidence or the merits of the case or the issues to be considered in the appellate review, nor can it make a substantive review, that making an examination as to the merits of the case results in "usurpation of power", that the violation judgment delivered by overstepping legal mandate cannot be considered to be final nor binding, and consequently, it would not result in the applicant's release if otherwise, it would contradict the legal principles concerning the courts' independence and mandating that no order or instruction could be given to the courts*".⁵⁹

The applicant requested his release following the Turkish Constitutional Court's decision. However, his request was denied. Therefore, another individual application was filed on 1 February 2018.

According to the Turkish Constitutional Court, which evaluated this application, the Turkish Constitutional Court, in its previous decision, stated that the right to freedom and security of the person guaranteed in article 19 of the Constitution and the freedom of expression and the press guaranteed in articles 26 and 28 were violated and in order to eliminate the violation and its consequences the Court decided to send the sample to the Court.

In his previous individual application, the applicant had maintained that they were detained without any strong indication that they had committed a crime in violation of article 19 of the Constitution.

58 Şahin Alpay (2) paras 13-14.

59 Şahin Alpay (2) paras 17-20.

The right to liberty and security of a person is guaranteed in articles 19 of the Constitution and article 5 of the Convention. One of the issues that fall within the scope of article 19 of the Constitution is the arrest warrant. As a matter of fact, the arrest warrant is clearly regulated in the third paragraph of the aforementioned article. Therefore, there is no hesitation that an individual application can be made to the Turkish Constitutional Court with the claim that the right to liberty and security of the person has been violated due to the detention measure and that the Court will examine and decide on the applications within this scope. The Turkish Constitutional Court inspected the allegation that was mentioned above under article 19 of the Constitution in its previous judgment. This article exhibits the safeguards, which are the measures for detention within the scope of the right to personal security and liberty. There, it is clearly shown that “*a strong indication of guilt*” is one of the constitutional assurance against detention by the line “*Individuals against whom there is strong evidence of having committed an offense may be arrested...*”.⁶⁰

Consequently, concerning detentions subject to individual applications claiming violation of the right to personal security and liberty, it is constitutionally obligated for the Turkish Constitutional Court to inspect if there actually is “*a strong indication of guilt*”. It is not expected from the Turkish Constitutional Court to make an inspection within the scope of fundamental rights and freedoms by overlooking a safeguard very clearly enshrined in the Constitution. It would not be possible to inspect individual applications claiming a violation of fundamental rights and freedoms within the framework of the criteria prescribed in the Constitution if that were the case. In fact, in every concrete case, the evaluation of whether there is a strong indication that the crime was committed - which is a prerequisite for detention - belongs primarily to the judicial authorities implementing the aforementioned measure. The reason for this is because the judicial authorities that are in direct contact with the parties and the evidence on this issue are in a better position compared to the Turkish Constitutional Court. However, the evaluation of those authorities on the specified issues is subject to the supervision of the Turkish Constitutional Court. The supervision of the Turkish Constitutional Court on this issue is carried out by taking into account the circumstances of the concrete case, especially the process of arrest and the grounds of the arrest warrant.⁶¹

60 Şahin Alpay (2) paras 73-74.

61 Şahin Alpay (2) paras 75-76.

In addition, it is a constitutional requirement for the courts that decide on detention to present a strong indication that a crime has been committed, which is a prerequisite for the implementation of a detention order, on the basis of concrete facts, in accordance with article 19 of the Constitution. It is not possible to accept this as a prior statement of opinion on the merits of the case the judge is facing. In this respect, the fulfillment of a constitutional obligation cannot be avoided on the grounds of the prohibition of such premature statements. Moreover, in article 101 of the Turkish Criminal Procedure Code, it is stated that the evidence indicating a strong suspicion of crime should be justified by concrete facts in the decisions regarding the detention.⁶²

The Turkish Constitutional Court, in its previous decision on the applicant, made an examination in line with the scope and method stated above and concluded that the “strong indication” that a crime was committed, which is a precondition for arrest in accordance with article 19 of the Constitution, was not sufficiently revealed by the investigation authorities. Therefore, in the aforementioned decision, an examination was made regarding a safeguard explicitly enshrined in article 19 of the Constitution in terms of the right to liberty and security, one of the fundamental rights and freedoms within the scope of individual application. It is not possible to qualify this as “the assessment of the issues to be considered in appellate review” or “a substantive review”. In addition, as stated in the previous decision, the review of the Turkish Constitutional Court here is limited to the investigation and prosecution of the applicant and the evaluation of the legality of the detention independent of the possible consequences of the trial. In this respect, it cannot be said that the aforementioned violation decision includes an evaluation of the merits of the criminal case against the applicant.⁶³

On the other hand, the Turkish Constitutional Court decided that the judgment be remitted in the incumbent court where the applicant was tried in order to eliminate the violation and its consequences found in the previous decision. There is no doubt that the violation decision of the Turkish Constitutional Court on the applicant is final and binding. Violation decisions of the Turkish Constitutional Court cannot be audited by any other authority in terms of compliance with the Constitution or the Code. The contrary evaluations of the inferior courts of instance decide on the applicant’s requests for release. It has no constitutional or legal basis. In addition, in order for the violation decision made concerning the applicant to have a legal consequence, it is not necessary

62 *Şahin Alpay* (2) para 77.

63 *Şahin Alpay* (2) para 78.

to be published in the Official Gazette, but its notification (or sending) to the relevant authority is sufficient.⁶⁴

In cases where the Turkish Constitutional Court decides to redress the violation and its consequences, the relevant authorities are obliged to act in a way to redress the violation and its consequences, taking into account the nature of the violation decision. Accordingly, the task of the inferior courts of instance in the concrete case is not to evaluate the scope of the duties and powers of the Turkish Constitutional Court, but to eliminate the violation and its consequences determined by the Court. This obligation is not the fulfillment of an order or order given to the courts within the meaning of article 138 of the Constitution, but the materialization of the right of access to the court in a state of law. As a matter of fact, as explained above, it is stated in article 153 of the Constitution that, unlike article 138, the decisions of the Turkish Constitutional Court are also binding on the judicial organs. The Turkish Constitutional Court found that the “*strong indication*” that the crime was committed as a precondition for arrest in article 19 of the Constitution was not sufficiently revealed by the investigating authorities in the violation decision on the applicant.⁶⁵

Following the Turkish Constitutional Court’s violation decisions of this nature, the inferior courts must end the detention that has been found to have no precondition. Otherwise, the violation and its consequences will not be eliminated. However, it can be accepted that the requirements of the violation decision have been fulfilled in extremely exceptional cases where a “*strong indication*” that a crime has been committed can be put forward with new facts that were not previously shown as a reason for arrest and therefore were not considered in the violation decision of the Turkish Constitutional Court. However, the margin of appreciation of the courts of instance in this matter is quite limited compared to the first arrest. In such a case, the final assessment as to whether the “*strong indication of guilt*” has been demonstrated or not with new facts belongs to the Turkish Constitutional Court.⁶⁶

In the present case, the applicant’s detention was not terminated by the courts of instance after the violation decision of the Turkish Constitutional Court, and the existence of the exceptional situation mentioned above was not revealed. Therefore, it is understood that the violation detected by the Turkish Constitutional Court in the

64 *Şahin Alpay (2)* para 79.

65 *Şahin Alpay (2)* paras 80-81.

66 *Şahin Alpay (2)* para 82.

decision on the applicant and its consequences have not been eliminated by the inferior courts. In this respect, the fact that the applicant's detention was not terminated despite the violation decision given due to the absence of "*strong indications*" that he had committed a crime is contrary to the safeguards in article 19 of the Constitution. As a result, it should be decided that the right to liberty and security of the person has been violated due to the non-implementation of the violation decision of the Turkish Constitutional Court on detention, which is incompatible with the safeguards provided by the right to access the court. On the other hand, considering the fact that the essence of the application is that his detention was not terminated despite the violation decision given due to the absence of a strong indication that a crime was committed, the allegations of the applicant's violation of some of his other fundamental rights and freedoms - by continuing his detention - were not examined separately. The applicant's detention is still pending. Considering the nature of the violation found in the application examined, it was considered that there was no possibility other than ending the detention of the applicant in order to eliminate this violation and its consequences. Therefore, the judgment must be sent to the relevant court in order to eliminate the violation and its consequences by ending the applicant's detention.⁶⁷

It was decided that a copy of the judgment be remitted to the Istanbul 13th Assize Court (*İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi*) in order to eliminate the violation and its consequences by ending the applicant's detention. Upon this decision of the Turkish Constitutional Court, the applicant was released by the court of the first instance.

However, these "*a substantive review*" discussions were brought to the agenda again in 2020 with the judicial process on the case of *Kadri Enis Berberoğlu (2)*.⁶⁸

7.3. The Case of Kadri Enis Berberoğlu (2)

An investigation was launched against the applicant, who was a member of parliament at the material time, for disclosing certain information which was subsequently reported in a newspaper. A motion (*fezleke*) was prepared in order to lift the applicant's parliamentary immunity, and shortly afterwards, a law was adopted by the General Assembly of the Grand National Assembly of Turkey whereby provisional article 20 was added to the Turkish Constitution. The relevant article rendered the parliamentary immunity inapplicable for the investigations and prosecutions pending against members

67 *Şahin Alpay (2)* paras 83-89.

68 *Kadri Enis Berberoğlu (2)* App no 2018/30030 (AYM, 17 September 2020)

of parliament by its adoption date. Following the lifting of the applicant's parliamentary immunity, the Istanbul Chief Public Prosecutor's Office indicted the applicant for various offences. At the end of the proceedings before the Istanbul 14th Assize Court (*İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi*) and the regional court of appeal, the applicant was sentenced to 5 years and 10 months' imprisonment for collecting and disclosing confidential information relating to the security of the State. While the applicant was detained pending trial, he was re-elected as a member of parliament. Thereupon, he applied to the Court of Cassation for his release, stating that he was entitled to parliamentary immunity again. The Court of Cassation, in the first place, held that the applicant was not entitled to parliamentary immunity, and thus dismissed his request for a stay of proceedings. Afterwards, the Court of Cassation upheld the decision of the regional court of appeal. The applicant lost his status as a member of parliament after his sentence had been read out at the General Assembly of the Grand National Assembly of Turkey on 4 June 2020. On 17 September 2020, the Plenary of the Turkish Constitutional Court unanimously held that the applicant's right to personal liberty and security as well as his right to be elected and engage in political activities had been violated. In addition, it was decided to send a copy of the decision to Istanbul 14th Assize Court for a retrial in order to eliminate the consequences of the violation.⁶⁹

The most important point in this decision is in the points of detections which is in the section titled "Application of article 50 of Code no. 6216". Article 50 of Code No. 6216 imposes a duty on the Turkish Constitutional Court to guide the relevant institutions regarding the measures that need to be established in order to eliminate the violation and its consequences. In its decision dated 17 September 2020, the Turkish Constitutional Court stated that, as a requirement of this legal duty and obligation, the first thing to be done by the Istanbul 14th Assize Court under this heading is to order the trial against the applicant to be suspended after the decision of retrial.⁷⁰

However, these findings of the Turkish Constitutional Court were evaluated as "a substantive review" by the Istanbul 14th High Criminal Court and the decision of the Turkish Constitutional Court was not implemented.

Upon this situation, the applicant had to apply to the Turkish Constitutional Court again and the Turkish Constitutional Court gave a decision of violation again in a very

69 *Kadri Enis Berberoğlu (2)* para 125.

70 *Kadri Enis Berberoğlu (2)* para 140.

short time. After the Istanbul 14th Assize Court being intensely criticized by academics in Turkey regarding this decision, The Istanbul 14th Assize Court delivered a decision in line with the violation of the Turkish Constitutional Court.⁷¹

8. Conclusion

Individual Application to the Turkish Constitutional Court regulated in the Constitution of the Republic of Turkey is modeled on the Individual Application to the European Court of Human Rights. The way of individual application to the Turkish Constitutional Court is a relatively new legal way. Nevertheless, it can be seen that these judgments are mostly in line with ECHR case law and are decisions that aim to protect human rights and freedoms effectively without any unlawful factors or pressure.

The decisions of the Turkish Constitutional Court bind legislative, executive and judicial organs, administrative authorities and persons and corporate bodies. In individual application cases, the Turkish Constitutional Court decides whether the fundamental rights of the applicant have been violated or not. If it finds violation, it may also decide what should be done in order to redress the violation and its consequences.

In case the violation has been caused by a court decision, the Turkish Constitutional Court sends the file to the competent court for retrial in order to restore the fundamental rights of the applicant. If the Turkish Constitutional Court deems that a retrial will be of no use, then it may decide on compensation for the applicant or it may ask the applicant to file a case before the relevant court of first instance to seek compensation for the damages s/he suffered.

Unfortunately, it is noted that some of the courts of first instance, from time to time, have resisted fulfilling the decisions made by the Turkish Constitutional Court with excuses like “*a substantive review was made by the Turkish Constitutional Court*”.

The relevant court of first instance, including an assessment of an issue to be considered in appellate review or a substantive review was made by the Turkish Constitutional Court, for no reason whatsoever, cannot avoid making a decision for a retrial. The court of first instance, which learns of the Turkish Constitutional Court’s infringement decision, can of course criticize the Turkish Constitutional Court’s decision. Even a criticism can be written that the Turkish Constitutional Court has made a substantive review, or an examination is made on issues that need to be observed in a legal way.

71 Kadri Enis Berberoğlu (3) App no 2020/32949 (AYM, 21 January 2021)

However, for no reason whatsoever, the implementation of the Turkish Constitutional Court decisions cannot be avoided.

Pursuant to article 49 of Code No. 6216, the Turkish Constitutional Court's examination of the individual applications is limited to whether a fundamental right is violated or not and to the determination of how to remedy such a violation. According to article 148 of the Turkish Constitution and article 49 of Code No. 6216, the issues to be considered in appellate review cannot be examined in individual applications. According to article 50 of Code No. 6216, where a violation judgment is rendered, a substantive review cannot be made while deciding on the actions to be taken in order to redress the violation and its consequences.

These provisions must be assessed together with the Turkish Constitutional Court's power and duty to adjudicate individual applications, which is regulated in article 148 of the Turkish Constitution. Within the scope of this duty, the Turkish Constitutional Court is obliged to examine and adjudicate the individual applications lodged with the alleged violation of fundamental rights and freedoms falling into the common protection area of the Constitution and the Convention. The Constitutional Court makes this examination in accordance with the safeguards provided by the Constitution regarding fundamental rights and freedoms.

Accordingly, the area the examination of which is prohibited in terms of individual application, as set forth in the Turkish Constitution and the Code No. 6216, cannot be considered to be related to the safeguards provided in the Turkish Constitution concerning fundamental rights and freedoms. This area relates to the allegations of unlawfulness falling outside the scope of individual applications. In this respect, as also stated in many judgments of the Turkish Constitutional Court, unless there is an interference with fundamental rights and freedoms, it falls upon the inferior courts to implement and interpret the legal rules and assess the evidence. However, in cases where there is an interference with the fundamental rights and freedoms, it is the Turkish Constitutional Court that will give the final judgment on the effect of the inferior courts' decisions and assessments on the safeguards provided in the Turkish Constitution. In this respect, any examination to be made, by taking into account the safeguards provided in the Turkish Constitution, as to whether the fundamental rights and freedoms falling into the scope of individual application have been violated or not cannot be regarded as an assessment of an issue to be considered in appellate review or a substantive review.

Otherwise, the Turkish Constitutional Court's power and duty to adjudicate individual applications would not be functional, and this would not comply with the consideration that the individual application is an effective remedy. Considering an examination to be carried out within the scope of the guarantees pertaining to fundamental rights and freedoms enshrined in the Turkish Constitution as an appellate review will result in the Turkish Constitutional Court's failure to examine and adjudicate the individual applications.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

References/Kaynakça

- Abdullah Altun App no 2014/2894 (AYM, 17 July 2018)
- Algan, B., "Bireysel Başvurularda Açıkça Dayanaktan Yoksunluk Kriterinin Anayasa Mahkemesi Tarafından Yorumu ve Uygulanması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, V. LXIII, I. 2, 2014, 247-284.
- Ali Kızıl App no 2014/9295 (AYM, 25 March 2015)
- Aydın, M., "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi*, V. LXI, I. 3, 2006, 1-37.
- Baran Karadağ App no 2014/12906 (AYM, 7 May 2015)
- Baykan, M., *Anayasa Mahkemesi'ne Yapılan Bireysel Başvuruların Ön İncelemesi ve Kabul Edilebilirliği*, (Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2020)
- Çelik, A., *Adil Yargılanma Hakkı Rehberi*, (Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014)
- Çelik, Y., *Türk Hukukunda Bireysel Başvuru ve Anayasa Mahkemesi Uygulaması*, (Adalet Yayınevi, Ankara, 2016)
- Dilan Ögüz Canan App no 2014/20411 (AYM, 30 November 2017)
- Dindar, A. / Cinmen, E., *Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları, Notlu-Konu Esaslı Sistematik Derleme*, (Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015)
- Doğru, O., *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*, (Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012)
- Dursun, H. İ., *Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Esasa İlişkin Kabul Edilmezlik Sebepleri*, (Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2018)
- Ekinci, A., "Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, V. XVIII, V. 3, 2014, 841-848.
- Ermayası, M., *Anayasa Mahkemesi'ne Yapılan Bireysel Başvuruların Kabul Edilebilirlik Bakımından İncelenmesi*, (Adalet Yayınevi, Ankara, 2018)
- Gözler, K., *Türk Anayasa Hukuku*, (3. Ed., Ekin Yayınevi, Bursa, 2019)
- Göztepe Çelebi, E., "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", *Anayasa Yargısı Dergisi*, V. 33, Ankara, 2016, 93-118.

- Gözübüyük, Ş. / Gölcüklü, F., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, (11. Ed., Turhan Kitabevi, 2016)
- Gümüşay, R., *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının İcrası*, (Adalet Yayınevi, Ankara, 2019)
- Hamdemir, B., *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, (Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2018)
- İnceoğlu, S., *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri*, (On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017)
- Kaboğlu, İ., *Anayasa Hukuku Dersleri*, (15. Ed., Legal Yayınevi, İstanbul, 2020)
- Kadri Enis Berberoğlu (2) App no 2018/30030 (AYM, 17 September 2020)
- Kadri Enis Berberoğlu (3) App no 2020/32949 (AYM, 21 January 2021)
- Kanadoğlu, K., *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, (On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015)
- Karaman, E., *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu*, (On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013)
- Karan, U., *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası*, (On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018)
- Kaya, K., *Cezai Konularda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, (3. Ed., Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2017)
- Kaya, S. B., *Anayasa Mahkemesi Karar Gereçeklerinin Bağlayıcılığı Sorunu*, (On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017)
- Kaya, S., *Anayasa Yargısı ve Bireysel Başvuru*, (Adalet Yayınevi, Ankara, 2018)
- Koç, M. İ., “Bireysel Başvuru Kararlarının İcrasına İlişkin Düzenlemeler ve Kurumsal Yapılanma İhtiyacı”, *Anayasa Yargısı*, V. 33, 2016, 133-141.
- Kunig, P., “Hukuk Düzeninin Gelişiminde Aktör Olarak Anayasa Mahkemeleri – Almanya Deneyimleri”, In Philip Kunig & Adem Sözüer (Eds.), *Alman Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya İlişkin Temel Kararlarının Tercümesi Projesi*, (Çiğdem Vardar tr, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020)
- Özbey, Ö., *Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı*, (2. Ed., Adalet Yayınevi, Ankara, 2013)
- Özbudak, C., “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Yargılamasında Bir Tazmin Biçimi Olarak Adli Tatmin”, *Ankara Barosu Dergisi*, I. 3, 2014, 463-476.
- Özen, M., “Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri”, *Ankara Barosu Dergisi*, I. 68, 2010, 31-65.
- Şahin Alpay (2) App no 2018/3007 (AYM, 15 March 2018)
- Şirin, T., *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı*, (On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015)
- Turan, H., “Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ndeki Yeri ve Önemi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, I. 84, 2009, 213-230.
- Uslu, F., *Anayasa Yargısı*, (2. Ed., Adalet Yayınevi, Ankara, 2018)
- Yaşar Yılmaz App no 2013/6183 (AYM, 19 November 2014)
- Yılmaz Çelik App no 2014/13117 (AYM, 19 July 2018)
- Yusuf Karakuş App no 2014/12002 (AYM, 8 December 2016)



The State of Criminality in Tajikistan

Tacikistan'da Suçluluk Durumu

Yuldoshev Rifat RAHMADJONOVICH¹ , Safarzoda Anvar ISLOM² ,
Mahmazoda NERU³

¹Associate Professor, Academy of the Ministry of Internal Affairs, Faculty for leadership Training in Law Enforcement and Security Agencies, Dushanbe City, Republic of Tajikistan

²Associate Professor, Tajik National University, Law Faculty, Dushanbe City, Republic of Tajikistan

³Postgraduate Student, Tajik National University, Law Faculty, Dushanbe City, Republic of Tajikistan

ORCID: Y.R.R. 0000-0002-0869-5340; S.A.I. 0000-0001-9522-9710; M.N. 0000-0002-5348-8965

ABSTRACT

The research analyzes the quantitative and qualitative components of criminality, and focuses on the 27-year period of the evolution of criminality in independent Tajikistan. Criminal policy and statistics are examined through the prism of theory, history, practice, figures and facts, contemporary achievements of the legislation and prospects for the development of a modern society. The authors propose different variations, cite and compare the points of prominent criminologists and independent experts in the context of their accuracy and timely application. Additionally, a detailed analysis of registered crimes indicates a radical revision of the domestic system's registration discipline, in particular, and criminal policy in general. The research analyzed the "pros" and "cons" of the social control of criminality as well as specified the collection, processing and thorough analysis of statistical data. The research takes timely decisions and a transition to the digitalization format of the entire criminal policy process. The context of the study is compatible with the strategic goals and objectives of reforming the internal affairs bodies of the MIA of the Republic of Tajikistan, which follows from the contents of the Police reform strategy for 2013-2020, the Police reform (development) program for 2014-2020, and other adopted regulatory legal acts and developed projects of these documents.

Keywords: Criminal policy, criminality, statistical data

Submitted: 20.04.2020 • **Accepted:** 19.01.2021 • **Published Online:** 30.03.2021

Corresponding author: Yuldoshev Rifat Rahmadjonovich, E-mail: reefat@yandex.ru

Citation: Rahmadjonovich YR, Islom SA, Neru M, 'The State of Criminality in Tajikistan' (2021) 9(1) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 287.
<https://doi.org/10.26650/JPLC2020-0013>



1. Introduction

Criminality, as a complex and socially dangerous phenomenon, contributes to the destabilization of social relations and the emerging and harmonious development of areas of activity of any society or state. In countries with high rates of crime, the state can only monitor the level of criminality and analyze the main tendencies in its growth or decrease.

The efforts of the state in the context of counteracting various manifestations of criminal acts accelerates the pace of variation of certain types of criminal acts, which have recently been carried out professionally and often in an organized manner.

The intensification of all actions to control the state of criminality, their official calculation and the division into groups and separate types is a pre-condition on the fight against criminality (it should be noted that in the text of this article, the phrases “fight against criminality”, “counteraction to criminality” and “social control over criminality”, which are of equal importance when designating one action, are used).

Statistics on the state of criminality in Tajikistan are distorted and have long ceased to be the basis for the formation of the criminal policy of the state, but merely serve to evaluate the work of agencies involved in the fight against criminality. Soviet and then Russian criminologists have been raising this problem for decades. The lack of state demand for reliable data on the state of criminality and their qualitative analysis has led to a crisis of criminology in Russia - it is practically not studied by lawyers, thereby losing sight of criminality as a complex social phenomenon that cannot be directly influenced by laws. The work of criminologists within departmental research institutes focuses on separate narrow issues while there is a full understanding of the limitations of existing statistics. The “stick system” still determines the behavior of police officers and other agencies, affecting the level, dynamics and structure of registered crimes and offenses.

A complete picture of the state of criminality, the effectiveness of social control measures and the activities of criminal justice authorities, as well as the development of a state policy to combat criminality are possible only with a statistical analysis of the most complete array of registered crimes.

However, the State’s reliance on such distorted data has proven to not provide an accurate picture of the actual state of criminality beyond evaluating the work of law enforcement agencies. As such, the mechanisms currently in place only provide an

artificial picture that has not changed for many years (Shklyaruk, Skugarevsky and Dmitrieva et al., 2015). This then brings into question the effectiveness of the containment of criminality in Russia. The costs of the current criminal policy and the functioning of the law enforcement and penitentiary system seem unreasonably high compared to the level of protection of the country's inhabitants that they are able to provide (Shepeleva, 2019).

Given the shared history between Russia and Tajikistan, similar shortcomings also exist in Tajikistan in terms of criminality and its containment. This research focuses on the period of post-dissolution of the USSR and developments in Tajikistan relating to criminality since then.

It should be noted that the planned police reform in Tajikistan provides for a set of organizational and managerial measures related to changing the criteria for evaluating activities, increasing the accessibility of police to citizens, as well as radically improving the system for detection, recording and registration of crimes.

The reforms of the criminal justice system are also impacted by developments in other sectors. In this regard, the government's the list of priority areas for development and science (2014) notes the issues of combating criminality, especially corruption, terrorism, extremism, drug trafficking, human trafficking, organized transnational criminality and criminality prevention. Additionally, the criminal justice system is also impacted by issues of legislative conflicts, and ensuring coordination amongst stakeholders.

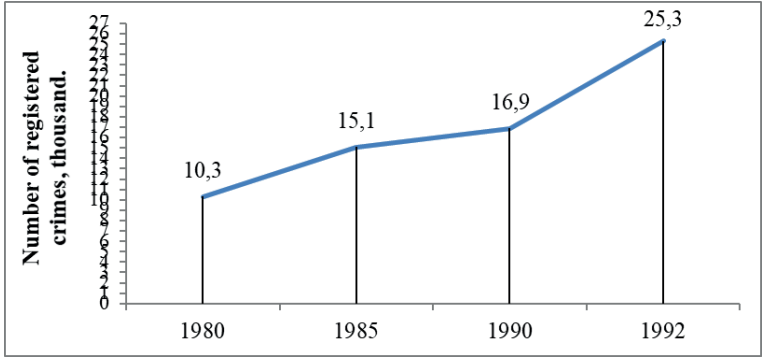
The indicated context demonstrates the high level of quality in the fight against criminality, improving the image of law enforcement agencies, strengthening the stability in law-making and law-explanatory activities. Although the legislative framework towards criminal justice in Tajikistan has improved and is up to date, the lack of and challenges in implementation hampers its effectiveness.

2. Findings and Discussion

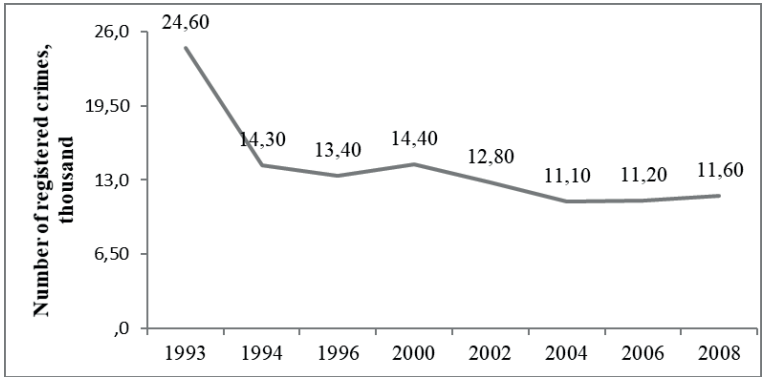
In 2017, the criminality rate amounted to 249 crimes per 100,000 population in the Republic of Tajikistan, which is lower than in the Russian Federation (1402/100,000) and the Republic of Kazakhstan (1754/100,000), and higher than in the Republic of Uzbekistan (228/100,000).

Analysis of information on registered criminality in Tajikistan indicates an interesting trend. Graph 1 and 2 provide the rate of criminality over the 38-year period. From

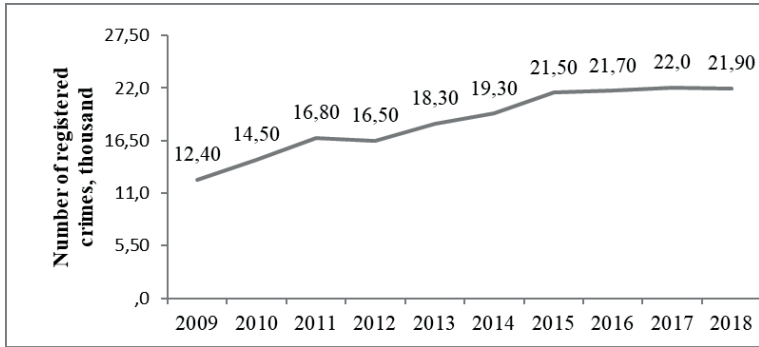
1980 to 1992, the criminality rate increased more than twice over that of 1980 during this period (Graph 1). However, from 1993 to 2008, registered criminality was shown to decline sharply in quantitative terms (Graph 2). Data following this period, i.e. from 2009 to 2018, shows a sharp increase in the number of registered crimes (Graph 3).



Graph 1. The growth of registered criminality in Tajikistan from 1980 to 1992 (MIA database, unpublished)

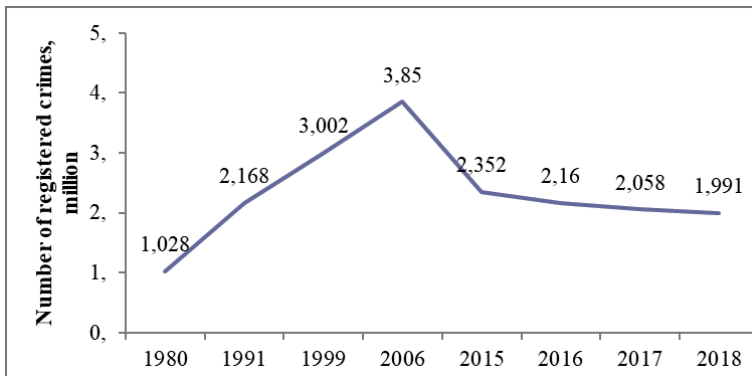


Graph 2. Decline of registered criminality in Tajikistan from 1993 to 2008 (MIA database, unpublished)



Graph 3. Registered criminality growth from 2009 to 2018 (MIA database, unpublished)

Similar trends can also be found in other CIS countries. For example, in Russia over the past 26 years there has been a trend in the growth of criminality in each subsequent decade, with a gradual decrease in the period from 2006 to 2018 (Graph 4).



Graph 4. Criminality indicators in Russia from 1980 to 2018 (in millions) (MIA database, unpublished)

However, Rogova & Yuldoshev (2017) and Yuldoshev, Makhmadiev & Akbarzoda (2018) register a note of caution on the unreliability of Russian statistics on criminality and its latency when comparing them with other countries.

Additionally, it's also important to consider the disaggregated data on criminality in Tajikistan. As such the following tables (1-4) provide data on: the number of registered

and unsolved crimes; the number of investigated criminal cases; the number of suspended criminal cases; the number of criminal cases whose investigation terms have expired and the general indicators of crime disclosure in certain areas.

Table 1. Dynamics of registered crimes in the Republic of Tajikistan for 1980-2018

Years	Number of registered crimes	Growth over the previous year (%)
1980	10,380	-
1985	15,145	+1.45
1986	13,880	-0.91
1987	12,798	-0.92
1988	13,755	+1.07
1989	16,399	+1.19
1990	16,887	+1.02
1991	18,476	+1.09
1992	25,296	+1.36
1993	24,651	-0.97
1994	14,278	-0.57
1995	14,530	+1.01
1996	13,388	-0.92
1997	13,201	-0.98
1998	13,161	-0.99
1999	14,413	+1.09
2000	14,455	+1.00
2001	14,117	-0.97
2002	12,754	-0.91
2003	11,150	-0.87
2004	11,037	-0.98
2005	12,074	+1.09
2006	11,223	-0.92
2007	12,115	+1.07
2008	11,658	-0.96
2009	12,408	+1.06
2010	14,548	+1.17
2011	16,864	+1.15
2012	16,593	-0.98
2013	18,336	+1.10
2014	19,352	+1.05
2015	21,585	+1.11
2016	21,756	+1.00
2017	22,018	+1.01
2018	21,957	-0.99

Source: MIA database, unpublished

Table 2. General information on registered and unsolved crimes in the Republic of Tajikistan for 1991-2018

Years	Number of registered crimes	Number of suspended criminal cases over p. 1-3 part 1 article 230 of the Code of Criminal Procedure	Disclosure (%)
1991	18,476	6,387	63.3
1992	25,296	8,339	69.8
1993	24,651	13,408	76.4
1994	14,279	6,964	56.1
1995	14,530	5,778	61.4
1996	13,388	5,243	41.4
1997	13,201	5,524	47.7
1998	13,161	4,353	51.1
1999	14,413	4,716	59.0
2000	14,455	3,544	67.74
2001	14,117	3,167	69.29
2002	12,754	2,787	73.84
2003	11,150	1,778	79.00
2004	11,037	1,651	80.55
2005	12,074	1,523	82.26
2006	11,223	1,696	84.15
2007	12,115	1,563	85.38
2008	11,658	1,412	86.66
2009	12,408	1,399	87.52
2010	14,548	1,268	85.39
2011	16,864	1,485	90.00
2012	16,593	1,651	87.52
2013	18,336	1,857	86.88
2014	19,352	1,778	87.71
2015	21,585	1,735	88.48
2016	21,756	1,855	87.15
2017	22,018	2,440	83.4
2018	21,957	2,408	83.6

Source: MIA database, unpublished

Table 3. Common information of registered crimes in the Republic of Tajikistan (as of January 1 of each reporting year)

Years	Number of registered crimes	Number of investigated criminal cases	Number of suspended criminal cases over p. 1-3 part 1 article 230 of the Code of Criminal Procedure	Terms of investigations expired	Disclosure (%)
1991	18,476	11,012	6,387	-	63.3
1992	25,296	8,337	8,339	-	69.8
1993	24,651	8,767	13,408	-	76.4
1994	14,279	8,916	6,964	-	56.1
1995	14,530	9,182	5,778	-	61.4
1996	13,388	8,901	5,243	-	41.4
1997	13,201	9,389	5,524	4,771	47.7
1998	13,161	8,975	4,353	4,243	51.1
1999	14,413	10,438	4,716	2,546	59.0
2000	14,455	11,190	3,544	1,786	67.74
2001	14,117	11,356	3,167	1,865	69.29
2002	12,754	10,877	2,787	1,066	73.84
2003	11,150	9,590	1,778	771	79.00
2004	11,037	9,349	1,651	606	80.55
2005	12,074	10,138	1,523	664	82.26
2006	11,223	10,133	1,696	212	84.15
2007	12,115	10,377	1,563	214	85.38
2008	11,658	10,240	1,412	164	86.66
2009	12,408	11,077	1,399	181	87.52
2010	14,548	11,178	1,268	644	85.39
2011	16,864	16,439	1,485	342	90.00
2012	16,593	14,875	1,651	471	87.52
2013	18,336	15,823	1,857	533	86.88
2014	19,352	17,498	1,778	674	87.71
2015	21,585	19,118	1,735	755	88.48
2016	21,756	19,670	1,855	1,045	87.15
2017	22,018	19,025	2,440	1,349	83.4
2018	21,957	19,126	2,408	1,341	83.6

Source: MIA database, unpublished

Table 4. Common information of registered crimes in the Republic of Tajikistan for 2000-2018 by administrative jurisdiction/province

Years	Number of registered crimes	Dushan-be city	Centrally administered districts	Sughd region	Khatlon region	BMAR (Badakhshan)	Dept. of MIA
2000	14,455	4,490	1,776	4,035	2,940	505	709
2001	14,117	4,275	1,695	4,145	2,821	604	577
2002	12,754	3,507	1,718	3,963	2,511	585	470
2003	11,150	3,149	1,627	3,089	2,314	470	501
2004	11,037	2,964	1,491	3,183	2,541	455	403
2005	12,074	3,205	1,620	3,759	2,608	445	437
2006	11,223	3,146	1,660	3,289	2,238	448	442
2007	12,115	3,696	1,843	3,277	2,460	381	458
2008	11,658	3,445	1,672	3,154	2,564	361	462
2009	12,408	3,572	1,906	3,276	2,759	392	503
2010	14,548	3,660	2,164	4,378	3,469	404	473
2011	16,864	4,595	2,431	5,178	3,751	454	455
2012	16,593	4,674	2,650	4,450	3,904	444	471
2013	18,336	4,709	3,042	4,908	4,610	559	508
2014	19,352	4,643	3,590	5,181	4,874	583	481
2015	21,585	4,898	3,865	5,982	5,702	643	495
2016	21,756	4,736	4,069	5,921	5,894	613	523
2017	22,018	4,655	4,571	5,712	6,105	681	294
2018	21,957	4,587	4,287	6,083	6,002	672	326

Source: MIA database, unpublished

In the last reporting period (2001-2016), there has been a noticed trend towards an increase in criminality by about 9-11% (Bahridinzoda, 2016). However, it is important to note that given the variation in the recording and registering of data, these trends may have also been affected by this factor. As such, there is an urgent need to harmonize the procedures and methods of recording and registration across all related institutions and stakeholders.

The results of a special sociological study on various problems of criminality revealed a number of specific problems that were brought to the attention of the Government (Prosecutor General Office, 2019). One of the most important conditions for determining the effectiveness of criminal policy is the timely and correct registration of crimes and the detection of a real state of criminality. In this regard, the analysis showed that there are still unregistered crimes, and in 2018, prosecutors detected 945 (1,042 in 2017) unregistered crimes by other law enforcement agencies.

The study also showed that 75.9% of respondents that participated in the survey noted a decrease of criminality in Tajikistan over the past two years and that the criminality rate in the country decreased as a whole. Additionally, the study also found that when a crime occurred, in only 87 out of 145 (60%) cases were law enforcement agencies approached to take action. Furthermore, according to law enforcement agencies, 63 allegations (out of 87) or 72% were received and registered, and the remaining (28%) messages and allegations of crimes were not registered.

According to the vast majority of respondents (48.4%), the main reasons for refusing to accept and not registering the reports of crime were ambiguities in terms of jurisdiction of the case and whether the agency had the mandate to accept the reported crime. The study recommended strengthening public relations, conducting awareness and focusing on capacity development in order to address the issues within law enforcement in relation to criminality. Nazarov (2017) also notes the importance of ensuring the respect for individual freedoms and rights as a means to address the issues within the criminal justice system.

From the perspective of the victim, the most important and relevant indicator in the effectiveness of the criminal justice system is the access and time lag from reporting to investigation, and finally to judicial review and decision. In this regard, Volkov, Dmitrieva, Skugarevsky et al. (2014) note that the actual time from the commission of the crime to the decision on the case is always longer than the procedural time limits for the consideration of cases, since their calculation does not take into account the days off and preliminary investigation, and the judicial investigation and hearing of the case as well as the corresponding procedural terms can be extended.

According to estimates of authoritative experts, out of 12-15 million crimes in Russia, more than 3 million (or 20-25%) of them are registered; of these, about 10% of crimes are detected and about five people are sentenced to various types of punishment per 100 people who have actually committed crimes, including less than 1/3 to imprisonment. Latent criminality annually approaches 80% in comparison with real criminality (in European countries - about 50%). Every year, about 7-8 million law-abiding citizens who actually suffered from latent crimes do not receive any legal assistance from the state (Luneev, 2017; Antonyan, 2015).

The situation with the criminalization of society also exists in Tajikistan, where every year (over the past 10 years) 10 to 16 thousand citizens are prosecuted (Table 5).

Table 5. Total identified persons who committed crimes and imposed punishments and measures of a criminal-legal nature (as a percentage)

Years	Identified persons who committed crimes	Imprisonment	Correctional work	Penalty	On probation	Other measures
1	2	3	4	5	6	7
1991	11,112	24.7	22.3	20.3	14.4	1.8
1995	9,083	44.4	10.8	6.3	25.2	1.0
2000	8,906	44.8	7.5	7.1	25.5	3.2
2005	7,494	48.9	13.1	11.4	20.3	5.2
2010	7,927	48.2	10.0	20.5	12.9	7.5
2011	10,422	48.6	8.6	24.4	11.7	5.8
2012	12,798	42.2	8.1	25.4	17.5	5.7
2013	13,469	35.9	7.4	32.4	16.5	6.3
2014	14,542	35.0	6.4	37.2	15.0	5.0
2015	15,593	39.6	7.1	33.5	13.7	4.9
2016	16,317	45.9	5.98	31.98	9.84	7.11
2017	15,280	42.9	6.8	31.6	11.1	7.6
2018	16,258	38.8	6.3	36.1	11.1	7.7

Source: (MIA database, unpublished)

It seems rational to give a criminological description of persons who committed crimes, relying primarily on information obtained in the course of studying law enforcement practice, since the current statistical reporting forms do not provide a complete picture of both the crimes themselves and the individuals guilty for their commission.

At the same time, the authors suppose that the socio-demographic characteristics themselves are non-criminogenic. They are associated with the conditions of the formation of the personality, an individual's life, their interactions, socio-economic conditions and the social roles of a person. Therefore, these factors are important in studying crimes and criminality.

Furthermore, it is also important to note that the state, structure and dynamics of criminality among men and women are not the same. These differences are primarily affected by the gendered roles in society, the social and cultural values and attitudes, as well as the variations in the general socio-economic conditions across regions (Table 6).

Table 6. Total number of identified criminals and their distribution by gender

Years	Identified persons who committed crimes	Men	Women
1991	11,112	9,982	1,130
1995	9,083	8,147	943
2000	8,906	7,904	1,002
2005	7,494	6,323	1,171
2010	7,927	6,144	972
2011	10,422	9,111	1,306
2012	12,798	11,169	1,630
2013	13,469	11,692	1,778
2014	14,542	12,666	1,878
2015	15,593	13,719	1,880
2016	16,317	14,581	1,739
2017	15,280	13,572	1,708
2018	16,258	14,618	1,640

In terms of demographics, age is also another important factor when analyzing crime and criminality. Statistics show that among those that commit crimes, more than half (only 60.07% in 2016) are people aged 30 years and older (Table 7).

Table 7. Total number of identified criminals and their distribution by age criteria

Years	Identified persons who committed crimes	By age at time of crime commission				
		14-15 years old	16-17 years old	18-24 years old	25-29 years old	30 years or older
1991	11,112	417	1,111	2,443	2,391	4,750
1995	9,083	267	685	2,414	1,788	3,936
2000	8,906	139	343	2,028	1,836	4,560
2005	7,494	119	318	1,546	1,211	4,300
2010	7,927	46	328	1,641	1,215	3,884
2011	10,422	121	363	2,354	1,880	5,699
2012	12,798	117	543	2,562	2,133	7,441
2013	13,469	129	609	2,592	2,306	7,826
2014	14,542	170	617	2,863	2,478	8,416
2015	15,593	130	522	258	2,006	4,835
2016	16,317	118	545	2,799	3,053	9,805
2017	15,280	97	596	2,463	2,823	9,301
2018	16,258	209	588	2,145	2,820	10,496

The economic conditions of an individual also constitute an important factor in engaging in criminal activities. Research elsewhere has indicated that the likelihood of engaging in criminal behavior decreases with the increase in employment opportunities. This is partly explained by the fact that a predictable and secure income reduces the incentive to engage in criminal activity. Additionally, employment may also lead to positive social capital, thereby reducing the incentive to engage in socially disruptive activities such as crimes. Given this, this study also looks at the data on crimes in association with employment characteristics to better understand the state of crimes in Tajikistan (Table 8).

Table 8. Total number of identified criminals and their distribution at the time of the crime based on their employment

Years	Identified persons who committed crimes	Based on their employment at the time of crime commission		
		Worker	Employee	Members of peasant farms
1991	11,112	5,330	519	1,776
1995	9,083	3,034	748	732
2000	8,906	798	675	865
2005	7,494	358	114	628
2010	7,927	307	193	43
2011	10,422	763	1,113	29
2012	12,798	499	452	21
2013	13,469	807	1,198	18
2014	14,542	782	1,099	4
2015	15,593	346	538	2
2016	16,317	527	852	2
2017	15,280	545	818	1
2018	16,258	843	1,231	10

Education constitutes another essential element in characterizing an individual's propensity to engage in criminal activities. A high level of education is regarded as an anti-criminogenic factor, and after serving the sentence facilitates social adaptation of prisoners. The level of education also plays a significant role in the likelihood of participation in criminal activity: the higher the level of education, the lower the likelihood that a person will engage in criminal activity. Another factor is the presence of a family and dependents - facts that usually contribute to a decrease in the level of participation in criminal activity (Volkov et al., 2014).

The study shows the majority of illegal acts are committed mainly by persons with secondary and specialized secondary education (89.59% in 2016). The proportion of people with higher and specialized secondary education does not exceed 10.40% (Table 9).

Table 9. Total number of identified criminals and their distribution by educational qualification

Years	Identified persons who committed crimes	By education at the time of the crimes commission	
		Higher and secondary special education	Secondary education (complete and incomplete)
1991	11,112	2,267	8,842
1995	9,083	1,600	7,484
2000	8,906	1,645	6,266
2005	7,494	957	5,961
2010	7,927	804	5,961
2011	10,422	2,466	7,181
2012	12,798	2,252	9,700
2013	13,469	1,931	10,663
2014	14,542	2,298	11,494
2015	15,593	1,411	14,188
2016	16,317	1,698	14,622
2017	15,280	1,507	13,773
2018	16,258	1,993	14,265

In order to fully determine the whole picture of criminality in Tajikistan for the analyzed period, we consider it appropriate to define its “indicators”. We take as a basis for determining criminality indicators the methodology proposed by Professor Ya.I. Gilinsky (2013). According to him, the main indicators that are relevant in examining criminality are:

1. *Criminality volume* – the absolute number of crimes registered in a certain territory for a certain period of time. For example, the criminality volume in Russia in 2011 amounted to 2,404,807 registered crimes.

2. *Criminality rate* – the number of crimes registered in a certain territory for a certain period of time, based on any number of residents of the same territory (usually per 100,000 people, although it is possible to count both 100,000 or 1,000 people). Often, the criminality rate is calculated per 100,000 residents who have reached the age of criminal liability. The criminality rate per 100,000 people is expressed by a coefficient that is calculated by the formula:

$$K = \frac{n \cdot 105}{N}, \text{ where}$$

K – criminality coefficient,

n – number of registered crimes in a certain territory for a certain time,

N – population (or population from the age of 14) in the same territory.

For example, we know that criminality volume in Russia in 2011 amounted to 2,404,807. The rate calculated by the above method is 1,694. The criminality coefficient (as an indicator of its rate) allows you to compare the state of criminality in different countries and regions.

3. *Criminality structure* – an internal composition of criminality by type of crime (in 2011 in Russia the share of thefts amounted to 43.2% of all crimes, brigandages and robberies - 6.1%, felonies against persons - 2.4%, crimes of an economic nature - 8.4 %, crimes related to drug trafficking - 8.9%, other crimes - 30.9%), or by the socio-demographic composition of the persons committing the crimes (in 2011 in Russia female criminality was 15.3%, male criminality - 84.7%; juvenile criminality - 6.3%, adult criminality - 93.7%), or by any other grounds.

The share of each structural element of a crime is calculated as a percentage and is usually called the specific gravity (for instance, in our examples the specific gravity of thefts was 43.2%, the specific gravity of female crime was 15.3%).

4. *Criminality dynamics* – change of the above indicators (volume, rate, structure) over time. For example, the dynamics of criminality rate (per 100,000 people) in Russia from 1999 to 2011: 1999 - 2051.4; 2000-2028.3; 2001-2045.6; 2002 - 1760.5; 2003-1926.2; 2004 - 2007.2; 2005 - 2477.6; 2006 - 2700.7; 2007 - 2519.0; 2008 - 2260.0; 2009 - 2110.0; 2010 - 1852.0; 2011 - 1694.036.

5. *Other indicators*. In addition to the four main indicators mentioned above, studies in criminology also use numerous other quantitative measures to determine the characteristics of criminality (Zabryansky, 2010; Kogan, 1977; Inshakov, 1997; Maximov, 1995). These include:

- the criminal record index (the number of persons convicted to criminal punishments by sentences that have entered into legal force, in a certain territory for a certain period of time in calculation per 100,000 inhabitants);

- criminality latency index (ratio of unregistered crime volume to its registered part);
- the coefficient of criminal activity (ratio of a certain socio-demographic group of population among the persons who committed crimes to the share of the same group in the population);
- crime disclosure rate (ratio of solved crimes to registered ones);
- victimization level (ratio of the share of a particular socio-demographic group of the population among victims of crimes to the share of this group in the population) and other, as well as integrative indicators that take into account the number of crimes, their severity and other characteristics.

6. Another concept that is necessary to understand crime and criminality is the State – that is, the generalized characteristics, including the volume, rate, structure, dynamics, latency, damage caused, etc., in a certain territory at a certain time and place. The State, as a unit of analysis, is also important given the fact that the general socio-economic conditions vary across countries (Gilinsky, 2013).

Based on the framework outlined above, the table below presents the criminality rate of Tajikistan (Table 10).

Table 10. Total of the population, registered crimes, identified individuals and criminality rate

Years	Number of population (million)	Registered crimes	Identified individuals	Rate (per 100 thousand people)
1991	5,505.6	18,476	11,112	352
1992	5,567.2	25,296	8,606	477
1993	5,579.7	24,651	8,534	463
1994	5,533.8	14,279	9,290	266
1995	5,701.4	14,530	9,083	267
1996	5,769.1	13,388	8,297	243
1997	5,875.8	13,201	8,413	235
1998	6,001.3	13,161	7,827	230
1999	6,128.5	14,413	8,484	246
2000	6,264.6	14,455	8,906	242
2001	6,371.2	14,117	9,382	232
2002	6,487.1	12,754	8,691	206
2003	6,598.8	11,150	7,820	177
2004	6,718.9	11,037	8,395	172
2005	6,842.2	12,074	7,494	185

2006	6,965.5	11,223	8,327	169
2007	7,096.9	12,115	8,939	179
2008	7,250.8	11,658	8,363	168
2009	7,417.4	12,408	8,859	175
2010	7,621.2	14,548	7,927	200
2011	7,807.2	16,864	10,422	226
2012	7,987.4	16,593	12,798	218
2013	8,161.1	18,336	13,469	235
2014	8,352.0	19,352	14,542	243
2015	8,551.2	21,585	15,593	265
2016	8,742.8	21,756	16,317	261
2017	8,931.2	22,018	15,280	258
2018	9,126.6	21,957	16,258	252

3. Detailed Analysis of the Problem

As part of a detailed comparison, we present the last two reporting periods (TAJSTAT, 2019; TAJSTAT, 2020), i.e. the indicators of 2018-2019. According to the official data of the Ministry of Internal Affairs of the Republic of Tajikistan, in 2018 the country registered 21,957 crimes, of which 18,199 were registered by the Ministry of Internal Affairs and the Prosecutor General's Office, which in total accounts for 82.9% of the total number of registered crimes. Other law enforcement agencies registered 3,758 crimes or 17.1% of the total number of crimes.

In 2018, the country observed an overall decrease in the number of registered crimes by 0.3%. In terms of various regions, this included a reduction in registered crimes by 1.3% in BMAR (Badakhshan Mountainous Autonomous Region), 1.6% in Khatlon region, 1.5% in Dushanbe City, and 6.2% in CAD (centrally administered districts), whereas there was an increase of registered crimes by 6.5% in the Sughd region.

In 2019, the country registered 21,966 crimes, of which 18,202 crimes were registered by the Ministry of Internal Affairs and the Prosecutor General's Office, which in total accounts for 82.8% of the total number of registered crimes. Other law enforcement agencies registered 3,794 crimes or 17.2% of the total number of crimes.

In 2019, there was an increase in the number of registered crimes by 0.2% in the republic, including the Sughd region - by 4.8% and CAD - by 2.5%, and a decrease in BMAR - by 0.9%, Khatlon region - by 5.7% and in the city of Dushanbe - by 0.1%.

If you detail the statistical data, then in 2018, 5,158 felonies were registered, which is 0.3% *less* than the figures for 2017. In 2019, 4,864 felonies were registered, which is 5.7% less than the same indicators in 2018.

In 2018, the registration of cases of intentional infliction of serious harm to health increased by 12.9%, robberies - by 7.5%, fraud - by 18.1%, kidnapping - from 1 to 6 cases and human trafficking - from 22 to 32 cases.

In 2019, there was an *increase* in the incidence of murders and attempted murders by 12.8%, rape and attempted rape - by 9.5%, theft - by 5.3%, hooliganism - by 5.7% and violation of traffic rules - by 1.8%.

Compared to 2018, there has been a decrease in the registration of cases of intentional infliction of serious harm to health by 15.4%, robbery - by 15.8%, brigandages - by 21.6%, fraud - by 11.0%, crimes related to drugs - by 24.2%, bribery - by 14.2%, kidnapping from 6 to 5 cases and human trafficking - from 32 to 14 cases.

In 2018-2019, the number of economic crimes increased by 0.7% compared to 2017 and 2018. If in 2018 there were 3,547 crimes of this group registered, then in 2019 there were 3,572 crimes (Division of Internal Affairs revealed 1,221 crimes and initiated 1,119 criminal proceedings), which is 0.7% more crimes. This group primarily includes: bribery, embezzlement on a large and especially large scale, theft and other types of crimes.

In 2018, the number of cases of traffic violations that resulted in serious bodily harm and death of victims amounted to 499 cases, which *increased* by 1.4% compared to the same period in 2017. In 2019, these crimes began to decline and all in all 489 crimes were registered, which is 2.0% less.

The total crime disclosure rate in 2018 was 83.6% compared to 83.4% in 2017. In 2019, this indicator improved slightly and amounted to 85.8%.

Increase in crime detection in Tajikistan indicates, first of all, the imperfection of the system of registration and recording of crimes, which nullifies all the concepts, strategies and programs being developed in the field of criminal-legal and criminal policy.

According to the results of studies (Gavrilov, 2008; Luneev, 2005; Alekseev, Ovchinsky & Pobegailo, 2006), the crime rate over the past decade, taking into account its latency, amounted to not 3-3.5 million crimes a year, but 4-5 times higher, which additionally emphasizes the need to increase material, financial, and technical means for this area.

Their savings and even reduction, as evidenced by the Decree of the President of the Russian Federation from February 19, 2010 №208 “On some measures to reform the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation” (Collection of legislation of the Russian Federation, 2010), worsen the quality of pre-trial criminal proceedings, which, in its turn, entails the need to repeat the investigative and other procedural actions, and each such case involves additional costs of financial resources.

The results obtained in the course of O.A. Malyshev’s monographic study are confirmed by other studies. So, Professor B.Ya. Gavrilov, having analyzed information on the number of registered crimes in the period from 1976 to 2008, came to the conclusion that the practice of the activities of the internal affairs bodies over the past decades, with rare exceptions, indicates an increase in the number of registered crimes by 10-30% in the first year after the appointment of the head of the internal affairs body (the city, district division of the internal affairs including the Ministry of the Internal Affairs). However, as early as the next year, the level of registered crime was stabilized, and in the third year, a 5-10% reduction was seen in the number of registered crimes on the basis of which the heads of law enforcement agencies reported on their “successful” work to combat crime. This is shown quite clearly in the example of taking up positions in 1989-2004 by ministers of the internal affairs (Gavrilov, 2008).

In order to ensure the objectivity of criminal statistics back in the 1970s scientists justified an expediency of assigning the function of recording allegations of crimes to government agencies, autonomous from law enforcement agencies (Kudryavtsev, 1971; Ostroumov & Panchenko, 1967). In this regard, V.M. Kogan’s proposal to create a unified body that would perform the function of detecting crimes is of practical interest. Moreover, the effectiveness of the mentioned body would be determined by the number of detected crimes (Kogan, 1983).

Over the course of three decades a proposal by scientists and law enforcement officials appeared to create an interdepartmental center for criminal statistics (Kozhevnikov, 1998). The possibility of assigning this center to the jurisdiction of the Ministry of justice of the Russian Federation in accordance with the provisions of the Concept of judicial reform in the Russian Federation has raised objections from separate scholars (Saviuk, 2000).

The Prosecutor General’s Office of the Russian Federation took a different position compared to the above. It justified the need to transfer powers from the internal affairs

bodies to create a database of the state of criminality. This proposal of the Prosecutor General of the Russian Federation was implemented in 2003-2004 (in the form of an experiment). However, it did not solve the problem under consideration, and also required significant financial costs (Toropin, 2013).

We believe that a similar situation should be expected in connection with the transfer to the Prosecutor General of the Russian Federation, again at its suggestion, of authority to maintain the state unified statistical records of allegations and reports of crimes, the state of criminality, disclosure of crimes, the state and results of investigative work and prosecutorial supervision, and also the establishment of unified procedure for the formation and submission of reports to the prosecution authorities (Federal Law “On the Prosecutor’s Office of the Russian Federation”, 2011).

The authors from the Institute of law enforcement at the European University of St. Petersburg in this context indicate the need to create an independent agency for the collection and analysis of criminal statistics, which they proposed in the Concept of organizational and management reform of law enforcement agencies in 2013.

The reason that colleagues from the Institute for law enforcement at the European University of St. Petersburg emphasize their conclusions is the fact that the law enforcement agencies in Russia were solely responsible for collecting criminal statistics, which created a systemic conflict of functions, i.e.: **law enforcement officers simultaneously collect information about crime, and fight with it (crime)**. Additionally, the authors assert themselves in their arguments that at present a number of indicators related to the investigation of crimes and the consideration of criminal cases serve to evaluate the work of police, investigators and prosecutors. In addition, the work of law enforcement agencies is largely limited only by the criminality that they take into account. Therefore, the operation for recording crimes is, in essence, the determination of the volume of their work and the level of its complexity. The combination of the function of recording crimes and the fight against it in one organization will always give rise to incentives to regulate the volume of work of the department and its complexity “at the entrance”, i.e. through the recording filter (Shklyaruk et al., 2015).

Many CIS member states suffer similar problems when combating criminality. The embedded nature of the “stick system”, “work for indicators” and “upholding departmental interests” instead of actually combating crimes in all its manifestations,

regardless of forms and specific types is found across the CIS region. As such, fundamental changes at both the institutional level and the culture at law enforcement agencies are necessary in order to improve the functions of the criminal justice system across the region. As an example, we cite an excerpt from a study of independent experts who negatively assess the current system of Russia.

Analyzing the problems of recording and registration discipline, O.A. Malysheva concludes that the implementation of legal, administrative-legal and organizational-legal measures could not solve the problem of ensuring the legality of the reception and registration of allegations and messages and other information about incidents and thereby observing the rights and legitimate interests of participants in criminal proceedings who suffered from crimes, including the right to access to justice within a reasonable time and compensation for harm caused by a crime (Malysheva, 2013; Malysheva, 2019).22:42

We can illustrate the practice of registering crimes in foreign countries. For example, in the United States about 12-13 million crimes are registered annually; in Germany - 6.5 million. If in Russia the criminality coefficient in 2011-2012 per 100 thousand population was 1.7 thousand crimes, then in the USA - 5.5 thousand crimes, Germany - 8 thousand crimes, Sweden - 13.5 thousand crimes (Vedernikova, 2010).

Analyzing the various problems of criminal policy and the fight against criminality, Professor V.V. Luneev wonders: *which scientific institutions (think tanks) systematically and daily track (monitor) criminality in our country, study its social, economic, demographic and spiritual basis, obtain real data on criminality and its causes, necessary objective information, scientifically digest it, predict possible trends and give reasonable criminal legal advice to the authorities. And he claims, there are none.*

For the systematic development of criminal policy and effective functioning of criminal legislation it is necessary to create a criminal-legal, criminological and prognostic research center, providing it with continuous and systematic criminological and criminal-legal information, as well as an opportunity to collect the necessary information by methods of sociological surveys and studies. Such a center could conduct objective studies of real criminological and criminal-legal trends and patterns, study the effectiveness of practical activities of the criminal justice system and timely predict possible preventive measures (Luneev, 2016). Such a body can then be utilized to ensure evidence based policy making by the government, thereby improving the impact

of the intervention measures, as well as providing data to evaluate their success and effectiveness.

In this regard, it can be noted that Tajikistan also took into account the trends in the development of criminal policy: the State Program to combat criminality in the Republic of Tajikistan for 2008-2015, approved by the Government of the Republic of Tajikistan, №543 from November 2, 2007, on the basis of the Information department of the Ministry of internal affairs of the Republic of Tajikistan planned the creation of the **Unified republican center for the registration of crimes (paragraph 1.7)**. And such a center was created. In accordance with the Decree of the Government of the Republic of Tajikistan dated March 31, 2011, in the structure of the Ministry of Internal Affairs of the Republic of Tajikistan functions as the Main information and analytical center (MIAC). The specified Center still could not solve the actual task of obtaining an objective picture of the criminological situation in the country.

In 2009, as outlined in paragraph 1.5 of the State Program to combat criminality in the Republic of Tajikistan for 2008-2015, it was planned to create a **Research institute for the suppression of criminality**. As outlined in paragraph 1.6 of the cited document on the basis of the scientific part of the Academy of the Ministry of Internal Affairs of the Republic of Tajikistan it was planned to conduct an **“Organization and conducting monitoring studies on the state of criminality”**.

As evidenced by the current state of the fight against criminality, many positive aspects of the State Program to combat criminality in the Republic of Tajikistan for 2008-2015 were not implemented; they just remained on paper. It should be noted that the conceptual directions laid down in this document, were dictated and developed not to strengthen “paperwork”, but in the framework of maintaining and concretising the nationwide policy to combat criminality in its various forms and manifestations. Both before and after the adoption and introduction of the cited document, for many objective and subjective reasons and circumstances (mainly at the local level/divisions), the basic provisions were not realized, which led to bad consequences.

At the same time, the Police reform strategy adopted in 2013 and on this basis in 2014 the Police reform (development) program and the Plan for its implementation contain specific measures aimed at creating a unified state system for the reception, registration, recording, consideration of allegations and reports on crimes and incidents, the detection and disclosure of offenses, the implementation of the procedure for receiving, registering

allegations and reports of crimes and incidents in real time (online mode), receiving information about the progress and their outcome through the electronic portal of the Ministry of Internal Affairs, as well as the regulation of cross-sectoral integration of law enforcement and other government agencies on the issues of reception, registration, recording, consideration of allegations and reports of crimes and accidents, their detection and disclosure.

So, in accordance with the Action plan for the implementation of the Police reform (development) program for 2017-2020, a draft the **Law of the Republic of Tajikistan “On unified state system for registering and recording crimes”** and the **Decree of the Government of the Republic of Tajikistan “On a Concept for the development of informatization and unified information and communication system of internal affairs bodies for 2014-2020”** and **“Instructions on unified information system and the procedure for the unified recording of citizens’ addresses about crimes”** is planned.

Additionally, the Prosecutor General’s Office has developed a draft of the **Law of the Republic of Tajikistan “On the basics of crime prevention”** (Yuldoshev et al., 2018), which was passed in 2015-2016 with joint approvals in various ministries and departments of the country. According to the developers, this law was intended to define the legal, economic, social and organizational foundations of crime prevention activities, crime prevention actors and their powers in crime prevention. To date, nothing is known to us about the fate of this bill.

We assume that this bill was developed in the framework of the implementation of paragraph 51 of part 18 of the Concept for the prospective development of legislation of the Republic of Tajikistan, which indicated that for further full and systematic legal regulation of issues in the field of public order protection it is necessary to develop and adopt the **Law of the Republic of Tajikistan “On the basics of crime prevention”**.

In the framework of the implementation of many documents aimed at combating criminality and strengthening counteraction in this field, an important factor is the optimization of the functioning of law enforcement agencies. Among such law enforcement agencies are the relevant structural units of the internal affairs bodies. We should be reminded that in accordance with paragraph 1.11 of the Action plan for the implementation of the Police reform (development) program for 2014-2020, the creation of a **special portal of the Ministry of Internal Affairs of the Republic of**

Tajikistan to receive and register allegations and reports of crimes (Collection of regulatory legal acts on police reform, 2015) is planned.

Now, the state of recording and registration discipline in the Ministry of Internal Affairs of the Republic of Tajikistan is controlled on the basis of the Order for maintaining unified records, registering crimes and persons who committed them, as well as the Instruction “On unified order for accepting, registering, recording and resolving allegations, messages and other information on crimes and incidents”, which is an integral part of the Joint directive “On the unified registration of crimes”, which establishes a unified order for receiving, registering and recording allegations, messages and other information on crimes and incidents, for which verification and control of permission and decision-making by all law enforcement agencies of Tajikistan, who conduct an inquest, preliminary investigation, as well as judicial proceedings is carried out (Rahimzoda, 2014).

Thus, the activities of legal statistics and special recording bodies are important in the framework of legal reforms in the republic.

At the present time, the process of accepting and registering allegations and reports of crimes is carried out manually. There is no possibility of fully registering, docking and controlling data on received and registered allegations and reports of crimes and criminal cases, and citizens are not able to receive information about the state of their allegation at any time, or at what stage of the investigation the criminal case is, if it has been initiated on its allegation or message or not.

For decades, with the building of communism, the activities of law enforcement agencies, primarily the police, have been evaluated on the basis of the government’s demand to achieve an ideologically prestigious status, inevitably decreasing criminality rate and demonstration of steady support of the Leninist principle of the inevitability of liability, an analogue of which is a one hundred percent disclosure of crimes. But since these results were unachievable, despite the appearance of “putting things in order”, deception technology continues to be used.

In relation to the problems discussed in this study, this technology primarily serves the “art” of registration, which has generated a large amount of criminal latency. These factors give rise to a seemingly paradoxical situation: the more favorable the registration of crimes, the higher the intensity of victimization of citizens, which, if unaccounted for, sort of does not exist for the authorities. And if we take into account that the main criterion for evaluating the work of the police as the percentage of disclosure, and if

the financial, resource, staff status of the police does not depend on the real state of crime (i.e. security level and victimization of the population), which cannot be assessed without assessing latency, then the police in order to survive in these conditions acts like any system: it begins to regulate the “entrance” by all legal and illegal means, i.e. distort and “calibrate” the real picture of crime.

As a result, citizens are limited in their constitutional rights with regards to access to justice. Indeed, the lack of full-fledged control mechanisms (including public control) creates opportunities to hide crimes from being recorded, which, in turn, increases the corruption impact on law enforcement agencies, negatively affects the effectiveness and the good faith of police officers in fulfilling their duties and entails such socially dangerous consequences as a substantial violation of the rights and legitimate interests of citizens or the interests of society or the state protected by law.

In this regard, it seems that indicators such as a decrease in the level of victimization, a decrease in the fear of becoming a victim of a crime, and an improvement in the opinion of citizens about the work of police could serve as a more or less real tool, a “barometer” of citizens’ security.

Therefore, the improvement of relations between the police and citizens is the central link, a categorical imperative in building trusting and consolidating relations between the authorities and the population at a modern historical stage.

4. Conclusion

It should be noted that the built-in system for evaluating the activities of police must meet the most important criterion - it must fully motivate the actions of police and build relations between the police and citizens in such a way that these relationships do not serve as a destructive “barrier” that impedes citizens’ access to justice.

As historical experience shows, this “barrier” cannot be eliminated by any administrative, disciplinary or other external measures.

Therefore, the Police reform strategy establishes that areas for improving criminality analysis should be accompanied by **monitoring of criminal latency**, i.e. a system of measures for a long-term forensic examination of persons, families, households and settlements on the issues of criminal acts against them (Yuldoshev et al., 2018).

Therefore, one of the main directions of optimizing the activities of law enforcement agencies at the level of criminality control policy, a step that anticipates a more radical

solution to the problem, is currently to consider the work to neutralize the administrative and psychological press, which negatively affects the activities of police in criminality recording. It seems, as indicated in the Strategy, that it would be more reasonable to remove the increased responsibility from police for the number of registered and disclosed crimes. However, it is important to blame it on the completeness of the detection and registration of crimes and persons who committed crimes.

In accordance with the Strategy a set of organizational and managerial measures related to changing the criteria for evaluating activities, increasing the accessibility of police to citizens, as well as radically improving the system for detecting, registration and recording crimes will be implemented. It is also planned to transfer the state system for detecting, registering and recording crimes to work with modern information technologies, and to record all information about criminal manifestations (from initial messages to criminal procedure documents) on electronic media and accumulate them in automated information processing systems. Rather, this innovation will give a corresponding impetus to the work of law enforcement agencies.

The above system will contribute to the completeness of registration and recording of crimes and the adoption of timely measures to investigate them. On the other hand, the timely and complete registration of allegations and reports of crimes and offenses will facilitate a prompt response to them and ensure objective decision-making, which is of great importance for ensuring security and a stable situation in Tajikistan, as well as creating a civil society.

The MIA of the Republic of Tajikistan plans to create an electronic system for registering crimes, which will contribute to: further strengthening the effectiveness of the process of registering complaints and allegations of crimes; providing automated interaction of the system with the criminal statistics processing system of the MIA of the Republic of Tajikistan; providing guarantees and respect for human rights and legitimate interests of citizens; as well as increasing their confidence in law enforcement bodies. The Electronic system for registering crimes should provide citizens a simplified procedure for filing lawsuits and allegations of crimes, as well as the ability to control the process of receiving and registering complaints, and the decision-making process.

This project is the first step to ensure the constitutional rights of citizens to access justice, ensure their rights and legitimate interests or the interests of society or the state protected by law. Within the framework of the project a system for the reception,

registration, recording, inclusion of an electronic format, and the consideration of allegations, messages, complaints and other information about crimes and incidents - “Electronic registration of allegations and reports of crimes and incidents” will be developed and implemented.

This project is aimed at ensuring a unified procedure for the reception, recording, inclusion of an electronic format, and the consideration of allegations, messages, complaints and other information about crimes and incidents. The electronic registration and recording of allegations and reports of crimes and incidents minimizes the hiding from registration of allegations and reports of crimes, that is, artificial latency on the part of police officers. On the other hand, the project will provide an opportunity to submit messages and applications from citizens while minimizing the efforts required for this, i.e. reduce natural latency. At the same time, the possibility of non-procedural contact of officials with applicants and offenders will be significantly reduced, which is one of the conditions for preventing corruption offenses by law enforcement officials.

Within the framework of the project a web portal that provides support for electronic filing of allegations and an ability to control citizens over the results of the examination of allegations and the progress of investigation, as well as modernized software for recording criminal statistics to ensure their integration within the unified database of the Integrated Databank (IDB) of the MIA of the Republic of Tajikistan will be developed. The portal will have a software connection and technology will be able to be used to interact with workplaces of employees of duty units of the Division of the MIA of the Republic of Tajikistan, as well as with the unified database of registered allegations and reports of crimes.

“Electronic registration of allegations and reports on crimes and incidents” is a socially significant project, since the effect of introducing the system will be noticeable not only to employees of the MIA of the Republic of Tajikistan, **but, first of all, to ordinary citizens.**

The realization of the project is primarily planned in the pilot region of Dushanbe. After acceptance and a trial operation of the “Electronic registration of allegations and messages on crimes and incidents” system, a thorough assessment and analysis of the results and progress in fulfilling the project objectives in the pilot region, including public awareness, as well as consideration of changes and/or confirmation of project activities comparable with respect to expected results at each stage of the implementation will continue in the regional centers and then in all regions of the Republic of Tajikistan.

In the future, electronic registration of allegations and reports on crimes and incidents arriving at units of other law enforcement agencies (through the Customs Service, The Drug control Agency, Agency for state financial control and combating corruption, border troops, the State committee for national security and the Prosecutor General's Office) in the unified database should be provided. Moreover, the employees of these departments, within their powers and in accordance with the rules of work and interaction between departments, will be able to work with the unified database of allegations and reports of crimes and incidents.

In conditions of digitalization of all types of public services, among which a special place is taken by law enforcement activity, careful planning in the context of studying the issues of improving and optimizing all areas of criminal policy is required. In this connection, we must agree with the opinion that digitalization of criminal policy means the process and result of the introduction of quantitative methods for describing, assessing, analyzing and predicting criminality and response measures (including methods of mathematical statistics and mathematical modeling) into the practice of the formation and implementation of combating measures with criminality moved from the stage of futuristic planning to the stage of implementation (Maximov, Vasin, Valuskov & Utarov, 2019).

Given that the use of new information technologies in law enforcement agencies will show high efficiency and prospects, it is necessary to continue work on the introduction of electronic registration in all criminal prosecution bodies. We hope that the project will demonstrate its uniqueness very soon, as the primary results will be more real than the usual reporting of statistical data and their generalized wording.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

References/Kaynakça

- Agency for statistics under the President of the Republic of Tajikistan. (2016). *Tajikistan: 25 years of state independence. Statistical compilation*. Dushanbe, Tajikistan: Author.
- Agency for statistics under the President of the Republic of Tajikistan. (2019). *Socio-economic situation of the Republic of Tajikistan (January-December of 2018)*. Retrieved from <http://stat.wv.tj/posts/february2019/12-180-2018-doklad.pdf>.

- Agency for statistics under the President of the Republic of Tajikistan. (2020). *Socio-economic situation of the Republic of Tajikistan (January-December of 2019)*. Retrieved from [http://stat.wv.tj/files/12_%202019%20доклад%20русский%20\(1\)%20\(1\).pdf](http://stat.wv.tj/files/12_%202019%20доклад%20русский%20(1)%20(1).pdf).
- Alekseev, A.I., Ovchinsky, V.S., & Pobegailo, E.F. (2006). *Russian criminal policy: overcoming the crisis*. Moscow, Russia: Norma.
- Alexandrov, A.S., & Alexandrova, I.A. (2017). What manifesto of criminal policy we need, and what should not be manifested. *Bulletin of the Nizhny Novgorod academy of the Ministry of Internal Affairs of Russia, №4* (40), 337-341.
- Antonyan, Yu.M. (2015). *Criminology: textbook for academic undergraduate*. Moscow, Russia: Yurayt.
- Bahridinzoda, S.E. (2016). On the introduction of criminological expertise in the Republic of Tajikistan: opinions and prospects. *Actual issues of the reform of procedural legislation and law enforcement activity*. Materials of the international scientific and theoretical conference. Dushanbe, Tajikistan.
- Collection of legislation of the Russian Federation* (2010), №8.
- Collection of regulatory legal acts on police reform* (2015). Dushanbe, Tajikistan: Polygraph Group.
- Inshakov, S.M. (1997). *Foreign criminology*. Moscow, Russia: Infra-M-NORMA.
- Esakov, G.A., Dolotov R.O., Filatova, M.A., Redchits, M.A., Stepanov, P.P., Tsai, K.A. (2017). *Criminal policy: roadmap (2017-2025)*. Moscow, Russia.
- Federal Law of Russian Federation "On the Prosecutor's Office of the Russian Federation"*. (2011, February 7). Retrieved from <http://docs.cntd.ru/document/902260214>.
- Gavrilov, B.Ya. (2008). *Modern criminal policy of Russia: figures and facts*. Moscow, Russia: Prospect.
- Gilinsky, I.I. (2013). *Deviantology: the sociology of criminality, narcotism, prostitution, suicide and other "deviations"*. Saint-Petersburg, Russia: Alef-Press.
- Kogan, V.M. (1977). *The social properties of criminality*. Moscow, Russia: Academy of the Ministry of Internal Affairs of the USSR.
- Kogan, V.M. (1983). *Social mechanism of criminal-legal influence*. Moscow, Russia: Nauka.
- Kozhevnikov, I.N. (1998). Materials of the "round table". *The problem of improving the criteria for evaluating the activities of internal affairs bodies in the field of criminality control*. Moscow, Russia.
- Kudryavtsev, V.N. (1971). The effectiveness of the criminal justice system. *Socialist legality, №7*. 13-18.
- Luneev, V.V. (2005). *Criminality of the XXI century: global, regional and russian trends*. Moscow, Russia: Wolters Kluwer.
- Luneev, V.V. (2013). Criminality against modernization. *Russia and the modern world, №1* (78).
- Luneev, V.V. (2016, October 10). *Before proposing another reform, it is necessary to study the realities. The answer of the criminologist to the processist A.S. Alexandrov*. Speech at the Round Table "Investigative Power: "for" and "against", IGP RAS / MASP. Moscow, Russia. Retrieved from <http://www.iuaj.net/node/2100>.
- Luneev, V.V. (2017). *The era of globalization and criminality*. Moscow, Russia: Norma.
- Malysheva, O.A. (2013). *Ensuring the rule of law in pre-trial criminal proceedings*. Moscow, Russia: Kolomna.
- Malysheva, O.A. (2019). *Pre-trial proceedings in the Russian criminal process: theory, practice, prospects*. Moscow, Russia: Yurayt.
- Maximov S.V. (1995). *Brief criminological dictionary*. Moscow, Russia: Lawyer.
- Maximov, S.V., Vasin, Yu.G., Valuyskov, N.V., & Utarov, K.A. (2019). Digitalization of criminal policy as a tool to overcome its asystemicity. *All-Russian criminological journal, tome 13, №3*, 395-407.
- Nazarov, A.D. (2017). *Investigative and judicial errors and the criminal procedural mechanism for their elimination: conceptual foundations* (Doctoral dissertation). Saint-Petersburg State University, Saint-Petersburg, Russia.

- Ostroumov, S.S., Panchenko, S.N. (1967). The new system of criminal statistics and its importance in the work of bodies engaged in the fight against criminality. *Socialist legality*, №1, 34-37.
- Rahimzoda, R.H. (2014). *Criminal-legal, criminological and operational-investigative characteristics of felonies and especially grievous crimes committed in the field of economy*. Dushanbe, Tajikistan: Irfon.
- Rogova, E.V., Yuldoshev, R.R. (2017). *Criminal misconduct in the context of contemporary trends in criminal policy*. Dushanbe, Russia: Er-Graf.
- Saviuk, L.K. (2000). *Legal statistics*. Moscow, Russia: Yurist.
- Shepeleva, O. (2019). *Crimes and punishments: what to do with Russian prisons?* Moscow, Russia.
- Shklyaruk, M., Skugarevsky, D., Dmitrieva, A., Skifsky, I., & Begtin I. (2015). *Criminal statistics: mechanisms of formation, causes of distortion, ways of reforming. Research report*. Saint-Petersburg - Moscow, Russia: Norma.
- The list of priority areas for the development of science, engineering and technology in the Republic of Tajikistan for 2015-2020 (2014). Approved by the Decree of the Government of the Republic of Tajikistan dated December 4, 2014, №765. *Unified state register of regulatory legal acts of the Republic of Tajikistan*, №12, part 1.
- The Federation Council proposed to create Unified center for criminal policy in Russia. (2017). Retrieved from <https://www.ugpr.ru/news/1563-v-rossii-mojet-poyavitsya-edinyy-tsentr>.
- Titaev, K.D., Knorre, A., Kudryavtsev, V., & Shklyaruk, M. (2017). *Manifesto of the new criminology "Criminal policy based on data"*. Retrieved from http://test.russia2035.ru/wpcontent/uploads/2017/06/new_criminology_manifesto_fin.pdf.
- Toropin, Yu.V. (2013). *Latent crime and the use of its indicators in the activities of internal affairs bodies* (Candidate dissertation). Moscow, Russia.
- Vedernikova O.N. (2010). Materials of the "round table" held by the Academy of the Prosecutor General of the Russian Federation on May 28-29, 2010. *Bulletin of the Academy of the Prosecutor General of the Russian Federation*, №3, 65-71.
- Volkov, V., Dmitrieva, A., Skugarevsky, D., & Titaev, E. (2014). *Criminal justice of Russia in 2009: comprehensive analysis of judicial statistics*. Moscow, Russia: Statute.
- Volkov, V.V., Paneyakh, E.L., & Titaev, K.D. (2010). Reform of the Ministry of Internal Affairs of Russia: four problems and eight measures to solve them. *Series "Analytical notes on the problems of law enforcement"*, IPP EU SPb. Saint-Petersburg, Russia.
- Yuldoshev, R.R., Mahmadiyev, Kh.Kh., & Akbarzoda, A.A. (2018). *Criminality in Tajikistan (1991-2016)*. Dushanbe, Tajikistan: Contrast.
- Zabryansky, G.I. (2010). *Methodology of the statistical study of criminality (introduction to criminological statistics)*. Moscow, Russia: Granitsa.

YAZARLARA BİLGİ

TANIM

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi (Journal of Penal Law and Criminology), açık erişimli, hakemli, Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki defa yayınlanan bilimsel bir dergidir. Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi'nin bir yayınıdır.

AMAÇ ve KAPSAM

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi (Journal of Penal Law and Criminology), öncelikle ceza hukuku ve kriminoloji alanlarına odaklanan, suç ve suçlulukla ilişkili konularda yazılan makalelere açık olan bir dergidir. Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, yüksek kalitede içerikle bu alanlara katkıda bulunan ve bilgi paylaşımı sağlayan uluslararası bir platform sunmayı amaçlar. Dergide, Türkçe makalelerin yanı sıra İngilizce, Almanca, Fransızca, İspanyolca ve İtalyanca makalelere de yer verilir. Derginin hedef kitesini akademisyenler, araştırmacılar, profesyoneller, öğrenciler ve ilgili mesleki, akademik kurum ve kuruluşlar oluşturur.

EDİTORYAL POLİTİKALAR VE HAKEM SÜRECİ

Yayın Politikası

Dergiye yayınlanmak üzere gönderilen makalelerin içeriği, derginin amaç ve kapsamı ile uyumlu olmalıdır. Dergide, orijinal araştırma niteliğindeki yazıların yayınlanmasına öncelik verilmektedir.

Genel İlkeler

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi'nde daha önce yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere başka bir dergide halen değerlendirmede olmayan ve her bir yazar tarafından onaylanan makaleler değerlendirilmek üzere kabul edilir.

On değerlendirmeyi geçen yazılar iThenticate intihal tarama programından geçirilir. İntihal incelemesinden sonra, uygun makaleler Editor tarafından orijinaliteleri, metodolojileri, makalede ele alınan konunun önemi ve derginin kapsamına uygunluğu açısından değerlendirilir.

Bilimsel toplantılarda sunulan özet bildirimler, makalede belirtilmesi koşulu ile kaynak olarak kabul edilir. Gönderilen makale biçimsel esaslara uygun ise editör, çift taraflı kör hakem değerlendirmesi için gelen yazıyı yurtiçinden ve/veya yurtdışından üç hakeme sunar, çeviri yazıyı ise bir hakeme gönderir.

Makale yayınlanmak üzere Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi'ne gönderildikten sonra

YAZARLARA BİLGİ

yazarlardan hiçbirinin ismi, tüm yazarların yazılı izni olmadan yazar listesinden silinemez ve yeni bir isim, yazar olarak eklenemez, yazar sırası değiştirilemez.

Yayına kabul edilmeyen makale, resim ve fotoğraflar yazarlara geri gönderilmez. Yayınlanan yazı ve resimlerin tüm hakları Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi'ne aittir.

Yazarların Sorumluluğu

Makalelerin bilimsel ve etik kurallara uygunluğu yazarların sorumluluğundadır. Yazar, makalenin orijinal olduğu, daha önce başka bir yerde yayınlanmadığı ve başka bir yerde, başka bir dilde yayınlanmak üzere değerlendirilmediği konusunda teminat sağlamalıdır. Uygulamadaki telif kanunları ve anlaşmaları gözetilmelidir. Telifle bağlı materyaller (örneğin tablolar, şekiller veya büyük alıntılar) gerekli izin ve teşekkürle kullanılmalıdır. Başka yazarların, katkıda bulunanların çalışmaları ya da yararlanılan kaynaklar uygun biçimde kullanılmalı ve referanslarda belirtilmelidir.

Gönderilen makalede tüm yazarların akademik ve bilimsel olarak doğrudan katkısı olmalıdır. Bu bağlamda “yazar” yayınlanan bir araştırmanın kavramsallaştırılmasına ve dizaynına, verilerin elde edilmesine, analizine ya da yorumlanmasına belirgin katkı yapan, yazının yazılması ya da bunun içerik açısından eleştirel biçimde gözden geçirilmesinde görev yapan kişi olarak görülür. Yazar olabilmenin diğer koşulu ise, makaledeki çalışmayı planlamak veya icra etmek ve/veya revize etmektir. Fon sağlanması, veri toplanması ya da araştırma grubunun genel süpervizörlüğü tek başına yazarlık hakkı kazandırmaz. Yazar olarak gösterilen tüm kişiler, sayılan tüm ölçütleri karşılamalı ve yukarıdaki ölçütleri karşılayan her kişi, yazar olarak gösterilmelidir. Yazarların isim sıralaması ortak verilen bir karar olmalıdır. Tüm yazarlar, yazar sıralamasını [Telif Hakkı Anlaşması Formunda](#) imzalı olarak belirtmek zorundadırlar.

Yazarlık için yeterli ölçütleri karşılamayan, ancak çalışmaya katkısı olan tüm kişiler, “teşekkür/bilgiler” kısmında sıralanmalıdır. Bunlara sadece teknik destek sağlayan, yazıma yardımcı olan ya da sadece genel bir destek sağlayan, finansal ve materyal desteği sunan kişiler örnek olarak gösterilebilir.

Bütün yazarlar, araştırmanın sonuçlarını ya da bilimsel değerlendirmeyi etkileyebilme potansiyeli olan finansal ilişkiler, çıkar çatışması ve çıkar rekabetini beyan etmelidirler. Bir yazar kendi yayınlanmış yazısında belirgin bir hata ya da yanlışlık tespit ederse, bu yanlışlıklara ilişkin düzeltme ya da geri çekme için editör ile hemen temasa geçme ve işbirliği yapma sorumluluğunu taşır.

Editör ile Hakem Sorumlulukları ve Değerlendirme Süreci

Editör; makaleleri, yazarların etnik kökeninden, cinsiyetinden, cinsel yöneliminden, uyruğundan, dini inancından, siyasi ve felsefi düşüncesinden bağımsız olarak değerlendirir. Ayrıca

YAZARLARA BİLGİ

editör, yayına gönderilen makalelerin adil bir şekilde çift taraflı kör hakem değerlendirmesinden geçmelerini sağlar. Gönderilen makalelere ilişkin tüm bilginin, makale yayınlanana kadar gizli kalacağını garanti eder. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verir ve yazarı durumdan en kısa sürede haberdar eder. Editör, içerik ve yayının toplam kalitesinden sorumludur. Ayrıca editör, gerektiğinde hata sayfası yayınlamalı ya da düzeltme yapmalıdır.

Editör; yazarlar, editörler ve hakemler arasında çatışmaya izin vermez. Hakem atama konusunda tam yetkiye sahiptir ve dergide yayınlanacak makalelerle ilgili nihai kararı vermekle yükümlüdür.

Hakemler; makaleleri, yazarların etnik kökeninden, cinsiyetinden, cinsel yöneliminden, uyruğundan, dini inancından, siyasi ve felsefi düşüncesinden bağımsız olarak değerlendirirler. Araştırmayla ilgili, yazarlarla ve/veya araştırmanın finansal destekçileriyle çıkar çatışmaları olmamalıdır. Değerlendirmelerinin sonucunda tarafsız bir yargıya varmalıdırlar. Hakemler, yazarların atfta bulunmadığı konuyla ilgili yayınlanmış çalışmaları tespit etmelidirler. Gönderilmiş yazılara ilişkin tüm bilgilerin gizli tutulmasını sağlamalı ve yazar tarafından herhangi bir telif hakkının ihlal edildiğini ve intihal yapıldığını fark ederlerse editöre raporlamalıdırlar. Hakem, makale konusu hakkında kendini vasıflı hissetmiyor ya da zamanında geri dönüş sağlayamayacağını düşünüyorsa, editöre bu durumu derhal bildirmeli ve editörden hakem sürecine kendisini dahil etmemesini istemelidir.

Değerlendirme sürecinde editör, hakemlere gözden geçirme için gönderilen makalelerin, yazarların özel mülkü olduğunu ve bunun imtiyazlı bir iletişim olduğunu açıkça belirtir. Hakemler ve yayın kurulu üyeleri, başka kişilerle makaleleri tartışamazlar. Hakemlerin kendileri için makalelerin kopyalarını çıkarmalarına izin verilmez. Ayrıca hakemler, editörün izni olmadan makaleleri başkasına veremezler. Yazarın ve editörün izni olmadan hakemlerin gözden geçirmeleri basılamaz ve açıklanamaz. Hakemlerin kimliğinin gizli kalmasına özen gösterilmelidir. Bazı durumlarda editörün kararıyla, ilgili hakemlerin makaleye ait yorumları aynı makaleyi yorumlayan diğer hakemlere gönderilerek hakemlerin bu süreçte aydınlatılması sağlanabilir.

AÇIK ERİŞİM İLKESİ

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi (Journal of Penal Law and Criminology), 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 durum, BOAI açık erişim tanımıyla uyumludur.

YAZARLARA BİLGİ

Yazarlar Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi'nde (Journal of Penal Law and Criminology), yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmaları Creative Commons Atf-GayrıTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) olarak lisanslıdır. Creative Commons Atf-GayrıTicari 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.

YAYIN ETİĞİ

İlke ve Standartlar

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi (Journal of Penal Law and Criminology), yayın etiğinde en yüksek standartlara bağlıdır ve Committee on Publication Ethics (COPE), Directory of Open Access Journals (DOAJ), Open Access Scholarly Publishers Association (OASPA) ve World Association of Medical Editors (WAME) tarafından yayınlanan etik yayıncılık ilkelerini benimser; Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing başlığı altında ifade edilen ilkeler için adres: <https://publicationethics.org/resources/guidelines-new/principles-transparency-and-best-practice-scholarly-publishing>.

Gönderilen tüm makaleler orijinal, yayınlanmamış ve başka bir dergide değerlendirme sürecinde olmamalıdır. Her bir makale, editörlerden biri ve en az iki hakem tarafından çift taraflı kör hakem değerlendirmesinden geçirilir. İntihal, duplikasyon, sahte yazarlık, araştırma/veri fabrikasyonu, makale dilimleme, dilimleyerek yayın, telif hakları ihlali ve çıkar çatışmasının gizlenmesi, etik dışı davranışlar olarak kabul edilir.

Kabul edilen etik standartlara uygun olmayan tüm makaleler yayından çıkarılır. Buna yayından sonra tespit edilen olası kuraldışı uygunsuzluklar içeren makaleler de dahildir.

YAZILARIN HAZIRLANMASI

1. Makale gönderimi online olarak, <http://jplc.istanbul.edu.tr> üzerinden yapılmalıdır.
2. Gönderilen yazılar, yazının yayınlanmak üzere gönderildiğini ifade eden, makale türünü belirten ve makaleyle ilgili bilgileri içeren (bkz: Son Kontrol Listesi) bir mektup; yazının elektronik formunu içeren Microsoft Word 2003 ve üzerindeki versiyonları ile yazılmış elektronik dosya ve tüm yazarların imzaladığı [Telif Hakkı Anlaşması Formu](#) eklenerek gönderilmelidir.
3. Yayınlanmak üzere gönderilen makale ile birlikte yazar bilgilerini içeren kapak sayfası gönderilmelidir. Kapak sayfasında, makalenin başlığı, yazar veya yazarların bağlı oldukları kurum ve unvanları, kendilerine ulaşılacak adresler, cep, iş ve faks numaraları ve e-posta adresleri yer almalıdır (bkz. Son Kontrol Listesi).

YAZARLARA BİLGİ

4. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, karar incelemesi, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Editörler ve Yayın Kurulu tarafından yapılır.
5. Gönderilen yazılarla ilgili tüm yazışmalar ilk yazarla yapılır.
6. Yazarların dergiye gönderdikleri çalışmaların derginin kurallarına uygun olduğu kabul edilir. Bilimsel araştırma ve etik kurallarına uyulmadığı veya olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, Editörler ve Yayın Kurulu tarafından geri çevrilir.
7. Gönderilen çalışmaların yazı karakteri Times New Roman ve yazı büyüklüğü-14 punto olması gereken bölüm başlıkları ve 10 punto olması gereken dipnotlar dışında- 12 punto olması gerekir. Satır aralıklarının da 1.5 değerinde olması gerekir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin dipnotlar sayfa altında yer almalıdır.
8. Yazar/yazarların adları çalışmanın başlığının hemen altında sağa bitişik şekilde verilmelidir. Ayrıca yıldız dipnot şeklinde (*) yazarın unvanı, kurumu ve e-posta adresi ve telefonu sayfanın en altında dipnotta belirtilmelidir.
9. Çalışmaların başlıca şu unsurları içermesi gerekmektedir: Türkçe Başlık, Türkçe öz ve anahtar kelimeler; İngilizce başlık, İngilizce öz ve anahtar kelimeler; İngilizce genişletilmiş özet, ana metin bölümleri, son notlar ve kaynaklar.
10. Giriş bölümünden önce 100-200 sözcük arasında çalışmanın kapsamını, amacını, ulaşılan sonuçları ve kullanılan yöntemi kaydeden Türkçe ve İngilizce öz ile 600-800 kelimelik İngilizce genişletilmiş özet yer almalıdır. Çalışmanın İngilizce başlığı İngilizce özet üzerinde yer almalıdır. İngilizce ve Türkçe özlerin altında çalışmanın içeriğini temsil eden 3 İngilizce, 3 Türkçe anahtar kelime yer almalıdır.
11. Araştırma yazılarında sorunsalın betimlendiği ve çalışmanın öneminin belirtildiği GİRİŞ bölümünü “Amaç ve Yöntem”, “Bulgular”, “Tartışma ve Sonuç”, ”Son Notlar” “Kaynaklar” ve “Tablolar ve Şekiller” gibi bölümler takip etmelidir. Derleme ve yorum yazıları için ise, çalışmanın öneminin belirtildiği, sorunsal ve amacın somutlaştırıldığı “Giriş” bölümünün ardından diğer bölümler gelmeli ve çalışma “Tartışma ve Sonuç”, ”Son Notlar”, “Kaynaklar” ve “Tablolar ve Şekiller” şeklinde bitirilmelidir.
12. Çalışmanın sonunda, kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Ayrıca eserde kullanılan kaynaklar dipnotunda veya metin içerisinde kısa olarak yer almalıdır.
13. Eserlerin tablo veya grafik içermesi durumunda ayrı bir excel dosyası ile ham verilerin eserle birlikte gönderilmesi zorunludur. Çalışmalarda tablo, grafik ve şekil gibi göstergeler ancak çalışmanın takip edilebilmesi açısından gereklilik arz ettiği durumlarda, numaralandırılarak, tanımlayıcı bir başlık ile birlikte verilmelidir.

YAZARLARA BİLGİ

14. Kurallar dâhilinde dergimize yayınlanmak üzere gönderilen çalışmaların her türlü sorumluluğu ve çalışmada geçen görüşler yazar/yazarlarına aittir.
15. Hakem raporları doğrultusunda yazarlardan, metin üzerinde bazı düzeltmeler yapmaları istenebilir.
16. Dergiye gönderilen çalışmalar yayınlansın veya yayınlanmasın geri gönderilmez.

KAYNAKLAR

Derleme yazıları, okuyucular için bir konudaki kaynaklara ulaşmayı kolaylaştıran bir araç olsa da, her zaman orijinal çalışmayı doğru olarak yansıtmaz. Bu yüzden mümkün olduğunca yazarlar orijinal çalışmaları kaynak göstermelidir. Öte yandan, bir konuda çok fazla sayıda orijinal çalışmanın kaynak gösterilmesi yer israfına neden olabilir. Birkaç anahtar orijinal çalışmanın kaynak gösterilmesi genelde uzun listelerle aynı işi görür. Ayrıca günümüzde kaynaklar elektronik versiyonlara eklenebilmekte ve okuyucular elektronik literatür taramalarıyla yayınlara kolaylıkla ulaşabilmektedir.

Kabul edilmiş ancak henüz sayıya dahil edilmemiş makaleler Early View olarak yayınlanır ve bu makalelere atıflar “advance online publication” şeklinde verilmelidir. Genel bir kaynaktan elde edilemeyecek temel bir konu olmadıkça “kişisel iletişimlere” atıfta bulunulmamalıdır. Eğer atıfta bulunulursa parantez içinde iletişim kurulan kişinin adı ve iletişimin tarihi belirtilmelidir. Bilimsel makaleler için yazarlar bu kaynaktan yazılı izin ve iletişimin doğruluğunu gösterir belge almalıdır. Kaynakların doğruluğundan yazar(lar) sorumludur. Tüm kaynaklar metinde belirtilmelidir. Kaynaklar alfabetik olarak sıralanmalıdır.

Referans Stili ve Formatı

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, makalelerinde referans sistemi olarak OSCOLA veya APA 6 kullanımını benimser. OSCOLA (Oxford Standard for the Citation of Legal Authorities), Oxford Üniversitesi tarafından yayınlanmış bir sistemdir. Ayrıntılı bilgi ve örnekler için: <https://www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/publications/oscola>.

American Psychological Association tarafından yayınlanan APA 6 hakkında ayrıntılı bilgi için: <http://www.apastyle.org/>

APA 6 Referans Stili Örnekleri

Metin İçinde Kaynak Gösterme

Kaynaklar metinde parantez içinde yazarların soyadı ve yayın tarihi yazılarak belirtilmelidir. Birden fazla kaynak gösterilecekse kaynaklar arasında (;) işareti kullanılmalıdır. Kaynaklar alfabetik olarak sıralanmalıdır.

Örnekler:

Birden fazla kaynak;

(Esin ve ark., 2002; Karasar 1995)

Tek yazarlı kaynak;

(Akyolcu, 2007)

İki yazarlı kaynak;

(Sayiner ve Demirci 2007, s. 72)

Üç, dört ve beş yazarlı kaynak;

Metin içinde ilk kullanımda: (Ailen, Ciambune ve Welch 2000, s. 12–13) Metin içinde tekrarlayan kullanımlarda: (Ailen ve ark., 2000)

Altı ve daha çok yazarlı kaynak;

(Çavdar ve ark., 2003)

Kaynaklar Bölümünde Kaynak Gösterme

Kullanılan tüm kaynaklar metnin sonunda ayrı bir bölüm halinde yazar soyadlarına göre alfabetik olarak numaralandırılmadan verilmelidir.

Kaynak yazımı ile ilgili örnekler aşağıda verilmiştir.

Kitap

a) Türkçe Kitap

Karasar, N. (1995). *Araştırmalarda rapor hazırlama* (8.bs). Ankara: 3A Eğitim Danışmanlık Ltd.

b) Türkçeye Çevrilmiş Kitap

Mucchielli, A. (1991). *Zihniyetler* (A. Kotil, Çev.). İstanbul: İletişim Yayınları.

c) Editörlü Kitap

Ören, T., Üney, T. ve Çölkesen, R. (Ed.). (2006). *Türkiye bilişim ansiklopedisi*. İstanbul: Papatya Yayıncılık.

d) Çok Yazarlı Türkçe Kitap

Tonta, Y., Bitirim, Y. ve Sever, H. (2002). *Türkçe arama motorlarında performans değerlendirme*. Ankara: Total Bilişim.

e) İngilizce Kitap

Kamien R., & Kamien A. (2014). *Music: An appreciation*. New York, NY: McGraw-Hill Education.

f) İngilizce Kitap İçerisinde Bölüm

Bassett, C. (2006). Cultural studies and new media. In G. Hall & C. Birchall (Eds.), *New cultural studies: Adventures in theory* (pp. 220–237). Edinburgh, UK: Edinburgh University Press.

g) Türkçe Kitap İçerisinde Bölüm

Erkmen, T. (2012). Örgüt kültürü: Fonksiyonları, öğeleri, işletme yönetimi ve liderlikteki önemi. M. Zencirkıran (Ed.), *Örgüt sosyolojisi kitabı* içinde (s. 233–263). Bursa: Dora Basım Yayın.

h) Yayıncının ve Yazarın Kurum Olduğu Yayın

Türk Standartları Enstitüsü. (1974). *Adlandırma ilkeleri*. Ankara: Yazar.

Makale

a) Türkçe Makale

Mutlu, B. ve Savaşer, S. (2007). Çocuğu ameliyat sonrası yoğun bakımda olan ebeveynlerde stres nedenleri ve azaltma girişimleri. *İstanbul Üniversitesi Florence Nightingale Hemşirelik Dergisi*, 15(60), 179–182.

b) İngilizce Makale

de Cillia, R., Reisigl, M., & Wodak, R. (1999). The discursive construction of national identity. *Discourse and Society*, 10(2), 149–173. <http://dx.doi.org/10.1177/0957926599010002002>

c) Yediden Fazla Yazarlı Makale

Lal, H., Cunningham, A. L., Godeaux, O., Chlibek, R., Diez-Domingo, J., Hwang, S.-J. ... Heineman, T. C. (2015). Efficacy of an adjuvanted herpes zoster subunit vaccine in older adults. *New England Journal of Medicine*, 372, 2087–2096. <http://dx.doi.org/10.1056/NEJMoa1501184>

d) DOI'si Olmayan Online Edinilmiş Makale

Al, U. ve Doğan, G. (2012). Hacettepe Üniversitesi Bilgi ve Belge Yönetimi Bölümü tezlerinin atıf analizi. *Türk Kütüphaneciliği*, 26, 349–369. Erişim adresi: <http://www.tk.org.tr/>

e) DOI'si Olan Makale

Turner, S. J. (2010). Website statistics 2.0: Using Google Analytics to measure library website effectiveness. *Technical Services Quarterly*, 27, 261–278. <http://dx.doi.org/10.1080/07317131003765910>

f) Advance Online Olarak Yayımlanmış Makale

Smith, J. A. (2010). Citing advance online publication: A review. *Journal of Psychology*. Advance online publication. <http://dx.doi.org/10.1037/a45d7867>

g) Popüler Dergi Makalesi

Semerçioğlu, C. (2015, Haziran). Sıradanlığın rayihası. *Sabit Fikir*, 52, 38–39.

Tez, Sunum, Bildiri

a) Türkçe Tezler

Sarı, E. (2008). *Kültür kimlik ve politika: Mardin 'de kültürlerarasılık*. (Doktora Tezi). Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.

b) Ticari Veritabanında Yer Alan Yüksek Lisans Ya da Doktora Tezi

Van Brunt, D. (1997). *Networked consumer health information systems* (Doctoral dissertation). Available from ProQuest Dissertations and Theses. (UMI No. 9943436)

c) Kurumsal Veritabanında Yer Alan İngilizce Yüksek Lisans/Doktora Tezi

Yaylalı-Yıldız, B. (2014). *University campuses as places of potential publicness: Exploring the politicals, social and cultural practices in Ege University* (Doctoral dissertation). Retrieved from: Retrieved from <http://library.iyte.edu.tr/hizli-erisim/iyte-tez-portali>

d) Web’de Yer Alan İngilizce Yüksek Lisans/Doktora Tezi

Tonta, Y. A. (1992). *An analysis of search failures in online library catalogs* (Doctoral dissertation, University of California, Berkeley). Retrieved from <http://yunus.hacettepe.edu.tr/~tonta/yayinlar/phd/ickapak.html>

e) Dissertations Abstracts International’da Yer Alan Yüksek Lisans/Doktora Tezi

Appelbaum, L. G. (2005). Three studies of human information processing: Texture amplification, motion representation, and figure-ground segregation. *Dissertation Abstracts International: Section B. Sciences and Engineering*, 65(10), 5428.

f) Sempozyum Katkısı

Krinsky-McHale, S. J., Zigman, W. B., & Silverman, W. (2012, August). Are neuropsychiatric symptoms markers of prodromal Alzheimer’s disease in adults with Down syndrome? In W. B. Zigman (Chair), *Predictors of mild cognitive impairment, dementia, and mortality in adults with Down syndrome*. Symposium conducted at American Psychological Association meeting, Orlando, FL.

g) Online Olarak Erişilen Konferans Bildiri Özeti

Çınar, M., Doğan, D. ve Seferoğlu, S. S. (2015, Şubat). *Eğitimde dijital araçlar: Google sınıf uygulaması üzerine bir değerlendirme* [Öz]. Akademik Bilişim Konferansında sunulan bildiri, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir. Erişim adresi: <http://ab2015.anadolu.edu.tr/index.php?menu=5&submenu=27>

h) Düzenli Olarak Online Yayımlanan Bildiriler

Herculano-Houzel, S., Collins, C. E., Wong, P., Kaas, J. H., & Lent, R. (2008). The basic nonuniformity of the cerebral cortex. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 105, 12593-12598. <http://dx.doi.org/10.1073/pnas.0805417105>

i) Kitap Şeklinde Yayımlanan Bildiriler

Schneider, R. (2013). Research data literacy. S. Kurbanoglu ve ark. (Ed.), *Communications in Computer and Information Science: Vol. 397. Worldwide Communalities and Challenges in Information Literacy Research and Practice* içinde (s. 134-140). Cham, İsviçre: Springer. <http://dx.doi.org/10.1007/978-3-319-03919-0>

j) Kongre Bildirisi

Çepni, S., Bacanak A. ve Özsevgeç T. (2001, Haziran). *Fen bilgisi öğretmen adaylarının fen branşlarına karşı tutumları ile fen branşlarındaki başarılarının ilişkisi*. X. Ulusal Eğitim Bilimleri Kongresi’nde sunulan bildiri, Abant İzzet Baysal Üniversitesi, Bolu

Diğer Kaynaklar

a) Gazete Yazısı

Token, Ç. (2015, 26 Haziran). ‘Unutma’ notları. *Cumhuriyet*, s. 13.

b) Online Gazete Yazısı

Tamer, M. (2015, 26 Haziran). E-ticaret hamle yapmak için tüketiciyi bekliyor. *Milliyet*. Erişim adresi: <http://www.milliyet>

c) Web Page/Blog Post

Bordwell, D. (2013, June 18). David Koepp: Making the world movie-sized [Web log post]. Retrieved from <http://www.davidbordwell.net/blog/page/27/>

d) Online Ansiklopedi/Sözlük

Bilgi mimarisi. (2014, 20 Aralık). Wikipedi içinde. Erişim adresi: http://tr.wikipedia.org/wiki/Bilgi_mimarisi

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 LİSTESİ

Aşağıdaki listede yer alan hususların eksik olmadığından emin olun:

- Editöre mektup
 - Makalenin türü
 - Başka bir dergiye gönderilmemiş olduğu bilgisi
 - Sponsor veya ticari bir firma ile ilişkisi (varsa belirtiniz)
 - İstatistik kontrolünün yapıldığı bilgisi (araştırma makaleleri için)
 - İngilizce yönünden kontrolünün yapıldığı bilgisi
 - Yazarlara Bilgide detaylı olarak anlatılan dergi politikalarının gözden geçirildiği
 - Kaynakların OSCOLA'ya veya APA6'ya göre belirtildiği
- Telif Hakkı Anlaşması Formu
- Daha önce basılmış materyal (yazı-resim-tablo) kullanılmış ise izin belgesi
- Makale kapak sayfası
 - Makalenin türü
 - Makalenin Türkçe ve İngilizce başlığı
 - Yazarların ismi soyadı, unvanları ve bağlı oldukları kurumlar (üniversite ve fakülte bilgisinden sonra şehir ve ülke bilgisi de yer almalıdır), e-posta adresleri
 - Sorumlu yazarın e-posta adresi, açık yazışma adresi, iş telefonu, GSM, faks nosu
 - Tüm yazarların ORCID'leri
- Makale ana metni dosyası
 - Makalenin Türkçe ve İngilizce başlığı
 - Özetler 180-200 kelime Türkçe ve 180-200 kelime İngilizce
 - Anahtar Kelimeler: 3 adet Türkçe ve 3 adet İngilizce
 - Makale Türkçe ise, İngilizce genişletilmiş Özet (Extended Abstract) 600-800 kelime
 - Makale ana metin bölümleri
 - Finansal Destek (varsa belirtiniz)
 - Çıkar Çatışması (varsa belirtiniz)
 - Teşekkür (varsa belirtiniz)
 - Kaynaklar
 - Tablolar-Resimler, Şekiller (başlık, tanım ve alt yazılarıyla)

YAZARLARA BİLGİ

İLETİŞİM İÇİN

Baş Editör: Prof. Dr. Adem Sözüer

E-mail: asozuer@istanbul.edu.tr

Tel: + 90 212 440 01 05

Faks: +90 212 512 41 35

Website: <http://jplc.istanbul.edu.tr>

E-mail: jplc@istanbul.edu.tr

Adres: İstanbul Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi

34116, Beyazıt

İstanbul - Türkiye

INFORMATION FOR AUTHORS

DESCRIPTION

Journal of Penal Law and Criminology (Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi) is an open access, peer-reviewed, scholarly journal published biannually in June and December. It has been an official publication of Istanbul University Faculty of Law, Criminal Law and Criminology Research and Practice Center.

AIM and SCOPE

Journal of Penal Law and Criminology (Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi) focuses primarily on penal law and criminology, and also welcomes the articles on subjects related with crime and criminality. The journal aims to offer an international platform for exchange of knowledge and contribute to the field in all aspects with high quality content. Besides articles in Turkish, articles in English, German, French, Spanish and Italian are included within the journal. The target group of the journal consists of academicians, researchers, professionals, students, related professional and academic bodies and institutions.

EDITORIAL POLICIES AND PEER REVIEW PROCESS

Publication Policy

The subjects covered in the manuscripts submitted to the Journal for publication must be in accordance with the aim and scope of the journal. The journal gives priority to original research papers submitted for publication.

General Principles

Only those manuscripts approved by its every individual author and that were not published before in or sent to another journal are accepted for evaluation.

Submitted manuscripts that pass preliminary control are scanned for plagiarism using iThenticate software. After plagiarism check, the eligible ones are evaluated by editor-in-chief for their originality, methodology, the importance of the subject covered and compliance with the journal scope.

Short presentations that took place in scientific meetings can be referred if indicated in the article. The editor sends the paper matching the formal rules to three national/international referees for evaluation and gives green light for publication upon modification by the author in accordance with the referees' claims.

In case that the manuscript is translation, the editor sends it to one referee. Changing the name

INFORMATION FOR AUTHORS

of an author (omission, addition or order) in papers submitted to the Journal requires written permission of all declared authors.

Refused manuscripts and graphics are not returned to the author.

The copyright of the published articles and pictures belong to the Journal.

Author Responsibilities

It is authors' responsibility to ensure that the article is in accordance with scientific and ethical standards and rules. And authors must ensure that submitted work is original. They must certify that the manuscript has not previously been published elsewhere or is not currently being considered for publication elsewhere, in any language. Applicable copyright laws and conventions must be followed. Copyright material (e.g. tables, figures or extensive quotations) must be reproduced only with appropriate permission and acknowledgement. Any work or words of other authors, contributors, or sources must be appropriately credited and referenced.

All the authors of a submitted manuscript must have direct scientific and academic contribution to the manuscript. The author(s) of the original research articles is defined as a person who is significantly involved in "conceptualization and design of the study", "collecting the data", "analyzing the data", "writing the manuscript", "reviewing the manuscript with a critical perspective" and "planning/conducting the study of the manuscript and/or revising it". Fund raising, data collection or supervision of the research group are not sufficient roles to be accepted as an author. The author(s) must meet all these criteria described above. The order of names in the author list of an article must be a co-decision and it must be indicated in the [Copyright Agreement Form](#).

The individuals who do not meet the authorship criteria but contributed to the study must take place in the acknowledgement section. Individuals providing technical support, assisting writing, providing a general support, providing material or financial support are examples to be indicated in acknowledgement section.

All authors must disclose all issues concerning financial relationship, conflict of interest, and competing interest that may potentially influence the results of the research or scientific judgment. When an author discovers a significant error or inaccuracy in his/her own published paper, it is the author's obligation to promptly cooperate with the Editor-in-Chief to provide retractions or corrections of mistakes.

Responsibility for the Editors, Reviewers and Review Process

Editors evaluate manuscripts for their scientific content without regard to ethnic origin, gender, sexual orientation, citizenship, religious belief, political or philosophy of the authors.

INFORMATION FOR AUTHORS

They provide a fair double-blind peer review of the submitted articles for publication. They ensure that all the information related to submitted manuscripts is kept as confidential before publishing.

Editors are responsible for the contents and overall quality of the publication. They must publish errata pages or make corrections when needed.

Editor does not allow any conflicts of interest between the authors, editors and reviewers. Only he has the full authority to assign a reviewer and is responsible for final decision for publication of the manuscripts in the Journal.

Reviewers evaluate manuscripts based on content without regard to ethnic origin, gender, sexual orientation, citizenship, religious belief, political or philosophy of the authors. They must have no conflict of interest with respect to the research, the authors and/or the research funders. Their judgments must be objective.

Reviewers should identify the relevant published work that has not been cited by the authors. They must ensure that all the information related to submitted manuscripts is kept as confidential and must report to the Editor if they are aware of copyright infringement and plagiarism on the author's side.

A reviewer who feels unqualified to review the topic of a manuscript or knows that its prompt review will be impossible should notify the Editor and excuse himself from the review process.

The editor informs the reviewers that the manuscripts are confidential information and that this is a privileged interaction. The reviewers and editorial board cannot discuss the manuscripts with other persons. The reviewers are not allowed to have copies of the manuscripts for personal use and they cannot share manuscripts with others. Unless the authors and editor permit, the reviews of referees cannot be published or disclosed. The anonymity of the referees is important. In particular situations, the editor may share the review of one reviewer with other reviewers to clarify a particular point.

OPEN ACCESS STATEMENT

Journal of Penal Law and Criminology (Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi) is an open access journal which means that all content is freely available without charge to the user or his/her institution. 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.

Authors publishing with Journal of Penal Law and Criminology (Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi) retain the copyright to their work, licensing it under the Creative Commons Attribution-

INFORMATION FOR AUTHORS

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.

PUBLICATION ETHICS AND PUBLICATION MALPRACTICE STATEMENT

Standards and Principles

Journal of Penal Law and Criminology (Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi) is committed to upholding the highest standards of publication ethics and pays regard to Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing published by the Committee on Publication Ethics (COPE), the Directory of Open Access Journals (DOAJ), the Open Access Scholarly Publishers Association (OASPA), and the World Association of Medical Editors (WAME) on <https://publicationethics.org/resources/guidelines-new/principles-transparency-and-best-practice-scholarly-publishing>

All submissions must be original, unpublished (including as full text in conference proceedings), and not under the review of any other publication synchronously. Each manuscript is reviewed by one of the editors and at least two referees under double-blind peer review process. Plagiarism, duplication, fraud authorship/denied authorship, research/data fabrication, salami slicing/salami publication, breaching of copyrights, prevailing conflict of interest are unethical behaviors.

All manuscripts not in accordance with the accepted ethical standards will be removed from the publication. This also contains any possible malpractice discovered after the publication. In accordance with the code of conduct we will report any cases of suspected plagiarism or duplicate publishing.

MANUSCRIPT ORGANIZATION AND FORMAT

1. Manuscripts should be submitted online via <http://jplc.istanbul.edu.tr>
2. All the manuscripts submitted must be accompanied by a cover letter indicating that the manuscript is intended for publication, specifying the article category (i.e. research article etc.) and including information about the manuscript (see the Submission Checklist). In addition, a [Copyright Agreement Form](#) that has to be signed by all authors must be submitted.
3. A title page including author information must be submitted together with the manuscript. The title page is to include fully descriptive title of the manuscript and, affiliation, title, e-mail address, postal address, phone and fax number of the author(s) (see The Submission Checklist).
4. Apart from peer-reviewed manuscripts, reviews of judgements, book reviews, legislation assessments and informative notes are included within the Journal. The acceptance or the rejection of the above mentioned works is made by the Editorial Board.

INFORMATION FOR AUTHORS

5. All correspondence will be sent to the first-named author unless otherwise specified.
6. It is accepted that the submitted manuscripts are in line with the journal's rules. In case that violation of scientific research and ethical rules and too many writing errors are detected the manuscript would be rejected by the Editorial Board.
7. The typeface of the submitted manuscripts should be Times New Roman and font size should be 12-point, except for chapter headings which should be 14-point and footnotes which should be 10-point. Line spacing should be 1.5 pt. The footnotes must be placed at the bottom of the page.
8. The name(s) of author(s) should be given just beneath the title of the study aligned to the right. Also the affiliation, title, e-mail and phone of the author(s) must be indicated on the bottom of the page as a footnote marked with an asterisk (*).
9. The manuscripts should contain mainly these components: title, abstract and keywords; extended abstract, sections, footnotes and references.
10. Before the introduction part, there should be an abstract between 180 and 200 words in Turkish and English and an extended abstract only in English between 600-800 words, summarizing the scope, the purpose, the results of the study and the methodology used. Underneath the abstracts, three keywords that inform the reader about the content of the study should be specified in Turkish and in English.
11. Research article sections are ordered as follows: "Introduction", "Aim and Methodology", "Findings", "Discussion and Conclusion", "Endnotes", "References" and "Tables and Figures". For review and commentary articles, the article should start with the "Introduction" section where the purpose and the method is mentioned, go on with the other sections; and it should be finished with "Discussion and Conclusion" section followed by "Endnotes", "References" and "Tables and Figures".
12. A bibliography in alphabetical order according to the surname of the author/authors must be placed at the end of the manuscript. Besides, the sources used in the work should be placed within the footnotes or briefly in the text.
13. If the manuscript includes a table or graphic, raw data must be submitted as a separate Excel file together with the manuscript Word file. Tables, graphs and figures can be given with a number and a defining title if it is necessary to follow the idea of the article.
14. Authors are responsible for all statements made in their work submitted to the Journal for publication.
15. The author(s) can be asked to make some changes in their articles due to peer reviews.
16. The manuscripts submitted to the journal will not be returned whether they are published or not.

INFORMATION FOR AUTHORS

REFERENCES

Although references to review articles can be an efficient way to guide readers to a body of literature, review articles do not always reflect original work accurately. Readers should therefore be provided with direct references to original research sources whenever possible. On the other hand, extensive lists of references to original work on a topic can use excessive space on the printed page. Small numbers of references to key original papers often serve as well as more exhaustive lists, particularly since references can now be added to the electronic version of published papers, and since electronic literature searching allows readers to retrieve published literature efficiently. Papers accepted but not yet included in the issue are published online in the Early View section and they should be cited as “advance online publication”. Citing a “personal communication” should be avoided unless it provides essential information not available from a public source, in which case the name of the person and date of communication should be cited in parentheses in the text. For scientific articles, written permission and confirmation of accuracy from the source of a personal communication must be obtained.

Reference Style and Format

Journal of Penal Law and Criminology offers two options of referencing style. Authors could use either OSCOLA or APA 6. OSCOLA (Oxford Standard for the Citation of Legal Authorities) is published by the University of Oxford and detail and examples about the style can be found at <https://www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/publications/oscola>

Detail about the American Psychological Association’s APA 6 can be found at <http://www.apastyle.org>

APA6 Reference Examples

Citations in the Text

Citations must be indicated with the author surname and publication year within the parenthesis. If more than one citation is made within the same parenthesis, separate them with (;).

Samples:

More than one citation;

(Esin et al., 2002; Karasar, 1995)

Citation with one author;

(Akyolcu, 2007)

INFORMATION FOR AUTHORS

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 politicals, social and cultural practices in Ege University* (Doctoral dissertation). Retrieved from Retrieved from: <http://library.iyte.edu.tr/tr/hizli-erisim/iyte-tez-portali>

c) Dissertation/Thesis from Web

Tonta, Y. A. (1992). *An analysis of search failures in online library catalogs* (Doctoral dissertation, University of California, Berkeley). Retrieved from <http://yunus.hacettepe.edu.tr/~tonta/yayinlar/phd/ickapak.html>

d) Dissertation/Thesis abstracted in Dissertations Abstracts International

Appelbaum, L. G. (2005). Three studies of human information processing: Texture amplification, motion representation, and figure-ground segregation. *Dissertation Abstracts International: Section B. Sciences and Engineering*, 65(10), 5428.

e) Symposium Contribution

Krinsky-McHale, S. J., Zigman, W. B., & Silverman, W. (2012, August). Are neuropsychiatric symptoms markers of prodromal Alzheimer's disease in adults with Down syndrome? In W. B. Zigman (Chair), *Predictors of mild cognitive impairment, dementia, and mortality in adults with Down syndrome*. Symposium conducted at the meeting of the American Psychological Association, Orlando, FL.

f) Conference Paper Abstract Retrieved Online

Liu, S. (2005, May). *Defending against business crises with the help of intelligent agent based early warning solutions*. Paper presented at the Seventh International Conference on Enterprise Information Systems, Miami, FL. Abstract retrieved from http://www.iceis.org/iceis2005/abstracts_2005.htm

g) Conference Paper - In Regularly Published Proceedings and Retrieved Online

Herculano-Houzel, S., Collins, C. E., Wong, P., Kaas, J. H., & Lent, R. (2008). The basic nonuniformity of the cerebral cortex. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 105, 12593–12598. <http://dx.doi.org/10.1073/pnas.0805417105>

h) Proceeding in Book Form

Parsons, O. A., Pryzwansky, W. B., Weinstein, D. J., & Wiens, A. N. (1995). Taxonomy for psychology. In J. N. Reich, H. Sands, & A. N. Wiens (Eds.), *Education and training beyond the doctoral degree: Proceedings of the American Psychological Association National Conference on Postdoctoral Education and Training in Psychology* (pp. 45–50). Washington, DC: American Psychological Association.

INFORMATION FOR AUTHORS

i) Paper Presentation

Nguyen, C. A. (2012, August). *Humor and deception in advertising: When laughter may not be the best medicine*. Paper presented at the meeting of the American Psychological Association, Orlando, FL.

Other Sources

a) Newspaper Article

Browne, R. (2010, March 21). This brainless patient is no dummy. *Sydney Morning Herald*, 45.

b) Newspaper Article with no Author

New drug appears to sharply cut risk of death from heart failure.(1993, July 15). *The Washington Post*, p. A12.

c) Web Page/Blog Post

Bordwell, D. (2013, June 18). David Koepp: Making the world movie-sized [Web log post]. Retrieved from <http://www.davidbordwell.net/blog/page/27/>

d) Online Encyclopedia/Dictionary

Ignition. (1989). In *Oxford English online dictionary* (2nd ed.). Retrieved from <http://dictionary.oed.com>

Marcoux, A. (2008). Business ethics. In E. N. Zalta (Ed.). *The Stanford encyclopedia of philosophy*. Retrieved from <http://plato.stanford.edu/entries/ethics-business/>

OSCOLA Reference Examples

Primary Sources

Do not use full stops in abbreviations. Separate citations with a semi-colon.

Cases

Give the party names, followed by the neutral citation, followed by the *Law Reports* citation (eg AC, Ch, QB). If there is no neutral citation, give the *Law Reports* citation followed by the court in brackets. If the case is not reported in the *Law Reports*, cite the All ER or the WLR, or failing that a specialist report.

Corr v IBC Vehicles Ltd [2008] UKHL 13, [2008] 1 AC 884.

R (Roberts) v Parole Board [2004] EWCA Civ 1031, [2005] QB 410.

Page v Smith [1996] AC 155 (HL).

When pinpointing, give paragraph numbers in square brackets at the end of the citation. If the judgment has no paragraph numbers, provide the page number pinpoint after the court.

Callery v Gray [2001] EWCA Civ 1117, [2001] 1 WLR 2112 [42], [45].

Bunt v Tilley [2006] EWHC 407 (QB), [2006] 3 All ER 336 [1]–[37].

R v Leeds County Court, ex p Morris [1990] QB 523 (QB) 530–31.

INFORMATION FOR AUTHORS

If citing a particular judge:

Arcott v The Coal Authority [2004] EWCA Civ 892, [2005] Env LR 6 [27] (Laws LJ).

Statutes and statutory instruments

Act of Supremacy 1558.

Human Rights Act 1998, s 15(1)(b).

Penalties for Disorderly Behaviour (Amendment of Minimum Age) Order 2004, SI 2004/3166.

EU legislation and cases

Consolidated Version of the Treaty on European Union [2008] OJ C115/13.

Council Regulation (EC) 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (EC Merger Regulation) [2004] OJ L24/1, art 5.

Case C-176/03 *Commission v Council* [2005] ECR I-7879, paras 47–48.

European Court of Human Rights

Omojudi v UK (2009) 51 EHRR 10.

Osman v UK ECHR 1998–VIII 3124.

Balogh v Hungary App no 47940/99 (ECHR, 20 July 2004).

Simpson v UK (1989) 64 DR 188.

Secondary Sources

Books

Give the author's name in the same form as in the publication, except in bibliographies, where you should give only the surname followed by the initial(s). Give relevant information about editions, translators and so forth before the publisher, and give page numbers at the end of the citation, after the brackets.

Thomas Hobbes, *Leviathan* (first published 1651, Penguin 1985) 268.

Gareth Jones, *Goff and Jones: The Law of Restitution* (1st supp, 7th edn, Sweet & Maxwell 2009).

K Zweigert and H Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (Tony Weir tr, 3rd edn, OUP 1998).

Contributions to edited books

Francis Rose, 'The Evolution of the Species' in Andrew Burrows and Alan Rodger (eds), *Mapping the Law: Essays in Memory of Peter Birks* (OUP 2006).

Encyclopedias

Halsbury's Laws (5th edn, 2010) vol 57, para 53.

Journal articles

Paul Craig, 'Theory, "Pure Theory" and Values in Public Law' [2005] PL 440.

INFORMATION FOR AUTHORS

When pinpointing, put a comma between the first page of the article and the page pinpoint.

JAG Griffith, 'The Common Law and the Political Constitution' (2001) 117 LQR 42, 64.

Online journals

Graham Greenleaf, 'The Global Development of Free Access to Legal Information' (2010) 1(1) EJLT < <http://ejlt.org/article/view/17> > accessed 27 July 2010.

Command papers and Law Commission reports

Department for International Development, *Eliminating World Poverty: Building our Common Future* (White Paper, Cm 7656, 2009) ch 5.

Law Commission, *Reforming Bribery* (Law Com No 313, 2008) paras 3.12–3.17.

Websites and blogs

Sarah Cole, 'Virtual Friend Fires Employee' (*Naked Law*, 1 May 2009)
<www.nakedlaw.com/2009/05/index.html> accessed 19 November 2009.

Newspaper articles

Jane Croft, 'Supreme Court Warns on Quality' *Financial Times* (London, 1 July 2010) 3.

SUBMISSION CHECKLIST

Ensure that the following items are present:

- Cover letter to the editor
 - The category of the manuscript
 - Confirming that "the paper is not under consideration for publication in another journal".
 - Including disclosure of any commercial or financial involvement.
 - Confirming that last control for fluent English was done.
 - Confirming that journal policies detailed in Information for Authors have been reviewed.
 - Confirming that the references cited in the text and listed in the references section are in line with OSCOLA or APA6.
- Copyright Agreement Form
- Permission of previous published material if used in the present manuscript
- Title page
 - The category of the manuscript
 - The title of the manuscript both in the language of article and in English
 - All authors' names and affiliations (institution, faculty/department, city, country), e-mail addresses
 - Corresponding author's email address, full postal address, telephone and fax number
 - ORCIDs of all authors.

INFORMATION FOR AUTHORS

- Main manuscript document
 - The title of the manuscript both in the language of article and in English
 - Abstracts (180-200 words) both in the language of article and in English
 - Key words: 3 words both in the language of article and in English
 - Extended Abstract (600-800 words) in English for the articles which are not in English
 - Body text
 - Grant Support (if exists)
 - Conflict of interest (if exists)
 - Acknowledgement (if exists)
 - References
 - All tables, illustrations (figures) (including title, description, footnotes)

CONTACT INFO

Editor in Chief: Prof. Dr. Adem Sözüer

E-mail: asozuer@istanbul.edu.tr

Phone: + 90 212 440 01 05

Fax: +90 212 512 41 35

Website: <http://jplc.istanbul.edu.tr>

Email: jplc@istanbul.edu.tr

Adres: Istanbul University

Faculty of Law

Criminal Law and Criminology Research and Practice Center

34116, Beyazıt

Istanbul - Turkey

COPYRIGHT AGREEMENT FORM / TELİF HAKKI ANLAŞMASI FORMU



Istanbul University
İstanbul Üniversitesi

Journal name: Journal of Penal Law and Criminology
Dergi Adı: Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi

Copyright Agreement Form
Telif Hakkı Anlaşması Formu

Responsible/Corresponding Author 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, Short communication, etc.) Makalenin türü (Araştırma makalesi, Derleme, Kısa bildiri, 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; to use, free of charge, all parts of this article for the author's future works in books, lectures, classroom teaching or oral presentations, the right to reproduce the article for their own purposes provided the copies are not offered for sale.
All materials related to manuscripts, accepted or rejected, including photographs, original figures etc., will be kept by İSTANBUL UNIVERSITY for one year following the editor's decision. These materials will then be destroyed.
I/We indemnify İSTANBUL UNIVERSITY and the Editors of the Journals, and hold them harmless from any loss, expense or damage occasioned by a claim or suit by a third party for copyright infringement, or any suit arising out of any breach of the foregoing warranties as a result of publication of my/our article. I/We also warrant that the article contains no libelous or unlawful statements, and does not contain material or instructions that might cause harm or injury. This Copyright Agreement Form must be signed/ratified by all authors. Separate copies of the form (completed in full) may be submitted by authors located at different institutions; however, all signatures must be original and authenticated.

Yazar(lar) aşağıdaki hususları kabul eder
Sunulan makalenin yazar(lar)ın orijinal çalışması olduğunu ve intihal yapmadıklarını,
Tüm yazarların bu çalışmaya aslı olarak katılmış olduklarını ve bu çalışma için her türlü sorumluluğu aldıklarını,
Tüm yazarların sunulan makalenin son halini gördüklerini ve onayladıklarını,
Makalenin başka bir yerde basılmadığını veya basılmak için sunulmadığını,
Makalede bulunan metnin, şekillerin ve dokümanların diğer şahıslara ait olan Telif Haklarını ihlal etmediğini kabul ve taahhüt ederler.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ'nin bu fikri eseri, Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) lisansı ile yayınlamasına izin verirler. Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) lisansı, eserin ticari kullanım dışında her boyut ve formatta paylaşılmasına, kopyalanmasına, çoğaltılmasına ve orijinal esere uygun şekilde atıfta bulunmak kaydıyla yeniden düzenleme, dönüştürme ve eserin üzerine inşa etme dâhil adapte edilmesine izin verir.
Yazar(lar)ın veya varsa yazar(lar)ın işverenin telif dâhil patent hakları, yazar(lar)ın gelecekte kitaplarında veya diğer çalışmalarında makalenin tümünü ücret ödemeksizin kullanma hakkı makaleyi satmamak koşuluyla kendi amaçları için çoğaltma hakkı gibi fikri mülkiyet hakları saklıdır.
Yayımlanan veya yayıma kabul edilmeyen makalelerle ilgili dokümanlar (fotoğraf, orijinal şekil vb.) karar tarihinden başlamak üzere bir yıl süreyle İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ'nce saklanır ve bu sürenin sonunda imha edilir.
Ben/Biz, telif hakkı ihlali nedeniyle üçüncü şahıslara vuku bulacak hak talebi veya açılacak davalarda İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ ve Dergi Editörlerinin hiçbir sorumluluğunun olmadığını, tüm sorumluluğun yazarlara ait olduğunu taahhüt ederim/ederiz.
Ayrıca Ben/Biz makalede hiçbir suç unsuru veya kanuna aykırı ifade bulunmadığını, araştırma yapılrken 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
	/...../.....

